FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO CASTILLO FREYRE

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. XVI
PRIMERA PARTE - TOMO II

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1994

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, 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. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Mario Castillo Freyre, abogado y Magister en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda "...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana."

MARIO CASTILLO FREYRE
Profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón

FELIPE OSTERLING PARODI
Profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

PRIMERA PARTE

TOMO II

BIBLIOTECA
PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. XVI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1994

Primera edición, noviembre de 1994. 3,000 ejemplares

Cubierta: Grabado de Honoré Daumier

Tratado de las Obligaciones
(Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. XVI, primera parte, Tomo II)

Copyright © 1994 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 626390, 622540 anexo 220.

Derechos reservados

ISBN 84-8390-955-3
ISBN 84-8390-971-5

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru.

TOMO II

CONTENIDO GENERAL

Supuestos de pérdida de un bien cierto 17
Artículo 1137 17
Fuentes nacionales del artículo 1137 17
Fuentes y concordancias extranjeras 18
Análisis 19
Concordancias nacionales 25

La Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos 27
Artículo 1138 27
Fuentes nacionales del artículo 1138 28
Fuentes y concordancias extranjeras 35
Análisis 38
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1138 63
Fundamento 64
Concordancias nacionales 64

Presunción de pérdida o deterioro de un bien cierto 67
Artículo 1139 67
Fuentes nacionales del artículo 1139 67
Fuentes y concordancias extranjeras 68
Análisis 68
Concordancias nacionales 69

Pago del valor de bien cierto en caso de que la obligación provenga de delito o falta 71
Artículo 1140 71

Fuentes nacionales del artículo 1140 71
Fuentes y concordancias extranjeras 72
Análisis 73
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1140 74
Fundamento 74
Concordancias nacionales 75

Gastos de conservación del bien 77
Artículo 1141 77
Fuentes nacionales del artículo 1141 77
Fuentes y concordancias extranjeras 78
Análisis 79
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1141 85
Fundamento 86
Concordancias nacionales 86

Bienes inciertos. Especificaciones mínimas 87
Artículo 1142 87
Fuentes nacionales del artículo 1142 87
Fuentes y concordancias extranjeras 88
Análisis 88
Concordancias nacionales 118

La elección en los bienes inciertos 119
Artículo 1143 119
Fuentes nacionales del artículo 1143 119
Fuentes y concordancias extranjeras 122
Análisis 124
Concordancias nacionales 138

Plazo para la elección 141
Artículo 1144 141
Fuentes nacionales del artículo 1144 141
Fuentes y concordancias extranjeras 143
Análisis 144
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1144 146

Fundamento 146
Concordancias nacionales 147

Irrevocabilidad de la elección 149
Artículo 1145 149
Fuentes nacionales del artículo 1145 149
Fuentes y concordancias extranjeras 150
Análisis 150
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1145 154
Fundamento 154
Concordancias nacionales 154

Pérdida del bien antes de la elección, sin culpa del deudor ... 155
Artículo 1146 155
Fuentes nacionales del artículo 1146 155
Fuentes y concordancias extranjeras 157
Análisis 158
Concordancias nacionales 169

Aplicación de las normas sobre bienes ciertos a los bienes inciertos, después de realizada la elección 171
Artículo 1147 171
Fuentes nacionales del artículo 1147 171
Fuentes y concordancias extranjeras 172
Análisis 174
Concordancias nacionales 177

TITULO II
Obligaciones de hacer

Obligaciones de hacer. Plazo y modo de cumplimento 179
Artículo 1148 179
Fuentes nacionales del artículo 1148 179
Fuentes y concordancias extranjeras 181
Análisis 181
Jurisprudencia peruana del artículo 1148 195

Concordancias nacionales 198

Posibilidad de ejecución de la prestación por un tercero 201
Artículo 1149 201
Fuentes nacionales del artículo 1149 201
Fuentes y concordancias extranjeras 203
Análisis 204
Jurisprudencia peruana del artículo 1149 210
Concordancias nacionales 210

Acciones que corresponden al acreedor ante el incumplimiento culposo del deudor 211
Artículo 1150 211
Fuentes nacionales del artículo 1150 211
Fuentes y concordancias extranjeras 214
Análisis 215
Jurisprudencia peruana del artículo 1150 230
Concordancias nacionales 231

Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por culpa del deudor 233
Artículo 1151 233
Fuentes nacionales del artículo 1151 233
Fuentes y concordancias extranjeras 235
Análisis 235
Concordancias nacionales 242

Indemnización de daños y perjuicios 243
Artículo 1152 243
Fuentes nacionales del artículo 1152 243
Fuentes y concordancias extranjeras 245
Análisis 246
Jurisprudencia peruana del artículo 1152 249
Concordancias nacionales 249

Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso sin culpa de las partes 251
Artículo 1153 251
Fuentes nacionales del artículo 1153 251

Análisis 252
Concordancias nacionales 253

Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor 255
Artículo 1154 255
Fuentes nacionales del artículo 1154 255
Fuentes y concordancias extranjeras 257
Análisis 257
Concordancias nacionales 259

Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor 261
Artículo 1155 261
Fuentes nacionales del artículo 1155 261
Fuentes y concordancias extranjeras 263
Análisis 263
Concordancias nacionales 264

Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes 265
Artículo 1156 265
Fuentes nacionales del artículo 1156 265
Fuentes y concordancias extranjeras 267
Análisis 267
Jurisprudencia peruana del artículo 1156 268
Concordancias nacionales 268

Adquisición por el deudor de una indemnización o de derechos como consecuencia de la inejecución de la prestación por culpa suya 269
Artículo 1157 269
Fuentes nacionales del artículo 1157 269
Fuentes y concordancias extranjeras 270
Análisis 270
Concordancias nacionales 271

TITULO III
Obligaciones de no hacer

Obligaciones de no hacer. Acciones que corresponden al acreedor ante el incumplimiento por culpa del deudor 273
Artículo 1158 273
Fuentes nacionales del artículo 1158 273
Fuentes y concordancias extranjeras 276
Análisis 276
Jurisprudencia peruana del artículo 1158 297
Concordancias nacionales 298

Indemnización de daños y perjuicios 299
Artículo 1159 299
Fuentes nacionales del artículo 1159 299
Fuentes y concordancias extranjeras 301
Análisis 301
Concordancias nacionales 302

Aplicación de ciertas normas de las obligaciones de hacer a las de no hacer 303
Artículo 1160 303
Fuentes nacionales del artículo 1160 303
Fuentes y concordancias extranjeras 305
Análisis 306
Jurisprudencia peruana del artículo 1160 306
Concordancias nacionales 307

TITULO IV
Obligaciones alternativas y facultativas

Obligaciones con pluralidad de prestaciones 309
Obligaciones conjuntivas 309
1. Concepto 316
2. Imposibilidad de ejecución de alguna, algunas o todas las prestaciones de una obligación conjuntiva 317

3. Supuesto en el cual sólo subsiste una prestación 318

Obligaciones alternativas. Concepto 321
Artículo 1161 321
Fuentes nacionales del artículo 1161 321
Fuentes y concordancias extranjeras 323
Análisis 324
Jurisprudencia peruana del artículo 1161 349
Concordancias nacionales 349

Elección de la prestación. A quién corresponde 351
Artículo 1162 351
Fuentes nacionales del artículo 1162 351
Fuentes y concordancias extranjeras 354
Análisis 355
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1162 360
Fundamento 361
Jurisprudencia peruana del artículo 1162 361
Concordancias nacionales 362

Formas de elección de la prestación a ejecutar 363
Artículo 1163 363
Fuentes nacionales del artículo 1163 363
Fuentes y concordancias extranjeras 364
Análisis 365
Concordancias nacionales 369

Obligación alternativa consistente en prestaciones periódicas 371
Artículo 1164 371
Fuentes nacionales del artículo 1164 371
Fuentes y concordancias extranjeras 372
Análisis 373

Imposibilidad de la ejecución de una o más prestaciones, cuando la elección corresponda al deudor 387
Artículo 1165 387
Fuentes nacionales del artículo 1165 387
Fuentes y concordancias extranjeras 391

Concordancias nacionales 393

Imposibilidad de la ejecución de una o más prestaciones cuando la elección corresponda al acreedor, a un tercero o al juez 395
Artículo 1166 395
Fuentes nacionales del artículo 1166 396
Fuentes y concordancias extranjeras 400
Análisis 401
Concordancias nacionales 410

Nulidad o imposibilidad de todas las prestaciones alternativas, salvo una 411
Artículo 1167 411
Fuentes nacionales del artículo 1167 411
Fuentes y concordancias extranjeras 413
Análisis 413
Concordancias nacionales 416

Obligaciones facultativas. Concepto 417
Artículo 1168 417
Fuentes nacionales del artículo 1168 417
Fuentes y concordancias extranjeras 418
Análisis 419

Nulidad o imposibilidad de la prestación principal 433
Artículo 1169 433
Fuentes nacionales del artículo 1169 433
Fuentes y concordancias extranjeras 434
Análisis 435
Concordancias nacionales 440

Nulidad o imposibilidad de la prestación accesoria 441
Artículo 1170 441
Fuentes nacionales del artículo 1170 441
Fuentes y concordancias extranjeras 442
Análisis 442
Concordancias nacionales 443

Supuesto de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa. Solución del problema 445
Artículo 1171 445
Fuentes nacionales del artículo 1171 445
Fuentes y concordancias extranjeras 446
Análisis 447
Jurisprudencia peruana del artículo 1171 454

TITULO V
Obligaciones divisibles e indivisibles

y

TITULO VI
Obligaciones mancomunadas y solidarias

Algunas precisiones conceptuales y metodológicas 455
Obligaciones divisibles e indivisibles 460
Obligaciones mancomunadas y solidarias 474
1. Concepto 487
Artículo 1172 487
Artículo 1182 487
Fuentes nacionales del artículo 1172 487
Fuentes y concordancias extranjeras 490
Fuentes nacionales del artículo 1182 492
Fuentes y concordancias extranjeras 494
Análisis 496
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1182 522
Fundamento 522
Jurisprudencia peruana del artículo 1172 522
Concordancias nacionales 523
Jurisprudencia peruana del artículo 1182 523
Concordancias nacionales 523

– SUPUESTOS DE PERDIDA DE UN BIEN CIERTO.

Artículo 1137.- "*La pérdida del bien puede producirse:*

1. *Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.*

2. *Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.*

3. *Por quedar fuera del comercio."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1137.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836,* así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* ni en el *Código Civil de 1852.*

El primer cuerpo legislativo peruano que regula el tema es el *Proyecto de Código Civil de 1890,* a través de su artículo 3044: "Si una cosa corporal se destruye, sale del comercio humano, o desaparece sin que se sepa si existe, o dónde se halla, se extingue la obligación relativa a esa cosa, salvo lo dispuesto en este título.- En el caso de que cualquiera de los tres hechos anteriores

se realice sólo en parte de la cosa, subsiste la obligación respecto de lo que de ella haya quedado."

No regulaban el tema el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni el *Código Civil de 1936.*

Sí lo hizo, en cambio, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* en su artículo 11: "La pérdida de la cosa puede verificarse: 1. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; 2. Desapareciendo de modo que no se tenga noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar."; así como el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* en su artículo 8: "La pérdida de la cosa puede producirse: 1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por su daño parcial.- 2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de ella, o, aun teniéndolas, la cosa no se pueda recobrar.- 3. Por quedar fuera del comercio."

Por último, debe mencionarse que lo propio hicieron el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en su artículo 1150: "La pérdida de la cosa puede producirse: 1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por su daño parcial; 2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de ella, o aun teniéndolas, la cosa no se pueda recobrar; 3. Por quedar fuera del comercio."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el numeral 1105: "La pérdida de la cosa puede producirse: 1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial; 2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de ella o, aun teniéndolas, la cosa no se pueda recobrar; 3. Por quedar fuera del comercio."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1137 del Código Civil Peruano, en-

tre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 2021), Francés (artículo 1302, primer párrafo), el mismo que agrega: "La obligación se extingue si la cosa ha perecido o se ha perdido sin culpa del deudor o antes de que estuviese en mora", Uruguayo (artículo 1550), Venezolano de 1942 (artículo 1344, primer párrafo), Venezolano de 1880 (artículo 1245, primer párrafo), Chileno (artículo 1670), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 896, primer párrafo) y Español (artículo 1122, inciso 2, segundo párrafo).

Por otra parte, debe señalarse que el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 896) dispone que por la pérdida se extingue la obligación.

- Análisis.

El artículo 1137 del Código Civil Peruano de 1984 recoge varios supuestos según los cuales la ley considera que se pierde un bien cierto, a cuya entrega a un acreedor se ha obligado un deudor. Se entenderá que la pérdida traerá una serie de consecuencias, desarrolladas más adelante, cuando estudiemos los supuestos contemplados por el artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo.

El primer caso, contemplado por el inciso primero de la norma bajo comentario, es aquel en el cual el bien perece. El perecimiento de un bien puede revestir diversas características. En primer lugar, si se tratase de un animal o de un ser vivo de otro género (como por ejemplo un vegetal) su perecimiento coincidirá con su muerte física. En los casos de seres vivos, se entiende claramente cuál es el sentido del perecimiento. Sin embargo, éste no es tan claro en el caso de los bienes que no son seres vivos, como por ejemplo un vehículo. No obstante, un vehículo perecerá, obviamente, cuando se destruya. Nadie dudará que un automóvil habrá perecido en estas circunstancias. Su perecimiento equivaldrá, entonces, a su destrucción total, situación que también se produciría en el supuesto de que el vehículo se incendie total-

mente -por citar otro caso-. Como señala Eduardo B. Busso[1] la pérdida supone la destrucción total de la cosa, por oposición a los supuestos de destrucción parcial o de deterioro; y agrega que no pueden darse reglas fijas sobre el exacto alcance de cada uno de estos conceptos, por cuanto la solución varía según las circunstancias de cada caso.

Añade Busso que la pérdida total -entendida estrictamente- supone la destrucción integral de la cosa, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como del cualitativo; el aniquilamiento de su materia y de las aptitudes que le daban utilidad. Señala que sobre tal base cabría distinguir esa pérdida total de la pérdida parcial -que no alcanza a la totalidad de la cosa- y del deterioro -que no consume su íntegra utilidad-.

En adición a los conceptos enunciados, el mencionado tratadista argentino sostiene que jurídicamente el concepto no puede aplicarse con excesiva rigidez, debiéndose sujetar a la función del contrato y a la finalidad de las partes; adecuándose la pérdida de la cosa a aquella utilidad que los contratantes hayan tenido en cuenta cuando pactaron la obligación que a su entrega se refería.

Debemos señalar, además, que para efectos prácticos, en el Derecho Peruano no tiene mayor importancia distinguir la destrucción total de la destrucción parcial, ya que el daño parcial del bien, que lo hace inútil para el acreedor, también es supuesto de pérdida.

La ley incluye dentro de la pérdida otro supuesto, que si bien no es el perecimiento o destrucción total del bien, produce, según se considera, los mismos efectos o consecuencias, por su gravedad. Es el caso en el cual la cosa, aunque no se destruya totalmente, sufre un daño parcial que la hace inútil para el acreedor.

(1) BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Tomo IV, Páginas 93 y 94. EDIAR Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, 1951.

Podrá entenderse como un ejemplo de esta situación, el que un automóvil sufra un accidente, a consecuencia del cual se destruya toda la parte delantera, inutilizándose el motor y otras piezas fundamentales del vehículo. En este caso, podría sostenerse que no ha habido una destrucción total, y que por lo tanto el bien no habría perecido, pero será igualmente claro que el daño ocasionado al vehículo será de tal magnitud que lo hará totalmente inútil para el acreedor. Aunque el daño sea de menor magnitud que en el primer supuesto del inciso primero del artículo 1137, no habrá la menor duda de que las consecuencias prácticas de dicho daño serán las mismas.

El inciso segundo del artículo mencionado señala el caso en el cual el bien desaparezca de modo tal que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

De este inciso podemos extraer claramente dos supuestos distintos. El primero de ellos es la desaparición del bien, sin que se tenga noticias de él. Vamos a colocar un ejemplo, a nuestro juicio, ilustrativo. Si una persona se hubiese obligado a entregar a otra una pelota de playa, y precisamente, en la playa -evidentemente antes de la entrega-, jugando con esa pelota, la misma se introduce en el mar y éste la arrastra, sin posibilidad de recuperación, hasta perderse en el horizonte, se habrá configurado un supuesto en el cual el bien ha desaparecido, y es más, no se tiene la menor idea de dónde puede estar, ya que las corrientes marinas lo pueden haber hecho llegar a cualquier parte.

Busso[2] precisa que en general debe considerarse perdida la cosa por parte del deudor, cuando por cualquier circunstancia se halle sustraída a sus poderes, en forma que pueda estimarse definitiva. Agrega Busso que, en la pérdida-destrucción, interesa la extensión material del efecto sobre la substancia de la cosa: pérdida total, pérdida parcial, etc. En la pérdida-extravío (y en general en la pérdida-imposibilidad) lo que interesa es la prolongación del efecto en el tiempo. Precisa Busso que la calificación de "pér-

(2) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 94 y 95.

dida total" es reemplazada por la de "pérdida definitiva"; asimilando las pérdidas temporarias, en cierta forma, a los deterioros.

El citado autor argentino considera que mientras la privación no sea definitiva, la obligación no debe considerarse extinguida; pues se crea simplemente un compás de espera, sin incurrir en mora el deudor durante el tiempo que pudiera durar la imposibilidad. Señala que esta suspensión sólo será admisible en la medida en que no conspire contra el logro de los fines del contrato, según la intención con que las partes lo hayan celebrado; agrega que, en general, el retardo en la ejecución importa disminuir la utilidad de la prestación; existiendo en tal forma un paralelismo entre el riesgo de pérdida de la cosa (destrucción de su materia) -en estricto debería hablarse de pérdida de la contraprestación, si la hubiere- y el riesgo de ejecución tardía, que importa una inejecución parcial y puede justificar una liberación correlativa del acreedor, en la medida en que aquel retardo haya modificado el valor de la prestación.

Busso plantea también otro tema digno de atención. En los casos de pérdida por extravío que venimos estudiando, ¿qué pasaría si la cosa perdida reaparece? Los autores franceses enseñan que en este supuesto, la obligación renacería. Sin embargo, ésta solución, en principio acertada, requiere, para su aplicación práctica en el Derecho Peruano, de algunas precisiones. En efecto, si ésa fuese la hipótesis, no podríamos sostener similar solución, puesto que en los términos del artículo 1137, el bien se habría perdido, y si las partes ya hubiesen constatado dicha pérdida, debería entenderse que la obligación se ha extinguido, y para renacer -lo entendemos así- se requeriría que las partes la crearan nuevamente a través de un nuevo contrato -si se tratase de esta fuente de las obligaciones-. Lo contrario equivaldría a condenar a las relaciones jurídicas, en estos casos, a una inestabilidad sumamente peligrosa.

Un ejemplo del segundo supuesto de este mismo inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil Peruano, puede ser aquel en el cual un andinista se hubiese comprometido frente a otro -compañero de aventuras- a entregarle su reloj, un reloj resistente a golpes fuertes y especial para efectuar dicha actividad de alturas y temperaturas extremas. En una excursión, al deudor se le cae el reloj a una grieta de una profundidad de 50 metros en las alturas de la Cordillera de los Andes. Luego de caído el artefacto, utilizando largavistas, los andinistas logran ubicar exactamente dónde se encuentra dicho bien. Sin embargo, constatan que, pese a conocer su ubicación, resulta físicamente imposible recuperarlo, por lo agreste de la zona y lo angosto de la grieta donde se encuentra.

Creemos también que ilustrarían el segundo supuesto del inciso segundo bajo comentario, la obligación de dar un barco que luego se ha hundido -como sería el caso del "Titanic"-, o el de una nave antes de haber sido capturada por el enemigo -como sería el caso de nuestro monitor "Huáscar"-. Si bien es cierto que ninguna de las dos hipótesis anotadas constituye una imposibilidad absoluta, la primera pasaría por realizar una inversión infinitamente grande; en tanto que la segunda significaría, además, una guerra externa, lo que -a todas luces- haría desproporcionados los medios para lograr el objetivo deseado.

El inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil Peruano, establece que se considerará la pérdida de un bien cuando éste quede fuera del comercio. En realidad, los bienes se encuentran fuera del comercio en razón de que alguna norma legal prescriba en tal sentido. Como decía G. Baudry-Lacantinerie en su Tratado de Derecho Civil, la regla general es que una cosa puede ser vendida; la excepción, que ella no puede serlo; por lo que, agregaba, para que la venta de una cosa sea posible, no es necesario que un texto de ley la permita; basta que ninguna ley la prohíba; y que por consiguiente sólo trataría de las cosas cuya venta está prohibida, para concluir, por el argumento a contrario, que las otras pueden ser vendidas. Estos mismos argumentos los podríamos aplicar respecto de los bienes comercializables y no susceptibles de comercialización.

En tal sentido, entendemos como bienes dentro del comercio a aquellos sobre cuya comercialización no recae ninguna restricción legal.

Como señala Eduardo B. Busso[3], a la destrucción total debe equiparársele el caso de que la cosa sea puesta fuera del comercio; advierte que la solución es lógica, pues al sustraerse la cosa al poder de disposición del deudor que ha de entregarla, se configura para él la situación de imposibilidad de cumplimiento.

Supongamos que se trata de cigarrillos, los cuales hoy en día pueden ser perfectamente comercializados.

Imaginemos que una persona se ha obligado frente a otra a entregarle dos cajas determinadas de cigarrillos, dentro de dos días. Si así fuese, y al día siguiente de celebrado el contrato, el Gobierno, a través de un Decreto Supremo, prohibiese la venta y comercialización de los cigarrillos, bajo cualquier modalidad, dentro del territorio de la República, será evidente que estos bienes habrán quedado fuera del comercio, razón por la cual, en virtud de lo establecido por el inciso bajo comentario del artículo 1137, debe entenderse que dicho bien se ha perdido.

Antes de concluir nuestros comentarios al inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil Peruano, debemos señalar que consideramos también comprendido en este inciso al supuesto en el cual un bien sea expropiado. Este parecer es compartido por Busso[4], quien señala que un antiguo fallo de la Cámara Civil Argentina aplicó el criterio expuesto en un caso donde se demandaba la escrituración de un terreno que antes de ser entregado había sido expropiado e incorporado a la vía pública. Agrega el mencionado tratadista que para que la expropiación configure, con relación al deudor, imposibilidad de cumplimiento, es menester que el expropiante haya iniciado el procedimiento de ocupación, pues no bastaría la simple declaración de "utilidad pública", porque esta última no impediría al deudor la entrega de la cosa. Busso considera, adicionalmente, que si por consecuencia de la expropiación, el deudor obtiene una indemnización o un derecho a ser indemnizado, el acreedor puede exigir que se le entregue

(3) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 94.
(4) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 94.

aquella indemnización o se le ceda ese derecho; señala, además, que en general, surge la imposibilidad legal cuando la prestación prometida viene a ser prohibida por disposición imperativa posterior a la formación de la obligación, siendo impropio en tales casos hablar de nulidad, ya que se trata de una extinción por ilicitud sobreviniente.

– Concordancias nacionales.

Pérdida por culpa del deudor, por culpa del acreedor y sin culpa de las partes, artículo 1138, incisos 1º, 3º y 5º del Código Civil / Presunción de culpa, artículo 1139 del Código Civil / Obligación proveniente de delito o falta, artículo 1141 del Código Civil.

– LA TEORIA DEL RIESGO EN LAS OBLIGACIONES DE DAR BIENES CIERTOS.

Artículo 1138.- *"En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:*

1. *Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.*

   Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al acreedor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

2. *Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acree-*

dor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

3. *Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.*

4. *Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.*

5. *Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.*

6. *Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que puede originar el deterioro del bien."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1138.*

Dentro de la legislación colonial, el antecedente de esta norma estuvo constituido por las *Partidas*, Ley 8, Título VIII, Partida Quinta: "**Es tenudo de pechar la cosa, aquel que por su culpa acaeciesse aquella ocasión por que se pierde o se muere la cosa**."

En las mismas *Partidas*, se encontraban la Ley 9, Título XIV, Partida Quinta: "**Mas si se perdiesse, o se muriesse por su culpa, o por el engaño que el debdor fiziesse, estonce tenudo sería de pechar la estimación della"; y la regla 29, Título XXXIV, Partida Séptima: "Según derecho natural aquel deue sentir el embargo de la cosa, que ha el pro della**."

El tema no registró antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.* En cambio, todos los Códigos y Proyectos de Código que le sucedieron en nuestro país sí lo hicieron.

Para empezar, tenemos al *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* que lo hizo en sus artículos 898 y 899. El artículo 898 establecía: "Se extingue la obligación cuando sin culpa del deudor, o sin que hubiese habido morosidad de su parte, perece la especie cierta y determinada que era objeto de la obligación, o sale fuera del comercio de los hombres, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia. En el caso de haber sido moroso el deudor, mas sin responsabilidad a los casos fortuitos, se extingue la obligación siempre que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega."; y el artículo 899: "Cuando la cosa ha perecido o salido del comercio de los hombres o se ha perdido sin culpa del deudor, si éste tiene algunos derechos o acciones de indemnización con relación a la cosa, está obligado a cederlos a su acreedor."

Posteriormente la materia fue tratada por el *Código Civil de 1852* en su artículo 2277: "El deudor que se liberte de responsabilidad por destrucción o pérdida de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella.". Lo propio hizo el *Proyecto de Código Civil de 1890,* el mismo que abordaba el tema en una serie de normas que mencionamos a continuación: artículo 1484.- "La cosa produce, recibe incremento, se deteriora o perece para el que tiene que recibirla, menos en los casos siguientes: 1. Si perece, o se deteriora por dolo o culpa del que tiene obligación de entregarla; 2. Si se ha pactado que el peligro es de cuenta del que debe darla; 3. Si la cosa pertenece a la clase de las que se acostumbra medir, pesar, gustar o probar, antes de recibirlas; y 4. Si el deudor incurre en mora."; artículo 1491.- "Si se pierde o deteriora sólo en parte, y sin culpa del deudor la cantidad, objeto de la obligación; el acreedor tiene derecho para exigir, a su elección, o que se le entregue la cantidad restante no deteriorada, con disminución proporcional del precio, si ya

estuviese fijado, o que se rescinda la obligación."; artículo 1492.- "Si la pérdida o deterioro parcial de la cantidad debida ocurren por culpa del deudor, el acreedor tiene derecho para exigir a su elección, o que se le entreguen la cantidad restante y no deteriorada, y la que falte, o esté deteriorada, o que se rescinda la obligación, con abono de perjuicios en uno y otro caso."; artículo 3050.- "Si la cosa debida se destruye por hecho voluntario del deudor, que ignoraba su obligación, éste no responde sino del precio."; artículo 3051.- "De la destrucción de la cosa, ocurrida en poder del deudor después de haberla ofrecido al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no es responsable aquél, sino cuando ha procedido con dolo o culpa lata.- En la culpa del deudor está comprendida la de las personas por quienes él tiene obligación de responder."; artículo 3052.- "El deudor que queda libre de toda responsabilidad por la destrucción, o pérdida de la cosa debida, está obligado a ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hayan quedado relativos a ella."; y artículo 3053.- "Si reaparece la cosa perdida, o cuya existencia se ignoraba, puede reclamarla el acreedor, restituyendo lo que haya recibido por precio de ella."

Luego, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* trató sobre el particular en sus artículos 127, 128 y 129: artículo 127.- "Si la cosa mueble cierta se perdiera, sin culpa del deudor antes de efectuarse la tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación para ambas partes."; artículo 128.- "Si la cosa mueble se pierde por culpa del deudor, éste será responsable al acreedor por su equivalencia y por los daños y perjuicios."; artículo 129.- "Si la cosa mueble se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro será por su cuenta, y el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio si lo hubiere."

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* siguiendo la misma tónica impuesta por el *Anteproyecto* de Olaechea, reguló el tema en las cuatro normas que mencionamos a continuación: artículo 118.- "Si la cosa mueble cierta se perdiera, sin culpa del deudor antes de efectuarse la tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la

obligación para ambas partes."; artículo 119.- "Si la cosa mueble se pierde por culpa del deudor éste será responsable al acreedor por su precio y por los daños y perjuicios."; artículo 120.- "Si la cosa mueble se deteriora sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio si lo hubiere."; y artículo 306.- "El deudor que se libere de responsabilidad por pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* abordó la materia en sus artículos 1165, 1166, 1167 y 1316, del texto siguiente: artículo 1165.- "Si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación."; artículo 1166.- "Si la cosa mueble se perdiese por culpa del deudor, será éste responsable al acreedor por su precio y por los daños y perjuicios."; artículo 1167.- "Si la cosa mueble se deteriorase sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio, si lo hubiese."; y artículo 1316.- "El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella."

El *Código Civil de 1936* abordó el tema en sus numerales 1175, 1176, 1177, 1172 y 1327: artículo 1175.- "Si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación."; artículo 1176.- "Si la cosa mueble se perdiese por culpa del deudor será éste responsable al acreedor por su precio y por los daños y perjuicios."; artículo 1177.- "Si la cosa mueble se deteriorase sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio, si lo hubiese."; artículo 1172.- "La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario."; y artículo 1327.- "El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al

acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella."

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trató sobre el particular en sus artículos 7 y 10, del texto siguiente: artículo 7.- "En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierda o deteriore en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes: 1. Si la pérdida fuere por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios; 2. Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios; 3. Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación; 4. Si se deteriorare por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle; 5. Si la cosa se perdiere por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido."; artículo 10.- "El deudor de una cosa perdida o deteriorada sin culpa suya, está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le hubiesen quedado relativos a ella."

Pero fue el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* el que dio al artículo 1138 del Código Civil, su configuración actual, cuando establecía -en su artículo 9- lo siguiente: "En las obligaciones de dar cosas ciertas se observarán, hasta su entrega, las reglas siguientes: 1. Si la cosa se perdiese por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.- Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos.- 2. Si la cosa se deteriorara por culpa del deudor, el acreedor podrá optar por lo prescrito en el inciso 1) o por recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1).- Si el deterioro fuese de escasa importancia, el acreedor sólo podrá ejercitar la segunda solución prevista.- 3. Si la cosa se perdiese por culpa del acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, pero quedará liberado de la obligación que le corresponda. Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación.- 4. Si la cosa se deteriorara por culpa del acreedor, éste tendrá la obligación de recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.- 5. Si la cosa se perdiese sin culpa, la obligación quedará sin efecto. En estos casos el acreedor, tratándose de inmuebles, y el deudor, tratándose de muebles, sufrirán la pérdida de la cosa.- En las hipótesis previstas en el párrafo anterior, corresponderán al acreedor o al deudor, respectivamente, los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la cosa.- 6. Si la cosa se deteriorara sin culpa, el acreedor, tratándose de inmuebles, y el deudor, tratándose de muebles, sufrirán las consecuencias del deterioro. En los casos previstos, corresponderán al acreedor o al deudor, respectivamente, los derechos y acciones que pudiera haber originado el deterioro de la cosa."

Posteriormente, el tema fue abordado por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en su artículo 1151, que establecía lo siguiente: "En las obligaciones de dar cosas ciertas se observarán, hasta su entrega, las reglas siguientes: 1. Si la cosa se perdiese por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.- Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos; 2. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el

acreedor podrá optar por lo prescrito en el inciso 1) o por recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1).- Si el deterioro fuese de escasa importancia, el acreedor sólo podrá ejercitar la segunda solución prevista; 3. Si la cosa se perdiese por culpa del acreedor, el deudor tendrá el derecho a la contraprestación, si la hubiere, pero quedará liberado de la obligación que le corresponda. Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación; 4. Si la cosa se deteriorara por culpa del acreedor, éste tendrá la obligación de recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere; 5. Si la cosa se perdiese sin culpa, la obligación quedará sin efecto. En estos casos el deudor pierde el derecho a la contraprestación.- En la hipótesis prevista en el párrafo anterior, corresponderán al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la cosa; 6. Si la cosa se deteriorara sin culpa, el deudor sufrirá las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional en la contraprestación.- En el caso previsto, corresponderán al deudor los derechos y acciones que pudiera haber originado el deterioro de la cosa."

Para finalizar este rubro, debemos mencionar que el tema también fue tratado por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en su artículo 1106, que tenía la siguiente redacción: "En las obligaciones de dar cosas ciertas se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes: 1. Si la cosa se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.- Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero.- En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.- 2. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar

por resolver la obligación, o por recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.- 3. Si la cosa se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.- 4. Si la cosa se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.- 5. Si la cosa se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la cosa.- 6. Si la cosa se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional en la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro de la cosa."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1138 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1007), el mismo que agrega en sus incisos 5 y 6: "Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden a favor del acreedor; si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario", Hondureño de 1906 (artículo 1384) -similar al Código Panameño en su artículo 1007-, Portorriqueño de 1930 (artículo 1075), Chileno (artículo 1672), Uruguayo (artículos 1335 y 1551, primer párrafo), Ecuatoriano (artículo 1529), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 861), Español (artículo 1122, incisos 1, 2, 3 y 4), Guatemalteco de 1973 (artículo 1331), Portugués de 1967 (artículos 794 y 803 -similar al inciso 1 del artículo 1138 Peruano-),

Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículos 232, segundo párrafo y 237 -similar al inciso 1 del artículo 1138 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículos 234 -similar al inciso 2 del artículo 1138 Peruano), Brasileño (artículos 865 segundo párrafo; 866, 867 y 870 -similar al inciso 2 del artículo 1138 Peruano-), Portugués de 1967 (artículo 795 inciso 2 -similar al inciso 3 del artículo 1138 Peruano-) y Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 233 -similar al inciso 4 del artículo 1138 Peruano-).

Asimismo, el Código Civil Mexicano (artículo 2020) establece: "El deudor de una cosa perdida o deteriorada sin culpa suya, está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones tuviere a reclamar la indemnización a quien fuere responsable."

Por su parte, el Proyecto Franco-Italiano de Código de Obligaciones y Contratos de 1927 establece, de diferente manera, en su artículo 90 que, aun sin culpa del deudor, éste debe ceder al acreedor, los derechos o acciones que por indemnización tendría en relación a la cosa perdida, puesta fuera de comercio o perecida.

El Código Civil Argentino (artículo 578) señala que si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación queda disuelta para ambas partes. Este Código agrega (artículo 579) que si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste será responsable ante el acreedor por su equivalente y por los perjuicios e intereses.

Dicho Código establece, adicionalmente (artículo 580), que si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro será por su cuenta, y el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se encuentre, con disminución proporcional del precio, si lo hubiere; agrega (artículo 581) que si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnización de los perjuicios e intereses, o de recibir la cosa en el estado en que se halle, con indemnización de los perjuicios e intereses. Si la cosa se

hubiere mejorado o aumentado (artículo 582), aunque no fuese por gastos que en ella hubiese hecho el deudor, podrá éste exigir del acreedor un mayor valor, y si el acreedor no se conformase, la obligación quedará disuelta.

El propio Código Argentino añade (artículo 584) que si la obligación fuera de dar una cosa cierta con el fin de restituirla a su dueño, y la cosa se perdiese sin culpa del deudor, la cosa se pierde para su dueño, salvo los derechos de éste hasta el día de la pérdida, y la obligación quedará disuelta.

Si se pierde la cosa por culpa del deudor (artículo 585) se observará lo dispuesto en el artículo 579; en tanto que si se deteriorare sin culpa del deudor, su dueño la recibirá en el estado en que se halle y no quedará el deudor obligado a ninguna indemnización (artículo 586).

Si se deteriorare por culpa del deudor, se observará lo dispuesto en el artículo 581 (artículo 587).

El artículo 588 establece que si la cosa se mejorara o hubiera aumentado sin que el deudor haya hecho gastos en ella o empleado su trabajo, o el de otro por él, será restituida a su dueño con el aumento o mejora y nada podrá exigir el deudor.

Con relación al tema de los frutos, el Código Argentino (artículo 583) establece que todos los frutos percibidos, naturales o civiles, antes de la tradición de la cosa, pertenecen al deudor; mas los frutos pendientes el día de la tradición pertenecen al acreedor. Además, el artículo 590 establece que los frutos percibidos, naturales o civiles, pertenecen al deudor poseedor de buena fe. El deudor que hubiese poseído de mala fe está obligado a restituir la cosa con los frutos percibidos y pendientes, sin tener derecho a indemnización alguna.

Debemos mencionar también al Código Civil Chileno (artículo 1590) cuando establece que si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle, a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho

o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora y no provenga de un caso fortuito al que la cosa hubiera estado igualmente expuesta en poder del acreedor. En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciera de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios. Si el deterioro ha sobrevenido, antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho por culpa suya, sino de otra persona por quien es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre, pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño.

Aunque referido al tema de la inejecución de obligaciones, y los daños y perjuicios derivados de la misma, podemos mencionar como concordancia del artículo 1138 Peruano, al numeral 255 del Código Civil Alemán, donde se establece que quien ha de prestar indemnización de daños por la pérdida de una cosa o de un derecho, sólo está obligado a la indemnización a cambio de cesión de las pretensiones que correspondan al titular de la indemnización contra terceros sobre la base de la propiedad de la cosa o sobre la base del derecho.

– *Análisis.*

El artículo 1138 del Código Civil Peruano de 1984 contiene una serie de reglas por las cuales se establece cuál de las partes de la relación obligacional debe sufrir o correr con el riesgo de la pérdida de la contraprestación, ante la imposibilidad de ejecución de la propia prestación o su deterioro. Debemos reiterar además, que el ámbito de aplicación general del artículo 1138, al igual que del resto de normas de obligaciones de dar, corresponde a la generalidad de las mismas y no sólo a las obligaciones de dar que impliquen transferir la propiedad de un bien.

Según señala Giorgio Giorgi[1] "Se llaman riesgos y peligros en el lenguaje jurídico moderno todos los casos fortuitos que deterioran o destruyen la cosa debida. No lo son las variaciones de valor dependientes de causas económicas o políticas, y aquellos vicios o defectos que el deudor esté, por la índole del contrato o por pacto especial, obligado a garantizar. Y como el género y la cantidad no perecen, apenas se necesita advertir que cuando la cosa, o para hablar más generalmente, la prestación debida, no sea un cuerpo cierto y determinado, o por lo menos, un género y una cantidad limitados de tal modo que equivalgan al cuerpo cierto y determinado, no ha lugar a hablar de riesgos y peligros."

Debemos precisar, en esta parte de nuestro análisis del artículo 1138 del Código Civil Peruano, que la teoría del riesgo adquiere relevancia únicamente cuando nos encontramos frente a obligaciones de dar en las cuales la ejecución de la prestación no se realice inmediata e instantáneamente, como podría ser el caso, por citar un ejemplo, en que se compre un libro y el intercambio de dinero por el libro se efectúe inmediatamente después de celebrado el contrato. Resulta evidente que en este caso carecería de sentido hablar de los riesgos en la ejecución de las prestaciones, ya que ambas se habrán ejecutado de manera inmediata e instantánea. Esta teoría adquiere relevancia, cuando para la ejecución de la prestación deba mediar un lapso -apreciable en el tiempo- desde el momento en que se celebró el contrato, o en general, desde el momento en que tuvo nacimiento la obligación hasta el momento en que ésta deba ejecutarse. Resulta claro que en este caso, en el intervalo podría ocurrir una pérdida o un deterioro del bien objeto de la prestación. Concordamos con los términos del Doctor Jorge Eugenio Castañeda[2], cuando señala que la teoría del riesgo aparece en el momento en que pueda haberse perdido, o sufrido deterioros que disminuyan su valor, la

(1) GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Volumen IV, Página 242. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1909.

(2) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Teoría General de las Obligaciones, Página 113. Lima, 1957.

cosa debida, en el intervalo transcurrido desde que la obligación es contraída hasta que ella debe ser cumplida, o sea hasta que la cosa debe ser entregada [3].

---

(3) El Doctor Manuel de la Puente y Lavalle hace una exposición muy lúcida acerca del tema de la transferencia del riesgo en el Código Civil Peruano. Este es desarrollado en el Volumen I de la Serie "Para Leer el Código Civil", editado en el año 1984 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Páginas 177 a 193. De este trabajo hemos considerado necesario extraer las siguientes ideas (Páginas 180 a 189):

"- Diversos conceptos de riesgo.

Aun cuando la finalidad de este trabajo es establecer a quien corresponde asumir el riesgo en el contrato de prestaciones recíprocas regulado por los artículos 1426 a 1434 del Código Civil Peruano de 1984, para iluminar el camino, oscurecido por la aplicación desordenada del principio **res perit domino** en el contrato de compraventa, es conveniente por el estudio del problema del riesgo en los contratos que se refieren a la obligación de transferir la propiedad de una cosa cierta.

En estos contratos es necesario distinguir tres clases de riesgos: el 'riesgo de la cosa', el 'riesgo de la prestación' y el 'riesgo de la contraprestación'.

El 'riesgo de la cosa' es un concepto vinculado exclusivamente al campo de los derechos reales, pues se refiere a la relación existente entre el propietario y la cosa. Supone, únicamente, que el propietario de una cosa queda disminuido en su patrimonio por la pérdida de la cosa (ALONSO PEREZ, Mariano. "El riesgo en el contrato de compra-venta", Madrid, 1972, Página 392.).

Si la cosa se pierde por cualquier causa, será necesario aplicar el principio **res perit domino**, según el cual la cosa se pierde para su dueño. En efecto, la consecuencia jurídica de la pérdida de una cosa que tiene dueño es simplemente que éste deja de ser propietario de algo que antes le pertenecía, por lo cual el perjuicio de la pérdida lo sufre el dueño.

El 'riesgo de la prestación' se refiere a determinar qué es lo que ocurre cuando una prestación se convierte en imposible por causa no imputable al deudor. Como se ha visto, el Código civil peruano de 1984 resuelve este problema estableciendo que, en tal caso, se extingue la obligación del deudor. Esto es así tanto en las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral como en las provenientes de contratos.

El concepto que realmente interesa para los efectos de la teoría del riesgo es el del 'riesgo de la contraprestación', que consiste en

Queda claro, a partir de los conceptos expresados por el Doctor De la Puente, que el artículo 1138 trata sobre la teoría del

---

establecer si el deudor pierde o no el derecho a la contraprestación cuando la prestación a su cargo se convierte en imposible. Este es el tema que se va a desarrollar en el presente trabajo.

-El riesgo en el contrato de prestaciones recíprocas.

Conviene precisar muy brevemente la naturaleza de este contrato.

A diferencia del contrato bilateral clásico, contemplado en el Código Civil de 1936, que se caracteriza por una interdependencia entre las obligaciones creadas por el contrato, el contrato con prestaciones recíprocas, regulado legislativamente por primera vez en el Código civil italiano de 1942, contempla una reciprocidad entre las prestaciones a cargo de ambas partes contractuales.

Sabido es que la obligación es el vínculo establecido entre dos o más personas, en virtud del cual una o varias de ellas -el deudor o deudores- quedan sujetas al deber de entregar a la otra u otras -el acreedor o los acreedores- una prestación. La prestación, por su parte, es el comportamiento o conducta que, en interés del acreedor, debe observar el deudor, que puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer.

Pues bien, en el contrato bilateral las obligaciones a cargo de cada una de las partes se vinculan entre sí al momento de celebrarse el contrato, por lo cual se dice que existe un 'sinalagma genético', mientras que en el contrato de prestaciones recíprocas la prestación a cargo de una de las partes es recíproca de la contraprestación a cargo de la otra y esta reciprocidad se aprecia en el momento de la ejecución del contrato, lo que da lugar a la existencia de un 'sinalagma funcional.'

En estas condiciones, no interesa para los efectos del contrato de prestaciones recíprocas a quién corresponde el 'riesgo de la cosa', desde que, como se ha visto, este concepto juega su rol exclusivamente en el campo de los derechos reales. Consecuentemente, el principio **res perit domino**, que no debe entenderse en otro sentido que en el de establecer que el riesgo de la cosa lo asume el dueño de ella, es inaplicable en el campo de los contratos con prestaciones recíprocas, donde lo que está en juego es establecer quién -el deudor o el acreedor- asume el riesgo del contrato.

Es preciso distinguir entre el **periculum rei**, que es el perjuicio que se sufre por la pérdida de la cosa, y el **periculum obligationis**, que es el perjuicio resultante de la imposibilidad de cumplir una prestación obligacional.

El principio **res perit domino** juega su rol exclusivamente en el ámbito del **periculum rei** y está orientado a establecer que la cosa

riesgo, destinada a verificar cuál de las dos partes en la relación obligacional (el acreedor o el deudor) es quien tiene que sufrir el riesgo de la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

---

se pierde para su dueño. No se puede otorgar al principio **res perit domino** alcances distintos y pretenderse que sea aplicable para determinar el **periculum obligationis**, en el sentido que el riesgo del contrato lo sufre el dueño de la cosa, pues el **periculum obligationis** se da necesariamente en una relación entre el deudor y acreedor, que son respectivamente el obligado y el beneficiario de la prestación que se ha convertido en imposible, y no en una relación entre dueño y cosa.

En el campo del contrato de prestaciones recíprocas, donde rige el **periculum obligationis** por tratarse de relaciones recíprocas entre el deudor y el acreedor de la prestación imposible, los únicos principios aplicables son el **periculum est debitoris** (el riesgo es del deudor) y el **periculum est creditoris** (el riesgo es del acreedor). Según el primero, cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a éste, pierde el derecho a la contraprestación. De acuerdo con el segundo, la imposibilidad de la prestación del deudor no libera al acreedor de cumplir la contraprestación a su cargo.

Aun cuando es posible optar entre el principio **periculum est debitoris** y el principio **periculum est creditoris**, tan es así que el Derecho alemán acoge el primero y el Derecho español favorece al segundo, es preciso determinar cuál de los dos está más de acuerdo con la naturaleza del contrato con prestaciones recíprocas.

La nota característica del contrato con prestaciones recíprocas es, como su nombre lo indica, la reciprocidad entre la prestación a cargo del deudor y la contraprestación a cargo del acreedor (...), a diferencia del contrato con prestaciones autónomas, donde no obstante haber prestación y contraprestación tal reciprocidad no existe, y del contrato con prestación unilateral, en el cual sólo hay la prestación a cargo del deudor.

En estas condiciones, como la imposibilidad de la prestación determina que ésta no pueda cumplirse, la única manera racional de respetar la naturaleza del contrato de prestaciones recíprocas es que la contraprestación tampoco se cumpla, con lo cual la liberación del deudor está recíprocamente acompañada por la liberación del acreedor. Es injusto, como dice Josserand (JOSSERAND, Louis. "Derecho civil", Buenos Aires, 1951, Tomo II, Volumen I, Página 23.), que existiendo reciprocidad uno de los contratantes obtuviese satisfacción y el otro no.

Si entre los cuatro efectos del contrato de prestaciones recíprocas (la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de

---

término, la resolución por incumplimiento y la teoría del riesgo) se da en los tres primeros que el incumplimiento (o el peligro del incumplimiento) de la prestación a cargo del deudor libera al acreedor (temporalmente en el caso de la excepción de incumplimiento y en el de la excepción de caducidad de término, y definitivamente en el caso de la resolución por incumplimiento) del cumplimiento de la contraprestación a su cargo, no se percibe la razón por la cual igual consecuencia no se produzca en el cuarto efecto (la teoría del riesgo), donde la liberación del deudor debe acarrear la recíproca liberación del acreedor.

Por otro lado, si se acepta, como lo hace la doctrina más moderna, que el fundamento del contrato de prestaciones recíprocas descansa en la existencia de un paralelismo o armonía entre la prestación a cargo del deudor y la contraprestación a cargo del acreedor, es lógico que el justificado incumplimiento de la prestación a cargo del deudor, debido a la imposibilidad ocurrida, que daría lugar al rompimiento del paralelismo, determine un también injustificado incumplimiento de la contraprestación a cargo del acreedor, para conservar así tal paralelismo entre prestación y contraprestación. De no ocurrir así, se estaría transformando el contrato de prestaciones recíprocas, sin justificación alguna, en un contrato con prestación unilateral, donde sólo existiría la contraprestación a cargo del acreedor.

En virtud de estas razones, resulta justificado opinar en el sentido que el único principio adecuado para la solución del problema del riesgo en los contratos con prestaciones recíprocas es el **periculum est debitoris**, según el cual cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a éste, con la consiguiente extinción de la obligación del deudor, el acreedor queda recíprocamente liberado de la contraprestación a su cargo. Sólo así se respeta el equilibrio entre prestación y contraprestación, que caracteriza al contrato de prestaciones recíprocas.

Existe una posición doctrinaria muy moderna que, invocando la equidad, favorece la solución de repartir el riesgo entre el deudor y el acreedor, de tal manera que ocurrida la imposibilidad de la prestación, la contraprestación no sería eliminada sino únicamente reducida en forma tal que el sacrificio del acreedor fuera semejante al sacrificio del deudor. Si bien, como dice Alonso (ALONSO PEREZ, Mariano. Op. cit., Página 99.), esta solución es más acorde con las exigencias de la justicia material, no ha sido acogida por el Derecho positivo.

- El riesgo en el Código civil de 1984.

A diferencia del Código Civil de 1936, que no se ocupaba de la teoría del riesgo, el Código Civil de 1984 lo hace en dos lugares. En primer lugar, en el Título I de la Sección Primera del Libro VI, al tratar sobre las obligaciones de dar bienes ciertos; después, en el Títu-

Además debemos señalar, como lo establece la Doctora Shoschana Zusman Tinman[4], que en un contrato sinalagmático -de prestaciones recíprocas en el Código Civil Peruano de 1984-, extinguida una de las obligaciones a cargo de una de las partes, debe verse qué ocurre con la obligación todavía posible de ejecutarse, la misma que ofrece como contrapartida la obligación extinguida; lo que equivale a analizar si seguirá vigente, por ser aún posible, o si desaparecerá en virtud de la correlatividad de las obligaciones nacidas en un contrato sinalagmático. De esta forma, según precisa la Doctora Zusman, la cuestión de los riesgos, entonces, no es que se plantee en un contrato unilateral; sino que en estos casos existe una única y posible solución que es la extinción de la obligación. Así las cosas -señala la mencionada profesora- el problema se torna complejo cuando se produce dentro del contexto de un contrato bilateral, en donde, se sabe, la obligación del deudor queda extinguida, preocupándonos, tan sólo, el destino de la obligación del acreedor de la obligación extinguida y deudor de la suya propia[5].

---

lo VI de la Sección Primera del Libro VII, al ocuparse del contrato con prestaciones recíprocas.

Cabe concluir, pues, que el Código Civil de 1984 adopta como solución para los efectos de la teoría del riesgo el principio **periculum est debitoris**, siguiendo así el derrotero trazado por el Derecho germánico, que ha inspirado las soluciones legislativas contenidas en los Códigos civiles de Egipto, Líbano, Grecia, Etiopía, Corea, Suiza, Italia y Bolivia.

Debe destacarse que por razón de la imposibilidad sobreviniente de la prestación, el contrato queda resuelto de pleno derecho, esto es sin necesidad de declaración judicial, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la resolución por incumplimiento doloso o culposo de la prestación, donde tal declaración sí es requerida."

(4) ZUSMAN TINMAN, Shoschana. La Teoría del Riesgo, En la Revista "Derecho" # 34 de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Página 81. Lima, abril de 1980.

(5) Agrega la Doctora Zusman (ZUSMAN TINMAN, Shoschana. Op. cit., Páginas 81 a 83), lo siguiente:
"La teoría del riesgo está destinada, precisamente, a solucionar este problema, es decir, a decidir si la obligación del acreedor (a su vez deudor) permanece vigente o si debe seguir la suerte de la del deudor, o lo que es lo mismo, extinguirse también.
Seguiremos restringiendo el alcance de la teoría del riesgo, aunque

Creemos, tal como lo expresa el Doctor De la Puente, que debe descartarse en esta materia la aplicación del principio **res perit domino**, vale decir, que la cosa se pierde para su dueño, ya que éste principio es propio de los Derechos Reales y no del De-

---

ya no por ser su panorama necesariamente más restringido, sino a efectos de nuestro trabajo.
Queremos decir con esto que la teoría del riesgo pretende solucionar el problema aludido dentro de cualquier contexto contractual, siempre y cuando se trate de un contrato sinalagmático. El contrato puede generar obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En cualquiera de los tres casos dicha teoría funciona perfectamente, pues su interés estará en solucionar el destino de la obligación correlativa, aun cuando la obligación extinguida sea una de dar, de hacer o de no hacer.
El interés de nuestro trabajo está dirigido principalmente a los contratos generadores de obligaciones de dar o, hablando con más propiedad, a aquellos en los que la obligación que se extingue sea siempre y necesariamente una obligación de dar. Es en este sentido que podemos ya referirnos con toda propiedad a 'la pérdida de la cosa debida', expresión utilizada frecuentemente. La obligación correlativa puede ser una de dar, de hacer o de no hacer. Eso ya no interesa. Lo importante es que la obligación extinguida sea una de dar. Puede presentarse, utilizando la terminología romana, en los siguientes dos contextos:

(a) Doy para que des.
(b) Doy para que hagas (o no hagas).

Debe, sin embargo, decirse que el contexto general y propio de la teoría del riesgo abarca a todas las categorías de obligaciones a las que hemos aludido y no debe dejarse de pensar que las obligaciones de dar difieren sustancialmente de lo que la teoría del riesgo informa respecto a las demás categorías de obligaciones. En otras palabras, la teoría del riesgo se ocupa de todas ellas, aunque nuestra atención estará dirigida casi exclusivamente a las obligaciones de dar. Demás está decir que en estos casos la imposibilidad debe ser subsecuente al nacimiento de la obligación. Si ella es anterior o concomitante con su nacimiento, estamos ante un problema totalmente diferente: el de la obligación sin objeto, cuya nulidad es evidente.
Para decidir entonces que estamos ante un problema de riesgos, deberá presentarse un supuesto conformado por los siguientes elementos:

(a) Que se trate de un contrato sinalagmático.

recho de Obligaciones. La confusión de ideas sobre esta materia tuvo su origen con la elaboración misma del Código Civil Francés.

(b) Que exista imposibilidad de cumplir con una de las prestaciones.
(c) Que la prestación correlativa sea aún posible de cumplirse.
(d) Que el incumplimiento se deba a caso fortuito, fuerza mayor o que no exista culpa en el deudor de la obligación.
(e) A efectos de nuestro interés, que la obligación extinguida sea una obligación de dar una cosa cierta, es decir, que se trate de pérdida de la cosa. Las cosas fungibles tienen sus normas particulares.
(f) Que la imposibilidad sea subsecuente al nacimiento de la obligación.

Presentes estos elementos, estamos ante un problema que reclama solución mediante la teoría del riesgo.
Ya podemos apreciar cómo es que la teoría del riesgo, si bien tiene vinculación con el aspecto más general de la inejecución de las obligaciones, de ninguna manera se identifica con ella. El problema es mucho más restringido y pretende buscar una solución que partiendo de la inejecución de obligaciones es diferente. Así, Tartufari explica que 'la cuestión del riesgo y peligro en materia de compra-venta, se reduce en sustancia a buscar sobre cuál de los dos contratantes debe recaer el daño derivado de la pérdida o deterioro de la cosa vendida. Y esto mismo sugiere dos observaciones: la primera es que tal cuestión, aun cuando se vincula a aquella más general del caso fortuito como causa de extinción de las obligaciones, no debe sin embargo confundirse con ella, ya que, verdaderamente, tanto en la hipótesis de que el riesgo esté a cargo del comprador, como aquélla en que está a cargo del vendedor, nadie duda de que la pérdida de la cosa libere a este último de hacer su entrega. Y, sin embargo, mientras en un caso subsiste en él el derecho al pago del precio, en el otro, por el contrario, queda extinguido, lo que importa, que aquí debe tenerse en consideración, no solamente la obligación del vendedor sino también la del comprador, según que esta última sobreviva o no a la extinción de aquélla...'
Como una cuestión puramente aclaratoria debemos decir que muchos autores colocan el problema del riesgo en un contexto contractual muy restringido, cual es el de la compraventa y la permuta. Nosotros debemos decir que si bien es cierto que ambos contratos son los únicos contratos nominados en los que el problema se presenta (por ser los únicos contratos sinalagmáticos cuyo objeto es una obligación de dar para transferir derechos reales), debemos admitir la vigencia del aludido problema en el contexto de los contratos innominados a los que hemos hecho referencia, es decir, el contrato

Como lo recuerda Laurent[6], Bigot-Préameneu, uno de los redactores del Código Napoléon, deduce el principio de los riesgos del adagio según el cual la cosa perece para su propietario; después de haber dicho que el acreedor se convierte en propietario por el simple consentimiento de los contratantes, sin tradición alguna; agregando el Tribuno de Gobierno que "Entonces, si la cosa perece por fuerza mayor o por caso fortuito desde el momento en que debió ser entregada, la pérdida es para el acreedor, según la norma **res perit domino**". Jaubert, el informante del Tribunado, se expresa en el mismo sentido: "La obligación de entregar la cosa hace al acreedor propietario desde el momento en que el consentimiento hizo el contrato: de donde resulta que la cosa pereció para él". Larombière es del mismo parecer; sin dudar que el principio de los riesgos deriva hoy de la norma **res perit domino**.

Giorgi[7] efectúa un análisis histórico acerca de los orígenes de la regla **res perit domino** y su errónea aplicación a la teoría del riesgo. Señala el mencionado autor italiano que "Razonando sobre los fundamentos racionales de la obligación de prestar los riesgos y peligros, y creyendo interpretar la **L. 9, C. de pigneratitia actione**, numerosos intérpretes pretenden someterlo enteramente al **res perit domino**. Quien tiene la propiedad de una cosa, soporta el riesgo, sea el acreedor, sea el deudor. He ahí la única consideración que prevaleció entre los partidarios de esta escuela. Mas por su desgracia, uno entre los contratos más importantes, el contrato de venta, se revelaba abiertamente contra el principio que ellos establecían como base de la teoría; pues mientras la venta acompañada de tradición, no transfería **iure** romano la propiedad del vendedor, textos clarísimos del Digesto y del Código, ponían los riesgos y peligros de la **res vendita adque nondum tradita** a cargo del comprador. ¿Qué ocurrió por consiguiente? Algunos jurisconsultos de criterio más sutil rompieron una lanza contra esta doctrina que encadenaba el riesgo y peligro

---

que incluye la obligación 'doy para que hagas', que, como es obvio, no es el caso de la compraventa ni de la permuta."
(6) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Páginas 267 a 272.
(7) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen IV, Páginas 243 a 245.

a la propiedad; y mostrando sus muchos absurdos e incongruencias, llegaron a esta conclusión: el **res perit domino** es verdadero mientras se trate de regular las relaciones jurídicas entre el propietario de una cosa y el poseedor obligado a restituirla, v. gr., entre depositante y depositario, y en engañoso y falaz en las relaciones entre el antiguo propietario y el nuevo adquiriente. De tal forma, esos jurisconsultos repudiaron el **res perit domino**, sustituyéndolo con el **species debita perit creditori**."

Señala Giorgi que tal conclusión no satisfizo a todos. Muchos, dejándose seducir por la sencillez de una teoría que resolvía la prestación de los riesgos con la propiedad, hicieron eco a las críticas de Puffendorff y Barbeyrac, y se declararon abiertamente contra el Derecho Romano, combatieron los principios que las Pandectas y el Código han consagrado en el contrato de venta, enseñando a relacionar todos los contratos, empezando, precisamente, por la compraventa, con la regla **res perit domino**; añade el autor italiano que ésta fue la corriente de ideas que prevaleció en la compilación del Código Napoléon e impulsó a los legisladores franceses a formular el artículo 1138. Este artículo que -a decir de Giorgi-, según vemos en el párrafo anterior, después de haber decretado la transmisión de la propiedad por efecto del solo consentimiento, sancionó a la vez que desde ese momento corriese la cosa a riesgo y peligro del acreedor. No es, pues, para extrañarse -dice Giorgi-, si el artículo 1125 del Código Civil Italiano de 1865 repitió la misma disposición; señala, además, que no se pueden admitir las censuras de muchos escritores modernos contra el Derecho Romano, al principio glorioso y luego maltratado, como la nación que lo creó, ni se puede aplaudir el pensamiento de los legisladores modernos, que acaso al dictar los artículos 1138 y 1125 creyeron de buena fe poner el Derecho positivo a la par con la equidad y reducir a una frase sencillísima toda la teoría del riesgo y peligro en los contratos. Giorgi cree erróneo frente a la ciencia el **res perit domino**; viciosa (cualquiera que fuese el pensamiento de los compiladores del Código) la interpretación de los citados artículos 1138 y 1125. Lo cree erróneo, y verdaderamente, pues cuando una cosa perece, el propietario pierde, sin duda, su derecho de propiedad, pero no lo empobrece siempre tal pérdida. Señala Giorgi que ha dicho antes que aun

hoy sería lícito un contrato de compraventa con el pacto de que la transmisión de la propiedad no llegase antes de la tradición. Ahora bien -agrega-: dos individuos realizan un pacto de semejante género; uno de ellos se obliga a transferir al otro la propiedad de una cosa determinada en el momento en que haga la tradición efectiva. Esta cosa, por lo demás, perece antes de la consignación en manos del vendedor todavía propietario. Según el adagio **res perit domino**, éste debería sentir el daño de la pérdida. Pero no es así; la lógica del Derecho y la autoridad de los tratadistas más insignes enseñan que todo el daño es sentido por el comprador, porque será obligado a pagar el precio, aunque no pueda ya conseguir el disfrute de la cosa.

Por otra parte, creemos con Laurent, que es evidente el hecho de que la cosa perezca para su propietario, cuando no hace el objeto de ningún contrato. La propiedad es un derecho real y todo derecho real se extingue por la pérdida de la cosa en la que se ejerce. Esto no se da del mismo modo cuando la cosa que perece es una cosa debida por un deudor y estipulada por el acreedor; la pregunta de saber para quién perece depende entonces de la relación que existe entre el acreedor y el deudor. Señala Laurent que el artículo 1138 del Código Napoléon lo comprueba, luego de haber dicho que la cosa está en los riesgos del acreedor, al agregar que está en los riesgos del deudor si éste se atrasa al entregarla; sin embargo, la demora del deudor no impide que el acreedor sea propietario, donde tenemos entonces un caso en que la cosa no perece para su propietario. Si la cosa perece tanto para el deudor o para el acreedor, aunque el acreedor siempre sea propietario de ella, se deduce que la cuestión de los riesgos es independiente de la cuestión de propiedad y que se debe decidir por los principios que rijan a las obligaciones.

Siguiendo a Huc[8], podríamos decir que la pérdida de la cosa debida es un suceso con la característica de ejercer una influencia natural sobre la situación del deudor de esta cosa. Se trata únicamente de saber si liberará o no al deudor. Ahora bien,

---

(8) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Página 229.

esta dificultad no tiene ninguna relación, en absoluto, con la interrogante totalmente diferente de saber cuál de las dos partes debe hacerse cargo por los peligros y riesgos en un contrato. Aun cuando efectivamente se decidiera que se libera al deudor, él permanecería todavía para resolver la interrogante del riesgo, la de saber si esta liberación del deudor conlleva a la liberación recíproca del acreedor.

Este tema no debería ofrecer mayores complicaciones. En tal sentido, Giorgi[9] establece lo siguiente:

"Preguntar cuál de los contratantes debe soportar los riesgos y peligros significa querer saber quién de ellos debe sufrir los deterioros y la pérdida casuales de la cosa debida o bien la imposibilidad, sobrevenida por causas fortuitas, de ejecutar la prestación convenida. En los contratos unilaterales, el daño de esos deterioros, pérdidas e imposibilidad, consiste para el acreedor en perder el crédito sin poder exigir ninguna compensación; y para el deudor, en quedar obligado al cumplimiento del contrato y prestar los daños y perjuicios. Así, puesto que la pérdida casual de la cosa depositada libra al depositario de restituirla sin sujetarle a ninguna reparación del daño, diremos que el riesgo y peligro se sufre por el depositante. Si, por el contrario, el depositario estuviera obligado a responder de los daños y perjuicios, no obstante lo casual de la pérdida, correría el riesgo a cargo del depositario."

Agrega Giorgi que en los contratos sinalagmáticos, la prestación del riesgo atribuida al deudor (**res perit debitori**) significa para él perder la cosa sin poder exigir el cumplimiento de la obligación asumida por el otro contratante en favor suyo. Atribuida al acreedor (**res perit creditori**), quiere decir que, no obstante, la extinción de su derecho a exigir la cosa a él debida, queda obligado a ejecutar o cumplir la obligación que había asumido para obtenerla. Supóngase -dice Giorgi- la compraventa de un objeto cierto y determinado como, por ejemplo, un cuadro, un mueble de lujo, un caballo, una edificación. Si por casualidad ocurre la destrucción casual de la cosa vendida después de la conclusión del contrato, pero antes de la entrega, la prestación del riesgo y peligro, recaerá sobre el comprador cuando éste quede obligado al pago del precio, aunque no pueda pretender nada del vendedor. Por el contrario, si el peligro debe ser sufrido por el vendedor, perderá su derecho al pago del precio.

(9) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen IV, Páginas 242 y 243.

En relación al fundamento de la teoría del riesgo, los Mazeaud[10] señalan que se ha querido justificar la carga del riesgo mediante la idea de causa; pero la causa, aunque es un requisito de la formación de los contratos, es ajena a su cumplimiento. En tal sentido, en idea que compartimos, los Mazeaud expresan que es más exacto fundar la atribución del riesgo sobre la interdependencia de las obligaciones que nacen de un contrato sinalagmático -en nuestro Código Civil de 1984 hablaríamos de contrato con prestaciones recíprocas-. Sin embargo, ese fundamento no permite explicar por qué no están sometidos a las mismas reglas, en todos los puntos, el incumplimiento culposo o el incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor. Los Mazeaud encuentran el fundamento de la teoría del riesgo en la voluntad presunta de las partes, al considerar que éstas han convenido tácitamente que, si una de ellas no puede cumplir con su obligación como resultado de caso fortuito o de fuerza mayor, la otra parte quedará liberada. Para ilustrar su posición ofrecen como ejemplo el hecho de que, cuando alguien saca una entrada para el teatro, quiere que, si un caso de fuerza mayor -por ejemplo, la enfermedad de un actor- impide al empresario del espectáculo cumplir con su obligación, se le libere de su obligación de pagar el precio de la localidad, ya que podrá hacer que se le reembolse el precio de su entrada.

En este punto debemos precisar que la teoría del riesgo contemplada por el artículo 1138 del Código Civil, bajo comentario, sólo es de aplicación para el supuesto de las obligaciones de

(10) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Volumen II, Página 364. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

dar bienes ciertos, ya que como dice Laurent[11], si la cosa es indeterminada no se puede decir que ésta perece, pues una especie no perece. Por otro lado, se carece de los motivos del principio cuando la cosa sólo está determinada en cuanto a su especie. Como deudor de un cuerpo cierto, el vendedor puede decir que él conservó la cosa con los cuidados de un buen padre de familia. Pero si es deudor de una especie, él no puede decir que conservó la cosa en deuda; no se sabe cuál es ésta cosa; sólo se sabrá cuando se le determine, lo que es común durante la tradición; entonces, hasta aquí, la cosa que se propone entregar el deudor debe estar respaldada por él en sus riesgos.

Haciendo el análisis de los diversos principios contenidos en el artículo 1138 del Código Civil Peruano de 1984, diremos que el inciso primero trata acerca del supuesto en el cual el bien se pierda por culpa del deudor.

En este caso la ley considera que:

(a) La obligación queda resuelta, deduciéndose esto del hecho de que resultará imposible ya ejecutar dicha prestación, precisamente, por haberse perdido el objeto de la misma.

(b) El acreedor dejará de estar obligado a ejecutar su contraprestación, en el caso de tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas.

(c) El deudor estará sujeto al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiese causado al acreedor, de ser el caso.

Un ejemplo del supuesto regulado por el inciso primero del artículo 1138 es aquel en el cual una persona se obliga frente a otra a entregarle un automóvil. La noche anterior a su entrega, decide dar una vuelta al barrio conduciendo dicho vehículo, y al hacerlo, sufre un accidente, causado por él mismo, ya que se produjo al haber cruzado una calle sin observar la luz roja del semáforo. Si como consecuencia de dicho accidente el auto se destruye totalmente (perece) o sufre tales daños que lo hagan inútil para el acreedor (lo que también constituye un supuesto de perecimiento), se habrá producido la pérdida del bien, y por lo tanto, serán de aplicación las consecuencias previstas por el inciso primero de este artículo.

(11) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 270.

En este caso, el acreedor dejará de estar obligado a pagar la contraprestación dineraria que se había comprometido a entregar a cambio del automóvil.

Resulta claro que para el supuesto en el cual el bien se pierda con culpa (concepto dentro del cual se incluye obviamente al dolo) del deudor, la ley ha establecido el principio de que éste sufre la pérdida de la contraprestación.

El segundo párrafo del inciso primero establece algunos principios destinados a que el acreedor vea satisfechos, de la manera más expeditiva, sus derechos. En tal sentido, si el vehículo hubiese estado asegurado y el deudor recibiese por concepto del accidente y del daño ocasionado al vehículo (que en este caso sería un siniestro total) una indemnización, el acreedor podría exigir la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero.

Si suponemos que la cantidad que el acreedor del vehículo se había comprometido a entregar al deudor como precio era de 16,000 soles, y el acreedor hubiese sufrido daños y perjuicios generados por concepto de la falta de entrega del bien por parte del deudor, por un monto de 5,000 soles, dicho acreedor tendría la oportunidad de hacerse cobro de esta última suma del monto que la Compañía de Seguros deba pagar al deudor. En tal sentido, el deudor solamente recibirá por concepto del siniestro la cantidad de 11,000 soles. Los otros 5,000 soles serían para su acreedor.

Debemos puntualizar que cuando el Código hace referencia a la posibilidad de sustitución al deudor en la titularidad del derecho contra tercero, se está refiriendo al caso en que exista concu-

rrencia de culpas entre el deudor y un tercero, lo que significa que el acreedor podrá exigir directamente la indemnización al tercero que contribuyó a causar el daño, a través de la acción subrogatoria u oblicua.

El inciso segundo del artículo 1138 contempla el caso en el cual el bien se deteriore por culpa del deudor. Como anota Eduardo B. Busso[12], la determinación, en cada supuesto particular, de si ha habido pérdidas -en los términos de nuestro artículo 1137- o simplemente deterioro de la cosa, es una cuestión de hecho sobre la que no conviene generalizar en abstracto, sino atenerse a las circunstancias del caso, teniendo el deudor que proporcionar la prueba de esas circunstancias, según los principios generales vigentes al respecto. Agrega este autor que, si la cosa se hallase deteriorada en el momento de la entrega y el acreedor pretendiera que no lo estaba cuando la obligación se convino, incumbe al deudor la prueba de que el deterioro ya existía y que el acreedor lo tuvo en cuenta al contratar.

En el caso del artículo 1138, inciso segundo, se otorga al acreedor una opción entre:

(a) Resolver la obligación; o

(b) Recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere.

En ambos supuestos, será procedente una indemnización de daños y perjuicios, si éstos se hubiesen producido en detrimento del acreedor.

Concordamos con el parecer de Busso[13] cuando sostiene que no cabe incluir dentro del concepto de deterioro al demérito que por desvalorización puede sufrir la cosa adeudada, ya que la doctrina enseña que sólo el deterioro en la materialidad física da derecho a exigir la disminución del precio. Añade este tratadista

(12) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 125.
(13) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 126.

que, si bien los conceptos de deterioro y pérdida parcial no son sinónimos, ambos pueden equipararse, desde un punto de vista práctico, en cuanto a los efectos legales. Sin embargo, nosotros no concordamos con esta opinión del mencionado autor, ya que para la ley peruana (artículo 1137, inciso primero), se considera perdido un bien cuando sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor. En tal sentido, para el Código Civil Peruano, el deterioro, para no llegar a configurar un supuesto de pérdida, deberá ser un daño menor que no haga inútil el bien para el acreedor, ya que de lo contrario estaríamos frente a un supuesto equivalente al de pérdida que acabamos de recordar. Sin embargo, por lo dicho no se entienda que sostenemos que el más mínimo deterioro puede dar lugar a la opción planteada por el inciso segundo del artículo 1138, bajo comentario, en el sentido de poder resolver la obligación. El deterioro debe ser, por lo menos, apreciable, ya que si el bien se hubiese deteriorado en lo que podría denominarse como "casi nada", entendemos que no debería haber lugar a la posibilidad de resolver el contrato, pues ello constituiría un abuso del derecho del acreedor. En cambio sí asumimos las palabras de Busso, cuando señala que el adquirente de la cosa sólo podrá ejercer la opción conferida, cuando sea razonable afirmar que si la cosa hubiera estado deteriorada al tiempo del contrato, no la hubiera adquirido, o no hubiera pagado por ella el precio contractualmente fijado.

También resulta importante recordar lo señalado por este autor[14], en el sentido de que el deudor de la cosa cumple la obligación entregando la cosa prometida, sin que importe que su valor sea mayor o menor al que tuvo al tiempo de contraerse la obligación. Si la ley entrara a autorizar una modificación por alteración de valor, quedaría transtornado todo el régimen económico en que descansa la organización social. No interesan, pues, las fluctuaciones de valor que resultan de la ley de la oferta y la demanda, ni las que derivan de las molestias de vecindad que antes pudieran no haber existido, salvo los casos de excesiva onerosidad de la prestación previstos por los artículos 1440 al

(14) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 126.

1446 del Código Civil, los cuales exigen la concurrencia de eventos extraordinarios e imprevisibles para solicitar la reducción o el aumento de la contraprestación.

Cabe resaltar que el inciso segundo, bajo comentario, también otorga al acreedor los derechos para percibir la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, del monto que el deudor del bien recibiese como indemnización por concepto del contrato de seguro concertado con alguna Compañía de este ramo, o, de estar frente al supuesto, de exigir la reparación a un tercero que hubiera contribuido con la culpa del deudor a ocasionar la pérdida del bien.

De todo lo señalado hasta este punto, resulta evidente que en el inciso segundo del artículo 1138 también se ha adoptado el principio por el cual el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufrirá el deudor.

Por otra parte, el inciso tercero del artículo 1138 del Código Civil Peruano regula un supuesto distinto: aquél en el cual el bien se pierde por culpa (evidentemente también se incluye al dolo) del acreedor. En este caso, resultará evidente que el riesgo de pérdida de la contraprestación debe ser asumido por el acreedor, ya que obedecería a su actuar culposo (o doloso) que la prestación se hubiera perdido (comprendiendo dentro de la pérdida a cualquiera de los supuestos establecidos por el artículo 1137).

Para el inciso tercero, la consecuencia de dicha pérdida será que la obligación del deudor quede resuelta, conservando el deudor el derecho a recibir por parte del acreedor culpable de la pérdida, el pago de la correspondiente contraprestación (en caso de ser un contrato de prestaciones recíprocas).

Adicionalmente, este inciso prescribe que si el deudor obtuviese algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor. El propósito de esta norma es que, si bien la obligación ha resultado imposible por culpa del acreedor, dicha imposibilidad no beneficie al deudor más allá de lo que representaba el valor del bien.

Para ilustrar lo señalado, supongamos que el acreedor del automóvil estaba obligado a pagar la cantidad de 16,000 soles por el vehículo. Si por efectos de la destrucción del bien por culpa del acreedor, el deudor recibiese una indemnización de la Compañía de Seguros equivalente a los 16,000 soles que debía haber pagado el acreedor, de acuerdo con lo señalado por la última parte del inciso tercero, el acreedor ya no deberá pagar al deudor nada, pues la indemnización de la Compañía de Seguros cubre el íntegro del valor de la prestación que aquél tenía que ejecutar en su favor. La ley considera que si el acreedor siguiese obligado a pagar dicha cantidad de dinero, el deudor estaría resultando doblemente (por lo tanto injustamente) beneficiado. Lo propio ocurriría respecto del monto de una hipotética indemnización de daños y perjuicios que el acreedor tuviera que pagar en favor del deudor. Si el monto de lo pagado por concepto del seguro cubre también dicho monto, no tendría que pagar suma alguna.

Pero la Compañía de Seguros -y mucho dependerá esto de las cláusulas generales de contratación pactadas en el contrato- cobrará al acreedor. Está claro que la aseguradora no soportará finalmente dicho egreso ocasionado por la pérdida.

Por otra parte, el inciso cuarto del artículo 1138 contempla el supuesto en que el bien se deteriore por culpa del acreedor, caso en el cual éste tendrá la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere. Solución lógica y justa, sin duda.

El inciso quinto del artículo 1138 contempla el supuesto de pérdida del bien sin culpa de las partes (acreedor ni deudor). Para este caso, la ley pudo optar entre cualquiera de los siguientes tres principios:

(a) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor;

(b) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el acreedor; o

(c) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo asumen, por igual, acreedor y deudor.

En el primer caso, si el bien se perdiese, el deudor no recibiría nada, puesto que el acreedor no estaría ya obligado a la ejecución de la contraprestación.

En el segundo caso, el acreedor, a pesar de no recibir nada, estaría obligado al pago del íntegro de su contraprestación.

En el tercer caso, el acreedor, si bien no tendría que pagar el íntegro de su contraprestación, sí debería sufragar la mitad de la misma o de su valor. En este sentido se entendería que ambas partes asumirían el riesgo de la pérdida.

Reconociendo que ninguno de los principios mencionados constituye uno de justicia absoluta, y que más bien este problema se resuelve con una norma legislativa, el Código Civil Peruano de 1984 ha optado por el primero de ellos, vale decir, por aquel que sostiene que en caso de pérdida del bien sin culpa de las partes, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor.

Como señalan los Mazeaud, el aniquilamiento de la obligación del acreedor, consecuencia de la teoría del riesgo, no es sino la aplicación del mismo contrato, el llevar a la práctica la voluntad de las partes; el acreedor podrá oponerla, pues, al deudor sin acudir a los tribunales: el incumplimiento de la obligación, cuando sea debido a la fuerza mayor, produce de pleno derecho la desaparición de la obligación correlativa.

Debe señalarse, en este punto, que la regla contenida en el inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil Peruano, por basarse -siguiendo la teoría de los Mazeaud expuesta anteriormente- sobre la interpretación de la voluntad presunta de las partes, es meramente dispositiva; pudiendo de esta forma, excluirla los contratantes, si así lo prefieren, a fin de colocar el riesgo con cargo al acreedor, decidiendo que éste se hallará sujeto a cumplir con su propia obligación, aunque un caso fortuito o de fuerza mayor le impida a la otra parte cumplir con la suya, o, incluso, compartiendo los riesgos entre acreedor y deudor.

Si el bien objeto de la prestación de dar se pierde sin culpa de las partes, a decir de los Mazeaud, las dos obligaciones se encuentran "destruidas retroactivamente"; y sucede algo así como "si el contrato no se hubiese celebrado", produciéndose un efecto similar al de la resolución judicial, una vez que ésta es pronunciada por los tribunales[15].

Siguiendo el análisis del inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil Peruano, vamos a utilizar dos ejemplos para ilustrar el principio en él contenido:

(a) Un deudor debe a su acreedor un automóvil, por el cual le va a pagar este último la cantidad de 16,000 soles. Si antes de la entrega el bien se pierde por un acto en el cual no hubiese mediado culpa alguna de los contratantes (por ejemplo, un atentado terrorista), el deudor sufrirá la pérdida de dicho bien, en el sentido de que su obligación queda resuelta y el acreedor no le va a pagar nada.

Pero aquí queremos plantear un problema que complica aún más este punto. Y es el de la transferencia de propiedad.

En este ejemplo, por ser un bien mueble el objeto de la prestación del deudor, será éste quien haya sufrido la pérdida del bien, no en su calidad de deudor, sino en calidad de propietario del mismo (ya que en virtud del artículo 947 del Código Civil, la propiedad mueble se transfiere con la entrega del bien), y además, sufrirá la pérdida de la contraprestación, ya que el acreedor no le pagará nada.

(b) Si, tomando en cuenta la misma estructura del ejemplo anterior, el objeto de la prestación del deudor de bien cierto no fuera un automóvil, sino una casa, y dicha casa igualmente se destruyese (esta vez, por un terremoto), la pérdida como dueño, no la soportaría el deudor, sino el acreedor, pues, aunque no le ha sido todavía entregado el bien, ya es pro-

---

(15) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Página 368.

pietario del mismo, debido a que el artículo 949 del Código Civil establece que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar. Pero en este caso, el riesgo de la contraprestación, de acuerdo con el principio contenido en el inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil, bajo comentario, lo asumiría el deudor, al no recibir nada a cambio por parte del acreedor.

Resulta sumamente pertinente recordar, en tal sentido, la opinión de Laurent[16], cuando establece que la confusión existente en la ley dio lugar a una controversia de la cual falta decir una palabra, porque ésta pone en evidencia los principios. Señala Laurent que si en un contrato de venta se estipula que el vendedor permanecerá propietario hasta la traslación o hasta el pago del precio, ¿correrá el comprador con los riesgos?. Dice Laurent que si se admite la explicación que ha dado del artículo 1138 del Código Napoléon, no hay ninguna duda; poco importa quién es el propietario, si el comprador respalda los riesgos no lo hace como propietario, lo hace como acreedor; por otro lado, en la especie la venta es perfecta a pesar del aplazamiento de la traslación de la propiedad; entonces, el vendedor está obligado a conservar, y el comprador a pagar; si la cosa perece el vendedor es liberado, mientras que el comprador no lo es; es decir, que él corre con los riesgos. La hipótesis en la que razona Laurent es precisamente -dice- la del antiguo Derecho; por ello, considera que se debe decidir conforme a los antiguos principios: **res perit creditori**. En la opinión contraria, se remite al artículo 1138 del Código Napoléon y se dice que el acreedor corre con los riesgos de la cosa, quien se vuelve propietario de ésta; entonces se dice que él no respalda los riesgos de ésta en tanto que sólo es su acreedor. Señala Laurent que ha respondido anticipadamente al argumento, con la teoría de los riesgos; pero agrega que aún se hace otra objeción: se dice que en los contratos condicionales, los riesgos son para el deudor, aun cuando el acreedor sea propietario condicional; con mayor razón el deudor debe sufrir los riesgos cuando él seguía siendo propietario. Laurent responde que si en los contratos condicionales el deudor corre con los riesgos, es por la aplicación del principio **res perit domino**: la venta adicional no existe en la teoría del Código Napoléon, entonces se debe decir que la cosa vendida perece para el propietario, mientras que en nuestra especie haya venta, puesto que el principio de los riesgos debe tener su aplicación.

(16) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 272.

Por nuestra parte, y a estas alturas de los comentarios al artículo 1138 del Código Civil Peruano, debemos decir que, para un lector acucioso, ya habrá saltado a la vista el hecho de que en este caso, el acreedor no deberá pagar nada, pero el bien era ya suyo al momento en que se destruyó sin culpa de las partes.

Esta situación no tendría la más mínima trascendencia si el bien se hubiese destruido en su totalidad.

Si el bien inmueble hubiese sido no una casa sino una aeronave, y se hubiese quemado íntegramente, no quedará nada de ella, y por lo tanto quien hubiese sido su dueño no podrá obtener la más mínima utilidad de los restos del avión.

Sin embargo, al tratarse de una casa, será evidente que el terreno de la misma quedará subsistente (ya que el terreno no se habrá perdido). En este caso vamos a tener un problema jurídico que será necesario intentar resolver.

Nos explicamos:

De acuerdo con las normas relativas a la transferencia de propiedad, el acreedor de la casa es el propietario del terreno, y habría adquirido la propiedad del mismo a cambio de nada (lo que resultaría injusto). Pero en virtud de la segunda parte del inciso quinto del artículo 1138, se establece que en este caso corresponderán al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

Si hacemos una interpretación de equidad respecto de la norma citada, podríamos llegar a la conclusión de que debería entenderse por "derechos y acciones que hubiesen quedado relati-

vos al bien", en este caso, al derecho de propiedad sobre el terreno, y, por lo tanto, para este supuesto primaría esta norma por sobre aquella que prescribe el modo de la transferencia de la propiedad inmueble, la misma que ya habría operado y por tanto haría que el bien perteneciera al acreedor desde el momento inmediato posterior al del nacimiento de la obligación.

Pero no debe descartarse otra interpretación de la misma, en el sentido de que, al referirse a los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien, se está aludiendo a alguna hipotética indemnización por concepto de seguros. De optarse por este camino -sostenible, por cierto- tendríamos un serio problema de equidad en la aplicación de la norma del artículo 1138, inciso quinto.

Por otra parte, y continuando con nuestro análisis de la ley, diremos que la solución planteada por el inciso sexto del artículo 1138 al tema del deterioro del bien sin culpa de las partes, recoge el mismo principio que el inciso anterior, en el sentido de que es el deudor quien asume el riesgo de la contraprestación como consecuencia de dicho deterioro.

En estos casos, la ley prescribe que se deberá efectuar una reducción proporcional de la contraprestación; correspondiendo, igualmente, al deudor, los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien. Esta última frase repite los términos de la parte final del inciso quinto de este mismo artículo, y nótese que en este caso, si se tratase de una obligación de dar que implicase la transferencia de propiedad, y además se tratase de un bien inmueble, deberíamos descartar la primera de las interpretaciones esgrimidas por nosotros cuando analizamos el rubro (b) del inciso anterior, pues en este caso, la propiedad se transferirá de todas maneras, y, por lo tanto, no estará en discusión cuál de las partes deberá quedarse con la misma.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1138.***

Artículo 1138.- "En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

1. Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

   Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al acreedor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

2. Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

3. Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

4. Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.

5. Si el bien que se pierde sin culpa de las partes es inmueble, el acreedor dejará de estar obligado a pagar la contraprestación, si la hubiere. Si por la obligación se transfiere la propiedad inmediata, el acreedor pagará el íntegro de la contraprestación si la hubiere.

   Si el bien que se pierde sin culpa de las partes es mueble, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere.

6. Si el bien que se deteriora sin culpa de las partes es inmueble, el acreedor deberá pagar al deudor la contraprestación, si la hubiere, reducida proporcionalmente de la parte subsistente del bien."

   Si el bien que se deteriora sin culpa de las partes es mueble, el acreedor tendrá la opción de dejar sin efecto la obligación del deudor y no pagar la contraprestación, si la hubiere, o de exigir la entrega del bien, con reducción proporcional de su contraprestación."

– *Fundamento.*

Planteamos la eventual modificación de los incisos (5) y (6) del artículo 1138, para adecuarlos a las normas que el Código Civil Peruano contiene respecto de la transferencia de la propiedad inmueble y mueble, ya que la obligación pactada podría ser alguna que conllevase la de entregar el bien en propiedad; y de este modo evitar que se produzca un enriquecimiento indebido de alguna de las partes (acreedor o deudor).

– *Concordancias nacionales.*

Pérdida del bien, artículo 1137, incisos 1º y 2º del Código Civil / Presunción de culpa, artículo 1139 del Código Civil / Obligaciones de hacer; imposibilidad por culpa del deudor, artículo 1154 del Código Civil / Obligaciones de hacer; imposibilidad por culpa

del acreedor, artículo 1155 del Código Civil / Obligaciones de hacer; imposibilidad sin culpa, artículo 1156 del Código Civil / Inejecución por culpa del deudor de obligaciones de hacer, artículo 1157 del Código Civil / Aplicación a obligaciones de no hacer de reglas de obligaciones de hacer, artículo 1160 del Código Civil / Inimputabilidad por ausencia de culpa, artículo 1314 del Código Civil / Extinción de la obligación, artículo 1316 del Código Civil / Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes, artículo 1431 del Código Civil / Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor, artículo 1432, primer y segundo párrafos del Código Civil / Imposibilidad parcial de la prestación, artículo 1433 del Código Civil / Riesgo de pérdida en compraventa, artículo 1567 del Código Civil / Riesgo antes de la entrega, artículo 1568 del Código Civil / Riesgo en compraventa de bienes por peso o medida, artículo 1569 del Código Civil / Riesgo en caso de expedición del bien a lugar distinto de entrega, artículo 1570 del Código Civil / Riesgo del bien aportado, artículo 11 de la Ley General de Sociedades.

– PRESUNCION DE PERDIDA O DETERIORO DE UN BIEN CIERTO.

Artículo 1139.- *"Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1139.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852;* ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* así como tampoco en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* ni en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* ni en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni en el *Código Civil de 1936.*

Su fuente más cercana, en nuestro país, es el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* el mismo que regula el tema en su artículo 8.- "La pérdida de la cosa en poder del deudor, se presume ocurrida por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario."

Similar posición adoptó el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* el cual en su artículo 10 trató sobre el particular en los siguientes términos: "La pérdida o deterioro de la cosa en posesión del deudor se presume que ocurren por culpa suya, salvo prueba en contrario." Esta norma pasó al *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* con el número 1152**:** "La pérdida o deterioro de la cosa en posesión del deudor se presume por culpa suya, salvo prueba en contrario."; y al *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* con el número 1107: "Se presume que la pérdida o deterioro de la cosa en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1139 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 2019), Costarricense de 1888 (artículo 699), Chileno (artículo 1671), Portugués de 1967 (artículo 799) y Español (artículo 1183).

– Análisis.

La presunción establecida en el artículo 1139 del Código Civil, resulta una **iuris tantum**.

El sentido de la norma es adecuado, ya que si la pérdida del bien se produce antes de la entrega, resultará que estaba en posesión del deudor, y será este deudor, por tanto, quien se encuentre en contacto directo con el bien, razón por la cual será consciente de las razones que llevaron a su pérdida o deterioro; razones que, no está demás decirlo, en la mayoría de los casos serán absolutamente desconocidas por el acreedor.

Por este motivo nos parece justo que el Código Civil haya establecido la presunción de que dicha pérdida o deterioro se deban a culpa del deudor. Naturalmente que el deudor, si la pérdida o deterioro no se hubiese producido por su culpa, tendrá la oportunidad de efectuar los descargos correspondientes, demostrando que actuó con la diligencia ordinaria, o que la pérdida o deterioro se debió a caso fortuito, fuerza mayor o, incluso, a culpa del acreedor; todo ello, por admitir prueba en contrario la presunción de este numeral.

Esta norma, por lo demás, es coherente con el artículo 1329 del Código Civil ("Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor."), que oportunamente estudiaremos.

– Concordancias nacionales.

Pérdida del bien, artículo 1137 del Código Civil / Teoría del riesgo, artículo 1138 del Código Civil / Obligación proveniente de delito o falta, artículo 1140 del Código Civil / Culpa leve, artículo 1320 del Código Civil / Obligación de indemnizar, artículo 1321 del Código Civil / Presunción de culpa en inejecución de obligaciones, artículo 1329 del Código Civil.

– PAGO DEL VALOR DE BIEN CIERTO EN CASO DE QUE LA OBLIGACION PROVENGA DE DELITO O FALTA.

Artículo 1140.- *"El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1140.*

Este numeral no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.* Su primer antecedente nacional es el *Código Civil de 1852,* que reguló el tema en su artículo 2276.- "La pérdida o destrucción de una cosa robada, aunque sea por caso fortuito, no exime, al que la sustrajo, de la restitución del precio, ni de la indemnización por daños."

Posteriormente el tema fue tratado por el *Proyecto de Código Civil de 1890,* en su artículo 3049.- "Al que ha turbado o robado cualquier cosa, no le es permitido alegar que aquélla ha perecido por caso fortuito, ni aun de los que la habrían destruido en poder del acreedor."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* no trató sobre el particular. Tampoco lo hicieron el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni el *Código Civil de 1936.*

Ya en el proceso de reforma al Código de 1936, el tema fue abordado en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* el mismo que lo trataba en su artículo 9.- "Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, aunque la cosa se hubiese perdido por caso fortuito o fuerza mayor; a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora."

Similar criterio tuvo el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* ya que abordó el tema en su artículo 11.- "El deudor no quedará eximido de pagar el valor de la cosa cierta, aunque ésta se hubiese perdido sin su culpa, cuando la obligación procediera de delito o falta. Esta regla no se aplicará si el acreedor hubiese sido constituido en mora." Luego siguieron el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* con su artículo 1153.- "El deudor no quedará eximido de pagar el valor de la cosa cierta, aunque ésta se hubiese perdido sin su culpa, cuando la obligación procediera de delito o falta. Esta regla no se aplicará si el acreedor hubiese sido constituido en mora."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* con el numeral 1108.- "El deudor no queda eximido de pagar el valor de la cosa cierta, aunque ésta se haya perdido sin su culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1140 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Uruguayo (artículo 1553) y el Código Civil Español (artículo 1185).

– *Análisis.*

Hemos sostenido en la Teoría General de este tratado, que las dos grandes fuentes de las obligaciones son la voluntad y la ley.

En el caso de la ley, existen disposiciones en el campo civil que impiden efectuar determinados actos, y algunas otras, en el campo penal, que sancionan la comisión de dichos actos por constituir delitos o faltas.

Concretamente nos estamos refiriendo a los delitos y faltas contra el patrimonio comprendidos en el Libro Segundo, Título V, del Código Penal, y Libro Tercero, Título III, del mismo Código, respectivamente.

Vamos a citar un ejemplo. En un caso de robo, contemplado en el artículo 188 del Código Penal, vale decir, en el cual una persona se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, además de la penalidad establecida en dicha norma (pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de diez años), el sujeto activo del delito tiene la obligación de devolver el bien, y resulta obvio que dicha obligación surgió desde el momento en que lo robó. Es evidente que quien hubiese robado un bien está obligado a devolverlo.

Supongamos que el objeto robado sea un televisor. Supongamos también que la policía apresa al ladrón, y en su guarida no hallan dicho bien, porque el delincuente lo había escondido en otro lugar con la finalidad de evadir su ubicación. Pero ocurre que mientras el delincuente ha sido apresado y procesado, otro delincuente sustrae dicho bien del lugar donde estaba escondido y se lo lleva a un lugar desconocido. En este caso, cuando el primer delincuente confiese el lugar donde tenía escondido el fruto de sus malas acciones, la policía no lo podrá encontrar, y el primer delincuente realmente desconocerá su paradero. Por ello, sobre la

base de lo prescrito por la primera parte del inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil, se considerará que el bien se ha perdido, por haber desaparecido de modo que no se tenga noticias de él.

En este caso no se aplican las normas del inciso quinto del artículo 1138, pues ha mediado un delito (podría haber mediado también una falta). Por ello, la obligación del deudor (el ladrón) no queda resuelta, sino que éste estará de todas maneras obligado, no a devolver el bien, pues le será imposible hacerlo, sino a devolver el valor del mismo.

A nuestro entender el Código Civil ha debido precisar si dicho valor será aquel que tenía el bien al momento de la comisión del hecho delictivo, o el que tendría al momento en que deba efectuarse efectivamente la devolución. Evidentemente, razones de justicia apoyan este segundo criterio interpretativo.

La única excepción planteada por el artículo bajo comentario es el caso en el cual el acreedor hubiese sido constituido en mora por el deudor que ha cometido la falta o delito. Sobre la mora del acreedor remitimos al lector a los comentarios que efectuamos más adelante, con motivo del análisis de dicho tema.

– *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1140.*

Artículo 1140.- "El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora. Entiéndase por valor el que tendría el bien al tiempo de su restitución."

– *Fundamento.*

La precisión que proponemos agregar al artículo 1140 se fundamenta en razones de estricta justicia.

– *Concordancias nacionales.*

Pérdida del bien, artículo 1137 del Código Civil / Teoría del riesgo, artículo 1138 del Código Civil / Irresponsabilidad del deudor por inejecución debida a causas no imputables, artículo 1317 del Código Civil / Mora del acreedor, artículo 1338 del Código Civil / Indemnización a cargo del acreedor moroso, artículo 1339 del Código Civil / Asunción de riesgos por el acreedor, artículo 1340 del Código Civil.

– GASTOS DE CONSERVACION DEL BIEN.

Artículo 1141.- *"Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses."*

– Fuentes nacionales del artículo 1141.

Este artículo no registra antecedente alguno en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* así como tampoco en el Código Civil de 1852. Lo mismo podemos decir del *Proyecto de Código Civil de 1890;* del *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* del *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* del *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* del propio *Código Civil de 1936;* y de la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

La norma bajo comentario tuvo su primer antecedente nacional en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* en su artículo 12.- "Los

gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario deberá reintegrarle lo gastado, más sus intereses."

Luego vendrían el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1154.- "Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario deberá reintegrarle lo gastado, más sus intereses."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* con el numeral 1109.- "Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1141 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 729), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 235, primer párrafo), y el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1333).

Asimismo, el Código Civil Costarricense (artículo 699) establece que: "Desde que se ha transferido la propiedad de la cosa, corre ésta por cuenta del adquiriente, aunque no se haya verificado la tradición real, salvo si la entrega no se ha hecho por morosidad o culpa del deudor."

Este Código expresa (artículo 589) que si hubiere mejoras o aumento, que con su dinero o su trabajo o con el de otros por él, hubiese hecho el deudor que haya poseído la cosa de buena fe, tendrá derecho a ser indemnizado del justo valor de las mejoras necesarias o útiles, según la evaluación que se hiciere al tiempo de la restitución, siempre que no se le hubiese prohibido hacer mejoras. Si las mejoras fueren voluntarias, el deudor aunque fue-

se poseedor de buena fe, no tendrá derecho a indemnización alguna. Si el deudor fuese poseedor de mala fe, tendrá derecho a ser indemnizado de las mejoras necesarias.

Resulta de interés lo dispuesto por el Código Etíope (artículo 1781), cuando establece que el deudor puede, con autorización judicial, vender la cosa en subasta pública, si ella está sujeta a deterioro o si ella exige gastos de depósito o guarda, desproporcionados a su valor. El deudor puede, con autorización judicial, vender la cosa paulatinamente, si ella está cotizada en bolsa, si tiene un precio corriente o si es de poco valor en proporción a los gastos que implicaría su venta pública. El precio de la venta de la cosa se consigna en una caja pública.

– Análisis.

En páginas anteriores hicimos referencia a que la conservación del bien consistía en mantener el mismo en similares condiciones, características y estado que presentaba al momento del surgimiento de la obligación, hasta el momento en que deba efectuarse su entrega. Los gastos de conservación son aquellos en que se incurren en razón de dicho fin.

El artículo 1141 prescribe que dichos gastos son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega.

Sin lugar a dudas el artículo 1141 debe ser concordado con el numeral 1134, que impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega.

Los gastos de conservación deben ser asumidos, en una primera instancia, de manera absolutamente necesaria por el deudor, ya que es éste quien se encuentra en posesión del bien, y quien mejor conoce lo necesario para mantener dicho bien en un estado de conservación similar a aquél que tenía cuando surgió la obligación de entregarlo al acreedor, sea tal deudor propietario del bien o no.

Pero podrá o no coincidir la figura del deudor con la del propietario del bien. Para ilustrar lo señalado vamos a citar dos ejemplos:

(a) Un deudor se ha obligado a entregar (por compraventa) a su acreedor un automóvil (de su propiedad) en un plazo de tres meses. Aquí el deudor será propietario del bien hasta que se efectúe su entrega, ya que la propiedad mueble se transfiere con la tradición del bien al acreedor. Entonces, respecto de los gastos de conservación, tendremos que deberán ser efectuados por el deudor (artículo 1134) y asumidos también por el deudor, en su condición de propietario (artículo 1141).

(b) Un deudor se ha obligado a entregar (por compraventa) a su acreedor una casa (de su propiedad) en un plazo de tres meses. Aquí el deudor no será propietario del bien, sino lo será el acreedor, ya que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación. Entonces, respecto de los gastos de conservación, tendremos que deberán ser efectuados por el deudor (artículo 1134) y asumidos por el acreedor, en su condición de propietario (artículo 1141).

En este caso, como el propietario no está en posesión del bien (no es el deudor del mismo), será de aplicación lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1141, en el sentido de que, si quien incurre en los gastos de conservación no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses.

Ahora queremos ocuparnos de un tema que tiene relación con el de los gastos de conservación: el de las mejoras.

Las mejoras están reguladas en los artículos 916 a 919 del Código Civil (en el Libro de Derechos Reales). No se incluye una definición de las mismas, pero se deduce que son gastos que debe reembolsar al poseedor no propietario el propietario no poseedor. No está demás precisar que el tema de las mejoras alcanzará relevancia para efecto de nuestro análisis, exclusivamente después de contraída la obligación de dar.

De acuerdo con esto, para que alguna mejora constituya un gasto de conservación del bien, deberá reunir, como primer requisito, el servir a la finalidad de la conservación del mismo, vale decir, servir estrictamente para que el bien se mantenga hasta su entrega en similar estado al que tenía al momento del surgimiento de la obligación de dar. Cualquier mejora que no conduzca a dicho fin no tendrá el carácter de gasto de conservación. En segundo lugar, para que una mejora constituya un gasto de conservación, deberá haber sido hecha por el poseedor no propietario, lo que, en casos usuales (salvo pacto en contrario), se limitará exclusivamente al ámbito de los bienes inmuebles, pues en estos casos ya se habrá transferido la propiedad del bien al acreedor, quien deberá reembolsar su valor al deudor no propietario.

Para resolver la pregunta de qué mejoras podrían ser consideradas como gastos de conservación del bien, resulta necesario analizar cuál es la concepción que el Código Civil tiene respecto de las mejoras.

Dicho cuerpo legislativo considera, en su artículo 916, a las mejoras como necesarias cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien; razón por la cual, a nuestro entender, toda mejora necesaria deberá considerarse como un gasto de conservación.

Agrega dicho artículo que son mejoras útiles las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien. En tal sentido, consideramos que sería muy difícil que una mejora útil presente la categoría de gasto de conservación. A nuestro entender, podría serlo cuando no revista mayor valor y esté directamente relacionada con el mantenimiento del bien. Por ejemplo, cambiar una tubería de desagüe de una casa, que es muy antigua y se sabe que está deteriorada, pero que no representa un peligro inminente de destrucción del bien.

Sin embargo, admitimos que esta apreciación sería muy discutible, ya que, en estricto, no se está conservando la casa, sino mejorándola.

Pero el hecho de que una mejora útil no sea considerada como gasto de conservación, no querrá decir que por tal circunstancia deje de ser abonada por el propietario del bien, si es que es efectuada por el poseedor no propietario que deba restituir un bien (artículo 917 del Código Civil).

Para las mejoras de recreo es de aplicación lo dispuesto por el mismo artículo 917, que establece el derecho del poseedor a retirar las que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

Es indudable que las mejoras de recreo, vale decir, aquellas que, sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad, no podrán ser consideradas como gastos de conservación del bien.

Como expresan Alterini, Ameal y López Cabana(1), los gastos de conservación, a los que denominan "expensas", a pesar de tener ciertas características comunes con las mejoras necesarias -pues ambas tienden a la conservación de la cosa- se diferencian de ellas porque no incrementan el valor de la cosa, por lo cual no pueden ser cobradas al acreedor. Según los autores citados, en los supuestos en que las mejoras son cobrables al acreedor, su valuación será, en el caso de los aumentos y mejoras necesarias, que el acreedor deberá abonar el "mayor valor" adquirido por la cosa como consecuencia de la mejora introducida; en el caso de las mejoras útiles, cuando el acreedor pretenda conservarlas, deberá abonar el costo de la inversión efectuada por el deudor al introducirlas, hasta la concurrencia del mayor valor adquirido por la cosa como consecuencia de la mejora; y, por último, en el caso de las mejoras suntuarias, el acreedor que pretenda conservarlas debe reintegrar al deudor el costo de la inversión efectuada para introducir la mejora, por cuanto no existe "mayor valor" como en las mejoras útiles, desde que las suntuarias no incrementan el valor de la cosa. En opinión nuestra, esta afirmación es, por lo menos, discutible.

(1) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II, Página 78. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

De otro lado, queremos tratar dentro del tema de los gastos de conservación, un punto relacionado a este rubro. Se trata del régimen de los frutos en las obligaciones de dar bienes ciertos.

Frutos, de acuerdo con el artículo 890 de nuestro Código Civil, son los provechos renovables que produce un bien sin que se altere ni disminuya su substancia. Los frutos son naturales, industriales y civiles (artículo 891). Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos (artículo 892). Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan.

En tal sentido, en virtud de lo establecido por el artículo 892 del Código Civil Peruano, antes transcripto, los frutos siempre corresponderán al propietario del bien, independientemente de si éste es el deudor (si es que en una obligación de transferir propiedad, ésta todavía no se hubiese transferido) o si éste es el acreedor (si es que en una obligación de transferir propiedad, ésta ya se transfirió).

El régimen que el Código Civil Peruano otorga al tratamiento de los frutos y productos (artículos 890 a 895) resulta por lo demás suficiente para cubrir todas las hipótesis que en materia de obligaciones de dar pudiesen presentarse en relación a estos temas, razón por la cual en el Libro de Derecho de Obligaciones no fue regulado el régimen de los frutos, ya que, como hemos dicho, no presenta dificultad alguna la aplicación de estos principios a las obligaciones de dar; además de que resultaría impropio tratar sobre este particular en el Libro de Derecho de Obligaciones, por

ser un tema propio de los Derechos Reales, en cuyo Libro se insertan los mencionados artículos de frutos y productos.

Antes de concluir nuestros comentarios referentes al artículo 1141 del Código Civil, debemos manifestar que sus conceptos son principios asumidos por la generalidad de la doctrina, en el sentido de que los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega y que si quien incurre en ellos no es la persona a la que correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses; no obstante, existen algunos temas derivados de este principio, sobre los cuales cabría reflexionar.

Consideramos que el artículo bajo comentario ha sido pensado en función de una obligación de dar en la cual el deudor es el propietario del bien, y además de ello, dicho deudor se ha obligado a entregar el bien en propiedad.

Pero ocurre que este sólo será uno de los supuestos susceptibles de presentarse respecto a las obligaciones de dar. En tal sentido, si bien puede constituir el caso más frecuente, no deja por ello de ser un supuesto más. Así, consideramos conveniente analizar algunas otras hipótesis respecto a las cuales, sin lugar a dudas, no se pensó al elaborar el precepto bajo comentario:

(a) Si el deudor de la obligación de dar un bien no es propietario del mismo, y el acreedor de dicha obligación tampoco tiene tal situación jurídica, es evidente que el propietario del bien no tendrá que sufragar gasto de conservación alguno.

Es el caso del contrato de subarrendamiento, en el cual ni el subarrendador (arrendatario en el contrato principal), ni el subarrendatario, son propietarios del bien. En este caso, en la obligación de entrega del bien a éste último, será evidente que el propietario del bien (el mismo que no es parte en el contrato de subarrendamiento celebrado) no deberá sufragar gasto de conservación alguno; a pesar de lo que establece el artículo 1141 del Código Civil.

(b) Si se trata de una obligación de dar que implique la restitución del bien al acreedor (el mismo que puede o no ser propietario del bien).

En este caso, en las obligaciones de restituir un bien, los gastos de conservación del mismo no deberán ser sufragados por el propietario del bien, vale decir, por el acreedor. Concretamente, para ilustrar el caso, apelamos a un contrato de arrendamiento celebrado entre el propietario (arrendador) y el inquilino.

Nos estamos refiriendo a la obligación del inquilino de restituir el bien al momento de la terminación del plazo establecido en el contrato. Es evidente que durante toda la vigencia del plazo en que el arrendatario haga uso del bien, está en la obligación de conservarlo y de sufragar los gastos que conlleven dicha conservación; y más evidente es que el propietario no deberá asumir los gastos de conservación del bien durante todo el tiempo en que esté vigente el contrato de arrendamiento, lapso durante el cual quien debe efectuar y cargar con el costo de dicha conservación es, sin lugar a dudas, el inquilino.

Por lo expuesto debemos admitir que el texto del artículo 1141 del Código Civil Peruano resulta insuficiente para una serie de hipótesis que debería cubrir.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1141.***

Artículo 1141.- "Los gastos de conservación en las obligaciones de dar deben ser asumidos por quien corresponda, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, con lo pactado por las partes o con lo previsto por la ley.

Si quien incurre en ellos no es la persona a quien le correspondía efectuarlos, el obligado debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses."

– Fundamento.

La modificación planteada se basa en las consideraciones finales aducidas al analizar el artículo 1141 del Código Civil, por considerar a dicha norma como planteada únicamente para determinados supuestos de la generalidad de obligaciones de dar. Por lo demás, resulta imposible efectuar, en el texto propuesto, la inclusión de todos los casos que eventualmente pudiesen presentarse como matices de obligaciones de dar, cada uno de los cuales tendrá una solución particular de acuerdo con la naturaleza de la prestación, o, en su defecto, a lo pactado por las partes (acreedor y deudor), o a lo establecido por la ley.

– Concordancias nacionales.

Obligación de conservar el bien hasta su entrega, artículo 1340 del Código Civil / Gastos de entrega en compraventa, artículo 1530 del Código Civil.

– BIENES INCIERTOS. ESPECIFICACIONES MINIMAS.

Artículo 1142.- *"Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad."*

– Fuentes nacionales del artículo 1142.

Esta norma no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852.*

La primera referencia nacional es el artículo 1413 del *Proyecto de Código Civil de 1890,* el mismo que señala lo siguiente: "La cosa material, objeto de una obligación, debe ser determinada, cuando menos en especie."

Posteriormente también trataron el tema el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* en su artículo 131.- "La cosa incierta debe indicarse, cuando menos por el género y cantidad."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* en su artículo 122.- "La cosa incierta debe indicarse, cuando menos, por la especie y cantidad."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* con el numeral 1168.- "Las

cosas inciertas deben indicarse cuando menos por su especie y cantidad."; el *Código Civil de 1936,* con el artículo 1178.- "Las cosas inciertas deben indicarse cuando menos por su especie y cantidad."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* en el artículo 9.- "Las cosas inciertas deben indicarse cuando menos por su especie y cantidad."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* artículo 16.- "Las cosas inciertas deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* con el numeral 1158.- "Las cosas inciertas deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad."; y, por último, el artículo 1110 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* que establece que "Las cosas inciertas deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1142 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Brasileño (artículo 874), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 241), el Código Paraguayo de 1987 (artículo 469, primer párrafo), el Código Civil Argentino (artículo 601: Si la obligación que se hubiese contraído fuere de dar una cosa incierta - no fungible, la elección de la cosa corresponde al deudor), y el Código Civil Alemán (artículo 243).

– Análisis.

El profesor colombiano Rodrigo Becerra Toro[1] nos 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

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

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 Barbero[2] 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 Salvat[3], 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

(2) BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III, Obligaciones, Página 25. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967.
(3) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 356.

(**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 -de las que hemos tratado en nuestros comentarios a los artículos precedentes-. 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.

Por su parte, Karl Larenz[4] 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 Vélez[5], 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 Boggero[6] 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.

---

(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, Colombia, 1978.
(6) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Página 341.

Para Manuel Albaladejo[7], obligación específica es aquella 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 posteriomente se especifique dentro del género.

Por su parte, Jorge Joaquín Llambías[8] 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 Gil[9], a los efectos de las obligaciones genéricas resul-

---

(7) ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Volumen II, Tomo II, Páginas 44 y 45. Librería Bosch, Barcelona, 1980.
(8) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 137.
(9) HERNANDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones, Página 131. Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres. Editorial CEURA, Madrid, 1983.

ta 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 solo 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 Cabana[10], cuando sostienen que las obligaciones de género recaen sobre cosas inciertas no fungibles; no estando en ellas determinadas las prestaciones individualmente, sino por

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

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 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 éstos 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 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 soles prometidos.

Como enseña el profesor Rodrigo Becerra Toro[11], 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

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

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 soles. En este caso, si bien se habría señalado la especie, nada se habría dicho acerca del número o cantidad de dichas gallinas, razón por la cual, de permitirse un pacto de estas características, el deudor podría satisfacer su prestación entregando al acreedor dos gallinas, a cambio de los 4,000 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 Pothier[12], 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.

(12) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 114.

De otro lado, debemos recordar lo que expresaba Busso[13], 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 entre género ilimitado y género limitado, recordando, para tal efecto, la opinión de Freitas,

(13) BUSSO, Eduardo B. Op. cit. Tomo IV, Página 176.

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 autor[14] "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."

Según el 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.

---

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

En opinión de Luis María Boffi Boggero[15] "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 Llambías[16], 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 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 Wolff[17] "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

---

(15) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Página 342.
(16) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 138.
(17) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Tomo II, Volumen I, Página 30. Bosch, Barcelona, 1950.

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 en el artículo 1143 del Código Civil, norma que analizaremos posteriormente.

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 Lafaille[18], que el tema de las obligaciones sobre cosas inciertas, abarcado sobre todo su horizonte, es de aplicación vastísima 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.

El propio Lafaille[19] 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 concre-

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

tarse. 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 Gullón[20], 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. Busso[21] 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 indivi-

(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.

dualmente determinado. Es nula -dice el Anteproyecto de Bibiloni- la obligación de entregar inmuebles genéricamente determinados." Así, continúa diciendo Busso que, 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.

Según Enneccerus, Kipp y Wolff[22], "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 Gullón[23], 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; agrega 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. X 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.

(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.

Para la ejecución de una obligación de dar bienes inciertos, es necesario que se efectúe una elección. Este tema, que será abordado en nuestro posterior análisis de los artículos 1143 y 1144, según Saleilles[24], 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, el cual será tratado por nosotros en su momento.

En este punto, debemos diferenciar a los bienes inciertos (aquellos susceptibles de determinación) de los bienes fungibles. Fungibles son aquellos bienes susceptibles de sustituirse unos por otros, siendo esta situación indiferente para el cumplimiento de una prestación, ya que en el caso de los bienes fungibles, cualquier individuo es prácticamente 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.

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

Por ejemplo, serán fungibles una botella de Coca-Cola con otra de la misma gaseosa. 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 Busso[25], al referirse a los 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

(25) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Número 32.

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 del vehículo sería una obligación de dar bien fungible.

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 Derecho[26].

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 será 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

(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. La alumna con quien se suscitó el planteamiento del tema es la señorita Laura Castro Zapata.

completos de todos los tomos de este Tratado de Derecho, 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 será usado.

Ocurre lo mismo cuando se trata de dinero. En este caso, 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 es que afirmásemos lo contrario.

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.

En este punto, queremos precisar también 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. Busso[27], 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:

---

(27) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Obligaciones, Página 8.

"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 obligase 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 que se produciría entre las diferentes marcas de gaseosas. En palabras de Cazeaux y Trigo Represas[28], 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 Llambías[29] 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 a pesar de haberlo señalado anteriormente, determinar a cuál de las dos categorías pertenece el dinero. Luis de Gásperi[30] 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.

---

(28) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Páginas 560 y 561.
(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.

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 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 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, hue-

vos, 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 concurran 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 diferenciada ambos tipos de obligaciones, pues, como 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 Llambías[31], 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].

---

(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 tratado-, 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.

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 ha merecido en otros cuerpos legislativos, como es el caso del Código Civil Argentino, en sus artículos 601 a 605. Según Eduardo B. Busso(33), 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 de dar bienes inciertos. Adicionalmente debemos señalar que la tendencia de la doctrina moderna tiende a regular ambas clases de obligaciones bajo el mismo régimen(34).

---

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

(34) Sin embargo, resulta interesante observar las distinciones que algunos autores establecen entre ellas. Para tal efecto, citaremos las palabras de Salvat (SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 376):
"En la obligación de dar cosas inciertas sólo determinadas por su especie y en las obligaciones de dar cantidades de cosas, el deudor debe cosas que no están individualizadas, pero en ambas, la determinación del objeto de la obligación, es el resultado de un proceso distinto.
Como en las obligaciones de dar cosas inciertas las cosas no son fungibles entre sí, es inevitable la elección entre las de una misma especie para que la prestación quede determinada.
En las obligaciones de dar cantidades de cosas, como éstas deben ser fungibles entre sí, no hay nada que elegir, la especie y la calidad están ya establecidas y sólo corresponde pesarlas, contarlas o medirlas a fin de precisar el objeto que se debe.
Por algo, según el artículo 609 (se refiere al Código Civil Argentino) lo que se individualiza son las cantidades.
No se oculta que aún entre las unidades de la misma especie y calidad, se pueden preferir unas a otras y el acto de separar unas y no cualquiera de la cantidad mayor, constituye una elección, pero ello, siendo posible, no es necesario ni es esencial para que exista

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 Giorgi(35), las mismas que para ilustrar al lector transcribimos a continuación:

---

individualización, puesto que lo característico de la fungibilidad es que cada individuo equivale a otro y pueden substituirse entre sí."
Por su parte, Karl Larenz (LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Páginas 165 y 166) señala lo siguiente:
"Constituye una clase especial de obligación genérica la obligación de entregar cosas de entre ciertas existencias o provisiones (obligación genérica delimitada), en la cual se debe un número de objetos o una cantidad, determinada por su peso o de otra forma, a extraer de unas reservas o existencias más concretamente señaladas, presentes o futuras, por ejemplo, un hectolitro de vino de la cosecha de este año que produzca la viña X, diez quintales métricos de plátanos de los que traiga cierto buque. También en este supuesto ha de hacerse una elección, a la que es aplicable el 243, párrafo I, (del B.G.B.) e igualmente la relación obligatoria queda limitada a la cantidad parcial delimitada que haya elegido el deudor cuando éste haya hecho por su parte lo necesario para cumplir la prestación. Pero si con anterioridad perecen todas las existencias (por ejemplo, naufraga el navío que trae los plátanos), el deudor no está obligado a procurar otra mercancía semejante para cumplir su prestación, porque entonces no es posible una prestación del mismo género, el cual coincide con las existencias respectivas (...). Por ello, es aplicable el 275, es decir, que el deudor queda liberado de su deber de prestación si no tiene culpa en el perecimiento de las existencias. Por lo tanto, hasta el momento de la 'concreción' el deudor soporta el riesgo de la pérdida de todas las existencias. ¿Qué ocurre si perece solamente una parte de las provisiones, o éstas (por ejemplo, la cosecha de vino) no alcanzan el volumen esperado, o la cantidad que queda no alcanza a la completa satisfacción de todos los acreedores a los que el deudor había prometido una prestación de dichas reservas? Entonces, como ya dijimos, está obligado y facultado según el 242 a pagar a cada uno en proporción a su parte, con la reducción correspondiente, con lo cual ninguno de ellos quedará sin recibir nada. En este caso se le ha de conceder, según las circunstancias, la deducción de la parte que corresponda para cubrir sus propias necesidades de carácter urgente (por ejemplo, si se trata de semillas, la cantidad necesaria para la siembra en su explotación)."

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

"Entre las diferentes clases de obligaciones que tienen alguna afinidad con las alternativas, vienen en segundo lugar las obligaciones de especie (**genera**). En efecto, la obligación en especie puede ser considerada como una obligación alternativa con facultad de elegir, extendida a todas las cosas comprendidas en el género. En ambas, sólo una cosa es la debida. En ambas, el deudor puede elegir entre las comprendidas en la obligación. La diferencia, pues, parece encontrarse únicamente en el número; pero esta semejanza aparente nos engañaría si no fuésemos cautos en profundizar la comparación, porque la elección no se ejercita de igual manera en la obligación de especie que en la alternativa.

De esta verdad nos ofrece prueba evidente la pérdida de una de las cosas debidas. Mientras en la obligación alternativa la pérdida fortuita de una de las cosas debidas limita la obligación a la otra, esta pérdida puede considerarse indiferente en la obligación de especie, aun cuando la cosa que perezca sea precisamente la que el deudor hubiera prefijado que iba a dar. La especie no se destruye ni disminuye sensiblemente, porque la cantidad casi siempre innumerable de los individuos comprendidos en la especie o el género que se quiera, y la regla de que la elección debe recaer sobre un individuo de mediana calidad, hacen indiferente la pérdida de uno o de dos individuos e impiden que pueda considerarse empeorada la condición del deudor.

¿Qué decir de la pérdida de todas las cosas incluidas en la obligación? Este fenómeno sólo puede concebirse en la obligación alternativa o en la de especie limitada. En la obligación de especie ilimitada, por lo tanto, el deudor no tiene otra manera de librarse más que el pago o el ofrecimiento real hecho legalmente."

Hasta aquí las palabras de Giorgi.

Por su parte, el Doctor José León Barandiarán[36] sí establecía una distinción entre ambos tipos de obligaciones, cuando señalaba lo siguiente:

---

(36) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 38 a 40.

"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 extinguible 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 ésta 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 Gil[37], 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 posibilidades de la prestación pueden ser entre sí heterogéneas -por ejemplo, deber la finca rústica X o un millón de

---

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

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 Represas[38], 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 de manera alguna a 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

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

la especie a la que pertenece, servirá para la ejecución de la prestación elegida.

Antes de concluir nuestro análisis en relación al artículo 1142, relativo a las obligaciones de dar bienes inciertos, 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 deficiente[39].

(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 de1987. Páginas 64 y siguientes.), quien trata acerca de las clases de obligaciones genéricas y concluye el análisis del tema con las siguientes palabras:
"Luego de conocer los elementos subyacentes a las Obligaciones Genéricas es posible hablar de la siguiente formulación: las Obligaciones Genéricas pueden ser de tres clases según la naturaleza de los miembros de sus correspondientes géneros y según la extensión de éstos, a saber:
Obligaciones con Género incierto, Obligaciones con Género fungible y Obligaciones con Género limitado.
Las primeras son aquellas cuyas prestaciones de dar o hacer tienen objetos genéricos de bienes o servicios infungibles; es decir de diversas calidades y susceptibles de elección. Una de sus modalidades es la Obligación de dar bienes inciertos. Aquella que legisla el Código Civil peruano. Las segundas son aquellas obligaciones genéricas cuyas prestaciones de dar o hacer tienen objetos genéricos formados por bienes o servicios fungibles, es decir intercambiables, con una sola calidad y susceptibles de una simple individualización. Esta posibilidad no se encuentra contemplada en el Código Civil peruano, contra lo que sostienen algunos doctrinarios nacionales, quienes creen aplicables a las obligaciones con género fungible, las mismas reglas que a las Obligaciones con prestación determinada. Creemos que ello no es posible en tanto todas las normas que legislan las obligaciones de prestación determinada son normas relativas a la pérdida de los bienes, la conservación de éstos, la concurrencia de acreedores de bienes ciertos, o la puesta a disposición de aquéllos. Ninguna norma es aplicable al supuesto de Obligaciones Genéricas. Es obvio, éstas poseen objetos que no pueden perderse, tampoco conservarse, ni ser materia de propiedad ni tampoco ponerse a disposición. Su naturaleza así lo señala.

Nosotros no compartimos tal planteamiento, dado que, como ha sido expuesto en su momento, 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 cosas, le es de entera aplicación el conjunto

---

Las terceras obligaciones, -las de género limitado-, son aquellas que tienen como objeto de sus prestaciones universos circunscritos espacialmente por las partes. Es necesaria la limitación espacial, territorial del género. De otra manera no podría hablarse de género limitado. Esta limitación, como hemos visto, mediatiza los principios que regulan a las Obligaciones Genéricas. Pero aquélla no deja de serlo. Conserva el rasgo principal de toda obligación genérica: poseer como objeto de la prestación uno determinado sólo por su especie y cantidad."

El Doctor Gago Prialé, incluso va más allá, formulando una propuesta de modificación legislativa al Código Civil Peruano, referente a este tema, la cual plantea en los términos siguientes:

"Dado que nuestro legislador ha regulado parcialmente las Obligaciones Genéricas surge la necesidad de reformar el Código Civil en la parte pertinente. Para ello sugerimos el siguiente articulado, que contiene la regulación diferenciada y autónoma de las Obligaciones Genéricas, brindándole los alcances que en realidad posee. Cabe destacar que esta reforma supone la derogación de los artículos 1142, 1143, 1144, 1145, 1146 y 1147 del actual Código Civil.

El texto del articulado propuesto es el siguiente:

"TITULO IX, SECCION PRIMERA, LIBRO VI DEL CODIGO CIVIL: OBLIGACIONES CON PRESTACION DE OBJETO GENERICO

Artículo 1: Son obligaciones con prestación de objeto genérico aquellas en las que el objeto de la prestación está determinado sólo por su especie y cantidad.

Artículo 2: Las obligaciones con prestación de objeto genérico pueden ser:

1.- Obligaciones con género incierto,
2.- Obligaciones con género fungible, y
3.- Obligaciones con género limitado.

Artículo 3: En las obligaciones con género incierto la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, deberá escoger bienes o servicios de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al

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

---

acreedor, deberá escoger bienes o servicios de calidad no superior a la media.

Si la elección corresponde a un tercero deberá escoger bienes o servicios de calidad media.

Artículo 4: El plazo para la elección será el pactado por las partes. De no haberse pactado plazo, quien debe elegir lo hará entre la fecha de nacimiento de la obligación y la de su cumplimiento. De no haberse pactado plazo para el cumplimiento la elección deberá ser inmediata.

Si el deudor omite efectuar la elección, dentro del plazo, ella será practicada por el acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección corresponde al acreedor. En ambos casos, de no haber plazo pactado la parte a quien revierta la facultad de elegir lo hará inmediatamente.

Artículo 5: Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa lo hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir al tercero el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento, siempre que el tercero se hubiera obligado a elegir y su incumplimiento obedezca a causas imputables.

Artículo 6: Los bienes o servicios que constituyen el objeto de la prestación de las obligaciones con género fungible son intercambiables entre sí. La fungibilidad se apreciará en función de la equivalencia entre los valores económicos y la naturaleza de los bienes o servicios de que se trate.

Artículo 7: La individualización, en el caso de las obligaciones con género fungible, corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Artículo 8: El plazo para la individualización y los supuestos de no individualización por parte de quienes corresponda, se rige por las normas de los artículos 4 y 5.

Artículo 9: En la obligación con género limitado los bienes o servicios que conforman el objeto de la prestación están circunscritos a un determinado lugar señalado por las partes, por la ley o las circunstancias del caso. Pueden ser bienes o servicios inciertos o fungibles.

Artículo 10: Las obligaciones con género limitado se regirán por las normas de las obligaciones con género incierto cuando los bienes o servicios que conforman el objeto de su prestación no sean fungibles entre sí. Cuando sí lo sean serán de aplicación las normas de las obligaciones con género fungible. En ambos casos el acto de

pudieran suscitar se resuelven por las reglas del Derecho común, derivadas de su naturaleza; y, por último, porque para el caso de las obligaciones alternativas, éstas son reguladas juntamente con las facultativas, pues con éstas últimas y las conjuntivas, constituyen el rubro que clasifica a las obligaciones por la pluralidad de objetos.

– Concordancias nacionales.

Legado de bien mueble indeterminado, artículo 758 del Código Civil / Elección en obligaciones alternativas, artículo 1162 del Código Civil / Determinación deferida a tercero, artículo 1407 del Código Civil / Determinación según mero arbitrio de tercero, artículo 1408 del Código Civil.

---

determinación se limitará a los bienes o servicios que integren el género limitado.
Artículo 11: En todos los casos de obligaciones con prestación de objeto genérico la determinación se entenderá efectuada desde la ejecución de la prestación o desde su comunicación a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez.
Artículo 12: Antes de la determinación no puede el deudor eximirse de la prestación invocando la imposibilidad sin su culpa.
Esta regla no se aplica cuando la determinación debe efectuarse entre un género limitado y éste se hace imposible sin culpa del deudor. En este caso el deudor pierde el derecho a la contraprestación si la hubiere.
Artículo 13: Practicada la determinación se aplican las reglas sobre obligaciones de dar o hacer, con objeto determinado según el caso.
El artículo 1569 del Código debería decir: En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida cuando la individualización corresponda al comprador y éste no cumpla con efectuarla, se trasladarán los riesgos de pérdida del género, siempre que el vendedor haya puesto previamente a disposición del comprador todo el género pactado."

– LA ELECCION EN LOS BIENES INCIERTOS.

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

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

– Fuentes nacionales del artículo 1143.

Dentro de la legislación colonial, encontramos en las *Partidas*, la Ley 23, Título IX, Partida Sexta.

El artículo 1143 del Código Civil vigente ha registrado antecedentes en todos los Códigos y Proyectos de Código que se han elaborado en nuestro país. Así, comenzaremos por citar al *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836,* en su artículo 23: "Toda obligación debe ser determinada a lo menos en cuanto a su especie, aunque quede incierta sobre el peso, número o medida."

Luego, el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* con el numeral 839: "Si la deuda es de cosa determinada sólo en especie, el deudor para librarse no podrá ser obligado a darla en la mejor, pero tampoco podrá ofrecer una mala."; y el *Código Civil de 1852,* con el artículo 2228: "Si la cosa debida sólo está determinada en especie, cumplirá el deudor con entregar una que no sea de calidad ínfima."

Merece mención especial el *Proyecto de Código Civil de 1890,* el mismo que regulaba el tema en varias normas: los artículos 148: "Cuando la obligación de dar tiene por objeto una cosa incierta o indeterminada, no consumible, corresponde la elección al deudor; pero éste no puede escoger una cosa de la peor calidad en la especie; y si se ha reservado la elección al acreedor, éste no puede escoger una cosa de la mejor calidad.- Determinada o individualizada la cosa por la elección del deudor, o del acreedor, la entrega está sujeta a los principios que rigen las obligaciones de dar cosa cierta.- El deudor no puede eximirse de cumplir la obligación, alegando que el objeto de ésta se ha perdido o deteriorado por fuerza mayor o caso fortuito realizados antes de la determinación de la cosa."; y 2909: "El deudor de una cosa individualmente determinada está obligado a entregarla en el estado en que se halle, y no responde de los deterioros, a no ser que provengan de su culpa.- Si la cosa debida sólo está determinada en especie, cumple el deudor con entregar una que no sea de calidad ínfima."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* trataba sobre el particular en sus artículos 132: "En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por el género y por la cantidad, la elección pertenece al deudor, cuando lo contrario no resultare del título de la obligación."; 133: "Para el cumplimiento de estas obligaciones, el deudor no podrá escoger cosa de la peor calidad de la especie, ni el acreedor la de mejor calidad, cuando se hubiese convenido en dejarle la elección."; y 212: "Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior."

Lo propio hizo el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* con sus numerales 123: "En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por la especie y por la cantidad, la elección pertenece al deudor, cuando lo contrario no resultare del título de la obligación."; 124: "Para el cumplimiento de estas obligaciones el deudor no podrá escoger cosa de la peor calidad, cuando se hubiese convenido en dejarle la elección."; y 202: "Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla en la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* trató el tema en su artículo 1169: "En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, cuando lo contrario no resulte del título de la obligación.- El deudor no podrá escoger cosas de la peor calidad; ni, a su turno, el acreedor las de mejor calidad, cuando se hubiese convenido dejarle la elección." El *Código Civil de 1936* lo hizo en su numeral 1179, con la siguiente redacción: "En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, cuando lo contrario no resulte del título de la obligación. El deudor no podrá escoger cosas de la peor calidad; ni, a su turno, el acreedor las de mejor calidad, cuando se hubiese convenido dejarle la elección."

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* abordó el tema en su artículo 10.- "En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, cuando lo contrario no resulte del título de la obligación.- La parte a quien corresponda la elección debe escoger cosas de calidad no inferior a la media."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hizo en su artículo 17.- "En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.- Si la elección corresponde al deudor, debe esco-

ger cosas de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger cosas de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger cosas de calidad media."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1159.- "En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.- Si la elección corresponde al deudor, debe escoger cosas de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger cosas de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger cosas de calidad media."; y, por último, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1111.- "En las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.- Si la elección corresponde al deudor, debe escoger cosas de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger cosas de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger cosas de calidad media."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1143 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Francés (artículo 1246), el Código Civil Brasileño (artículo 875), el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 400), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 242, primera parte -similar al primer párrafo del artículo 1143 Peruano-), el Proyecto Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 180, segundo párrafo), el Código Suizo de las Obligaciones (artículo 71), el Código Civil Holandés (Libro 6, artículo 2), el Código Civil Argentino (artículo 602), el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 108) y el Código Civil Cubano de 1988 (artículo 245).

Por su parte, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículos 800 y 944) establece que el acreedor elige también bie-

nes de calidad media; el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1321) prescribe que el acreedor elige igualmente bienes de regular calidad; el Código Civil Etíope (artículo 1747) señala que si la deuda es de una cosa no determinada por su género, la elección corresponde al deudor sin estipulación contraria. El deudor, sin embargo, no puede ofrecer una cosa de calidad inferior a la calidad media; y el Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 200) agrega que si el deudor realiza todos los actos necesarios para la entrega de un bien o lo designa con el asentimiento del acreedor, dicho bien se tendrá como el debido.

De otro lado, el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1151) dispone que cuando el objeto de la obligación es un bien que no ha sido determinado en su especie, el deudor no está obligado a entregar el mejor de la especie, pero no podrá ofrecer el peor. El bien debe ser de calidad comercial; en tanto que el Código Helénico (artículo 289) no trata de la calidad media, sino que establece que el deudor no está obligado a procurarse los mejores ni peores bienes de la especie.

Por su parte, el Código Civil Etíope (artículo 1748) establece que en las obligaciones de dar bienes determinados por su género, el acreedor no puede rechazar el pago, alegando que la cantidad o calidad ofrecida no es estrictamente la convenida, que tiene algún interés o que se le había reservado expresamente ese derecho; y agrega que fuera de esas hipótesis puede solamente reducir proporcionalmente su propia prestación o, si ya la hubiere ejecutado, demandar indemnización por los daños sufridos.

El propio Código Etíope (artículo 1778) prescribe que en el caso de las obligaciones de dar cosas determinadas por su género, los jueces pueden autorizar al acreedor a reemplazar las cosas que el deudor estaba obligado a entregar, siendo los gastos de cuenta del deudor.

El Código Civil Argentino, en fin, (artículo 608) establece que si la obligación tuviere por objeto restituir cantidades de cosas recibidas, el acreedor tiene derecho a exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios e

intereses, o su valor, según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación.

– Análisis.

El artículo 1143 del Código Civil Peruano de 1984 dispone en su primer párrafo que en caso de que la obligación verse sobre bienes determinables de los cuales haya que escoger alguno de ellos para cumplir con su entrega, la elección corresponderá al deudor de dichos bienes. Esta situación responde a la necesidad de las cosas, puesto que es el deudor quien precisamente se encuentra en directa relación con los bienes dentro de los cuales hay que escoger alguno(s) y es quien de manera más rápida y efectiva puede efectuar dicha elección, sin incurrir en mayores gastos. Naturalmente, tal como lo establece la ley, podría ocurrir que no sea al deudor a quien corresponda efectuar dicha elección, si esto se dedujese de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. De no corresponder al deudor la elección del bien, ella la hará el acreedor o un tercero, al cual las partes de común acuerdo hubiesen encomendado tal misión. Cualquiera de estas dos últimas situaciones es perfectamente posible, ya que estaríamos dentro del campo de la autonomía de la voluntad, referente a la libertad contractual o de configuración interna de las estipulaciones de un contrato[1].

(1) Sobre este particular resulta interesante apreciar la opinión del Doctor José León Barandiarán del artículo 1179 del Código Civil de 1936 (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 41 y 42):
"La **obligatio generis**, que por su naturaleza es indeterminada en cuanto a la precisión de cuál objeto **in concreto** ha de prestarse, puede adquirir esa especialización o concretización mediante la elección del deudor o del acreedor o de un tercero, según lo convenido, pues sólo puede ser ejecutado, en último término, un único objeto dentro del género (Titze). De ahí que toda obligación genérica implique un derecho para la elección, que permita la indispensable especialización.
A falta de declaración en el título, la elección, o más precisamente la individualización, corresponde al deudor, por presunción **iuris tantum** de la ley, en su propósito de favorecerle.

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 dicha 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 pre-

Si no, por estipulación, la elección puede corresponder al acreedor. También podría pactarse que un tercero la efectúe.
Mas la individualización o concentración, sea que pertenezca al sujeto pasivo o al sujeto activo en el vínculo obligacional, no deberá hacerse en forma arbitraria, sino dentro de los límites de equidad; lo que se ocupa en determinar la segunda parte del dispositivo. La ley, entonces, interpreta la voluntad verosímil y el recíproco querer racional de los contratantes. La determinación de la calidad de la cosa, a la que debe ajustarse la elección en el caso del artículo que ahora se comenta, se arreglará a los usos comerciales, teniendo en ella especial influencia la costumbre del lugar del pago, y los principios de buena fe, en todo caso.
Pero las recomendaciones de la ley sobre la calidad del objeto a elegir, sólo operan a falta de convenio en otro sentido **inter partes** (Warneyer).
Se conoce, por lo demás, desde el derecho romano la obligación **unum de certis**, y la exceptuación de tal supuesto de una regla como la prevista en la primera parte del numeral 1179, o sea que el deudor puede escoger entonces libremente cualquiera de los objetos comprendidos dentro de la obligación, pese a la indeterminación originaria en los mismos (como la entrega de uno de los caballos de mi estancia). Tal obligación **incertum ex certis**, en efecto, no acusa una indeterminación tal, como en el caso de la obligación genéricamente mentada; en cierto modo los objetos están ya predeterminados, y sólo falta la concreción en cuanto a cuál de ellos sea el de la ejecución. En cierta manera, podría decirse que la obligación ahora tratada ocupa una posición intermedia entre la obligación genérica y la alternativa. El deudor goza de la elección, salvo que se hubiera estipulado que aquélla incumbirá al acreedor."
Nosotros discrepamos -en el extremo de las obligaciones **unum de certis**- de las opiniones del Doctor José León Barandiarán, cuando expresa que el deudor puede escoger libremente cualquiera de los objetos comprendidos dentro de la obligación, porque esto significa-

cisa. Así, tenemos la opinión de Luis Diez Picazo y Antonio Gullón[2], 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.

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 al respecto de Alterini, Ameal y López Cabana[3]:

"¿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-.

---

ría convertir una obligación de dar bien incierto, en una de carácter alternativo. Y esto -como veremos más adelante- no es así.

(2) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Página 207.

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

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 dice[4] 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 podemos extraer 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.

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

---

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

los libros que forman dicha biblioteca. Definitivamente, si la gran mayoría de libros oscila en un valor de 60 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 si 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 la calidad de su contenido, la que podrá ser considerada mayor o menor en algunos casos u otros.

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 Larenz[5] "...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 pueden 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.

(5) 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 todo lo expresado podemos concluir que no resulta fácil observar y menos aun 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 un 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 podría ocurrir que un bien de excelentes cualidades y materiales de construcción o elaboración revista un precio de mercado (valor) sumamente inferior al que tengan otros bienes de su misma especie.

Para ilustrar esos casos vamos a señalar un ejemplo ya clásico en la historia de la aviación comercial contemporánea. Ocurre que durante la década de los años sesenta, en la que se produjo el auge de los aviones comerciales a retropopulsión (**jets**), que sustituyeron a los turbohélices, se fabricaron tres aviones construidos 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. Boeing 707 y MD/DC-8 se han producido 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 y de mayor 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, las 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 cuesta o 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 (pues contaba con cinco filas de asientos de ancho, mientras sus competidores tenían seis) y por la calidad de algunos de sus componentes, que originaban mayores costos de mantenimiento.

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 esgrimiendo en defensa de su elección el 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 acerca del 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 Szyszlo. 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.

– 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.

(a) Arbitro.

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

Arbitro[6] no tiene en nuestra Lengua Española, por sí solo, una connotación jurídica.

En el vocablo "juez"[7], encontramos en el término "juez

(6) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 118.
(7) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 801.

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"[8], 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 árbitros tienen, entre otras funciones, el dirimir sobre las diferencias que las partes tengan 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.

(8) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 118.

(b) Perito.

Respecto a la opinión que sostiene que el tercero debe ser considerado un perito, no podemos ser tan concluyentes como en la posición anterior, pues 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.

(c) 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, bajo comentario, sería

efectuado por arbitradores, los que podrían ser meros arbitradores o arbitradores de equidad (artículos 1407 y 1408 del Código Civil).

(d) 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 alcanzará plenos efectos entre las mismas, tal como si ellas lo hubiesen elegido.

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 cuál es 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 de 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 lo llevarán (en criterio de los contratantes) a emitir una opinión equitativa o justa.

Gráficamente podríamos ilustrar nuestra posición de la siguiente manera:

- Primera posibilidad:

Mandatario-Arbitrador-No perito>Mero arbitrio.
>Arbitrio de equidad.

-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.

– *Concordancias nacionales.*

Legado de bien mueble indeterminado, artículo 758 del Código Civil / Elección en obligaciones alternativas, artículo 1162 del Código Civil / Determinación deferida a tercero, artículo 1407 del Código Civil / Determinación según mero arbitrio de tercero, artículo 1408 del Código Civil.

– PLAZO PARA LA ELECCION.

Artículo 1144.- *"A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.*

Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor.

Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento."

– *Fuentes nacionales del artículo 1144.*

Este artículo no registra antecedentes en los siguientes cuerpos normativos: *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; Código Civil de 1852; Proyecto de Código Civil de 1890; y Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925.*

El primero en tratar el tema fue el *Segundo Anteproyecto de*

Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en sus artículos 146 y 223, con el texto siguiente: artículo 146.- "Si el deudor es omiso en hacer la elección, el juez le señalará un plazo para que cumpla con hacerla, y si vencido este plazo el deudor se mantuviera en la omisión, la elección corresponderá al acreedor." (Esta norma pertenece a las obligaciones alternativas y facultativas); artículo 223.- "Si la cosa debida fuere indeterminada y la elección compitiera al acreedor, el deudor debe hacer la intimación judicial para que verifique la elección. Si rehusare hacerla, el deudor podrá verificarla procediendo en lo demás como en el caso del artículo anterior."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* hizo lo propio en sus numerales 1190 y 1254: artículo 1190.- "Si el deudor es omiso en hacer la elección, el juez le señalará un plazo para que cumpla con hacerla, y si vencido este plazo el deudor se mantuviera en la omisión, la elección corresponderá al acreedor."; artículo 1254.- "Si la cosa debida fuese indeterminada y la elección correspondiera al acreedor, debe el deudor hacerle intimación judicial para que verifique la elección. Si rehúsa hacerla, el deudor podrá verificarla, procediendo en lo demás como queda establecido."

Posteriormente, el *Código Civil de 1936* también trató sobre el particular en sus artículos 1200: "Si el deudor es omiso en hacer la elección, el juez le señalará un plazo para que cumpla con hacerla, y si vencido este plazo el deudor se mantuviera en la omisión, la elección corresponderá al acreedor." (Debe señalarse que esta norma correspondía a las obligaciones alternativas, y que se aplicaba por analogía a las obligaciones de dar bienes inciertos -determinables-, y 1263: "Si la cosa debida fuese indeterminada y la elección correspondiera al acreedor, debe el deudor hacerle intimación judicial para que verifique la elección. Si rehúsa hacerla, el deudor podrá verificarla, procediendo en lo demás como queda establecido."

La *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* no trató sobre el particular.

Sí lo hizo, en cambio, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* en su numeral 18: "Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo, ella corresponderá al acreedor. Si no hubiese plazo establecido, el juez lo señalará; y si en este caso el deudor no cumpliera con realizarla, ella corresponderá al acreedor. Las mismas reglas se aplicarán cuando la elección deba practicarla el acreedor.- Si el tercero no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extingue, 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."; mientras el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* trató sobre el particular en el artículo 1160.- "Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo, ella corresponderá al acreedor. Si no hubiese plazo establecido, el juez lo señalará; y si en este caso el deudor no cumpliera con realizarla, ella corresponderá al acreedor. Las mismas reglas se aplicarán cuando la elección deba practicarla el acreedor.- Si la elección se confiara a un tercero y éste no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extingue, 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 último, debemos mencionar que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* trata sobre el punto en el artículo 1112, del texto siguiente: "A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.- Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección deba practicarla el acreedor.- Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1144 del Código Civil Peruano, en-

tre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1081), Paraguayo de 1987 (artículo 485), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 250, inciso 4 -similar al tercer párrafo del artículo 1144 Peruano-), y Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 210).

Asimismo, el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1390) establece que: "Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijarán la duración de aquél; también fijarán los tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor."

– *Análisis.*

El artículo 1144 del Código Civil Peruano de 1984 está destinado a regular lo relativo al plazo para la elección del bien.

Resulta supuesto fundamental el 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.

La norma descrita en el párrafo precedente nos parece sumamente justa, pues al no utilizar la oportunidad el contratante a quien correspondía efectuar la elección del bien, resultará justo 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 a lo previsto por el artículo 1143 antes comentado.

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 nuestro análisis del segundo párrafo del artículo 1143 del Código Civil. Ocurre que 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, es también cierto 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 el coautor de esta obra (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 dada por el Código Civil (a iniciativa de la Comisión Revisora) tiende 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.

Antes de concluir nuestros comentarios a este numeral, 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.

– ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1144.***

Artículo 1144.- "A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.

Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor.

Si la elección se confía a un tercero, éste no la efectúa y las partes no se ponen de acuerdo para sustituirlo, la obligación queda sin efecto, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

En caso de pluralidad de terceros, la decisión deberá ser adoptada de acuerdo con el contenido del mandato. De no haberse establecido reglas al respecto, la decisión se adoptará por mayoría absoluta de los terceros. De no haber tal mayoría y no ponerse de acuerdo las partes para sustituir a los terceros o nombrar otro dirimente, la obligación quedará sin efecto."

– ***Fundamento.***

Proponemos la modificación anotada, porque los jueces no deben intervenir en ayudar a las partes a contratar. Esa no es su función.

Además, hemos considerado conveniente introducir en el artículo un párrafo adicional, en el sentido de precisar el tratamiento del supuesto de pluralidad de terceros. Consideramos que el acuerdo de los mismos se regirá, en primer término, por las normas o instrucciones que les hayan dado las partes a través del contrato de mandato. Resulta evidente que, de haberse previsto los supuestos de disconformidad y la forma de solucionarlos sin la intervención de las partes, no habrá problema alguno. El problema se presentaría en el supuesto en el cual las partes no hubiesen previsto el mecanismo antes mencionado, o, de haberlo previsto, dicho mecanismo resulte teórica o prácticamente incompleto, de tal manera que nos encontremos frente a un conflicto insoluble.

Para tal efecto, proponemos establecer como principio supletorio el que la decisión de los terceros sea adoptada por el criterio de mayoría absoluta.

Ahora bien, de no haber mayoría absoluta (vale decir, en caso de empate de opiniones o criterios o de mayoría relativa) y de no ponerse de acuerdo las partes (acreedor y deudor) para sustituir a los terceros por otro u otros, o para nombrar a un tercero dirimente, el bien resultará indeterminable, razón por la cual somos de opinión que la obligación debe quedar sin efecto.

– ***Concordancias nacionales.***

Fijación de la duración del plazo, artículo 182 del Código Civil / Elección en obligaciones alternativas, artículo 1162 del Código Civil / Determinación deferida a tercero, artículo 1407 del Código Civil / Determinación según mero arbitrio de tercero, artículo 1408 del Código Civil / Obligación de indemnizar, artículo 1321 del Código Civil.

– IRREVOCABILIDAD DE LA ELECCION.

Artículo 1145.- *"La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez, surte iguales efectos."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1145.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936;* ni en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

El tema fue planteado por primera vez en nuestro país en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* artículo 19: "La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección la prac-

tica un tercero, surtirá iguales efectos." Fue seguida por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1161: "La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección la practica un tercero, surtirá iguales efectos."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* artículo 1113: "La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez, surtirá iguales efectos."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1145 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 542) y el Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 209).

Por su parte, el Código Civil Mexicano (artículo 1964) establece que: "La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada."

– *Análisis.*

De acuerdo con los tratadistas argentinos Alterini, Ameal y López Cabana[1] 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:

(a) Teoría de la separación.

Para los sostenedores de esta teoría, la elección queda perfeccionada con la separación de la cosa de las demás que integran el género, efectuada por quien -según Derecho- co-

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

rresponda. Se objeta a esta teoría que dicha separación queda circunscripta al fuero interno del elector, sin ser del conocimiento de la otra parte.

(b) Teoría de la tradición.

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

(c) Teoría de la declaración aceptada.

Para 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.

(d) 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.

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 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 inconmovible, ya que si bien las

partes se han remitido a la decisión del tercero 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 lo 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 normalmente 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**.

(a) 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:

(1) En el orden de vicios o defectos de la voluntad, y aunándonos al criterio establecido por el Doctor Manuel de la Puente[2], 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.

(2) En lo referente al ámbito del mandato recibido, la decisión del tercero será impugnable en lo que excediese a dicho mandato.

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

(b) 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:

(1) Cualquier vicio de la voluntad, tal como ha sido señalado por nosotros para el caso del **arbitrium boni viri**.

(2) Al igual que para el **arbitrium boni viri**, en este caso la decisión del tercero será impugnable si excediese las facultades conferidas por los mandantes en el poder.

(3) 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.

---

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

– ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1145.***

Artículo 1145.- "La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero, surte iguales efectos."

– ***Fundamento.***

Hemos eliminado la referencia al juez, por idénticas razones que negamos a éste facultad de sustituir la elección que debe hacer el tercero, las mismas que anotamos en nuestro análisis del artículo 1144 del Código Civil Peruano.

– ***Concordancias nacionales.***

Forma de la elección, artículo 1163 del Código Civil / Entrega de bien incierto, artículo 1553 del Código Civil.

– **PERDIDA DEL BIEN ANTES DE LA ELECCION, SIN CULPA DEL DEUDOR.**

Artículo 1146.- *"Antes de la individualización del bien, no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.*

Esta regla no se aplica cuando la elección debe efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor."

– ***Fuentes nacionales del artículo 1146.***

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852.*

Por primera vez apareció en el *Proyecto de Código Civil de 1890,* artículo 1487: "Cuando la obligación de dar tiene por objeto una cosa incierta o indeterminada, no consumible, corresponde la elección al deudor; pero éste no puede escoger una cosa de la peor calidad en la especie; y si se ha reservado la elección al acreedor, éste no puede escoger una cosa de la mejor calidad.- Determinada o individualizada la cosa por la elección del deudor,

o del acreedor, la entrega está sujeta a los principios que rigen las obligaciones de dar cosa cierta.- El deudor no puede eximirse de cumplir la obligación, alegando que el objeto de ésta se ha perdido o deteriorado por fuerza mayor o caso fortuito realizados antes de la determinación de la cosa."

Luego fue tratado el tema en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* artículo 134: "Antes de la 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."; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* artículo 125: "Antes de la 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."; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* artículo 1170: "Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor."; y en el *Código Civil de 1936,* artículo 1180: "Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor."

Ya en la etapa de reforma al Código Civil de 1936, regularon el tema, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* con su artículo 11: "Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* en el artículo 20: "Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa. Esta regla no se aplicará cuando la elección deba practicarse entre determinadas cosas de la misma especie y todas ellas se perdieran sin culpa del deudor."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en su artículo 1162: "Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.- Esta regla no se aplicará cuando la elección deba practicarse entre determinadas cosas de la misma especie y todas ellas se perdieran sin culpa del deudor."; y, por último, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en su artículo 1114: "Antes de la individualización de la cosa, no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.- Esta regla no se aplica cuando la elección debe efectuarse entre determinadas cosas de la misma especie y todas ellas se pierden sin culpa del deudor."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1146 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Chileno (artículo 1510), el Ecuatoriano (artículo 1553), el Paraguayo de 1987 (artículo 470 -similar al primer párrafo del artículo 1146 Peruano-), el Guatemalteco de 1973 (artículo 1322 en su primer párrafo -similar al primer párrafo del artículo 1146 Peruano-), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 945 -similar al primer párrafo del artículo 1146 Peruano-), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 244) y el Argentino (Artículo 604: "Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse de cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito.").

El Código Civil Argentino (artículo 605) establece también que la obligación de dar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie o cantidad, da derecho al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación con los perjuicios e intereses de la mora del deudor, si hubiese incurrido en ella, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses; y agrega (artículo 606) que la obligación de dar cantidades de cosas es la obligación de dar cosas que consten de número, peso o medida.

A pesar de estar ubicado dentro del tema relativo a la inejecución de obligaciones, resulta pertinente la mención del artículo 279 del Código Civil Alemán, el mismo que establece que si el objeto debido está determinado sólo según el género, el deudor, en tanto la prestación del género sea posible, ha de respon-

der de su imposibilidad a la prestación, incluso si no le es imputable culpa alguna.

– *Análisis.*

Ha sido analizado por nosotros, en su oportunidad, el contenido del artículo 1138 del Código Civil Peruano, que trata de 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.

Vimos en estas reglas que 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 Larenz[1]: "Cuando es debida una prestación que tenga por objeto una cosa, ésta puede estar individualmente determinada -por ejemplo, esta butaca, este vestido, este

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

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**')."

El citado autor alemán también agrega lo siguiente:

"¿Pero cuándo ha hecho el deudor 'lo necesario por su parte para cumplir la prestación'? Según el contenido de la relación obligatoria, interesa determinar si está obligado a entregar la cosa al acreedor, si la ha de enviar o si únicamente ha de tenerla dispuesta para ser recogida por el acreedor, es decir, que habrá de determinarse si existe una deuda de entrega, de remisión o de puesta a disposición (...). En el primer caso, el deudor hizo de su parte lo necesario trasladando la cosa al acreedor y ofreciéndosela de modo efectivo (...); en el segundo, concurre este supuesto cuando se la haya enviado; en el tercero, cuando pone a disposición del acreedor los objetos por éste determinados o la cantidad por el mismo individualizada, y así se lo notifica, o cuando le invi-

ta a que los recoja. Sin embargo, la concentración llevada a cabo puede ser anulada, por ejemplo, si el vendedor (en una obligación de remisión) detiene la mercancía ya enviada al comprador y dispone de ella de otra forma, o si (en caso de una deuda de entrega) mezcla otra vez los objetos que ya habían sido separados de los de su género. Si el comprador no acepta las mercancías debidamente ofrecidas, el vendedor no está obligado a soportar que se haga valer contra él la concentración verificada con el ofrecimiento de objetos determinados, sino que después puede entregar otros objetos de la calidad señalada en el contrato.

Como después de la concreción el deudor queda liberado de su deber de prestación (...) por la pérdida fortuita de los objetos individualizados que desde ahora únicamente adeuda, esto significa que después de aquella concreción el riesgo del perecimiento fortuito de los objetos que el deudor intentaba entregar pasa al acreedor. Es decir, que antes de la concentración estaría obligado a proporcionarse si es necesario otros objetos del mismo género para poder cumplir su deber de prestación y en tanto ello sea posible; esta obligación desaparece después con la concentración."

Hasta aquí las palabras de Karl Larenz.

En términos de Alfredo Barrós Errázuriz[2]:

"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

(2) BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Op. cit., Volumen II, Página 275.

de trigo. Tendría que agotarse una especie entera para que llegase el caso de alegar imposibilidad por parte del deudor.

Sin embargo, cuando se trata de cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida -que son la materia ordinaria de las obligaciones de género- pero señaladas de modo que no puedan confundirse con otras porciones de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora pertenece al comprador -o sea, la pérdida liberta al vendedor, que es el deudor- aunque dicha cosa no se haya pesado, contado ni medido; con tal que se haya ajustado el precio."

Expresa Héctor Lafaille[3] 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 Gásperi[4]: "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 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 Gásperi[5] nos 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

(3) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 463.
(4) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 213.
(5) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 215.

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 bajo comentario, 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 norma que comentamos 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 Lafaille[6] 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 Gásperi[7] 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 Busso[8] la obligación de género no debe confundirse con la llamada **incertum ex certis**, ya que en la primera, la cosa

(6) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 140.
(7) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 215 y 216.
(8) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 178.

con la llamada **incertum ex certis**, ya que en la primera, la cosa debida ha de tomarse entre un número ilimitado de cosas; 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 nunquan 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 principio, 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 se equivoca 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 nunquan 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 Cabana[9], sostienen respecto de la naturaleza jurídica de las obligaciones de género limitado, que deben ser consideradas como obligaciones alternativas y no de género, por considerar 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 -por último- dichos autores, 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 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 autores 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.

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

Respecto del género limitado encontramos también la opinión del tratadista argentino Alfredo Colmo[10], 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.

Es del mismo parecer Luis María Boffi Boggero[11], 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.

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, bajo comentario- o si estamos frente a

(10) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 276.
(11) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Página 347.

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 Llambías[12] 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 ofrecido por 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.

(12) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 147.

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.

Debemos manifestar, además, 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.

Por último, debe mencionarse que, tal como señala el tratadista argentino Luis María Boffi Boggero[13], las obligaciones de dar bienes inciertos, dentro de una especie limitada, han sido confundidas en ciertas hipótesis con las obligaciones alternativas, sobre todo cuando en la primera hay muchas prestaciones y en la segunda menor cantidad de objetos. Señala el mencionado autor que la doctrina se ha hecho eco de esta dificultad, diciendo que las obligaciones alternativas ocupan un lugar intermedio entre las obligaciones de género y las de dar cosas ciertas. Relata Boffi Boggero que también se expresó que las diferencias generales entre las primeras y las alternativas resultan precisas, pero las dificultades comienzan cuando se trata de acentuar esas precisiones, viendo -una corriente- la distinción en el matiz subjetivo. Así, si las partes han tenido en mira, al celebrar el contrato, cada una de las prestaciones como individualidades diferentes, la obligación

(13) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Páginas 347 a 349.

será alternativa. Otra corriente establece como requisito suficiente para la existencia de obligación alternativa que el total del que se ha de elegir la prestación sea objetivamente determinado; mientras otra expresa que es exacto lo afirmado por la anterior, pero siempre que las partes hubiesen aceptado como concretas las distintas posibilidades de la prestación (que, como se ve, combina las dos tesis anteriores). Señala Boffi Boggero que, finalmente, hay una corriente que ve la imposibilidad de establecer un límite fijo o diferencias sustanciales, habiendo un grado mayor o menor de determinación. Precisa el mencionado autor que la dificultad del problema excede el campo teórico, pues son notorias las diferencias que establece la ley según se trate de un tipo u otro de obligación; recuerda que Galli, ante el problema, afirma que la adecuada solución será provista "con más facilidad... por las circunstancias particulares de cada caso", añadiendo que no es corriente la existencia de más de dos o tres prestaciones en la obligación alternativa ni "un número reducido de cosas" en las obligaciones de género, debiendo -asimismo- guiar al respecto el motivo con que se contrató.

Expresa Boffi Boggero -y compartimos su criterio- que es más fácil establecer las diferencias en la conceptuación general que en los casos concretos; pero la base de la distinción debe hallarse en que pareciera que se tomó en cuenta cualquier ejemplo dentro de un género o que se computaron las diferentes individualidades de esos ejemplares. Agrega el citado autor que si se trata de una obligación de entregar uno de los tres potrillos de la yegua tal, a primera vista no se puede diferenciar si la obligación es alternativa o de género limitado; en cambio, si hubo interés en el detalle de cada ejemplar más que en su género común, la obligación será alternativa.

Todas estas consideraciones revisten interés y son muy valiosas, pero nosotros ya nos pronunciamos sobre el tema en su oportunidad.

– Concordancias nacionales.

Reglas en la elección de bienes inciertos, artículo 1143 del Código Civil / Plazo judicial para la elección, artículo 1144 del Código Civil / Inimputabilidad por ausencia de culpa, artículo 1314 del Código Civil / Caso fortuito o fuerza mayor, artículo 1315 del Código Civil / Extinción de la obligación, artículo 1316 del Código Civil / Irresponsabilidad del deudor por inejecución debida a causas no imputables, artículo 1317 del Código Civil.

– APLICACION DE LAS NORMAS SOBRE BIENES CIERTOS A LOS BIENES INCIERTOS, DESPUES DE REALIZADA LA ELECCION.

Artículo 1147.- *"Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1147.*

El Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836, no regulaba el tema. Tampoco lo hacían el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni el *Código Civil de 1852.*

El primer cuerpo legislativo en tratar el tema fue el *Proyecto de Código Civil de 1890,* en su artículo 1490: "Las cantidades que se deben, quedan determinadas o individualizadas, después de contadas, pesadas o medidas las cosas por el acreedor."

Luego lo hizo el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* en el numeral 135: "Practicada la elección regirán los principios establecidos sobre las obligaciones de dar cosas ciertas."; seguido por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* en su artículo 126: "Practicada la elección regirán

los principios establecidos sobre las obligaciones de dar cosas ciertas."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* en el artículo 1171: "Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas."; y el *Código Civil de 1936,* artículo 1181: "Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas."

Posteriormente, ya en la reforma del Código de 1936, abordaron el tema, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* artículo 12: "Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas."; seguida por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* artículo 21: "Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1163: "Practicada la elección, se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas."; y, como su antecedente más cercano, el artículo 1115 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* que establecía que "Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1147 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Paraguayo de 1987 (artículo 472), Guatemalteco de 1973 (artículo 1322, en su segundo párrafo), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 947, en su primer párrafo) y el Código Civil Argentino (artículo 603: "Después de individualizada la cosa por la elección del deudor o del acreedor se observará lo dispuesto respecto a las obligaciones de dar cosas ciertas".).

El Código Argentino (artículo 609) establece además que las cantidades quedarán individualizadas como cosas ciertas, después que fuesen contadas, pesadas o medidas por el acreedor; agrega (artículo 610) que si la obligación tuviere por fin constituir

o transferir derechos reales, y la cosa ya individualizada se perdiese o deteriorase en su totalidad por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir igual cantidad de la misma especie y calidad, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses. Si se perdiese o se deteriorase sólo en parte (artículo 611), sin culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, con disminución proporcional del precio si estuviese fijado, o para disolver la obligación. Este Código agrega (artículo 612) que si se perdiese o deteriorase sólo en parte por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, y de la correspondiente a la que faltare o estuviere deteriorada con los perjuicios e intereses, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses.

Si la obligación (artículo 613) tuviese por fin restituir cantidades recibidas, y la cantidad estuviese ya individualizada, y se perdiese o deteriorase en el todo por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios e intereses, o su valor con los perjuicios e intereses.

Por otra parte, este mismo Código Civil (artículo 614) dispone que si se perdiese sólo en parte sin culpa del deudor, el acreedor sólo podrá exigir la entrega de la cantidad restante. Si se deteriorase sólo en parte sin culpa del deudor, el acreedor recibirá la parte no deteriorada con la deteriorada en el estado en que se hallaren; señalando además (artículo 615) que si se perdiese o se deteriorase sólo en parte por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante no deteriorada, y de la correspondiente a la que faltare o estuviere deteriorada, con los perjuicios e intereses, o para exigir la entrega de la cantidad restante, no deteriorada, y el valor de la que faltare o estuviere deteriorada con los perjuicios e intereses, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses.

Por último, este Código (artículo 616) añade que es aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles,

sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas.

– *Análisis.*

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 dicha 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 Gullón[1], la obligación genérica necesita concretarse o especificarse, es decir, convertirse en una obligación específica.

(1) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Página 208.

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 nunquan 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 Llambías[2] que, una 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 -agrega 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 autor 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.

(2) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 149 y 150.

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. Coincide con nuestro parecer el Doctor José León Barandiarán[3], cuando expresa lo siguiente:

"En cuanto a la disposición 1181 (se refiere al Código Civil de 1936), el enunciado es obvio: practicada la individualización, desaparece la indeterminación de la prestación; ésta tórnase en cosa cierta, y consecuentemente cae bajo el régimen establecido con respecto a la misma. Es decir que entre una y otra hipótesis - la del artículo 1180, de cosa todavía incierta, y la del artículo 1181, de cosa ya cierta- hay, en cuanto a la prestación del riesgo, la diferencia de **species perit ei, cui debetur, genus perire non consetur.**

Cuándo la **obligatio generis** deba o pueda convertirse en una obligación cierta, individualizada, es cuestión que en primer lugar depende de la misma convención, pues las partes pueden haber hecho previsión al respecto. En otro caso, la elección es hacedera en cualquier momento, y como ella es recepticia, sólo surte su efecto desde que es comunicada a la otra parte. No requiere, por lo demás, aceptación de la otra parte, porque es una facultad de carácter unilateral. Pero la comunicación de la elección es necesaria, tanto como medio propio para posibilitar la ejecución de la obligación, como en cuanto puede servir a la parte para impugnar dicha elección, a mérito de las recomendaciones contenidas en la segunda parte del artículo 1179."

Podemos concluir con Eugenio Gadea Reidner[4] en que tratándose de imposibilidad subsiguiente, la única solución que pue-

(3) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 43 y 44.
(4) 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.

de dar el Derecho es la de resolver la obligación. Así, diremos -con Gadea- 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, en este caso no existirá imposibilidad hasta que todo el **genus** se haga imposible; es ésta la regla del artículo 1146, segundo párrafo.

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.

– Concordancias nacionales.

Obligaciones de dar, artículos 1132 al 1141 del Código Civil.

TITULO II

Obligaciones de hacer

– OBLIGACIONES DE HACER. PLAZO Y MODO DE CUMPLIMIENTO.

Artículo 1148.- *"El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1148.*

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas.* Ahí, en la Ley 5, Título XXVII, Partida Tercera, se decía: "**Si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razón de alguna cosa que deuiesse fazer, deuelo apremiar que la faga assi como fue puesto, o lo prometido**."

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890.*

Por primera vez fue regulada esta materia en nuestro país, con ocasión del *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* artículo 136:

"El obligado a hacer o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho."; seguido por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* artículo 127: "El obligado a hacer o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho."

Dicha norma pasó al *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* con el número 1172, del texto siguiente: "El obligado a hacer alguna cosa, o a practicar un servicio, debe ejecutar la prestación en un tiempo adecuado, y del modo en que fue la intención de las partes. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fue mal ejecutado."; y luego fue adoptada por el *Código Civil de 1936,* con el número 1182: "El obligado a hacer alguna cosa, o a practicar un servicio, debe ejecutar la prestación en un tiempo adecuado, y del modo en que fue la intención de las partes. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho o podrá destruirse lo que fue mal ejecutado."

Durante el proceso de reforma al Código de 1936, también se elaboraron normas similares. Así, se trataba en el artículo 19 de la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973:* "El obligado a hacer alguna cosa, o a practicar un servicio, debe ejecutar la prestación en un tiempo adecuado, y del modo en que fue la intención de las partes. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fue mal ejecutado, salvo que la prestación pudiera completarse a costa del deudor."; en el artículo 22 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980:* "El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el tiempo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso."; en el artículo 1164 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981:* "El obligado a la ejecución de un hecho

debe cumplir la prestación en el tiempo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso."; y, como antecedente más próximo, en el artículo 1116 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984:* "El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el tiempo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1148 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Venezolano de 1942 (artículo 1264) y Venezolano de 1880 (artículo 1163), Paraguayo de 1987 (artículo 476 en su primer párrafo), y el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículos 956, primera parte, y 802).

De otro lado, debemos mencionar que el Código Civil Argentino (artículo 625) establece que el obligado a hacer o prestar algún servicio debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho. Este Código agrega (artículo 741) que si la obligación fuere de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado a recibir en pago la ejecución de otro hecho que no sea el de la obligación.

– Análisis.

La palabra "hacer", de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española[1], tiene varias acepciones. Las que revisten interés para el Derecho de Obligaciones son las siguientes:

---

(1) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario. Tomo II, Página 717.

(1) Producir una cosa; darle el primer ser;

(2) Fabricar, formar una cosa dándole la figura, norma y traza que debe tener; y

(3) Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo.

De acuerdo con las tres acepciones del término "hacer" que hemos recogido en líneas anteriores, podemos orientarnos en dos grandes sentidos:

(1) Hacer implica producir una cosa (o mejor dicho un bien, dentro de la terminología utilizada por nuestro Código Civil y el Derecho moderno). Ese bien podrá ser tanto material como inmaterial.

(2) Hacer implica ejecutar alguna acción o trabajo.

Pues bien, en Derecho de Obligaciones, las obligaciones de hacer constituyen el segundo rubro clasificatorio de las obligaciones según su objeto.

Las obligaciones de hacer pueden consistir en la ejecución de algún bien, o en la ejecución de algún servicio o trabajo. Como decía el Doctor Olaechea[2]: "Las obligaciones de este linaje asumen modalidades de trabajo, de prestación de servicios y otros hechos cuya ejecución no requiere el desenvolvimiento de un esfuerzo físico o intelectual."

Según Francesco Messineo[3], la obligación de hacer alude esencialmente a una actividad del deudor; consiste el hacer, por lo general, en una energía de trabajo, proporcionada por el deudor a favor del acreedor o de un tercero, ya se trate de trabajo material o de trabajo intelectual. Agrega el citado autor italiano que de este tipo son las obligaciones de los trabajadores dependientes, de los artesanos (trabajadores libres), de los empleados (particulares), de los profesionales, de los artistas; es también obligación de hacer, la de custodiar, que implica la predisposición de la cosa, como en el contrato de suministro, y la de desplazar una cosa de un lugar a otro, como en el transporte. Messineo concluye su razonamiento respecto a las obligaciones de hacer, señalando que a éstas, en general, corresponde el derecho del acreedor a una actividad del deudor, o a la obtención de un cierto resultado.

(2) OLAECHEA, Manuel Augusto. Op. cit., Página 18.
(3) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 39.

Según los tratadistas españoles Luis Diez Picazo y Antonio Gullón[4], la prestación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que permita al acreedor la satisfacción de su interés (prestar un trabajo, ejecutar alguna obra, gestionar un asunto).

Para el Doctor Jorge Eugenio Castañeda[5], las obligaciones de hacer tienen por objeto la realización de un hecho positivo. Castañeda, recogiendo los conceptos de Carvalho de Mendonça, Schott, Windscheid y Bufnoir, expresa que el derecho de crédito no es sino un derecho sobre el derecho del deudor; que el objeto de la obligación es, indirecta y mediatamente, el objeto del contrato y, en general, tal objeto es la prestación. La prestación no puede ser un simple hecho o la transmisión de un derecho sobre la cosa. Por eso dice que en la técnica moderna se ha establecido prestaciones de cosas para las obligaciones de hacer y de no hacer. Quizá podría agregarse que las obligaciones de hacer son obligaciones de dar hechos, de realizar hechos, y las obligaciones de dar son obligaciones de dar cosas o derechos.

Si la obligación consistiese en la ejecución de alguna obra -dice Castañeda-, lo más probable es que dicha obra deba ser entregada a quien encargó su comisión, vale decir, al acreedor de la relación obligacional. En este caso, la obligación sería de hacer, pero concluiría en un dar.

(4) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Página 195.
(5) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo I, Páginas 131 y 132.

Agrega el autor citado que distinguir cuándo se trata de una cosa que debe entregarse o de un hecho que debe realizarse, es delicado y difícil, porque en el fondo toda obligación importa un facere; existiendo entonces cierta identidad entre las obligaciones de dar y de hacer. Si la obligación de hacer consistiese en la ejecución de un servicio o trabajo, será una obligación de hacer propiamente dicha, pues concluirá en el propio hacer y no en un dar.

De lo antes señalado, podemos extraer como conclusión que las obligaciones de hacer pueden ser de dos tipos:

(1) Obligaciones de hacer que concluyen en un dar.

Sin embargo, no todos los autores coinciden en sostener que este tipo de obligaciones constituye una subclasificación dentro de las obligaciones de hacer. Según Llambías[6], en opinión de algunos tratadistas, la oposición de las obligaciones de dar y de hacer no sería irreductible, pues podría concebirse una tercera categoría comprensiva de obligaciones complejas o mixtas cuyo objeto estaría constituido por un bien o un hecho de conducta, fundidos entre sí. Llambías recuerda la opinión de Eduardo B. Busso, cuando este último sostiene -según él con razón- que en esos supuestos la complejidad no existe en una obligación que fuese simultáneamente de dar y de hacer, sino en la fuente que origina al propio tiempo distintas obligaciones, algunas de dar, otras de hacer; por eso Busso afirma que son obligaciones conexas, por cuanto provienen de la misma causa; o también pueden ser algunas de ellas subordinadas a otras, como sería el caso, dentro del Derecho Argentino y su sistema de transferencia de propiedad, del contrato de compraventa de un inmueble, en el cual a las obligaciones ordinarias del vendedor y comprador se agrega la obligación de escriturar, la cual es una obligación de hacer que pesa sobre ambas partes.

Llambías concluye en que, en definitiva, no hay obligaciones complejas o mixtas, pues las que aparenten serlo se desintegran

(6) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 257 y 258.

en obligaciones combinadas de dar, o de hacer, de las cuales unas quedan subordinadas a las otras, sin perder enteramente su individualidad; siendo regidas estas distintas obligaciones por las normas que les son respectivas, precisamente en razón de su particular índole jurídica. Podríamos agregar, por nuestra parte, que, compartiendo a grandes rasgos el razonamiento de Llambías, la obligación será de dar o de hacer, según aquello que en la misma resulte fundamental. Si lo fundamental es el dar y no el hacer, será de dar; en tanto que si lo fundamental es el servicio o la obra (el hacer), y el dar es meramente la conclusión natural o resultado de lo anterior (el hacer), sin duda alguna estaremos en presencia de una obligación de hacer. Creemos que el tema no debe ofrecer mayores complicaciones, y, por lo demás, sobre el mismo no se pueden establecer reglas matemáticas, quedando al fin y al cabo, la decisión a cargo del intérprete, quien deberá tener en consideración las ideas expresadas anteriormente.

Dentro de este mismo orden de ideas, resulta de particular interés precisar las diferencias existentes entre las obligaciones de dar y las obligaciones de hacer. En tal sentido, Llambías[7] establece las que para él constituyen las principales diferencias:

(a) Es más intensa la prerrogativa del acreedor de la obligación de dar para lograr el cumplimiento "en **natura**" del objeto debido; basta que la cosa exista, que esté en el patrimonio del deudor y en su posesión. En cambio, tratándose de obligaciones de hacer, como lo debido es un hecho de conducta, no es posible lograr su forzada realización, si para ello es menester practicar violencia en la persona del deudor.

(b) En las obligaciones de dar es casi indiferente la persona del deudor porque la pretensión del acreedor persigue un bien o cosa. En cambio, tratándose de obligaciones de hacer, siendo su objeto un hecho de conducta generalmente, la persona del deudor tiene especial importancia para el acreedor.

(7) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 258 y 259.

(c) En las obligaciones de hacer la prestación está limitada por la aptitud real del obligado para practicarla, descartándose en el estado actual de la civilización, esfuerzos excesivos que importen peligro para la salud. En cambio, tratándose de obligaciones de dar, el deber respectivo es independiente de la aptitud del obligado y de su solvencia; quien debe una cosa no queda liberado por no tenerla, o por no tener medios para adquirirla.

(2) Obligaciones de hacer que concluyen en el propio hacer.

Por su parte, el tratadista argentino Luis María Boffi Boggero[8] establece que las obligaciones de hacer pueden dividirse de acuerdo con cuatro criterios distintos: a) según la prestación se halle vinculada íntimamente con la persona del deudor, en fungibles o no fungibles; b) según la prestación importe una conducta que cristalice o no una obra, en obra o de servicio; c) según que la prestación se consuma en un solo acto o más de uno, en instantáneas o permanentes, pudiendo ser estas últimas continuadas o periódicas; d) según un criterio muy semejante al anterior, si las prestaciones se cumplen mediante uno o varios actos aislados, la prestación es transitoria; y si se cumple mediante una conducta permanente, la prestación es duradera.

Para Francesco Messineo[9], la obligación de hacer puede ser continuada, según que se la deba ejecutar sin interrupciones (como, por ejemplo, en la obligación de suministro, o de depósito, o de arrendamiento, o de fletamento), o periódica (como, por ejemplo, en la obligación surgida de un contrato de trabajo), o ser tal que se extinga con un solo acto de cumplimiento.

El Código Civil Peruano no define a las obligaciones de hacer (ni tampoco a las de dar y a las de no hacer), razón por la cual hemos considerado necesario efectuar las precisiones antes señaladas.

---

(8) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Páginas 421 y 422.
(9) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 40.

Según Busso -quien seguía a Savigny-, las obligaciones de hacer son aquellas cuyo objeto consiste en el despliegue de energías de trabajo, sean físicas o morales, prestadas por el deudor, en favor del acreedor.

Para Jorge Joaquín Llambías[10], la obligación de hacer es un hecho de conducta, a diferencia del objeto de las obligaciones de dar, que consiste en un bien, del que debe desprenderse el deudor a favor del acreedor; significando esto que las obligaciones de hacer se caracterizan por el compromiso de una energía de trabajo, sea física o moral, del deudor a favor del acreedor.

Dice Lafaille[11] que toda obligación consistente en un hecho del hombre, que no esté comprendido entre los de dar, pertenece al grupo de las obligaciones de hacer, propiamente tales.

En relación al tema de la determinación de las obligaciones de hacer, sin lugar a dudas éste es mucho más preciso que en las obligaciones de dar. En palabras de Héctor Lafaille[12], las prestaciones que reconocen como contenido el cumplimiento de un acto, son de índole más concreta y no se prestan a la indeterminación, tanto como las concernientes a las cosas; agrega que aquí no existe fungibilidad, ni se trata de dinero, ni cabe elegir entre las de un género, limitado o ilimitado; siendo apenas dado observar un matiz de carácter abstracto, en aquellas hipótesis en que no es posible sustituir al deudor para el cumplimiento de la prestación.

Difiere de este parecer otro tratadista argentino contemporáneo de Héctor Lafaille. Nos referimos a Eduardo B. Busso[13], para quien el concepto de fungibilidad, en lo relativo a la prestación, abarca todo el campo de las obligaciones, y en especial se lo puede utilizar bien sea con relación a las obligaciones de dar, como a las de hacer; precisa también que su aplicación es muy

---

(10) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 257.
(11) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 83.
(12) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 82 y 83.
(13) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 353.

diferente según se trate de una u otra clase de obligaciones. Así, en las obligaciones de dar, el cumplimiento de la prestación -entrega del bien debido- es lo único que importa, y puede ser hecho indiferentemente por uno o por otro; no ocurre lo mismo en las obligaciones de hacer, cuyo contenido -ejecución de un hecho a cargo del deudor- resulta a menudo infungible; reside en tales casos la dificultad práctica -en cada supuesto en concreto- en si la prestación ha de clasificarse como fungible o como infungible. Messineo[14] parece compartir la opinión de Busso, al sostener que algunas obligaciones de hacer son infungibles, en el sentido de que su cumplimiento no puede ser obra sino del deudor en persona; así, en ciertas figuras de obligaciones del contrato de obra, y, a veces, del contrato de trabajo y similares; agrega el citado autor italiano que, de ordinario, las obligaciones son fungibles, o sea, que pueden ser cumplidas también por un tercero.

Luis Diez Picazo y Antonio Gullón[15] creen también que la prestación de hacer puede ser fungible o infungible; es fungible cuando el interés del acreedor queda satisfecho con la realización de la prestación, indiferentemente de la persona del deudor; agregan que, por el contrario, es infungible cuando existe un **intuito personae**, es decir, que la persona del deudor no puede ser sustituida por otra, al no serle indiferente al acreedor quién cumpla la prestación.

Los citados tratadistas españoles añaden que en la doctrina se ha distinguido también, en relación con la obligación de realizar una prestación de hacer, dos tipos diversos, según que lo comprometido por el deudor sea una pura actividad o consista además en la obtención de un determinado resultado; precisan que en el primer caso se habla de obligación de medios y en el segundo de obligación de resultado; observan, asimismo, que en aquélla, el deudor cumple desplegando la actividad, aunque no se consiga el resultado esperado (el médico visita al enfermo, le reconoce y receta); mientras que en la segunda sólo hay cumplimiento si el resultado se obtiene (por ejemplo, construir el edificio). Por nuestra parte, no vamos a entrar en detalles respecto a este tema, pues sobre el mismo hemos tratado en la sección relativa a la Teoría General del Derecho de Obligaciones.

(14) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 40.
(15) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Página 195.

Las reglas de las obligaciones de hacer comienzan en el Código Civil Peruano con el artículo 1148, el mismo que establece que el deudor deberá ejecutarla en el plazo y modo pactados (omite decir "o en los establecidos por la ley") o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

El tema del plazo y del modo merece ciertas precisiones.

El plazo es una de las modalidades del acto jurídico y debe establecerse de manera expresa o tácita en el mismo. De lo contrario (de no haberse establecido expresa o tácitamente plazo alguno), la ejecución de una obligación se deberá realizar de manera inmediata. De ello nos ocuparemos con mayor detenimiento en nuestro el análisis del artículo 1240 del Código Civil, referido al pago, razón por la cual remitimos al lector a este punto. Sin embargo, resulta conveniente anotar que, si no hay plazo, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación (artículo 1240), salvo que de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujere que ha querido concederse al deudor (artículo 182). Y el problema con el artículo 182 es que, aun cuando en él se establecía (antes de la reforma introducida por el nuevo Código Procesal Civil) que el procedimiento para fijar el plazo era de menor cuantía, éste podía ser muy dilatado.

Hace algunos años, en el expediente presentado por un alumno para optar el título de Abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, comprobamos que las partes, de acuerdo con el Código Civil de 1936, tuvieron que discutir la fijación del plazo en un juicio ordinario durante cuatro años -porque no había ningún procedimiento consignado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912-. Y dicha obligación, a nuestro entender, debía cumplirse en un plazo no mayor de tres meses después de contraída.

Creemos que inclusive el Código Civil de 1984 merecía algunas observaciones cuando se refería -antes de la reforma procesal de 1993- al procedimiento de menor cuantía, que podía dilatarse. Tal vez con el nuevo Código Procesal Civil, que recientemente ha entrado en vigencia, podría utilizarse un procedimiento más abreviado para la fijación del plazo, ya que el mencionado artículo 182 ha sido modificado por dicho Código Procesal, y ahora el proceso es sumarísimo.

El espíritu del Código de 1984 sugiere que para estos casos se dicten normas procesales de gran celeridad, lo cual, si bien no se cumplía con el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912, esperamos tenga lugar con el nuevo Código Procesal Civil que ha entrado en vigencia el 28 de julio de 1993.

Este mismo problema se presenta con otras normas del Derecho de Obligaciones, como por ejemplo en la fijación del plazo por el juez, previsto por el artículo 1144 antes analizado.

Definitivamente, de no existir plazo, la obligación deberá ejecutarse inmediatamente; y, de existir plazo, deberá ejecutarse dentro del mismo. Si el plazo fuese suspensivo, a partir del mismo, y si fuese resolutorio, hasta el advenimiento del mismo. Si la obligación se ejecuta dentro del plazo, se considerará que ha habido un cumplimiento oportuno de la misma (pago).

La ejecución debe cumplirse rigurosamente dentro del plazo, no debiendo efectuar el deudor ni un cumplimiento anticipado ni un cumplimiento tardío.

Existirán obligaciones en las cuales el cumplimiento por parte del deudor dentro del plazo establecido será de mayor importancia que en otras. Por ejemplo, si la obligación consistiese en dar una suma dineraria el día 27 de mayo a las 5 de la tarde y el deudor efectuase dicho pago a las 6:15, lo más probable es que dicha demora no cause mayores inconvenientes al acreedor (aunque podría ocurrir lo contrario). De otro lado, podríamos tener una obligación de hacer por la cual un determinado cantante se comprometa a dar un concierto el día 29 de mayo a las 7:00 de la noche. En este caso, resulta evidente que si el cantante no se aparece a esa hora sino a las 11:30 de la noche, habrá causado muchos inconvenientes y de seguro daños y perjuicios a su acreedor.

De ahí la importancia del plazo y el respeto del mismo.

En lo que se refiere al modo pactado para el cumplimiento de la obligación de hacer, consideramos que resulta obvio que el artículo 1148 no está aludiendo al modo -sinónimo de cargo- como una de las modalidades del acto jurídico, sino que está empleando este término en sentido lato, vulgar, debiéndose entender por modo a la forma o manera en que deberá ejecutarse dicha obligación.

Para el tratadista argentino Héctor Lafaille[16], modo significa la manera de realizar el hecho con sus diferentes detalles y peculiaridades, que escapan a las cláusulas contractuales, por minuciosas que ellas sean; de ahí que deban resolver los jueces cuando no existe manifestación expresa o tácita de voluntad. En tal sentido, el mencionado autor señala que a este respecto revisten gran valor la prueba pericial y las que él denomina como "reglas del arte". Agrega Lafaille que, cuando hablamos del modo y del cumplimiento idóneo de la prestación de hacer, no deben entenderse como alejadas del cumplimiento adecuado de la prestación pequeñas imperfecciones, subsanables a veces con simples retoques, o que podrían ser indemnizadas adecuadamente con una rebaja en el precio; pues si se considerase el más mínimo alejamiento, en la ejecución de la prestación de hacer, de los términos pactados, podrían ocasionarse numerosos abusos, más aun cuando estuviesen en juego consideraciones estéticas y de gusto individual; razón por la cual, en criterio que compartimos, el alejamiento del modo pactado debe tener trascendencia en cuanto a la inejecución de obligaciones, únicamente para los casos en los que revista tal trascendencia.

---

(16) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 84.

No obstante ser el modo de singular importancia en el caso de las obligaciones de hacer, no resulta privativo de ellas. Como señala el Doctor José León Barandiarán[17], refiriéndose al artículo 1182 del Código Civil de 1936 -antecedente directo del numeral 1148, bajo comentario-: "El principio en ella contenido no tiene, en verdad, por qué ser limitado sólo a las obligaciones de hacer, sino que informa a toda obligación en general. Toda obligación debe ejecutarse de buena fe, y así el deudor debe ejecutarla en tiempo oportuno y en el modo que fue querido por las partes. Un cumplimiento tardío o defectuoso, no es apto para considerar liberado al deudor. Mas acaso se explica la reiteración del principio, a que se contrae el mandato legal, concernientemente en especial a las obligaciones de hacer, en base a que en éstas la manera como se ejecuten ellas es de un valor esencial y determinante. No es lo mismo pactar que Ticio me venderá su caballo A, que pactar que Cayo pintará un cuadro artístico o me enseñará alguna materia científica. En las obligaciones de hacer influye enormemente el modo y la oportunidad cómo se efectúen las prestaciones. Es una cuestión muy especial esta relativa al tiempo, y sobre todo al modo, que se apreciará, pues, según las circunstancias, las condiciones personales de las partes y la naturaleza de la misma obligación; en todo lo cual entra en juego intensamente la apreciación **bono et aequo** del juez (Llerena)."

Volviendo al ejemplo del cantante, resultará evidente que si se hubiese comprometido a actuar con el apoyo de una orquesta de 20 músicos, y se apareciese solamente con 10 de ellos, no podría ejecutar su obligación en el modo o forma pactados.

Por otra parte, creemos que el modo no se aplica a pequeñas diferencias, en las cuales no se podría rehusar la ejecución del hecho, aunque sí exigir una indemnización. Por ejemplo, si el cantante se presentase con 19 músicos en lugar de 20. O la eventual destrucción de dos mil ejemplares de la edición de un libro porque la calidad del papel fuese ligeramente distinta a la prevista en el contrato.

---

(17) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 50.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la obligación de hacer no se hubiese celebrado señalando plazo y modo de su ejecución.

Sólo en tal caso regirá lo dispuesto por la segunda parte del artículo 1148 del Código Civil Peruano, bajo comentario, en el sentido que deberá ejecutarse en el plazo y modo exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

Ahora nos corresponde analizar los alcances de estos términos, que consideramos indesligables el uno del otro.

(a) La naturaleza de la obligación alude, a nuestro entender, a las condiciones en que generalmente o de acuerdo con el caso en particular, deba ser ejecutada una obligación de la naturaleza de la que se ha celebrado; es decir, que deberán considerarse una serie de elementos, tales como:

(1) Una adecuada interpretación de las condiciones (cláusulas) pactadas en el contrato.

(2) Si es que dicho deudor acostumbra realizar prestaciones similares a la que se ha obligado a ejecutar.

(3) Anteriores obligaciones similares pactadas entre las partes.

(4) Adecuados criterios de razonabilidad, sobre la base de los cuales, el cumplimiento de la prestación sea lo más adecuado a lo pactado por las partes y haga que a través de su ejecución, en un determinado plazo y modo, el contrato revista la mayor justicia o equidad.

Pensamos que para el caso en que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, la naturaleza de la prestación, el modo y el plazo en que deban ser ejecutados, deberán estar en directa relación con el contenido de la contraprestación a recibir.

(b) Las circunstancias del caso están íntimamente relacionadas con la naturaleza de la obligación (o mejor dicho de la prestación que constituye su objeto), pero se encuentran no referidas a la generalidad de prestaciones y a la prestación en concreto, sino solamente a este último supuesto.

Nos resulta difícil efectuar una clara diferenciación entre el tema de las circunstancias del caso y la naturaleza de la prestación, pero creemos que sería importante tener en cuenta para estos efectos algunas consideraciones extra contractuales.

Para el desarrolo de esta idea vamos a utilizar un ejemplo, a nuestro entender ilustrativo -sólo con fines didácticos-.

Si se tratase de la presentación de un grupo de Rock británico, y no se hubiese fijado la fecha exacta de su presentación, pero se diera por entendido que dicho grupo efectuará una gira a Sudamérica en el mes de julio del año de la celebración del contrato, podría entenderse que, de acuerdo con las circunstancias del caso, la presentación de dicho grupo se efectuará en el transcurso de la mencionada gira, es decir, alrededor del mes de julio.

Adicionalmente, si se trata de un grupo que va a efectuar conciertos destinados a la juventud, resulta razonable pensar, de acuerdo con esta circunstancia, que dichos conciertos no deberán ejecutarse precisamente en días y horas en que la mayor parte de los jóvenes realiza actividades propias de su edad, vale decir trabajar y estudiar. En tal sentido, será lógico pensar que el grupo deberá ejecutar su concierto en horas de la noche de algún viernes o sábado o en el transcurso de un día domingo, a cualquier hora cómoda para la asistencia de los jóvenes.

Del ejemplo citado podemos extraer como conclusión que el tema de las circunstancias del caso, más que estar referido al contenido del propio contrato, alude al contrato en sí, pero no de manera aislada, sino en relación al entorno social que lo rodea, a fin de que las situaciones o condiciones que plantee dicho entorno hagan que la prestación pactada se realice de la manera más acorde con la equidad y justicia contractual. Naturalmente que si

se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas, deberá valorarse dicha equidad en razón de la contraprestación pactada.

Debemos señalar que el cumplimiento dentro del plazo y modo previstos, que deban aplicarse en relación a la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso, no es una regla relativa únicamente a las obligaciones con prestación de hacer, sino que también resulta fundamental para las obligaciones de dar y de no hacer, razón por la cual la norma bajo análisis no es privativa del tipo de obligaciones cuyo estudio venimos abordando.

Sin embargo, anotamos que los Códigos, en esta materia, ponen el énfasis en las obligaciones de hacer, porque usualmente en ellas el plazo y el modo son más importantes que en las obligaciones de dar y de no hacer.

– Jurisprudencia peruana del artículo 1148.

Consideramos bastante ilustrativas, en relación al tema de las obligaciones de hacer, las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "No puede considerarse obligación de hacer la autorización que solicita el ex-arrendatario de un fundo, para recoger los frutos pendientes. La obligación de hacer consiste en obras, trabajos y, en general, actos que debe realizar el demandado." Anales Judiciales, 1915, Página 293. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

II.- "Probada la autenticidad de una minuta por medio del reconocimiento de ella, procede exigir el otorgamiento de la escritura pública correspondiente como obligación de hacer." Revista de los Tribunales, 1931, Página 246; 1942, Página 27. Anales Judiciales, 1923, Página 44. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1971, Página 258. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

III.- "Cuando la ley concede determinada acción para el ejercicio de un derecho, no procede considerar que esa acción cons-

tituye una obligación de hacer para el demandado. La rendición de cuentas tiene procedimiento especial señalado por la ley." Revista de los Tribunales, 1932, Página 427. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

IV.- "El otorgamiento de una escritura pública no corresponde a lo que sustancialmente debe constituir el contenido de una obligación de hacer, que consiste en la prestación de un servicio o en la ejecución de una obra." Anales Judiciales, 1952, Páginas 40 y 57. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1952, Página 2383. "El Peruano", 15 de enero de 1953. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

V. "La construcción de un edificio constituye una obligación de hacer, cuya ejecución puede exigirse como tal." Revista de los Tribunales, 1941, Página 70. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

VI.- "Las minutas judicialmente reconocidas, no aparejan ejecución para exigir el cumplimiento de una obligación de hacer." Ejecutoria del 27 de junio de 1952. "El Peruano", Nº 3576, Primer Trimestre de 1953. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

VII.- "No constituye obligación de hacer la entrega de un inmueble que ha sido objeto de un contrato de arrendamiento." "El Peruano", 20 de septiembre de 1952. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

VIII.- "La minuta de un contrato no presta mérito ejecutivo para demandar el otorgamiento de la escritura pública como obligación de hacer." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1954, Página 588. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

IX.- "Es nulo todo lo actuado en un procedimiento ejecutivo para el cumplimiento de una obligación de hacer, tramitado como una acción para el pago de deudas de dinero." Ejecutoria del 27 de abril de 1961. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº

212, 1961, Página 1269. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

X.- "Aunque no se formule oposición en la acción ejecutiva, por ser eminentemente formal, el juez tiene facultad para calificar la idoneidad del título.

No pueden acumularse las acciones que una persona tiene contra varias si la obligación de cada uno de los demandados es independiente, no solidaria, y no emana de un solo título, y además el valor y las condiciones de los contratos son distintos." Ejecutoria del 28 de agosto de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 345, 1972, Página 1276. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

XI.- "Hay incumplimiento del contrato de edición, que obliga a la indemnización de los daños y perjuicios, si los libros materia del contrato se entregaron sólo en parte con posterioridad a la fecha convenida y con fallas técnicas de impresión y encuadernación." Ejecutoria del 2 de mayo de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 376, 1975, Página 516. (Artículos 1182 y 1320 del Código Civil de 1936 y 1321 del Código Civil de 1984).

XII.- "El constructor está obligado a restituir al propietario el valor de la obra que no entregó dentro del plazo convenido y a indemnizarle los daños y perjuicios representados por el importe de la multa, por no haber obtenido oportunamente la licencia de construcción, y los intereses legales del valor de aquella." Ejecutoria del 6 de mayo de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 376, 1975, Página 529. (Artículos 1182, 1320 y 1324 del Código Civil de 1936 y 1321 y 1324 del Código Civil de 1984).

XIII.- "En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido: en el caso de autos, el actor no puede exigir la obligación de hacer si no ha cumplido con entregar el dinero necesario para la terminación de la obra." Ejecutoria del 5 de mayo de

1977. Normas Legales, Nº 86, 1977, Página 437. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

XIV.- "El que practica un servicio en forma deficiente está obligado a devolver el precio que recibió; pero es improcedente el pago de daños y perjuicios si no se prueba que realmente existieron." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, Página 770. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

XV.- "En la tramitación de procesos sobre obligaciones de hacer o de no hacer regirán las disposiciones generales del juicio ejecutivo en cuanto le sean aplicables y no se opongan a lo establecido en el capítulo V del Decreto Ley Nº 20236." Ejecutoria del 7 de abril de 1978. "El Peruano", Nº 1158, 26 de mayo de 1979. (Artículos 1182 y 1188 del Código Civil de 1936 y 1158 del Código Civil de 1984).

XVI.- "El término señalado para la reiniciación de la obra de construcción civil debe fijarse con criterio prudencial.

No procede, por ahora, hacer referencia a la fase de ejecución de sentencia y a las normas legales que la tipifican, en razón de que el proceso aún se encuentra en la fase de cognición, es decir, de declarar los derechos según lo alegado y probado por las partes." Ejecutoria del 23 de agosto de 1985. "El Peruano", Nº 15508, 27 de noviembre de 1989. (Artículo 1182 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Límites al encargo del prestador, artículo 1760 del Código Civil / Aprobación del encargo por silencio del comitente, artículo 1761 del Código Civil / Locación de servicios, artículo 1764 del Código Civil / Materia del contrato de locación de servicios, artículo 1765 del Código Civil / Contrato de obra, artículo 1771 del Código Civil / Imposibilidad del contratista de introducir variaciones a la obra, artículo 1775 del Código Civil / Derecho a compensación en obra por ajuste alzado, artículo 1776 del Código Civil / Derecho del comitente a inspeccionar la obra, artículo 1776 del Código Civil / Admisibilidad de demandar ejecutivamente, artículo 694, inciso 3º, del Código Procesal Civil / Prestaciones accesorias distintas a aportaciones de capital, artículo 277 de la Ley General de Sociedades.

– POSIBILIDAD DE EJECUCION DE LA PRESTACION POR UN TERCERO.

Artículo 1149.- *"La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1149.*

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la ejecución de la prestación por tercera persona y por arbitrio judicial, tenemos a la *Ley de las Siete Partidas,* Ley Tercera, Título XIV, Partida Quinta. En lo referente al obligado, tenemos a la Ley 12, **in fine**, Título XI, Partida Quinta.

El artículo 1149 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

En cambio, sí los tuvo en los demás Códigos y Proyectos de Código que se elaboraron en nuestro país.

Así, el tema fue regulado por el artículo 831 del *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de*

1836: "La obligación de hacer no puede desempeñarse por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene un interés en que la cumpla el deudor."; y por el *Código Civil de 1852,* con su artículo 2217: "La obligación de hacer pago, no puede cumplirse por un tercero si el acreedor no lo consiente; excepto si fuere indiferente la calidad del ejecutor."

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trataba sobre el particular en tres preceptos: los artículos 1501: "El que tiene obligación de hacer, puede bajo su responsabilidad cumplirla por medio de otra persona; a no ser que la obligación haya sido contraída en atención a la ciencia, arte, industria, o cualidades personales del deudor."; 2899: "El acreedor tiene obligación de aceptar el pago de un tercero, ya pague en nombre propio, ya en nombre del deudor; pero no está obligado a poner en su lugar al tercero que paga."; y 2900: "No se extingue sino que se traslada la obligación, si un tercero paga, sustituyéndose al acreedor o sea tomando los derechos de éste.- La sustitución se verifica ordinariamente por convenio; pero también hay lugar a ella por mera disposición de la ley, siempre que el tercero está legalmente interesado en extinguir el derecho del acreedor primitivo.- Si la obligación es de hacer, y ha sido contraída en los términos designados en la segunda parte del artículo 1501, la obra no puede ser ejecutada por otra persona contra la voluntad del acreedor."

Posteriormente el tema fue abordado por el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* a través de sus artículos 137: "El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegido para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales."; y 199: "La obligación de hacer no puede cumplirse por un tercero, si el acreedor no lo consiente; excepto si fuere indiferente la calidad del ejecutor."

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* trató sobre el particular en su artículo 128: "El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor fue elegida por su industria, arte o cualidades personales."; mientras

que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* lo hizo en el numeral 1173: "El hecho podrá ser ejecutado por distinta persona que el deudor, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor fue elegida por su industria, arte o cualidades personales."

El *Código Civil de 1936* legisló la materia en su artículo 1183, que establecía lo siguiente: "El hecho podrá ser ejecutado por distinta persona que el deudor, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor fue elegida por su industria, arte o cualidades personales."

Ya en el proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* abordó el tema en su artículo 20, que establecía que "El hecho podrá ser ejecutado por distinta persona que el deudor, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor haya sido elegida por su industria, arte o cualidades personales."

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* reguló el particular en su artículo 23, que señalaba que "La prestación podrá ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales."; mientras que el principio era reiterado por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1165: "La prestación podrá ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales."; y hacía lo propio el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el numeral 1117.- "La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1149 del Código Civil Peruano, en-

tre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1180), Panameño (artículo 1048), Francés (artículo 1237), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 558, segundo párrafo), Mexicano (artículo 2064), Chileno (artículo 1572), Guatemalteco de 1973 (artículo 1381), Paraguayo de 1987 (artículo 476, segundo párrafo), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 956 en su segunda parte), el Código Civil Argentino (artículo 626), Helénico (artículo 317), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 172), el Código de la Provincia de Québec (artículo 1142), el Código Civil Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 4), el Código Civil Suizo (artículo 68), y el Código Civil Cubano de 1988 (artículo 235).

Por su parte, el Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 695) establece que "cuando la obligación de hacer no exige para su cumplimiento la acción personal del deudor, si éste se negara a realizarla, podrá el acreedor ser autorizado para hacerla ejecutar por cuenta del deudor, o ejecutar la autoridad"; en tanto que el Código Etíope (artículo 1740) señala que la obligación debe ser ejecutada personalmente por el deudor cuando, por su naturaleza, el acreedor tenga interés en que sea el mismo deudor quien satisfaga la obligación o cuando expresamente así se hubiese convenido. En los otros casos, la obligación puede ser ejecutada por un tercero que haya recibido poder del deudor, autorización de la justicia o de la ley para extinguir la obligación por el deudor.

– Análisis.

El principio general, respecto de quién debe ejecutar la prestación objeto de la obligación de hacer, es que ésta puede ser cumplida o por el deudor, o por persona distinta al deudor; pero debemos precisar que esta regla no sólo es de aplicación a las obligaciones de hacer, sino a todas las obligaciones, a menos que su naturaleza, el pacto o una disposición legal lo impidan, como es el caso de las obligaciones de no hacer, a las mismas que, por su naturaleza, no les es de aplicación el principio contenido en el artículo 1149 (de ahí que en el Título del Código Civil Peruano correspondiente a dichas obligaciones no se consigna una norma similar). Tal como expresa el Maestro José León Barandiarán[1]: "Como regla, es indiferente quién cumple una obligación de índole contractual. Lo que importa es que el acreedor halle satisfacción de un crédito. De ahí el pago puede ser hecho por el propio deudor o por otra persona, y aun cuando no tenga interés en la **solutio** misma (artículo 1235 del Código Civil de 1936). Esta regla que, sobre todo, campea en las obligaciones **dandi**, también se presenta en las de hacer. Sólo que aquí con mayor frecuencia sobreviene la necesidad o conveniencia de la ejecución por la misma persona que asumió la obligación. De ahí que el artículo 1183 se refiera a la alternativa: que la prestación pueda llevarse a cabo por un tercero o que deba ser hecha por el mismo deudor. Es decir, pues, que tratándose de dichas obligaciones **facendi**, puede tener importancia cardinal el que personalmente el obligado realice la prestación. Así, la pintura de un cuadro por un artista escogido por sus méritos propios, la defensa de un juicio por determinado abogado, el cumplimiento de un mandato delicado. De ahí, en coligancia con el carácter de **intuitu personae** de ciertas obras o servicios, que el contrato de empresa se disuelva por muerte de empresario (artículo 1565 del Código Civil de 1936), y el contrato de locación de servicio por muerte de locador (artículo 1551 del Código Civil de 1936); que por regla el mandatario deba desempeñar personalmente el encargo (artículo 1638 del Código Civil de 1936)."

Para Eduardo B. Busso[2] el principio general es que las obligaciones de hacer puedan ser cumplidas por otro que el obligado, bajo la sola condición de que el hecho prometido no tuviera el carácter de infungible; agrega que presentaría este último carácter si la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales. Añade Busso que, en general, el hecho deberá considerarse ejecutable por un tercero cada vez que se trate de un servicio meramente manual en el que, por lo común, no se toma en cuenta, al menos de manera determinante, la personalidad del obligado. Así, coloca como supuestos

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 53.
(2) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 353 y 354.

comprendidos en esa categoría de hechos, a la construcción de una pared o la excavación de un pozo, el arado de un campo o la mudanza de los muebles de una casa, un transporte de materiales provenientes de la destrucción de un edificio, un trabajo de viticultura, una obra de barrido o limpieza, etc.

En palabras de Héctor Lafaille[3], en lo referente a las obligaciones de hacer, la posibilidad se reduce a las situaciones en que los actos son susceptibles de ejecutarse por otro; es decir, a aquellas en las cuales la persona es indiferente, cuando, por ejemplo, la mano de obra carece de individualidad o de valor artístico. Así, continúa diciendo Lafaille, la condición del deudor liberado de este modo, frente a quien cumplió por él consintiéndolo o no, podrá estar regida por las reglas atinentes a la subrogación.

Esta afirmación también se deriva del primer párrafo del artículo 1222 del Código Peruano según el cual puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.

Para Raymundo M. Salvat[4], la regla general es que el hecho podrá ser ejecutado por otro distinto al obligado; se funda este principio en que, por regla general, al acreedor le es indiferente que la obligación sea cumplida por el deudor mismo o por un tercero; pues a él le interesa que se cumpla en las condiciones convenidas. Nos ofrece como ejemplo, el de la obligación de arar un campo, la de mudar los muebles de una casa, y otras de similar carácter, en las cuales el acreedor no tendría ningún interés en que la obligación fuera cumplida por tal o cual operario determinado, pues la persona del deudor para nada se tiene en cuenta en estos casos.

Observa Salvat, sin embargo, que si se hubiese estipulado expresamente que el hecho sería ejecutado por el deudor mismo,

(3) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 154.
(4) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 461.

no podría entonces, aun cuando se tratara de obligaciones de esta clase, ser ejecutado por un tercero, siendo ésta una estipulación perfectamente lícita y obligatoria para las partes.

Agrega el mencionado autor argentino que, por excepción, el hecho prometido no podrá ser ejecutado por un tercero, si la persona del deudor hubiese sido elegida por su industria, arte o cualidades personales, como sería el caso de la obligación de pintar un cuadro o hacer un retrato, contratada con un artista célebre; o la obligación de dirigir la construcción de un gran puente, encomendada a un ingeniero especialista y de reputación universal en la materia; o la obligación de practicar una operación quirúrgica, encomendada a un cirujano de fama. Señala Salvat que esta excepción se justifica plenamente, pues el acreedor ha tratado en estos casos en consideración a las aptitudes personales del deudor, a su habilidad especial en un determinado ramo de las artes, industrias o ciencias; conociéndose estas obligaciones, de ordinario, como **intuitu personae**, en el sentido de que es la persona misma del deudor la que se obliga; caso en el cual el objeto de la obligación no consistiría aquí en el hecho prometido, abstractamente considerado; ya que, para establecer si la calidad de la persona del deudor ha sido especialmente tenida en cuenta por el acreedor, habrá que analizar la naturaleza de la prestación y desentrañar la intención del acreedor.

La primera excepción prevista por el artículo 1222 del Código Civil Peruano está referida a las obligaciones **intuitu personae**, vale decir, a aquellas celebradas en consideración fundamental de la persona del deudor y sus cualidades especiales respecto al cumplimiento o ejecución de la prestación pactada. Resulta evidente que en este caso el acreedor podrá oponerse a que persona distinta al deudor ejecute la prestación debida, ya que se estaría yendo contra la forma en que fue pactada dicha prestación.

Como expresa el Doctor León Barandiarán[5]: "En efecto, por

(5) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 54.

regla es indiferente quién pueda proceder al cumplimiento de la obligación, el propio deudor o un tercero (artículo 1235 -se refiere al Código Civil de 1936-). Pero tratándose especialmente de las obligaciones **facendi**, puede tener importancia capital que la prestación se ejecute personalmente por el mismo obligado.

Lo que interesa es compulsar la calidad del hecho convenido, para saber si es indiferente o no que sea ejecutado personalmente por el deudor o por otra persona. Lo que interesa es que el hecho se lleve a cabo en el modo convenido; y si un tercero puede ejecutarlo de tal modo, no hay motivo plausible para que la ley le vede efecto liberatorio.

La intención de las partes es lo fundamental, sobre todo la voluntad del estipulante. No interesa cuáles sean los motivos que le decidieron a considerar que el mismo obligado deba ejecutar la prestación, y es indiferente, en tal caso, si un tercero que se ofreciere a cumplirla, pudiera llevarla a cabo en forma igual o mayormente satisfactoria que el mismo promitente.

La calidad del hecho convenido ha de resultar, como muy bien lo indica el artículo 1183 (se refiere al Código Civil de 1936), de las circunstancias; es decir, apreciando la intención de las partes, conforme se ha explicado antes. No precisa la estipulación expresa, que indique que el deudor mismo debe ejecutar la prestación. Es esta una cuestión que debe ser decidida por el juez, según el caso concreto de que se trate."

Hasta aquí las palabras del Doctor León Barandiarán.

Para Busso[6] habrá un hecho infungible -esto es, de tal naturaleza que no le está permitido al deudor hacerse sustituir por otro en el cumplimiento- cuando el acreedor lo haya elegido teniendo preferentemente en cuenta su habilidad específica para el ejercicio de la industria, la ciencia o el arte de referencia o, de otro modo, sus cualidades personales.

---

(6) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 354.

Observa el citado autor argentino la conveniencia de apuntar que, conforme al concepto de la ley, el decidir si en cada caso concreto hay o no un servicio infungible, depende en definitiva de la intención de las partes, y que por eso aquel atributo siempre se resuelve en una circunstancia de hecho, cuya prueba estará a cargo de quien la afirmase. Busso cita como ejemplos de obligación de hacer de naturaleza infungible, el que un cirujano famoso y de reputación universal se obligue a llevar a cabo una operación quirúrgica; o más generalmente, aquellas de un sabio o de un literato que se han comprometido a entregar una obra, así como las de un abogado o un arquitecto cuya intervención profesional se requiere.

Si bien es cierto que el principio del artículo 1222 del Código Civil Peruano es de aplicación a la generalidad de obligaciones, no es menos cierto que cobra mayor importancia en lo que respecta a las obligaciones de hacer y mucha mayor relevancia en las de no hacer, ya que estas últimas tienen un carácter personalísimo en la mayoría de supuestos.

En el caso de las obligaciones de hacer que concluyen en un dar, si se tratase de obligaciones **intuitu personae**, como podría ser la pintura de un retrato del acreedor por parte de un pintor famoso, habría que distinguir entre el hacer propiamente dicho (la pintura del cuadro) y la entrega de dicho cuadro. Aquí será evidente que el acreedor podría oponerse a que otra persona distinta del deudor pinte el cuadro, pero no podría oponerse a que alguien distinto del deudor le entregue el cuadro ya pintado por el propio deudor.

Obviamente el otro supuesto en que el acreedor podrá exigir que el deudor mismo sea quien ejecute la prestación, consistiría en que no sea ella **intuitu personae**, pero así se hubiese pactado.

Por último, también se presentará esta situación cuando la ley impida que un tercero ejecute la obligación. Esto no porque el precepto bajo análisis así lo prevea, sino por razones de simple lógica.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1149.*

Respecto de este numeral, hemos hallado una Ejecutoria Suprema, que señala lo siguiente:

"El acreedor no tiene derecho al reintegro de lo gastado por defecto en la construcción si no ha sido previamente autorizado para ejecutar las obras correspondientes." Ejecutoria del 14 de agosto de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 343, 1972, Página 1002. (Artículos 1183 y 1187 del Código Civil de 1936 y 1150, inciso 2, y 1152 del Código Civil de 1984).

– *Concordancias nacionales.*

Transmisión de las obligaciones a los herederos, artículo 1218 del Código Civil / Ejecución por un tercero, artículo 1219, inciso 2, del Código Civil / Pago por tercero, artículo 1222 del Código Civil / Efectos de los contratos, artículo 1363 del Código Civil / Extinción del contrato de prestación de servicios, artículo 1763 del Código Civil / Empleo de auxiliares y sustitutos en locación de servicios, artículo 1766 del Código Civil / Ejecución personal del mandato, artículo 1793, inciso 1, del Código Civil.

– ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO CULPOSO DEL DEUDOR

Artículo 1150.- *"El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:*

1. *Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.*

2. *Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.*

3. *Dejar sin efecto la obligación."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1150.*

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta.

El único cuerpo normativo nacional que no reguló el tema legislado por el artículo 1150 del Código Civil Peruano de 1984 fue el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

Todos los demás lo hicieron.

Así tenemos al *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* que lo hizo con dos normas, sus artículos 739: "El acreedor tiene derecho a pedir se destruya lo que haya sido hecho en contravención a lo pactado, y puede hacerse autoridad para destruirlo él mismo a expensas del deudor, sin perjuicio de los daños e intereses, si hay lugar."; y 740: "Puede igualmente en caso de inejecución de una cosa, ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a expensas del obligado."

Posteriormente legisló el tema el *Código Civil de 1852,* el mismo que establecía, a través de su artículo 1276, que "Cuando la parte obligada a hacer o no hacer alguna cosa, falta por omisión o contravención, tiene la otra parte el derecho de pedir que se le autorice para que, a costa de la persona obligada, se haga lo convenido, o se destruya lo que se hizo contra el pacto."

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trató el particular en una de sus normas, el numeral 1503: "Cuando el que tiene obligación de hacer, incurre en mora, puede pedir el acreedor, a su elección, o que el deudor sea apremiado para que cumpla lo convenido, o que se le autorice para que haga ejecutar por un tercero, a expensas del obligado, lo que éste debe hacer.- En ambos casos puede pedir además el acreedor que el deudor le indemnice los daños y perjuicios resultantes de la ejecución del hecho; pero no basta que éste se allane a la indemnización para quedar exonerado de cumplir la obligación contraída."

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* legislaba sobre el particular en sus artículos 140 y 141. La primera de las normas citadas explicaba que "Si el deudor no quisiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; mientras que la segunda prescribía que "Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a

ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los daños y perjuicios por inejecución de la obligación." *El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* seguía igual metodología que su predecesor, al regular el tema en sus artículos 131: "Si el deudor no quisiese ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este último caso el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; y 132: "Si el hecho pudiere ser ejecutado por el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los daños y perjuicios por la inejecución de la obligación."

Por otra parte, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* trataba sobre el particular en sus artículos 1176 y 1177, de modo muy similar que sus predecesores inmediatos. Así, el artículo 1176 señalaba que "Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; mientras que el artículo 1177 prescribía lo siguiente: "Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios." *El Código Civil de 1936* reiteraba estos principios en sus numerales 1186: "Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; y 1187: "Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios."

La *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* legislaba la materia en dos normas; los artículos 23: "Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; y 24:

"Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios."

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* en su artículo 24, ya vislumbraba la redacción que habría de tener en el Código este precepto: "El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.- 2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.- 3. Dejar sin efecto la obligación."

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* tomó como referencia a su inmediato predecesor y prescribió (artículo 1166) que "El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; 2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste; 3. Dejar sin efecto la obligación."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* (artículo 1118) prescribía que: "El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.- 2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste. 3. Dejar sin efecto la obligación."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1150 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Chileno (artículo 1553), el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 737), el Código Civil Uruguayo (artículo 1339, segundo párrafo), el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1596), el Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1266), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 247), el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 478 -similar al inciso 1 del artículo 1150 Peruano-), el Código Civil Español (artículo 1098, primer párrafo -similar al inciso 1 del artículo 1150 Peruano-), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 958 -similar al inciso 1 del artículo 1150 Peruano-), el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1323 -similar al inciso 2 del artículo 1150 Peruano-), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 959 -similar al inciso 2 del artículo 1150 Peruano-), el Código Civil Argentino (artículo 629: Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigir la ejecución, a no ser que fuese necesaria la violencia contra la persona del deudor.- En este último caso, el acreedor podría pedir perjuicios e intereses; y artículo 630: Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación.) y el Código Civil Etíope (artículo 1776 -similar al inciso 1 del artículo 1150 Peruano- y artículo 1777 -similar al inciso 2 del artículo 1150 Peruano-).

– *Análisis.*

El artículo 1150 del Código Civil Peruano está referido al supuesto en el cual el deudor hubiese incumplido con ejecutar la totalidad de la obligación (no al supuesto de que la haya ejecutado sólo parcialmente).

En esta norma se establece una serie de medidas por las cuales podrá optar el acreedor ante dicho incumplimiento.

Vamos a proceder al análisis de cada una de ellas.

Se podrá exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a menos que sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor. Esto quiere decir, que en todos aquellos casos en que el deudor se niegue a hacer algo, el acreedor no podrá exigir a dicho deudor el cumplimiento de la prestación si para lograrlo requiere ejercitar violencia contra su persona.

Como decía el Doctor Olaechea[1]: "Si urge la imposibilidad de realizar el acto sin culpa del deudor, la obligación se disuelve y tendrá lugar la devolución de lo que el deudor hubiere recibido en razón del acto que se proponía ejecutar; y si la imposibilidad proviene de culpa imputable al deudor, la obligación se resuelve en la de indemnizar perjuicios, en vista de que nadie puede ser compelido por la violencia a realizar la prestación prometida. No exige la ley que el acto sea practicado por el mismo deudor cuando la calidad del ejecutor sea indiferente; pero si la persona del deudor fue elegida en atención a sus condiciones inherentes, como su notoria pericia o su preparación técnica o artística, la subrogación es impracticable."

Estos conceptos son ratificados por el Doctor Rosendo Badani Ch.[2], cuando expresa que "El deudor debe cumplir exactamente la obligación y el acreedor tiene derecho de obligarle a este exacto cumplimiento con el amparo del Poder Público. Pero el derecho a la ejecución forzada tiene una doble limitación, la primera en el respeto a la libertad personal, que no permite emplear contra el deudor sino medios indirectos que se dirigen contra sus bienes; y la segunda en la naturaleza misma de las cosas, que no permite obtener que el deudor realice contra su voluntad el acto o servicio que no quiere ejecutar. Es por esto que la indemnización de daños y perjuicios queda siempre como medida subsidiaria a la que puede recurrir el acreedor en la imposibilidad de obtener el cumplimiento específico de la obligación."

El tratadista argentino Eduardo B. Busso[3] efectúa un análisis histórico acerca de la evolución del principio por el cual el acreedor puede demandar judicialmente la ejecución forzosa de la obligación de hacer. En tal sentido, señala que en el antiguo Derecho Francés rigió el viejo adagio **nemo potest precise cogi ad**

---

(1) OLAECHEA, Manuel Augusto. Op. cit., Páginas 18 y 19.
(2) BADANI CHAVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos. Primera Parte: Obligaciones, Página 44. Tercer Curso de Derecho Civil, dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Imprenta Atlántida, Lima, Perú, s/f.
(3) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo II, Páginas 213 y 214.

factum (nadie puede ser compelido a prestar su hecho); agrega que los antiguos autores no consideraron tal aforismo de una aplicación general y absoluta. Precisa que Pothier, por ejemplo, expresa al respecto que la regla no tiene aplicación sino con referencia a las obligaciones que tienen por objeto algún acto corporal de la persona del deudor, al cual no podrá ser constreñido sin que se atentara contra su persona y su libertad; nos recuerda que la misma observación formulaba Bigot-Préameneu en el curso de los trabajos preparatorios del Código Civil Francés. En relación a este cuerpo legislativo, Busso anota que no obstante los antecedentes señalados, el Código Francés estableció en su artículo 1142 una regla de apariencia absoluta: toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en daños e intereses en caso de inejecución por parte del deudor; precisando que, sin embargo, la doctrina uniformemente ha mantenido la distinción ya señalada por Pothier, a que nos hemos referido anteriormente.

Señala Busso que, desde luego, la prestación en cuanto importa una determinada conducta del deudor, es siempre un acto voluntario y, por tanto, incoercible; sin impedir ello que la ley trate de procurar por todos los medios a su alcance el cumplimiento efectivo de la obligación; ya que no podría depender de la buena o mala voluntad del deudor, el cambiar el objeto de la deuda, pues la fuerza obligatoria de las convenciones sería ilusoria. Añade Busso que si bien la prestación es en sí misma incoercible, su objeto generalmente no lo es. Así, recuerda el citado autor, como en algunas oportunidades se acude al auxilio de la fuerza pública, por ejemplo, con la restitución del niño al hogar; rememora también una aplicación extrema de este criterio, abandonada hace muchísimos años por la jurisprudencia argentina, según la cual podía usarse de la fuerza pública para compeler a la mujer a reintegrarse al hogar.

Salvat[4] escribe en el mismo sentido, cuando establece que en cuanto a las obligaciones de hacer, el principio es de una aplicación menos extensa: ya que, fundamentalmente, el acreedor

---

(4) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 89.

puede exigir la ejecución forzada del hecho prometido; por excepción, el acreedor no tiene este derecho en los casos en que para obtenerla sea necesario emplear violencia personal contra la persona del deudor. Salvat agrega que en las obligaciones de hacer, el deudor es un elemento esencial para el cumplimiento; habiéndose visto que en las de dar resultaba indiferente, en tanto exista la cosa que debe entregarse y que su oposición era tan sólo un obstáculo para el cumplimiento; en cambio, en las de hacer, es la actividad del deudor la que constituye ejecución. De acuerdo con Salvat, existe un mínimo de respeto de la personalidad humana que no puede excederse; cabe, sin embargo, toda forma de coerción que no suponga utilización de la fuerza contra la persona del deudor.

Para Doménico Barbero[5] la hipótesis menos reductible a una ejecución forzada en forma específica es la de las obligaciones de hacer, y más aún la de las de no hacer, cuando no son cumplidas; agrega Barbero que en cuanto a las obligaciones de hacer, todo lo que se puede obtener es hacer que se haga por un tercero, a expensas del obligado, lo que éste debía hacer y no ha hecho ni quiere prestarse a hacer. Pero como nosotros señalaremos en su oportunidad, ello no resulta siempre posible, sino sólo en el caso en que estemos en presencia de obligaciones no contraídas **intuitu personae**.

No obstante lo expresado, debemos precisar que serán muy escasos los supuestos en los que se pueda ejecutar una obligación de hacer forzadamente. Como señala el Doctor León Barandiarán[6]: "Tal posibilidad es poco común, pero puede presentarse. Rousset consigna este ejemplo: 'Si un individuo se compromete a abandonar en determinado tiempo una casa que ocupa y luego se niega a hacerlo, es evidente que la obligación obtendría pleno cumplimiento desalojando al obligado y conduciéndolo fuera de la casa por medio de la fuerza pública; el cumplimiento

(5) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 169 y 170.
(6) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 57.

de la obligación sería posible y no habría más violencia que la que se emplea en la ejecución de los bienes del deudor por una obligación de dar, sí el deudor se resiste.'"

En la introducción a la obra clásica de Giorgio Giorgi, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, el profesor español Eduardo Dato[7] señala que las obligaciones de hacer implican una utilidad o beneficio para el acreedor, obtenido directamente del hecho sobre que recaen, constituyendo su objeto el servicio que el deudor debe prestar para la realización de un hecho determinado; añade que, por tanto, en caso de incumplimiento, la coacción para su efectividad ha de tener un campo mucho más limitado que en las obligaciones de dar, pues el Estado no puede compeler al deudor en la forma que puede hacerlo en éstas, y lo único que le es dado a hacer es mandar que se ejecute en costa del deudor lo que éste no quiso hacer; esto, a entender de Eduardo Dato y de otros autores, deviene en un recurso jurídico menguado, cuando se trata de servicios personalísimos, cuyo valor está, no tanto en el contenido material del servicio, cuanto en la habilidad, quizá genial, del que debiera prestarlo. Por esta razón, a decir de Dato, en esta clase de obligaciones, que los autores denominan personales, el acreedor no tiene derecho más que a un movimiento psicológico de la voluntad del deudor.

Demolombe[8] señala que la obligación de dar es aquella cuya ejecución consiste en la entrega de algo que el acreedor tiene derecho de reclamar en virtud de un título cualquiera; implica ésta también, indudablemente, la necesidad de cierto hecho por parte del deudor, puesto que regularmente es él quien debe hacer esta entrega al acreedor; mas el objeto de la obligación no consiste en el hecho de la entrega, consiste en la cosa misma que el acreedor puede obtener **manu militari**, a pesar de la negativa del deudor, sin que sea necesario ejercer una coacción física contra su persona.

(7) DATO, Eduardo. En GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Volumen I, Páginas XXX y XXXI. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909.
(8) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXIV, Página 510.

Por su parte, Larombiére[9] dedujo que los tribunales no pueden condenar principal y directamente al deudor a hacer, cuando sólo tienen el derecho de condenarlo con el abono de daños y perjuicios derivados de su falta de cumplimiento. Sin embargo, en parecer de Demolombe, éstas conclusiones son demasiado absolutas, precisando que los tribunales pueden condenar con certeza al deudor a ejecutar la obligación que acordó y a procurar al acreedor del objeto mismo de la obligación; agrega además, que, como el deudor convino una obligación de hacer, el objeto principal, o mejor dicho el único objeto de su obligación es el cumplimiento de este hecho, de donde los tribunales pueden condenarlo, principalmente, pronunciando una condena exclusivamente subsidiaria de abono de daños y perjuicios, en los que se deberá resolver la obligación en caso de incumplimiento; todo esto, a pesar de que en su tiempo no existía unanimidad en la jurisprudencia francesa a este respecto.

En palabras de Marcadé[10], los efectos de la obligación de hacer, es decir, sus resultados legales, son autorizar al acreedor a demandar a su deudor para obtener de éste el cumplimiento de la obligación, y en caso de negativa constante, a procurarse esta ejecución por el poder público, si las consecuencias lo permitiesen, o en el caso contrario, a obtener el abono de daños y perjuicios.

Agrega Marcadé que el cumplimiento forzado tendrá lugar, todas las veces que se pueda realizar sin violencia practicada contra la persona del deudor, es decir, todas las veces que este cumplimiento no sea de naturaleza tal que sólo pueda cumplir el deudor en persona.

Resulta interesante recordar que Huc[11], al exponer el principio de que las obligaciones de hacer son susceptibles de cumplimiento forzoso, a menos que sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor, añade que este principio no fue seguido siempre de manera uniforme por la Corte de Casación Francesa; precisa que en varias oportunidades dicho tribunal ha decidido lo contrario, admitiendo que los términos del artículo 1144 del Código Civil Francés tienen un alcance facultativo y dejan a los jueces del hecho apreciar la oportunidad de un cumplimiento literal de la obligación, y de decidir, en consecuencia, que las obras construidas contraviniendo dicha obligación no serán destruidas; instituyéndose que los jueces tienen por función hacer adquirir a las partes aquello que se les debe, y no apreciar la oportunidad de sus reclamos.

Para Héctor Lafaille[12], en lo que atañe a las prestaciones de hacer, si el deudor se rehusara a cumplirlas, la facultad de compelerlo no podría ser ilimitada, por cuanto llevaría hasta ejercer violencia contra su persona, exceso frente al cual se detienen los poderes de los particulares, y aun los propios del Estado, cuando se lo concibe con criterio de ponderación. Pero advierte el referido autor argentino, la necesidad de no exagerar esta defensa de la libertad humana, que sólo cubre aquellas situaciones en las cuales el acto o la serie de actos prometidos no pueden ser realizados más que por el deudor mismo; o cuando menos, siempre que la persona de éste hubiera sido tenida especialmente en cuenta, como si se tratara, por ejemplo, de aptitudes especiales para la ciencia o el arte; de modo tal que si la obligación consistiera en uno de esos trabajos que cualquier individuo del oficio puede llenar sin dificultad, como sería el caso de un vulgar arreglo mecánico, el levantamiento de paredes, o conducir un vehículo, nada impide valerse de otro para satisfacer lo pactado o lo impuesto por la ley. Agrega Lafaille que la solución del Código responde a motivos de orden práctico, pues sería irrealizable en la mayor parte de los supuestos, imponer la ejecución forzada, al no concebirse en ningún caso a un literato, a un hombre de ciencia, a un artista o a un actor, trabajando por la fuerza; añade que lo menos que podría decirse es que la obra, en tales condiciones,

(9) Citado por DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXIV, Página 490.
(10) MARCADE, V. Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon, Tomo IV, Páginas 437 y 438. Librairie de Jurisprudence de Cotillon, París, 1852.
(11) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VII, Página 195.
(12) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 150.

se realizaría mal, y que en definitiva, el remedio se traduciría en detrimento para el acreedor, sin responder a las cualidades tenidas en consideración; siendo por ello preferible resarcir el daño, por imperfecta que sea esta manera de ejecutar la prestación.

En similar orden de ideas, Planiol y Ripert[13] expresan que cuando la obligación tiene como objeto un trabajo o una obra, es decir, un acto o una serie de actos, que el deudor no cumple, el cumplimiento forzoso será posible en muy contados supuestos; y resulta imposible materialmente en todos los casos en que solamente él pueda realizar el objeto mencionado, debido a sus condiciones o conocimientos personales.

Planiol y Ripert tratan acerca de un punto no abordado por otros autores: el de la imposibilidad moral; señalan que ésta se presenta cuando el hecho a ejecutar es susceptible de imponerse materialmente por medios coactivos al deudor, pero que esa coacción constituye un ataque legítimo a los derechos de su persona. De allí el sentido del antiguo adagio romano de que toda obligación de hacer se resuelve, en caso de incumplimiento por el deudor, en una indemnización de daños y perjuicios. De este modo, concluyen Planiol y Ripert, el cumplimiento forzoso no queda, en principio, descartado en esas obligaciones, sino solamente en la medida en que necesitaría el empleo de medios violentos contrarios a la libertad individual.

Sin embargo, queremos hacer aquí una distinción. En lo que respecta al hacer propiamente dicho de la obligación, alcanzará plena vigencia esta norma, pero distinto será el caso en el cual el deudor ya hubiese cumplido con el hacer propiamente dicho, pero le faltase el dar para concluir con la ejecución de su prestación.

Pongamos un ejemplo.

---

(13) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte, Páginas 81 y 82. Traducción española del Doctor Mario Díaz Cruz, del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba. Cultural S.A., Habana, 1945.

Si el acreedor hubiese encargado a un escultor la elaboración de una obra de arte, será evidente que si dicho escultor rehusase esculpir no se le podría forzar a ello, pues para estos efectos sería necesario emplear violencia contra su persona; pero distinto sería el caso en el cual dicho escultor ya hubiese terminado la escultura encargada, pero, como le agradó su resultado, ya no deseara entregarla al acreedor. En este caso sí se podría emplear medios violentos para que se concluyera con la ejecución de dicha prestación, ya que solamente sería necesario extraer dicha obra del taller del deudor para llevarla al domicilio del acreedor; y dicha acción no estaría dirigida contra la persona del deudor, sino simplemente contra bienes materiales.

De no poderse optar por la medida a que se refiere el inciso primero del artículo 1150 del Código Civil Peruano, bajo comentario, por las razones señaladas, el acreedor tendría que ejercitar cualquiera de las otras dos alternativas previstas por esa norma.

La segunda alternativa es exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.

La ejecución de esta opción, también deberá hacerse por la vía judicial, y para poder encargar la ejecución de la prestación a persona distinta del deudor, será necesaria la existencia de una resolución judicial en tal sentido. De existir esta resolución, se podrá encomendar la ejecución de la prestación a una tercera persona, ajena a la relación obligacional.

Resulta obvio que el tercero no ejecutará la prestación gratuitamente, sino que cobrará por dicho concepto. Pues bien, aquel monto que cobre dicho tercero y que deberá ser asumido en primera instancia por la persona del acreedor, podrá ser posteriormente cobrado por este último al deudor incumpliente. Justamente por ello se exige autorización judicial.

Es evidente que esta segunda opción podrá ser adoptada por el acreedor de una prestación no contraída **intuitu personae**, o por el acreedor de prestación **intuitu personae** que encuentre

un tercero en quien confíe que ejecutará la prestación de un modo semejante o igualmente idóneo que el deudor original.

Naturalmente todos estos medios coactivos se deberán realizar, no por mano propia del acreedor, sino a través de un procedimiento judicial que concluya con una resolución autoritativa. En ausencia de tal resolución es posible el cumplimiento por un tercero, pero en este caso el acreedor no tendrá la certidumbre de lograr el verdadero resarcimiento por el mayor costo que la ejecución pueda originar.

El Doctor León Barandiarán[14], recogiendo las opiniones de Salvat y Galli, señala lo siguiente: "Mas, como advierten Salvat y Galli, la regla del artículo 630 del Código argentino, que inspira el 1187 del peruano (se refiere al Código Civil de 1936), no quiere decir que en ciertos casos de urgencia el acreedor no pueda, previa constitución en mora del deudor, proceder por sí mismo o por un tercero, sin obtener antes la autorización judicial, a la ejecución del hecho debido. Supongamos, a título de ejemplo, el caso de la obligación de reparar una casa o el de la obligación contraída por un cochero de transportarme a una localidad vecina; si el deudor no cumple su obligación, es indudable que el acreedor, una vez que lo hubiese constituido en mora, podría hacer efectuar las reparaciones por un tercero o hacerse transportar con otro cochero, sin necesidad de requerir previamente la autorización judicial. Pero, entonces, el costo del cumplimiento de la obligación podrá obtenerlo el acreedor, no en el concepto de gastos de la ejecución por otro de la obligación del deudor, sino a título de daños e intereses por la inejecución de ella. En otros términos: el caso se resolvería sobre la base de que el acreedor hubiese optado, no por la ejecución de la obligación a costa del deudor, sino por el pago de los daños e intereses derivados de la inejecución. La cuestión tiene interés práctico, porque si bien el deudor tiene el derecho de discutir en cualquier caso el monto de lo que se le cobra, sea en el concepto de ejecución de la obligación a su costo, sea en el de daños e intereses por su inejecución, las facultades de los jueces para fijar el monto de lo que él debe pagar, son más amplias en el segundo caso que en el primero; en el segundo caso, en efecto, se trataría de una cuestión de indemnización, cuyo monto, como sabemos, queda librado a las dificultades de la prueba y a la apreciación de los jueces."

(14) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, páginas 59 y 60.

En palabras de Huc[15], la facultad de que goza el acreedor para ser autorizado judicialmente, en caso de incumplimiento, para cumplir él mismo la obligación a expensas del deudor, podrá ser ejercida siempre que el cumplimiento sea posible; agrega el mencionado autor francés que el juez tiene la obligación de concederlo cuando el acreedor haya concluido formalmente en esto; no está autorizado ningún juez a conceder o rechazar a su agrado la autorización demandada. Añade Huc que se debe considerar que este caso trata de una obligación de hacer antes de que se cumpla en el propio terreno del deudor; de modo tal, que el vecino comprometido a derribar un árbol que se elevaba en su propiedad y que tapaba la vista del acreedor, podrá verse, ante su propia negativa, a que el acreedor pida se le autorice por medio de la justicia para cortar este árbol a expensas del deudor, si éste último se negara a cumplir con su obligación.

En opinión de Marcadé[16], cuando uno se compremete a dejar libre su calle, para que otro pueda pasar por ahí, si es que se incumple la obligación poniendo una zanja, una barrera, o algo similar, el perjudicado puede hacer que se le autorice a levantar por la fuerza y a expensas del deudor, el cercado levantado indebidamente; añade que no se aplicarían las mismas consecuencias, si es que uno pudiese ser autorizado judicialmente para procurarse el cumplimiento directo y efectivo de la obligación, cuando el deudor se rehúsa a cumplirla, caso en el cual se trataría de un hecho que sólo el deudor podría cumplir, y que por lo tanto sería susceptible de cumplirse, a costa suya, por medio de violencia dirigida contra su persona.

(15) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VII, Página 196.
(16) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Páginas 437 y 438.

Antonio José de Souza Levenhagen[17] establece que debe quedar esclarecido que la opción garantiza al acreedor, salvo entendimiento de mejor doctrina, que debe manifestarse judicialmente, pues si se hiciese de manera extrajudicial, estaría tomando la justicia por sus propias manos, situación que está vedada por la ley. Así, señala Levenhagen, habiendo retardo y negativa por parte del deudor en la ejecución de la prestación debida, corresponde al acreedor iniciar un procedimiento judicial en el cual tendrá que definir su opción al respecto, es decir, que deberá escoger entre ejecutar la prestación por un tercero a costa del deudor, o desistirse de la misma, exigiendo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. El autor citado continúa señalando que la acción judicial resulta imprescindible para comprobar si realmente hubo negativa en la ejecución por parte del deudor.

Eduardo B. Busso[18] explica que para el empleo de esta segunda alternativa, que en el caso peruano se contempla en el inciso segundo del artículo 1150 del Código Civil, resulta indispensable el concurso de dos condiciones: la voluntad del acreedor y la autorización del juez.

En lo referente a la voluntad del acreedor, puede decirse que dependerá de si éste considera conveniente seguir el mencionado camino, lo que en buena cuenta implica descartar las opciones previstas en los incisos 1 y 3 del ya mencionado artículo 1150 del Código Civil. Adicionalmente, será necesario que se trate, tal como ha sido explicado en su oportunidad, de prestaciones fungibles, vale decir, que pudieran ser ejecutadas por cualquier persona distinta al deudor, indistintamente. Aquí, como dice Busso, a pesar de que la prestación que el acreedor elija ejecutar por un tercero, previa autorización judicial, sea de naturaleza no fungible, el deudor no podría oponerse a la sustitución so pretexto de que el acreedor tiene derecho a resistirse a ella; ya que la infungibilidad de la prestación produce sus efectos en interés exclusivo del acreedor, y el derecho correspondiente es, sin duda, renunciable.

---

(17) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Páginas 39 y 40.
(18) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 369 y 370.

El segundo requisito previsto por Busso para que rija el supuesto de exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste, es el de la autorización judicial previa. Según el mencionado autor, esta formalidad se explica, por una parte, porque en general la posibilidad para el acreedor de actuar sin el control de la autoridad judicial implicaría una violación de la máxima, según la cual, nadie puede hacerse justicia por sí mismo; agrega que parece necesario, para autorizar la medida coercitiva aquí señalada, que se halle previamente comprobado el incumplimiento culpable de la obligación, por parte del deudor, incumplimiento del que la ejecución forzosa no es más que una consecuencia; la comprobación de este hecho sólo puede ser de carácter judicial.

No obstante lo señalado, Busso agrega que la doctrina reconoce en forma unánime que la autorización judicial no es indispensable en los casos de urgencia. Sin embargo -agrega- no bastará la razón de urgencia para prescindir de la autorización judicial si fuera necesario para su ejecución llevar un ataque directo al patrimonio del deudor; como sería el caso en que fuese necesario penetrar en el inmueble del deudor, situación en la que el acreedor incurriría en una vía de hecho, que le podría llevar a asumir responsabilidades civiles y hasta penales.

En relación al carácter obligatorio o facultativo de la autorización judicial, según un primer sistema, consagrado por la jurisprudencia francesa, los tribunales gozan en esta materia de un poder discrecional de apreciación. Según Busso, en un segundo sistema se distingue según se trate de una infracción a la obligación de hacer o a la obligación de no hacer. Así, en el primer caso, se admite que el juez goza de un poder discrecional, mientras que en el segundo caso se hallaría obligado a ordenar la destrucción de las obras indebidamente construidas, cuando esto fuera requerido. Agrega el citado autor que en un tercer sistema, que prevalece en la doctrina moderna, los jueces tendrían, no la facultad sino el deber de ordenar la ejecución en especie, toda vez que ello fuera posible; no pudiéndose negar a ello, so pretexto de que esta ejecución o destrucción debiera importar gastos considerables. Así -dice Busso- la doctrina francesa admite, sin embargo, una

excepción al principio consagrado por este tercer sistema y reconoce al juez un poder discrecional para regular el modo de indemnización más conveniente, cuando la ejecución en especie afecte otros intereses que los del acreedor y deudor. Al referirse a la doctrina argentina, Busso señala que los autores de esa nacionalidad consideran que el tema es facultad del acreedor y no del juez, derivando tal conclusión de la interpretación del artículo 630 del Código de Vélez Sarsfield[19].

Por nuestra parte, debemos agregar que naturalmente esta segunda opción podrá ser adoptada por el acreedor de una prestación no contraída **intuitu personae**, o por el acreedor de prestación **intuitu personae** que encuentre un tercero en quien confíe

(19) Busso (BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 371 y 372.) hace una interesante relación de supuestos en que sería de aplicación la ejecución de la prestación de hacer por parte de un tercero, recabando el acreedor previamente la respectiva autorización judicial. En tal sentido, transcribimos sus palabras:
"22. Vamos ahora a señalar algunas posibles aplicaciones, entre las más interesantes, relativas a la especie de ejecución en examen, tal como se halla regulada en nuestra ley.
23. Obras de carácter material.- Tal ocurre, en el caso de que una obligación tuviere como objeto la construcción o reparación de una casa en el terreno del acreedor, cuando el deudor se negare a cumplirla.
24. También sería procedente la ejecución por el mismo acreedor o por un tercero en la hipótesis de haberse el deudor comprometido a plantar o bien a desarraigar uno o más árboles en su propia finca.
25. En este caso, más propiamente se verifica el cumplimiento efectivo de la obligación, puesto que hay una coerción ejercida, si no sobre la persona, por lo menos con relación al derecho de propiedad del deudor.
26. Trabajos públicos.- El mismo criterio debe aceptarse como valedero con respecto a la violación de las obligaciones que incumben a los concesionarios de trabajos públicos.
27. Otorgamiento de actos jurídicos.- En Francia se entiende que cuando el vendedor de un inmueble se ha obligado mediante documento privado a otorgar escritura pública de transferencia de dominio en favor del comprador, puede aquél ser condenado a reconocer como regularmente efectuado el acto público de venta, en virtud del fallo a emitirse por el juez."

que ejecutará la prestación de un modo semejante o igualmente idóneo al deudor original.

La experiencia profesional nos ha enseñado que al no haber procedimiento especial en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, tenía que recurrirse a un juicio ordinario para pedir la ejecución por un tercero. Y esto, sin duda alguna, era absurdo.

Hace algunos años una empresa, cliente de uno de los coautores, celebró un contrato para la construcción de un pozo de agua tubular, que el deudor luego se negó a ejecutar. Su construcción era urgente, pues sin él se encontraba paralizado el funcionamiento de una importante fábrica. Sólo quedó pedir indemnización, porque no podía ejecutarse forzadamente la obligación. Recurrir al juez resultó imposible, por obvias razones de tiempo.

Es de confiar que el procedimiento sumarísimo del Código Procesal Civil supere tan grandes obstáculos.

Por último, el tercer supuesto faculta al acreedor para dejar sin efecto la obligación.

Respecto de este punto deseamos efectuar ciertas precisiones. El artículo 1150 establece tres supuestos. Resulta evidente que al acreedor que se vea imposibilitado de hacer valer su derecho a través de cualquiera de las dos primeras alternativas planteadas, sólo le quedará optar por la tercera, vale decir, demandar judicialmente que se declare sin efecto la obligación incumplida.

Pero consideramos que este no será el único caso en el cual se pueda optar por la solución prevista por el inciso tercero del artículo 1150, ya que bien podría demandarse resolver el contrato, teniendo aún la posibilidad de acogerse a cualquiera de los dos primeros incisos. Podría optarse por el inciso tercero, por ejemplo, si el acreedor ya no tuviese interés en el cumplimiento de la obligación, ni por parte del deudor originario, ni con el auxilio de un tercero, o simplemente por el mero incumplimiento de dicho deudor.

Por su parte, Marcadé[20] entiende que el acreedor perjudicado por el incumplimiento de la obligación sólo podría optar por el supuesto contemplado en el inciso tercero del artículo 1150 del Código Civil Peruano, cuando el cumplimiento forzoso resulte sólo de violencia dirigida contra la persona del deudor, o cuando el acreedor, aunque capaz de obtener el cumplimiento directo por la fuerza, consienta en satisfacerse con dejar sin efecto la obligación y con una eventual indemnización de daños y perjuicios.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1150.***

En lo que respecta al inciso primero del artículo 1150, hemos hallado una Ejecutoria Suprema que establece lo siguiente:

"La obligación del vendedor, de salir a la defensa, en caso de juicio promovido al comprador, no importa necesariamente la de comparecer en el juicio, porque siendo ésta una obligación de hacer no puede ser forzado el vendedor a ejecutarla por la violencia". Revista de los Tribunales, 1936, Página 175. (Artículo 1186 del Código Civil de 1936).

En relación al inciso 2 de este numeral, hallamos las Ejecutorias que se consignan a continuación:

I.- "Rescisión de contrato sobre obligación de hacer. Aplicación del artículo 1187 del Código Civil." Ejecutoria del 17 de mayo de 1947. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 42 y 43, 1947, Página 438. (Artículo 1187 del Código Civil de 1936).

II.- "El acreedor no tiene derecho al reintegro de lo gastado por defecto en la construcción si no ha sido previamente autorizado para ejecutar las obras correspondientes." Ejecutoria del 14 de agosto de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 343, 1972, Página 1002. (Artículos 1183 y 1187 del

(20) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 439.

Código Civil de 1936 y 1149 y 1152 del Código Civil de 1984).

III.- "Demandado el cumplimiento de una obligación de hacer consistente en el otorgamiento de una escritura pública de compraventa de inmueble, procede autorizar al demandante que efectúe la declaración de fábrica por cuenta del vendedor." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1977, Página 1200. (Artículo 1186 del Código Civil de 1936).

IV.- "Si la demanda ha sido planteada alternativamente, pues tiene por objeto el cumplimiento del contrato de construcción o que se autorice al demandante para procurarse por otro la conclusión de la obra, negándose el demandado a concluir dicha obra, corresponde ordenar que la reinicie dentro de un plazo perentorio, bajo apercibimiento de nombrar a un constructor, bajo su cuenta y costo." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, Página 628. (Artículos 1186 y 1187 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Efectos de las obligaciones - ejecución forzada, ejecución por un tercero, indemnización, artículo 1219, incisos 1º, 2º y 3º del Código Civil / Obligación de indemnizar, artículos 1150 y 1321 del Código Civil / Rescisión, artículo 1372 del Código Civil / Resolución, artículo 1371 del Código Civil / Incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1428 del Código Civil / Requerimiento notarial en el incumplimiento de los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1429 del Código Civil / Cláusula resolutoria en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1430 del Código Civil.

– CUMPLIMIENTO PARCIAL, TARDIO O DEFECTUOSO POR CULPA DEL DEUDOR.

Artículo 1151.- *"El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:*

1. *Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 ó 2.*

2. *Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.*

3. *Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.*

4. *Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1151.*

Este artículo no tiene antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto,*

elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936;* ni en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

Su primer antecedente se registra en el proceso de reforma al Código Civil de 1936. Es así que en el artículo 25 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* se establece que "El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar las siguientes medidas: 1. Las previstas por los incisos 1) ó 2) del artículo anterior.- 2. Considerar no ejecutada la prestación, si le fuese inútil.- 3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.- 4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere."

Posteriormente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* recoge una norma similar, en el artículo 1167, cuando dispone que "El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar las siguientes medidas: 1. Las previstas por los incisos 1) ó 2) del artículo anterior; 2. Considerar no ejecutada la prestación, si le fuese inútil; 3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial; 4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere."

Por último, el artículo 1119 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* prescribe lo siguiente: "El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas: 1. Las previstas en el artículo 1118, incisos 1 ó 2.- 2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.- 3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.- 4. Aceptar la prestación

ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1151 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 696 primera parte -similar al inciso 3 del artículo 1151 Peruano-), Francés (artículo 1143 -similar al inciso 3 del artículo 1151 Peruano-), Venezolano de 1942 (artículo 1268), Portugués de 1967 (artículo 802), Español (artículo 1098, tercer párrafo -similar al inciso 3 del artículo 1151 Peruano-), Etíope (artículo 1777), Egipcio (artículo 174), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 93, inciso 3), y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1066 -similar a los incisos 1 y 2 del artículo 1151 Peruano-).

Asimismo, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1181) establece que el acreedor puede rechazar un cumplimiento parcial aun cuando la prestación sea divisible, salvo que la ley o los usos dispongan otra cosa.

Por su parte, el Código Helénico prescribe en su artículo 337 que el acreedor, en un plazo razonable a partir de la oferta del deudor, puede rechazar completamente la prestación ejecutada parcialmente y considerarla como de ejecución totalmente imposible.

– *Análisis.*

Mientras el artículo 1150 del Código Civil Peruano está referido a las opciones que la ley otorga al acreedor frente al incumplimiento total de la prestación por parte del deudor, el artículo 1151, bajo comentario, está referido a los recursos que la ley concede al acreedor cuando el cumplimiento hubiese sido parcial, tardío o defectuoso, lo que equivale a decir que ha habido un incumplimiento de la obligación de distinto carácter al contemplado por el artículo 1150.

Los alcances de esta norma son analizados a continuación.

(1) Respecto de la integridad de la prestación, resulta obvio que ésta debe ser cumplida en su totalidad; lo que equivale a decir que el deudor tendrá que ejecutar, ni más ni menos, que aquello a lo que se ha obligado frente al acreedor.

Si el deudor no ejecutase íntegramente la prestación, estaría efectuando un cumplimiento parcial de la misma, supuesto contemplado en el ámbito conceptual del artículo 1151.

Pero también podría ocurrir que el deudor hiciese un cumplimiento más allá de lo pactado, es decir, un cumplimiento excesivo de la prestación, lo que equivale a decir que ha hecho más de aquello que se comprometió a hacer. Este supuesto no está previsto por el Código Civil.

Resulta claro que un cumplimiento parcial de una prestación podría originar daños y perjuicios respecto del acreedor de la misma, y que dichos daños y perjuicios deberían ser resarcidos por el deudor incumpliente.

Pero lo que nunca se ha cuestionado es si un cumplimiento excesivo de la prestación también podría ocasionar daños y perjuicios al acreedor (aunque reconocemos que en la mayoría de los casos no los ocasionaría). Por ejemplo, tenemos como deudor a un cantante que se hubiese obligado a dar un concierto entre las 8:00 y las 10:00 de la noche en un coliseo. Supongamos además que el acreedor procede a arrendar dicho coliseo por un lapso de tres horas (de 7:00 a 10:00). Si el deudor ofreciese el concierto, comenzando puntual, pero no lo concluyese a las 10:00 p.m. sino a las 12:30 de la noche, indudablemente habrá ejecutado la integridad de la prestación debida, pero habría ido más allá por la ejecución excesiva o prolongada de la misma. Sin lugar a dudas el propietario del coliseo podría exigir al arrendador (acreedor de la obligación) un pago adicional por el uso excesivo del local más allá de lo pactado. Ese gasto adicional, a nuestro entender, constituye un perjuicio para el acreedor

de la obligación, el cual tendría derecho a demandar su resarcimiento de parte del deudor.

Sin embargo, como se ha expresado, la ley no contempla esta posibilidad. Pero resulta de fácil solución por las normas sobre inejecución de obligaciones consignadas en el Código Civil.

(2) Respecto del momento en el que se debe ejecutar la obligación, esta será de cumplimiento oportuno en la medida en que tal ejecución se efectúe estrictamente a partir del plazo establecido.

Por ejemplo, si el cantante de nuestro ejemplo anterior se hubiese obligado a actuar a partir de las 8:00 de la noche y realmente empezase a partir de esa hora, el cumplimiento de su obligación sería oportuno.

Resulta obvio que un cumplimiento tardío podría ocasionar daños y perjuicios para el acreedor.

Pero también podríamos encontrarnos ante la posibilidad de que el cumplimiento de la prestación no sea tardío, sino anticipado, vale decir, que se comience a efectuar antes del plazo señalado para su ejecución, y ello podría originar daños y perjuicios respecto al acreedor de la prestación; como si el cantante aludido empezase a actuar a las 6.00 p.m., cuando no está presente en el coliseo sino una concurrencia insignificante.

(3) Respecto a la forma en que se ejecuta la prestación objeto de la obligación, ella debe ser la adecuada, es decir, realizarse de la manera pactada y con las características convenidas (o establecidas legalmente).

Si se produjese una ejecución que no llegase a reunir todas las condiciones o características pactadas para su cumplimiento adecuado, dicho cumplimiento podría ser calificado como defectuoso.

En el ejemplo del cantante, el cumplimiento sería sin lugar a dudas defectuoso, si no interpretase sus temas con la calidad y empeño habituales, sino que lo hiciese con desgano, por ejemplo. Este sería un cumplimiento defectuoso, que podría generar daños y perjuicios en favor del acreedor de la prestación.

Pero podría ocurrir todo lo contrario, es decir, que el cumplimiento o ejecución de la prestación se realice con características o condiciones superiores de las pactadas. Para nuestro ejemplo, que dicho cantante no cante como siempre, sino mejor que nunca.

Dicho cumplimiento podría ser calificado como más que adecuado.

Sin lugar a dudas en el ejemplo señalado no se originarían daños y perjuicios. Pero podríamos encontrar casos en los cuales el cumplimiento, más allá de la idoneidad, sí generase daños y perjuicios para el acreedor.

Si una empresa ensambladora de vehículos encargase a un subcontratista la elaboración de tableros para automóviles con determinadas características, por ejemplo, de cuerina y de color azul, podría ocurrir que dicho subcontratista elaborase los tableros no de cuerina, sino de cuero legítimo (material de evidente mejor calidad). Sin lugar a dudas, se habría producido un cumplimiento por encima de las características pactadas, pero podría dar lugar a daños y perjuicios, ya que dichos tableros podrían no hacer juego con el resto del tapizado de los vehículos, razón por la cual la empresa ensambladora estaría eventualmente obligada a paralizar su producción durante un tiempo, en espera de la fabricación de nuevos tableros.

Queremos decir que un cumplimiento "más que adecuado" puede ser, en estricto, uno "no adecuado".

Este supuesto tampoco está contemplado por la ley (artículo 1151), pero resulta de fácil solución por las normas de inejecución de obligaciones consignadas en el Código Civil.

Lo expuesto podría resumirse gráficamente en un cuadro. En el mismo, se consignan tres rubros por los cuales puede ser calificado el cumplimiento de una obligación. Así, por su integridad, podrá tratarse de un cumplimiento parcial, íntegro o excesivo; en segundo lugar, de acuerdo con la oportunidad de su ejecución, podríamos hablar de un cumplimiento anticipado, oportuno o tardío; en tanto que por la forma o manera como se ejecuta la prestación, el cumplimiento puede ser defectuoso, adecuado o más que adecuado (categoría ésta última que, en estricto, representa un cumplimiento no adecuado). Podríamos decir que el primer criterio responde a la pregunta ¿Cuánto se ejecuta?; el segundo a la interrogante ¿Cuándo se ejecuta?; en tanto que el tercero a ¿Cómo se ejecuta?.

Aquí, el cuadro a que hemos hecho mención.

	Cumplimiento no óptimo susceptible de generar daños y perjuicios	Cumplimiento óptimo de una obligación	Cumplimiento no óptimo susceptible de generar daños y perjuicios
Por su Integridad	Parcial	Integro	Excesivo
Por su oportunidad	Anticipado	Oportuno	Tardío
Por la forma como se ejecuta	Defectuoso	Adecuado	Más que adecuado (por lo tanto, en estricto, no adecuado).

No obstante lo señalado hasta este punto, entendemos que los conceptos de obligación excesiva, anticipada y más que adecuadamente cumplida, podrían entenderse comprendidos en la expresión de "ejecución defectuosa".

Ahora nos toca ocuparnos de las opciones previstas por el artículo 1151 del Código Civil Peruano para el acreedor que se vea perjudicado por un cumplimiento que no revista la magnitud, fecha o forma previstas.

Para tal efecto, el artículo en mención contiene cuatro opciones, cualquiera de las cuales puede elegir el acreedor. Se trata de las siguientes:

(1) Las opciones previstas en los incisos 1 ó 2 del artículo 1150, vale decir:

(a) Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

(b) Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.

Nuestros comentarios sobre de estas opciones -ya efectuados oportunamente- nos relevan de hacer mayores precisiones al respecto.

(2) Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

Podría ocurrir que una ejecución que no revista un cumplimiento perfecto de la prestación en los términos convenidos, haga dicho resultado inútil para el acreedor, en cuyo caso éste tendría la opción de considerarla como no ejecutada.

Sería el caso en el cual se construya una pared con triplay, la misma que estaba destinada a soportar un segundo piso, y que debió ser hecha de material noble (ladrillos, cemento y

fierro). En este ejemplo, dicha construcción no será de utilidad para el acreedor, de acuerdo con sus necesidades.

(3) Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

Sobre la base del mismo ejemplo citado para ilustrar el inciso (2), el acreedor podría optar por exigir que su deudor destruya la pared que construyó, o, incluso, si éste no quisiese destruirla, hacerla destruir y cobrar al deudor incumpliente los gastos que irrogue tal destrucción.

Naturalmente que si se optase por este segundo camino, se requeriría de una resolución judicial que faculte al acreedor a actuar así. De lo contrario, no podría cobrar al deudor lo gastado. En este caso, el acreedor cobraría vía indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto es discrecional.

Esta autorización judicial es indispensable, porque de no exigirse, podría haber connivencia o incluso negligencia del acreedor para contratar al tercero, pagando una suma enorme.

En este punto debemos precisar, tal como lo hace el Doctor José León Barandiarán[1], que para exigir la destrucción de lo ejecutado, la alteración en cuanto al modo debe revestir importancia: "Sobre el particular es útil observar, como lo hace Colmo, que la ley en lo que concierne a la penalidad consagrada en la segunda parte del artículo 625 del Código Argentino (1182 del nuestro -León Barandiarán se refiere al Código Civil de 1936-), se coloca en el supuesto de que la alteración en cuanto al modo sea de importancia, desde que si el precepto fuera aplicable literalmente, se llegaría a evidentes anomalías, vale decir, despropósitos; y así, so pretexto de una leve diferencia en la calidad del papel del libro, se podría dejar sin efecto toda una edición; por razón de un

---

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 51 y 52.

simple matiz en el color de una pintura, habría que volver a pintar todo un edificio; en virtud de una diferencia multimétrica del flete de la cornisa de un mueble de lujo, el acreedor podría oponerse a la recepción del mismo; etc."

(4) Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

En el supuesto que la prestación ejecutada no revista todas las condiciones previstas, pero aun así fuese de utilidad para el acreedor, podrá ocurrir que éste prefiera darla por ejecutada, salvando los defectos que se hubieran podido haber cometido en su cumplimiento.

Sería el caso en el cual una persona encargue a otra el pintado de una casa con una pintura de primera calidad, y dicho pintor la hubiera pintado con materiales de calidad inferior a la pactada. Aquí el acreedor podría considerar como no ejecutada la prestación o, si le es tolerable el resultado, aceptarlo, exigiendo una reducción de la contraprestación a su cargo, si la hubiere.

El Código Civil no resuelve el supuesto en el cual no se trate de un contrato de prestaciones recíprocas, pero pensamos que, de ser este el caso, el acreedor mantendrá las mismas opciones planteadas por el artículo 1151; y que, de optar por la contemplada en el inciso cuarto, simplemente se limitaría a la aceptación de la prestación ejecutada, no pudiendo exigir nada adicional al deudor.

– *Concordancias nacionales.*

Ejecución forzada y ejecución por tercero en obligaciones de hacer, artículo 1150, incisos 1 y 2 del Código Civil / Ejecución forzada por un tercero, artículo 1219, incisos 1 y 2 del Código Civil / Obligación de indemnizar, artículo 1321 del Código Civil.

– INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Artículo 1152.- *"En los casos previstos en los artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1152.*

Este precepto no registra antecedente alguno en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.* En cambio, sí registra antecedentes en casi todos los demás Códigos y Proyectos nacionales.

Así, en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* encontramos los artículos 738: "De toda obligación de hacer resultan daños e intereses en caso de faltar el obligado."; y 739: "El acreedor tiene derecho a pedir se destruya lo que haya sido hecho en contravención a lo pactado, y puede hacerse autoridad para destruirlo él mismo a expensas del deudor, sin perjuicio de los daños e intereses, si hay lugar."

El *Código Civil de 1852* no regulaba el tema.

En cambio sí lo hacía el *Proyecto de Código Civil de 1890,* a través de su artículo 1502: "Cuando el hecho, a que se refiere

una obligación de hacer, resulta imposible sin culpa del deudor, queda extinguida la obligación para el deudor y acreedor, y aquél debe devolver a éste lo que por razón de la obligación ha recibido; pero, si la imposibilidad proviene de culpa del deudor, queda obligado a satisfacer al acreedor daños y perjuicios."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* trataba sobre el particular en sus artículos 140: "Si el deudor no quisiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; y 141: "Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los daños y perjuicios por inejecución de la obligación."

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* lo hacía en sus numerales 131: "Si el deudor no quisiese ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario emplear violencia contra la persona del deudor. En este último caso el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; y 132: "Si el hecho pudiere ser ejecutado por el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los daños y perjuicios por la inejecución de la obligación."; mientras que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* lo hacía en sus artículos 1176: "Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; y 1177: "Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios."

El *Código Civil de 1936* regulaba este tema en sus artículos 1186: "Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; y 1187: "Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regía el punto en sus numerales 23: "Si el deudor rehusare ejecutar el hecho prometido, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. En este caso, el acreedor podrá reclamar daños y perjuicios."; y 24: "Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios."

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo trató en el artículo 26: "En los casos previstos por los artículos 24 y 25, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en precepto similar (el artículo 1168), prescribía que: "En los casos previstos por los artículos 1165 y 1167 el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en su artículo 1120, establecía que: "En los casos previstos en los artículos 1118 y 1119, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1152 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1143, última parte), Costarricense (artículo 696, segunda parte), Venezolano de 1942 (artículos 1264, segundo párrafo, y 1266, segundo párrafo),

Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 958, última parte), y Paraguayo de 1987 (artículo 478, último párrafo).

Por su parte, el Código Civil Argentino (artículo 634) agrega que si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho.

Asimismo, el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 94) establece que la indemnización se debe cuando el deudor está en mora de cumplir su obligación. Sin embargo, la constitución en mora no es necesaria cuando la ejecución de la obligación no es más posible por el deudor, especialmente cuando la cosa a que él estaba obligado a dar o hacer puede hacerse sólo después de un cierto tiempo, que debe dejarse pasar o cuando aquél ha declarado por escrito su voluntad de no ejecutarla.

– ***Análisis.***

Como hemos expresado al analizar los preceptos anteriores (artículos 1150 y 1151 del Código Civil Peruano), al acreedor que se viese perjudicado por el incumplimiento total de la prestación o por un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, le asiste el derecho al reembolso de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado.

En tal sentido, la norma del artículo 1152 es de estricta justicia.

De acuerdo con la doctrina de Robert Joseph Pothier[1], es evidente la razón que sustenta el principio recogido por el artículo 1152 del Código Civil Peruano; ya que siendo la obligación un lazo de derecho, no puede haber obligación cuando aquel que ha prometido hacer o no hacer una cosa, puede dejar impunemente

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Primera Parte, Página 118.

de hacerla. Agrega que, obviamente, puede dejar impunemente de ejecutarla, cuando yo no tengo interés alguno justipreciable de que haga o no lo que ha prometido; pues que de ello no puede resultar para con él indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de su promesa, ya que la indemnización de daños y perjuicios no es otra cosa que la estimación del interés que tiene el acreedor en la ejecución de la obligación[2].

(2) Pothier (POTHIER, Robert Joseph. Op. Cit., Páginas 137 a 140.) describe, en relación a las obligaciones de hacer, la posibilidad de que tras su incumplimiento se derive la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios sufridos, con un ejemplo propio de la época, que creemos ilustra el particular:
"He aquí otro ejemplo de nuestra distinción. Una persona que ha vendido un cierto número de piezas de madera, de la que me he servido para apuntalar mi casa, que se arruina, por defecto de la mala calidad de los maderos que estaban podridos. Si el vendedor no era hombre entendido en el asunto, es decir que no era de su oficio el conocer la calidad de los maderos, de los que ignoraba sus defectos, los daños y perjuicios que resulten del hecho de que los maderos que él me vendiera fueran defectuosos, no consistirán más que en una deducción sobre el precio de lo que yo les he pagado de más, al comprar por bueno lo que era defectuoso; mas no se extenderán a la pérdida que he sufrido por la ruina de mi casa, pues el vendedor que me ha vendido la madera de buena fe, y que no tenía mayor obligación que yo en conocer la calidad de la madera, se ha de reputar como habiéndose encargado de ese riesgo. L. 13. D **de act. empt.**
Mas si aquel que me ha vendido dichos maderos es un hombre del oficio, si es un carpintero el que me ha vendido dichos puntales para apuntalar mi casa, vendrá obligado a los daños y perjuicios que resulten de la ruina de mi casa por defecto de sus puntales y no será admitida su disculpa de que él los creía buenos y suficientes; pero aun cuando dijera verdad, esta ignorancia de su parte no podría excusarse en un hombre que hace profesión pública de un estado y un arte. **Impeatia culpe annumeratur:** 1. 132, D. **de R. I.** Al venderme dichos puntales para apuntalar mi casa, y al vendérmelos en su calidad de carpintero, se declaraba incurso en las responsabilidades consecuentes para el caso de que dichos maderos fueran insuficientes, habiéndose por lo tanto declarado responsable del riesgo que corría mi casa. **Mol. tract. de eo quod interest**, n. 51.
Obsérvase, sin embargo, que no debe reputársele por responsable de otra cosa, más que del riesgo de que se ha encargado. Es por esto que, si dicho carpintero me ha vendido sus maderos para sostener una casa dada, y yo me sirvo de ellos para sostener otra de

Debe tenerse en cuenta que la obligación de indemnizar daños y perjuicios al acreedor no es una facultad del deudor, quien, tal como lo expresa Luis María Boffi Boggero[3], no puede librarse

---

mayor importancia, no tan sólo el carpintero no será responsable de la ruina de esa casa, en el caso de que los maderos hubiesen sido insuficientes para el sostén de la pequeña construcción para que habían sido destinados, por cuanto en ese caso el carpintero no incurre en falta de clase alguna; sino que aun en el caso de que hubiese falta, esto es, de que sus maderos fueran absolutamente defectuosos e insuficientes, aun para el sostén del pequeño edificio para el cual habían sido destinados, no vendría obligado al pago de daños y perjuicios, resultantes de la ruina de un gran edificio más que por la suma o valor de la pequeña casa: pues no habiéndome vendido dichos puntales más que para sostener la pequeña casa, se entiende que no se ha entendido encargar del riesgo de daños y perjuicios que yo sufriría; por consiguiente no debemos, según nuestros principios, extender más allá su responsabilidad. Tal vez hubiera puesto mayor cuidado si hubiese entendido correr un riesgo mayor, o que él las hubiese conseguido para un mayor edificio. Mol. ibid. n. 62.

Por igual razón, Dumoulin decide que cuando un carpintero me ha vendido puntales para el sostén de mi casa, que se ha hundido por defecto e insuficiencia de los mismos, los daños y perjuicios a que se viene obligado se limitan a la ruina de la casa, y no se extienden a la pérdida de los muebles que tiene dentro, y se han roto o perdido en las ruinas; pues dicho obrero al venderme sus puntales para el sostén de mi casa, no ha entendido responder más que de la conservación del edificio, no es más que de este riesgo de lo que él se ha encargado, y no del riesgo de la pérdida de mis muebles, que no ha podido prever que yo dejara dentro: cuando por lo ordinario, se quitan de una casa que se apuntala. Es por esto que dicho carpintero no debe ser considerado como responsable de la pérdida de dichos muebles, a menos de que se hubiese encargado expresamente de ese riesgo. Molin ibid. n. 63 y 64.

No sucede lo mismo cuando se trata de un albañil con quien he hecho un contrato para que me construya una casa, la que, al poco de estar construída, se hunde por defecto de construcción. Los daños y perjuicios que me debe este empresario ignorante por falta de no haber cumplido como debía su obligación, se extienden no solamente a la pérdida que he tenido de la casa, y que no he podido salvar, pues dicho empresario al obligarse a construirme una casa, vivir en ella, o un inquilino, no podía ignorar que se llevarían a la misma muebles; pues no podía habitarse en la misma sin ellos, y por consiguiente se ha encargado del riesgo de los mismos. Molin edtd. n. 64."

(3) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Página 429.

del cumplimiento de la obligación ofreciendo el pago de un resarcimiento; lo que equivale a decir, en palabras del autor citado, que no puede ofrecer la sanción para cometer el ilícito.

Antes de concluir nuestros comentarios a estas normas, debemos precisar que los artículos 1150 y 1151 están referidos a supuestos de incumplimiento debido a culpa (leve o inexcusable) o dolo del deudor.

Por último, debemos señalar que la imposibilidad de ejecución podría haberse originado por una disposición de la autoridad, como la prohibición de construir un edificio, caso en el cual no sería ni ejecutable, ni habría culpa del deudor.

Tal como hemos expresado, el tema de la indemnización de daños y perjuicios será tratado con la mayor amplitud en la parte relativa a la inejecución de las obligaciones.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1152.*

En relación con el artículo 1152, encontramos una Ejecutoria Suprema, que establece que "El acreedor no tiene derecho al reintegro de lo gastado por defecto en la construcción si no ha sido previamente autorizado para ejecutar las obras correspondientes." Ejecutoria del 14 de agosto de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 343, 1972, Página 1002. (Artículos 1183 y 1187 del Código Civil de 1936 y 1149 y 1150, inciso 2, del Código Civil de 1984).

– *Concordancias nacionales.*

Derechos del acreedor por inejecución del hecho, artículo 1150 del Código Civil / Derechos del acreedor por cumplimiento deficiente con culpa, artículo 1151 del Código Civil / Indemnización, artículo 1219, inciso 3, del Código Civil / Obligación de Indemnizar, artículo 1321 del Código Civil / Incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1428 del Código Civil / Requerimiento notarial en el incumplimiento de los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1428 del Código Civil.

– CUMPLIMIENTO PARCIAL, TARDIO O DEFECTUOSO SIN CULPA DE LAS PARTES.

Artículo 1153.- *"El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151, incisos 2, 3 ó 4."*

– Fuentes nacionales del artículo 1153.

No regularon el tema: *el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* el *Código Civil de 1852*; el *Proyecto de Código Civil de 1890*; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni el *Código Civil de 1936.*

En el proceso de reforma al Código Civil de 1936 la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, no previó la materia.

Por primera vez se contempló esta norma en el artículo 27 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Feli-*

pe Osterling Parodi, del año 1980, que prescribía lo siguiente: "El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 25."

Luego, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, reguló el tema en su artículo 1169: "El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 1167."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hizo en el numeral 1121: "El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1119, incisos 2, 3 ó 4."

– *Análisis.*

El supuesto del artículo 1153 del Código Civil Peruano está referido a un incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, pero en el cual no medie culpa alguna del deudor (ni tampoco del acreedor).

De presentarse tal supuesto, el acreedor tendrá la posibilidad de optar entre cualquiera de las tres opciones que se mencionan a continuación:

(1) Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

(2) Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

(3) Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

Nos abstenemos de comentar estas tres opciones, dado que ya lo hemos hecho al estudiar el artículo 1151 del Código Civil.

Sin embargo, queremos precisar que para el caso del artículo 1153, el acreedor no podrá exigir de su deudor indemnización alguna, debido a que el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso no se debe a culpa de dicho deudor, sino a acontecimientos ajenos a su voluntad.

– *Concordancias nacionales.*

Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de obligación de hacer por culpa del deudor, artículo 1151, incisos 2, 3 y 4 del Código Civil.

– IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACION POR CULPA DEL DEUDOR.

Artículo 1154.- *"Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.*

La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor."

– Fuentes nacionales del artículo 1154.

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta.: **"Otrossi decimos, que si el que ouiesse fecho pleyto (pacto, convenio) de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que aunía prometido, que deue cumplir de otra guisa el pleyto, según su aluedrio del Juzgador del lugar. E deue pecharle el daño, e el menoscabo que le vino por azón que non fizo aquella cosa, assi como prometió."**

El artículo 1154 del Código Civil vigente no registra antecedentes en los siguientes Códigos y Proyectos: *Proyecto de Códi-*

go Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; *Código Civil de 1852;* y *Proyecto de Código Civil de 1890.*

El tema fue tratado por primera vez en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Auguto Olaechea, de 1925*, artículo 139: "Si la imposibilidad fuere por culpa del deudor, estará éste obligado a satisfacer al acreedor los daños y perjuicios consiguientes."

Luego fue contemplado por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, artículo 130: "Si la imposibilidad fuere por culpa del deudor, estará éste obligado a satisfacer al acreedor los daños y perjuicios consiguientes."; por el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, artículo 1175: "Si la imposibilidad se origina por culpa del deudor, éste quedará obligado a satisfacer los daños y perjuicios."; y, finalmente, por el *Código Civil de 1936*, artículo 1185: "Si la imposiblidad se origina por culpa del deudor, éste quedará obligado a satisfacer los daños y perjuicios."

La *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trató el tema en su artículo 22: "Si la imposibilidad se origina por culpa del deudor, éste quedará obligado a satisfacer los daños y perjuicios."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el numeral 28: "Si la imposibilidad se originara por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.- Las mismas reglas se aplicarán si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor".

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, reguló el particular en el artículo 1170: "Si la imposiblidad se originara por culpa del deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.-

Las mismas reglas se aplicarán si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hizo en el numeral 1122: "Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contrapestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.- La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1154 del Código Civil Peruano, entre otros, el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 246, última parte), y el Código Civil Argentino (artículo 628).

Asimismo, el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1362) establece que: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquellas diligencias que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Puede ser lata, leve o levísima. La culpa lata se opone a la diligencia y cuidado que aun las personas de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios. La culpa leve se opone a la diligencia y cuidado de un buen padre de familia. La culpa levísima se opone a la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes."

– Análisis.

El artículo 1154 del Código civil Peruano trata acerca del supuesto en el cual la prestacion resultase imposible por culpa del deudor.

Si dicha prestación resultase imposible, es lógica la conse-

cuencia prevista por esta norma, vale decir, que la obligación del deudor queda resuelta.

Si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas, el acreedor dejaría de estar obligado al pago de la contraprestación.

Si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas, autónomas o de un contrato unilateral, el acreedor tendrá derecho a exigir del deudor que hizo imposible el cumplimiento de una prestación de hacer, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (naturalmente si es que los hubiese sufrido).

El segundo párrafo del artículo 1154 no trata del supuesto en el cual la prestacion resulte imposible de ejecución por culpa del deudor después de la constitución en mora de éste; pues si fuera el caso, dicho segundo párrafo sería absolutamente reiterativo e innecesario.

Al analizar el artículo 1149 del Código Civil, manifestamos que las prestaciones de hacer pueden consistir en prestaciones **intuitu personae** (o infungibles) o en prestaciones que no revistan estas características. El Doctor Eugenio Gadea Reidner[1] expresa, dentro de esta distinción, que en el caso de las primeras obligaciones (las **intuitu personae**), la imposibilidad de la prestación se podría dar en las siguientes hipótesis: Si el deudor muere o deviene física o mentalmente incapaz para aquella prestación; o si por otras causas no dependientes de su voluntad no puede realizar la prestación (Gadea cita como ejemplo el servicio militar). En relación a la imposiblidad de la prestación en las obligaciones de hacer de naturaleza fungible, Gadea señala que en este caso nunca hay imposiblidad, puesto que si el deudor no se encuentra en la facultad de cumplir, será factible que un tercero la ejecute por cuenta de él; agrega que aquí también existe la regla general de la ley, consistente en que si ella prohíbe determinada actividad, será imposible cumplir la obligación concertada sobre dicha prestación.

---

(1) GADEA REIDNER, Eugenio. Op. cit., Página 70.

El segundo párrafo del artículo bajo comentario se refiere al supuesto en el cual la prestación resulte imposible sin culpa del deudor, situación que en un caso normal no acarrearía sanción alguna. Pero como aquí el deudor ha sido constituido en mora, y como esta situación jurídica exige la culpa o el dolo (artículo 1336), aunque la obligación no le sea imputable responderá -justamente por su condición de moroso- de daños y perjuicios.

La consecuencia de esta norma es clara, ya que la constitución en mora hace variar radicalmente el tratamiento del mismo caso en una situación usual. Si el deudor no estuviese en mora, se aplicaría el artículo 1153 del Código y no el segundo párrafo del artículo 1154.

– *Concordancias nacionales.*

Pérdida del bien en obligación de dar por culpa del deudor, artículo 1138, inciso 1, del Código Civil / Normas aplicables a obligaciones de no hacer, artículo 1160 del Código Civil / Responsabilidad del deudor constituido en mora, artículo 1336 del Código Civil / Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor, artículo 1432, primer párrafo, del Código Civil.

– IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACION POR CULPA DEL ACREEDOR.

Artículo 1155.- *"Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.*

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor."

– *Fuentes nacionales del artículo 1155.*

Este artículo no registra antecedentes en los siguientes Códigos y Proyectos: *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; Código Civil de 1852; Proyecto de Código Civil de 1890; Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión*

Reformadora, de 1926; Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; Código Civil de 1936; y *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

Por primera vez fue contemplado el tema en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* artículo 29: "Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.- Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.- Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación."

Luego fue adoptado el principio por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, artículo 1171: "Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.- Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.-Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* trató sobre el particular en su artículo 1123: "Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.- Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.- Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coincide con el artículo 1155 del Código Civil Peruano, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 842, primer y segundo párrafos -similares al segundo párrafo del artículo 1155 Peruano-).

– Análisis.

El primer párrafo del artículo 1155 del Código Civil Peruano está referido a un supuesto de imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor. En este caso, ante la imposibilidad de su ejecución, evidentemente se resuelve la obligación.

Sin embargo, el deudor conservará el derecho a la contraprestación, si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas.

Pero puede ocurrir que el cumplimiento de la prestación por parte del deudor dependa necesariamente del previo cumplimiento de alguna prestación a cargo del acreedor (que en este caso también sería deudor respecto de esta prestación). Por ejemplo, el pintor al cual el acreedor le ha encomendado un retrato con su imagen, no podrá ejecutarlo, si el acreedor no cumple con posar un determinado lapso. Si en este supuesto el acreedor hubiese sido constituido en mora por el deudor a fin de que cumpla con su prestación (ya que estaría inejecutando su obligación por dolo o culpa), y más tarde la prestación resultase imposible sin culpa del acreedor (ni tampoco del deudor), las consecuencias de dicha imposibilidad le serían imputadas al acreedor, pues si bien la imposibilidad no se produjo por su culpa, su incumplimiento de la prestación previa y necesaria determinaron que el deudor no pudiese ejecutar la prestación. Podría tratarse, por ejemplo, del advenimiento súbito de un defecto físico sobreviniente al deudor sin su culpa, que lo imposibilitara para seguir pintando. Este es el caso previsto por el segundo párrafo del artículo 1155.

Por último, el tercer párrafo del precepto comentado, vincula-

do a los dos párrafos que le anteceden, se refiere al supuesto en el cual la prestación resultase imposible o por culpa del acreedor o sin culpa del mismo, pero habiendo sido previamente constituido en mora por el deudor; si éste obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, tal beneficio reducirá el monto de la contraprestación a cargo del acreedor (naturalmente si la hubiere).

No formulamos mayores comentarios sobre este último extremo del artículo 1155, ya que se fundamenta en los mismos argumentos de nuestras apreciaciones vertidas con ocasión del análisis del inciso 1 del artículo 1138, relativo a las obligaciones de dar bienes ciertos.

– *Concordancias nacionales.*

Pérdida del bien en obligaciones de dar por culpa del acreedor, artículo 1138, inciso 3, del Código Civil / Normas aplicables a obligaciones de no hacer, artículo 1160 del Código Civil / Mora del acreedor, artículo 1338 del Código Civil / Indemnización por mora del acreedor, artículo 1339 del Código Civil / Riesgo por imposibilidad de cumplimiento de la obligación, artículo 1340 del Código Civil / Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor, artículo 1432, segundo párrafo, del Código Civil.

– IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACION SIN CULPA DE LAS PARTES.

Artículo 1156.- *"Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1156.*

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la imposibilidad del hecho sin culpa del deudor, tenemos en las *Partidas*, a la Ley 21, Título XI, Partida Quinta.

El artículo 1156 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852;* ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890.*

Su fuente nacional más remota la encontramos en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* artículo 138: "Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida

para ambas partes, y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiese recibido." Posteriormente trató el tema el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, artículo 129: "Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiese recibido."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, reguló el particular en el numeral 1174: "Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido."; mientras que el Código Civil de 1936 lo hizo en el artículo 1184: "Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, contempló el tema en el artículo 21: "Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el numeral 30: "Si la prestación resultara imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida."

Por otra parte, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, recogió el principio en su artículo 1172: "Si la prestación resultara imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1124: "Si la prestación resulta imposible sin culpa de

las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1156 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1070), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 842, tercer párrafo -similar a la primera parte del artículo 1156 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 246 -similar a la primera parte del artículo 1156 Peruano-) y Brasileño (artículo 879, primera parte).

Por su parte, el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1325) menciona que la obligación "se extingue."

– Análisis.

El artículo 1156 del Código Civil Peruano regula el supuesto en el cual la obligación de hacer a cargo del deudor resulta imposible de ejecución sin culpa ni del deudor ni del acreedor, vale decir, que ambas partes han actuado con la diligencia requerida.

En este supuesto, al ser imposible la ejecución de dicha prestación, la obligación queda resuelta.

Se establece además que el deudor deberá devolver al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido.

Este precepto prevé que el riesgo de la contraprestación lo sufre el deudor.

Respecto de la correspondencia de los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida, hacemos de aplicación a este punto los conceptos vertidos cuando

analizamos el inciso 5 del artículo 1138, relativo a las obligaciones de dar bienes ciertos. Por lo demás, el artículo 1138 resulta de aplicación supletoria en relación al numeral bajo comentario, ya que los principios sobre la teoría del riesgo serán los mismos para ambos casos (obligaciones de dar y de hacer).

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1156.*

Respecto al artículo 1156, tenemos una Ejecutoria Suprema, referida a la imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes, la misma que establece lo siguiente:

"No es exigible la obligación contractual de refaccionar la casa dada en arrendamiento, si la destrucción de ésta ha sido causada por un incendio. Las obligaciones referentes a la conservación y refacción contraídas en todo pacto de arrendamiento, tienen como base, mientras no se establezca lo contrario, la subsistencia normal del estado de la cosa locada." Anales Judiciales, 1918, Página 67. (Artículo 1184 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Pérdida del bien en obligaciones de dar sin culpa de las partes, artículo 1138, inciso 5, del Código Civil / Normas aplicables a obligaciones de no hacer, artículo 1160 del Código Civil / Inimputabilidad por ausencia de culpa, artículo 1314 del Código Civil / Extinción de la obligación, artículo 1316 del Código Civil / Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1431 del Código Civil / Pérdida de la obra sin culpa de las partes, artículo 1788 del Código Civil / Deterioro de la obra sin culpa de las partes, artículo 1789 del Código Civil.

– ADQUISICION POR EL DEUDOR DE UNA INDEMNIZACION O DE DERECHOS COMO CONSECUENCIA DE LA INEJECUCION DE LA PRESTACION POR CULPA SUYA.

Artículo 1157.- *"Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor éste obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1157.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936;* ni en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

Su antecedente nacional más remoto lo encontramos en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, artículo 31: "Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos."

Luego, el precepto pasó al *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* como numeral 1173: "Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización por la prestación debida, el acreedor podrá exigirle la entrega de tal indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos."; y al *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* como artículo 1125: "Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor éste obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coincide con el artículo 1157 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Portugués de 1967 (artículos 794 y 803).

– *Análisis.*

En lo que respecta al contenido del artículo 1157 del Código Civil Peruano, no vamos a efectuar comentario alguno, ya que hacemos de aplicación al mismo las opiniones vertidas cuando analizamos el segundo párrafo del inciso primero del artículo 1138 del Código Civil.

Por lo demás, esta norma no aporta ningún elemento adicional a lo expresado en dicha oportunidad.

– *Concordancias nacionales.*

Reducción de la indemnización en caso de pérdida del bien por culpa del deudor, artículo 1138, inciso 1, segundo párrafo del Código Civil / Aplicación a obligaciones de no hacer de reglas de obligaciones de hacer, artículo 1160 del Código Civil.

TITULO III

Obligaciones de no hacer

– OBLIGACIONES DE NO HACER. ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL ACREEDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO POR CULPA DEL DEUDOR.

Artículo 1158.- *"El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:*

1. *Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.*

2. *Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.*

3. *Dejar sin efecto la obligación."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1158.*

El *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*, no trató el tema. Sí lo hicieron, en cambio, todos los Códigos y Proyectos que se elaboraron posteriormente en nuestro país.

Así, el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana* de 1836, en su artículo 739, señalaba que:

"El acreedor tiene derecho a pedir se destruya lo que haya sido hecho en contravención a lo pactado, y puede hacerse autoridad para destruirlo él mismo a expensas del deudor, sin perjuicio de los daños e intereses, si hay lugar."; y el *Código Civil de 1852,* en el numeral 1276: "Cuando la parte obligada a hacer o no hacer alguna cosa, falta por omisión o contravención, tiene la otra parte el derecho de pedir que se le autorice para que, a costa de la persona obligada, se haga lo convenido, o se destruya lo que se hizo contra el pacto."

El *Proyecto de Código Civil de 1890,* establecía (artículo 1504) que: "En la obligación de no hacer si la omisión del hecho resulta imposible sin culpa del deudor, o si éste ha sido obligado a ejecutar el hecho, la obligación se extingue, como en el caso del artículo 1502.- Si por culpa del deudor llega a ejecutarse lo que no debió hacerse, tiene derecho el acreedor para exigir que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo, a costa del deudor.- Cuando no es posible destruir lo que se ha ejecutado, el acreedor tiene derecho para pedir indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan inferido."

Por otra parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* establecía (artículo 144) que "Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* señalaba: "Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* reguló el particular en el numeral 1179: "Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor."; mientras que el *Código Civil de 1936* lo hizo en el artículo 1189: "Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir

que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor."

Ya en el proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* contemplaba dos normas, los artículos 26: "Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor."; y 28: "Si la obligación consistiere en tolerar actos determinados del acreedor o el uso de cosas del deudor, podrá exigirse la ejecución forzada, aun cuando fuere necesaria la violencia contra la persona obligada.- Se procederá de igual manera cuando la prestación tuviere por objeto no comerciar en cierta zona o durante cierto tiempo en cuanto a determinadas cosas, u otras abstenciones análogas."

Por su parte, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* preveía el tema en el artículo 32: "El incumplimiento de la obligación de no hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.- 2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.- 3. Dejar sin efecto la obligación."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* con el numeral 1174, disponía que "El incumplimiento de la obligación de no hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir el cumplimiento forzado, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; 2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor; 3. Dejar sin efecto la obligación."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en su artículo 1126, prescribía que "El incumplimiento de la obligación de no hacer por culpa del deudor, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir la ejecución forzada a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.- 2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.- 3. Dejar sin efecto la obligación."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1158 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Francés (artículo 1143 -similar al inciso 2 del artículo 1158 Peruano-), Hondureño (artículo 1359, segundo párrafo -similar al inciso 2 del artículo 1158 del Código Civil Peruano-), Uruguayo (artículos 1340 y 1338), Ecuatoriano (artículo 1598, segundo y tercer párrafos), Venezolano de 1942 (artículo 1268), Chileno (artículo 1555), Español (artículo 1099 -similar al inciso 1 del artículo 1158 Peruano-), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 961 -similar al inciso 1 del artículo 1158 Peruano-), Paraguayo de 1987 (artículo 481 -similar al inciso 2 del artículo 1158 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículo 1327 -similar al inciso 2 del artículo 1158 Peruano-) y el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 249 -similar al inciso 2 del artículo 1158 Peruano-).

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 518, segundo párrafo) puntualiza que en las obligaciones de no hacer la responsabilidad del deudor nace tan pronto contraviene el hecho que se había obligado a no realizar.

– *Análisis.*

Hemos expresado al comentar las normas relativas a las obligaciones de hacer, que éstas consisten en la ejecución de alguna obra, servicio o trabajo.

El Código Civil, al igual que cuando trata acerca de las obligaciones de dar y de hacer, no define a la obligación de no hacer. Sin embargo, intentaremos esbozar algunos planteamientos sobre el particular.

Se opina comúnmente que una obligación de no hacer es precisamente todo lo contrario de una obligación de hacer. Por nuestra parte, consideramos que una obligación de no hacer es todo lo contrario o de las obligaciones de dar o de las obligaciones de hacer.

Nos explicamos.

Por las obligaciones de no hacer una persona se compromete a una abstención, vale decir, a no hacer algo, y ese no hacer algo comprende también el no dar. Tan obligación de no hacer es una de no hacer propiamente dicha, como podría ser no ir a un determinado lugar en una determinada fecha, como lo sería el comprometerse a no dar un determinado bien a una determinada persona. No obstante que esta última obligación implicaría un no dar, consideramos que este no dar es, al igual que el no hacer, una de las posibilidades que plantean las obligaciones de no hacer. Según Busso[1], existe una conexión lógica de la obligación de no hacer con la obligación de hacer, ya que si se examina el contenido de la obligación de no hacer, se observará que tiene con la obligación de hacer un elemento objetivo común: el hecho; considerando que se podría hablar de un hecho o acto negativo, en contraposición con el acto positivo de la obligación de hacer, o también de una determinación de la voluntad enderezada a la inercia. Por nuestra parte, consideramos que Busso sólo mira el problema de las obligaciones de no hacer, desde la perspectiva de que ellas son lo contrario de las de hacer; a pesar de que señala que algunos autores hablan también de obligaciones negativas, cuyo objeto estaría constituido por un no dar. Sin embargo, Busso advierte que en estos casos, aunque la obligación tomada en su contenido mediato e indirecto, consiste en un "no dar", su contenido inmediato debe calificarse como de "no hacer", pues el deudor queda obligado a no realizar con terceros actos de enajenación de la cosa. Por nuestra parte, creemos que la visión de Busso, en este aspecto, resulta un tanto limitada, por cuanto la obligación de no hacer, como lo hemos dicho, es lo opuesto a las obligaciones de hacer, tanto como a las de dar; es decir, que el "no hacer" puede implicar, a la vez, un no hacer propiamente dicho, o un no dar.

Busso considera[2] que las obligaciones de no hacer, pueden

---

(1) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 350.
(2) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 350 y 351.

derivar tanto de un contrato o de un acto jurídico bilateral, como de un precepto específico de la ley; por lo que tenemos obligaciones de no hacer convencionales y legales. Busso distingue la obligación de abstenerse y la obligación de tolerar; señala que con referencia a la naturaleza concreta de la omisión, el contenido de la obligación de no hacer puede consistir no sólo en la simple abstención de verificar determinado hecho, sino también en tolerar que el acreedor realice algún acto que no podría hacer de no mediar el vínculo convencional. En lo referente a la otra clasificación fundada en el contenido concreto del vínculo, estaremos ante un caso de obligación de simple abstención, en el supuesto de quien se compromete frente a su vecino a no instalar una fábrica en su propia heredad, señalando que, en cambio, estará sujeto a una obligación de tolerancia, el arrendador, en cuanto debe tolerar que el arrendatario use de la cosa, y por consiguiente deberá la renta. Agrega Busso que se hallaría una forma de obligación de tolerancia, en el deber de permitir una invasión en el propio derecho, como sería el caso del propietario de una casa-habitación que puede, por ejemplo, obligarse a conceder a otra persona el permiso de penetrar en ella de vez en cuando, y en determinadas circunstancias.

En opinión de Eduardo B. Busso[3], la mayoría de autores coincide en definir a la obligación de no hacer como aquella por la cual el deudor se halla obligado a abstenerse de ejecutar cierto acto que, conforme a las normas jurídicas comunes, habría tenido la facultad de efectuar o no.

Para Raymundo M. Salvat[4], resulta indudable que en las obligaciones de no hacer, la omisión o abstención prometida por el deudor debe ser mantenida por éste durante todo el tiempo expresa o tácitamente convenido y del modo que fue la intención de las partes que ella se verificara.

En nuestra opinión, las obligaciones de no hacer implican

(3) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 350.
(4) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Páginas 475 y 476.

dentro de los tres rubros de las obligaciones según su objeto, tal vez la categoría menos común de las mismas. Es obvio que resulta más frecuente obligarnos a dar algo o a hacer algo que a no dar o a no hacer algo.

Sin embargo, la función que cumplen las obligaciones de no hacer reviste la mayor importancia y puede ser de lo más variada.

Para ilustrar lo dicho, vamos a señalar algunos ejemplos de obligaciones de no hacer:

- Una persona (un químico farmacéutico) se obliga frente a un laboratorio a no revelar nunca la fórmula de elaboración de un determinado medicamento.

- Una persona se obliga frente a otra a no prestar su automóvil, por ningún motivo, al hijo de la primera, debido a que es menor de edad.

- Una persona se obliga con otra a no levantar una pared que evite que el predio de la segunda goce de la visibilidad del mar. Esta sería una servidumbre de vista.

En fin, las obligaciones de no hacer pueden revestir las más diversas formas, de modo tal que la enumeración de ejemplos resultaría muy considerable.

Como señala el Doctor José León Barandiarán[5]: "El Código no consigna respecto a las obligaciones de no hacer un precepto como el contenido en el artículo 1182 (1148 en el Código Civil de 1984), concerniente a las obligaciones de hacer. Pero es indudable que no siendo tal precepto sino manifestación del principio de que las obligaciones deben cumplirse de buena fe, aquél obra también en las obligaciones de no hacer, de suerte que la abstención prometida debe ser mantenida durante el tiempo expresa o tácitamente convenido y del modo que fue la intención de las partes; de otra suerte la obligación se reputará incumplida."

(5) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 64.

Para el tratadista italiano Alberto Trabucchi[6], el contenido de las obligaciones negativas o de no hacer es el de la conservación (no el de la mutación) de las situaciones jurídicas; siendo característica especial de esta clase de obligaciones, que la subordinación del deudor únicamente aparece evidente cuando se incumplen, requiriendo para su validez, que no restrinjan de un modo excesivo la posible actividad del sujeto; menciona como ejemplo de esta clase de obligaciones a aquella que consiste en imponer al deudor la prohibición de casarse o la obligación de permanecer viudo. Para Antonio José de Souza Levenhagen[7], la obligación de no hacer consiste en una omisión a que el deudor se obliga y cuya prestación es justamente la abstención de practicar el acto que él se comprometió a no practicar. A entender de Jorge Joaquín Llambías[8], las obligaciones de no hacer se caracterizan por su contenido negativo, ya que su objeto consiste en la abstención de algo que normalmente el deudor habría podido efectuar si no se lo impidiera la constitución de la obligación. Según Cazeaux y Trigo Represas[9], la obligación de no hacer es la que consiste en la abstención o en la omisión de un hecho, que conforme al ordenamiento jurídico común, el deudor tenía la facultad de ejecutar. En opinión de Alterini, Ameal y López Cabana[10], las obligaciones de no hacer son aquellas en las que la prestación debida es un hecho negativo. Así, los mencionados autores argentinos sostienen que con respecto a la distinción entre las obligaciones de hacer y no hacer, no pueden presentarse dificultades, ya que las de hacer importan una actividad o la realización de un hecho, en tanto que las de no hacer consisten en una inactividad u omisión de un hecho. Por otra parte, de acuerdo con Messineo[11], mientras el deudor permanezca inerte, o sea, se abstenga de hacer lo que le está prohibido, o tolere pacíficamente

(6) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Página 17.
(7) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 40.
(8) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 290.
(9) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 526.
(10) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 151.
(11) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 41.

que el acreedor haga, la obligación negativa permanece en la sombra, o puede incluso no manifestar su existencia; adquiere particular relieve esta obligación, cuando el deudor contravenga a su deber, o sea, cuando haga lo que no debería hacer, o haciendo algo prohibido, o bien oponiéndose, con un comportamiento positivo, a que el acreedor haga; lo que equivale a decir, en otras palabras, según Messineo, que la obligación negativa pone en movimiento la intervención del ordenamiento jurídico solamente en el caso de incumplimiento[12].

(12) Messineo hace una interesante recopilación de las que para él constituyen las principales obligaciones de no hacer propiamente dichas dentro del Derecho Italiano. En adelante, dicha relación:
"a) en la venta de hacienda: art. 2557 y retro, 29, n. 16; cfr. 154, n. 2 y 169 bis, n. 1;
b) en materia de relación de trabajo y de empleo privado: art. 2015 del Cód. Civil y art. 8 del R.D. de 13 de noviembre de 1924, n. 1825;
c) en materia de sociedad comercial: arts. 2301, 2315, 2390 y, en general, 2596;
d) en algunas formas de coaliciones económicas, las cuales están dirigidas exclusivamente a regular y, por consiguiente, a prohibir, más allá de ciertos límites, la competencia (cfr. 154);
e) en el caso del pacto de exclusiva en el suministro (arts. 1567-68) (142);
Existen fuera de la materia de la competencia, otras figuras de obligaciones negativas:
f) en el pacto que prohibe subarrendar, o ceder el contrato de arrendamiento (art. 1594);
g) en el pacto de no-votar en asamblea de sociedades por acciones;
h) en el pacto de no-concurrir a una subasta pública;
i) en el pacto (que grava sobre el acreedor) de no-pedir el pago (**pactum de non petendo**) (cfr. 112, n. 10);
j) en el pacto de no-revelar el secreto industrial (cfr. 86, n. 23);
k) en el deber del acreedor pignoraticio, o del comodatario, de abstenerse de usar o de disponer de la cosa recibida en prenda o en comodato (arts. 2792 y 1804);
l) en el deber del copropietario de un fundo que haya concedido servidumbre, de no poner impedimento al ejercicio del derecho concedido, prescindiendo del comportamiento de los otros copropietarios respecto de la concesión de la servidumbre sobre el fundo común (art. 1059)."
Adicionalmente, Messineo (MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 43.) también enumera algunas obligaciones que constitu-

Es de interés comparar las obligaciones de no hacer con las servidumbres. En tal sentido, Alterini, Ameal y López Cabana[13] señalan que la servidumbre es un derecho real que impide al propietario ejercer algunos de los derechos atinentes a su dominio. Así -agregan-, tanto en la servidumbre como en las obligaciones de no hacer, existe un deber jurídico de abstención, pero mientras la primera es un derecho real, la segunda es un derecho personal, de lo cual se sigue que la servidumbre resulta anexa a la cosa con los caracteres típicos de un derecho real.

Respecto de las diferentes clases de obligaciones de no hacer, Alterini, Ameal y López Cabana[14] consideran que pueden haber obligaciones que signifiquen una pura abstención y otras que consistan en tolerar que otro haga algo. Adicionalmente, los referidos autores opinan que existen obligaciones de no hacer instantáneas y permanentes, obligando las instantáneas a abstenerse en un solo acto, mientras que las permanentes muestran cierta perdurabilidad, pudiendo ser continuadas o periódicas.

Estimamos conveniente -y hasta imprescindible- analizar los alcances de una prohibición legal, contemplada en el propio Código Civil, respecto de la celebración de una convención que contenga una obligación de no hacer.

Nos referimos, concretamente, al supuesto del artículo 882,

---

yen propiamente un no dar, dentro de las que consigna las siguientes:

"a) el caso que nace de la prohibición de enajenación en general, por efecto de pacto expreso (art. 1379 y cfr. 136, n. 15);

b) el que va implícito en la prohibición de enajenación establecida por la ley en cuanto a los bienes dotales (art. 187) y en cuanto a los bienes del patrimonio familiar (art. 167) (61 y 61 bis);

c) el caso, igualmente legal, relativo a los bienes sometidos a vínculo fideicomisario (art. 692) (cfr. 184, ns. 3-4);

d) el caso previsto, indirectamente, por el art. 638 (acerca del cual, cfr. 185, n. 1)."

(13) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 152.

(14) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 152.

que establece que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

En la Exposición de Motivos de la Comisión Reformadora del Código Civil, referente a este artículo, la Doctora Lucrecia Maisch Von Humboldt, expresa, entre otros conceptos, lo siguiente[15]:

"De permitirse la prohibición de enajenar, significaría una severa limitación del **jus abutendi**, el principal atributo de la propiedad y conllevaría una desnaturalización de este derecho.

La excepción que establece este artículo al disponer: 'salvo que la ley lo permita' no está referida al pacto de reserva de dominio, sistema en el cual no hay traslación de la propiedad hasta el cumplimiento de la condición, sino a aquellas otras situaciones en que por ley se establezca la imposición de no trasmitir la propiedad; lógicamente que esta prohibición debe tener un plazo determinado o una condición específica, pues de lo contrario conduciría a una rescisión que desnaturalizaría el derecho de propiedad."

A nuestro entender caben dos posibilidades para esta situación:

(1) Que por ley se establezca la prohibición de enajenar, caso en el cual dicha prohibición no deberá ser de carácter absoluto (perpetua) sino relativo (temporal), ya que -coincidimos con la Doctora Maisch-, lo contrario equivaldría a desnaturalizar el derecho de propiedad.

(2) Que por pacto se establezca la prohibición de enajenar, caso en el cual, el principio general establecido por la ley es la nulidad de un pacto de estas características (argumento del artículo 882).

---

(15) En REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, Tomo V, Páginas 151 y 152. Okura Editores, Lima, 1985.

Sin embargo, cabría preguntarse si la prohibición del artículo 882 es absoluta o relativa. Nosotros estamos de acuerdo en que resultaría imposible pactar de manera absoluta o perpetua la obligación de no enajenar un bien a nadie, pero consideramos que -tal vez- no desnaturalizarían el derecho de propiedad los siguientes supuestos:

(1) Establecer una prohibición perpetua, pero referida a una o varias personas determinadas; como por ejemplo obligarse a no vender un local comercial a un banco de la competencia del acreedor (vendedor).

(2) Establecer una prohibición temporal, pero respecto de todas las personas, caso en el cual, si bien se estaría limitando el atributo de disposición, propio del derecho de propiedad, esta limitación tendría un plazo de carácter resolutorio.

Creemos que en cualquiera de los dos supuestos anteriores podría entenderse como factible el limitar el atributo de disposición del derecho de propiedad.

Un problema de difícil solución, en lo que respecta a las obligaciones de no hacer, resulta el atinente al pago. Critica el tratadista argentino Ernesto Clemente Wayar[16], la opinión de Imaz, en el sentido de que la energía supuesta por el pago no se compadece con la abstención, propia de las obligaciones de no hacer. Como señala Wayar, la generalidad de la doctrina sostiene que también se paga por la abstención debida, afirmando que si la conducta del deudor que se abstiene, y cumple así con la obligación asumida de hacerlo, no fuera el pago, habría una laguna en el Código Civil Argentino, por no haber previsto ni regulado el modo de extinguir tales obligaciones.

Por nuestra parte queremos efectuar una reflexión, en el sentido de que, en el caso de las obligaciones de no hacer, la

(16) WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Página 226. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

simple abstención configura el pago de las mismas. Dentro de este concepto, las obligaciones de no hacer difieren de las de hacer y de las de dar, en que no se requiere -necesariamente- que el pago se efectúe mediando un acto volitivo del deudor, pues podría darse incluso el caso de que el deudor cumpla una obligación de no hacer sin percatarse de ello, pues podría presentarse el supuesto de que la abstención debida no se ejecute voluntaria sino inconscientemente.

Pero ahora nos corresponde ocuparnos del contenido del artículo 1158. Esta norma está referida a un supuesto de incumplimiento por culpa del deudor de una obligación de no hacer. En tal hipótesis, Giorgio Giorgi[17] se cuestiona la situación en la cual frente al incumplimiento de una obligación de no hacer por parte del deudor, el acreedor se vea en la disyuntiva de tomar alguna medida al respecto. Los argumentos de Giorgi son los siguientes:

"Pero no lo hemos dicho aún todo: supongamos la obligación de no hacer, y veremos también al deudor perplejo para encontrar la manera de liberarse. A primera vista resultará extraña la hipótesis, pareciendo natural que el deudor no deba tener más idea que la de estarse quieto en su casa para no ser molestado; ¿pero no es posible alguna vez que el deudor tenga interés en liberarse? Será raro; pero no imposible; imagínese, dice Demolombe, la concesión de un derecho de paso concedido por Ticio a Cayo sobre el fundo o sobre la tierra, con obligación por parte de Cayo de hacer los trabajos necesarios para el ejercicio de la servidumbre, después que de acuerdo se haya determinado el lugar donde debe ejercitarla. He aquí el interés indiscutible de Ticio en apresurarse y en ver establecido de una vez el paso para salir de la incertidumbre. ¿Y el modo? El requerimiento a día cierto hecho constar por el funcionario público o por testigos, la citación para obtener del juez la facultad de determinar el lugar sin el concurso del acreedor, y a cargo de éste; si no le parece mejor al deudor provocar la resolución del contrato."

(17) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 335.

Para el tratadista argentino Eduardo B. Busso[18], en criterio que compartimos, la abstención de un hecho ilícito configura una obligación con una causal de nulidad, la misma que en nuestro medio podría encuadrarse dentro de lo previsto como una infracción al inciso tercero del artículo 140 del Código Civil, al ser un acto contrario a Derecho.

De producirse el supuesto de inejecución por culpa del deudor de la obligación de no hacer, la ley otorga tres alternativas por las que puede transitar el acreedor. Estas son las siguientes:

(1) Exigir la ejecución forzada de la prestación, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

En tal sentido, Raymundo M. Salvat[19] sostiene la posibilidad de que el deudor, violando la obligación contraída, ejecute el hecho cuya abstención prometió, como sería el caso del deudor que, obligado a no clausurar un camino, lo clausura o permite que otros lo hagan; caso en el cual, en principio, el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación, es decir, que se destruya lo hecho por el deudor o por su culpa. Agrega Salvat que, por excepción, el acreedor no tendrá derecho a la ejecución forzosa, cuando para llegar a la destrucción del hecho, fuese necesario el empleo de medios de coerción personal contra el deudor; señala que la medida de ejecución forzada en las obligaciones de no hacer depende de la calidad de la intervención del deudor en el cumplimiento de la abstención, pues si constituye el deudor un elemento esencial del cumplimiento, no podrá llegarse a ejercer violencia contra su persona; pero si, por el contrario, la intervención del deudor no es esencial para el cumplimiento, la violencia está admitida a fin de apartar el obstáculo que impida el cumplimiento. Así, añade Salvat, el deudor que clausuró el camino que se había comprometido a no

(18) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 350.
(19) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 476.

cerrar, podrá ser sacado por la fuerza si se opone a la apertura resuelta para el cumplimiento del contrato. El propio Salvat anota que, en cuanto a las obligaciones de no hacer, el acreedor puede imponer al deudor que se abstenga del hecho prometido, a menos que para llegar a este resultado sea necesario ejercer violencia personal contra él; resolviéndose el problema del empleo de la fuerza en el cumplimiento de las obligaciones de no hacer, por aplicación de la naturaleza de la participación del deudor en el cumplimiento de la abstención. Así, si la intervención del deudor es esencial para cumplir la abstención, no se puede ejercer violencia sobre su persona, como ocurre en las obligaciones de hacer. De lo contrario, si su oposición a que la abstención se mantenga es sólo un obstáculo, el empleo de la violencia es procedente y la obligación se cumple por la fuerza.

En palabras del Doctor Jorge Eugenio Castañeda[20], si el deudor viola la obligación de no hacer, es decir, que no se abstiene o no omite, en principio el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación, pudiéndose autorizar entonces al acreedor a destruir lo hecho a costa del deudor o a exigir que se destruya; a menos que se trate de un caso donde no sea posible la ejecución forzada.

Sin lugar a dudas es imposible imaginar un supuesto en el cual si el deudor de una obligación de no hacer desease incumplirla, se le pudiese impedir dicho incumplimiento sin la necesidad de recurrir al empleo de violencia física contra su persona, si es que la obligación consistiese en una simple abstención, por ejemplo, de decir algo, como guardar en secreto la fórmula química de un producto.

Si la obligación consistiese en no construir algo, el acreedor podría plantear judicialmente un interdicto de obra nueva (artículo 921 del Código Civil). Sin embargo, cabe anotar que con el nuevo Código Procesal Civil, estas acciones son

(20) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo I, Página 146.

calificadas como "medidas cautelares", y se encuentran reguladas en el Título IV, Proceso Cautelar, Capítulo II, Medidas Cautelares Específicas, Sub-Capítulo 4, Medida de no Innovar, artículo 687.

Si la prestación consistiese en no dar algo, será difícil para el acreedor impedir su incumplimiento por el deudor.

Si la obligación de un cantante, por ejemplo, consistiese en actuar en un determinado teatro sólo una vez, y se programase una segunda presentación, podría lograrse la clausura del teatro para esa segunda presentación.

Debemos señalar, antes de terminar con el análisis del inciso primero del artículo bajo comentario, que en la gran mayoría de casos, la única persona con capacidad para ejecutar una obligación de no hacer será el propio deudor, porque no resultaría posible que su cumplimiento se delegara a una tercera persona. Podríamos llegar a decir que la enorme mayoría de las obligaciones de no hacer son **intuitu personae**. Sin embargo, no todas las obligaciones de no hacer son, necesariamente, **intuitu personae**, ya que algunas pueden transmitirse a los herederos del deudor, como sería el caso de aquella por la cual una persona se hubiese obligado frente a otra a no construir una pared.

Como expresa el Doctor Angel Gustavo Cornejo[21]: "Si el deudor, violando la obligación, ejecuta el hecho cuya abstención prometió, vale decir, si obra con culpa, el acreedor tiene derecho a exigir que se destruya lo que se hubiera ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor (artículo 1189 -se refiere al Código Civil de 1936-). Quiere decir, pues, que el acreedor puede exigir la ejecución forzosa de la obligación sin otra limitación que la misma que rige en las obligaciones de hacer, o sea hasta donde no hubiera de recurrirse al empleo de la violencia contra el deudor."

(21) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Página 134.

Por su parte, Laurent[22] también efectúa un interesante razonamiento acerca de la ejecución forzosa de la obligación de no hacer.

(22) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Páginas 257 y siguientes: "Aquél que estipuló un hecho puede pedir que se cumpla este hecho, así como aquél que estipuló una cosa, puede pedir que se le sea entregada; pues toda obligación debe cumplirse tal como se acordó, ésta es la esencia de la obligación. ¿Se dirá que este cumplimiento directo es imposible en las obligaciones de no hacer? Esto no es exacto; el texto mismo del Código supone lo contrario. Si se trata de una obligación de no hacer el artículo 1143 da al acreedor el derecho de pedir que lo que se habría hecho por contravención al compromiso, sea eliminado; aquí tenemos entonces el empleo de la fuerza pública puesta al servicio de una obligación que tiene por objeto un hecho; se cumple directamente esta obligación por la eliminación de lo que hizo el deudor. El artículo 1143 agrega que el acreedor puede hacer que se le autorice a deshacer él mismo lo que hizo el deudor, a expensas de este último, sin perjuicio del abono por daños y perjuicios, si ha lugar. Si se trata de una obligación de hacer, podrá cumplir él mismo la obligación a expensas del deudor. Tenemos aquí aún un cumplimiento directo, puesto que es el hecho estipulado por el acreedor, el que se realiza, ¿Qué importa que el hecho se cumpla por un tercero en lugar del deudor?. Frecuentemente el acreedor no tiene ningún interés en que el deudor mismo realice el hecho. Por lo tanto, la mayoría de las obligaciones de hacer se podrán cumplir directamente.
Quedan las obligaciones de hacer cuya ejecución directa es imposible porque el deudor en sí puede cumplirla y sin embargo, se rehusa a ello. En este caso, el acreedor debe conformarse con el abono de daños y perjuicios, porque le es imposible obtener la prestación del hecho. Esto no es particular de las obligaciones de hacer; la misma imposibilidad se puede presentar en las obligaciones de dar. El deudor desaparece la cosa que se comprometió a entregar, la oculta; si el acreedor se encuentra en la imposibilidad de tomar posesión de ella, él deberá conformarse con la compensación de daños y perjuicios.
Así el cumplimiento directo de la obligación es la norma para toda especie de obligaciones. La norma sólo acepta la excepción cuando hay imposibilidad de proseguir el cumplimiento directo. Esta imposibilidad se da con más frecuencia en las obligaciones de hacer que en las obligaciones de dar; es una diferencia de hecho más que de derecho. Sin embargo hay una diferencia de derecho que llega a la libertad humana. La libertad está fuera de causa cuando se trata de una obligación de dar: la fuerza pública se dirige a la cosa y no al hombre. En las obligaciones de hacer, la libertad del hombre está en

Si bien puede resultar factible la ejecución forzosa de una obligación de no hacer, la situación mencionada, sin duda alguna, constituye una excepción, pues lo general será la im-

juego, a tal sentido que no se puede cumplir la obligación empleando la violencia contra el deudor. Es obvio que no se puede secuestrar a aquel que se comprometió a no hacer, esto sería un atentado contra la libertad, un crimen. Sin embargo, aun cuando el deudor no fuese privado de su libertad, no se podría usar la violencia para impedirle hacer lo que se comprometió a no hacer. Un actor se compromete a no actuar en el teatro; él falta a su compromiso; ¿para impedirle faltar a su compromiso, se le puede hacer salir del escenario por la fuerza pública? El Tribunal del Sena determinó que se podía recurrir a la fuerza. Todos los autores critican esta decisión, y nos parece razonable. El hombre es libre de no cumplir sus compromisos, salvo, a soportar las consecuencias de este incumplimiento: no se le puede quitar esta libertad empleando la violencia. Es cierto que el texto de la ley no lo dice, mas el pensamiento de la ley no deja ninguna duda. Al explicar el artículo 1142, el orador del Gobierno dice: 'El motivo es que nadie puede ser forzado en su persona a hacer o a no hacer una cosa, y que si esto fuese posible, esto sería violencia que no puede ser un modo de cumplimiento de los contratos.'

Desde que no está comprometida la libertad del deudor, desde que se ejerce la violencia contra su persona, la obligación de hacer ya no difiere en esencia de la obligación de dar. El deudor está obligado a no hacer; él falta a su compromiso. ¿Cuál es el derecho del acreedor? El puede pedir el cumplimiento directo de la obligación, si esto es posible. Es posible si se puede eliminar lo que hizo el deudor. Pothier da este ejemplo: Mi vecino se comprometió conmigo a no cerrar su avenida para dejarme el paso libre, él la cierra con una barrera; entonces yo puedo demandar que se le obligue a retirar esa barrera y que si falta al no hacerlo, estaré autorizado a quitar la barrera a sus expensas. Si ya concluye en este sentido ¿Podrá limitarse el tribunal a concederme la compensación por daños y perjuicios? La negativa nos parece evidente; el acreedor tiene el derecho de demandar el cumplimiento directo del convenio, considerando que este sea posible; como consecuencia, el juez debe ordenarlo. Es en este sentido que se concibió el artículo 1143; la ley dice que el acreedor tiene el derecho de demandar lo que se hubiese hecho en contravención al compromiso. Desde que es un derecho para el acreedor, es una obligación para el juez.

La misma pregunta se presenta cuando el deudor se comprometió a hacer y luego se niega a cumplir con su compromiso. En este caso, el artículo 1144 dice 'el acreedor puede ser autorizado, a cumplir él mismo la obligación a expensas del deudor.' La ley no dice

posibilidad de demandar tal ejecución forzosa de una obligación de no hacer, ya que por lo común, para conseguir ese

que el acreedor tenga el derecho de demandar que el tribunal le autorice a ello. De esta diferencia de redacción entre el artículo 1144 y el artículo 1143 ¿Se debe concluir que el tribunal puede no darle esta autorización limitándose a dar al deudor la condena de compensación por daños y perjuicios?. La jurisprudencia figura en este sentido. A nuestro parecer, es contraria a los principios. La obligación de hacer, al igual que la de no hacer, debe cumplirse directamente si la cosa es posible y si el acreedor consiente en ello; su derecho es el mismo.

La diferencia de redacción que existe entre el artículo 1144 y el artículo 1143 es indiferente. Al decir que el acreedor puede ser autorizado, la ley no pretende dar al juez la facultad de rechazar esta autorización; la ley quiere decir que el acreedor puede demandar que haga que un tercero cumpla la obligación; el artículo 1143 también dice que el acreedor puede hacer que se le autorice a deshacer; en las expresiones difieren, pero el sentido es idéntico porque los principios son los mismos. Es así como el Informante del Tribunal explica el artículo 1144. Después de haber dicho que faltó dejar al acreedor el derecho de deshacer a expensas del deudor, lo que se hizo en contravención del contrato, Favard agrega: 'También faltó y por la misma razón dejar al acreedor el derecho de hacer cumplir él mismo la obligación a expensas del deudor. Esto es conforme con el principio por el que: aquel que se comprometió a hacer algo no puede ser forzado a ello, pero se puede hacer que él lo haga a sus expensas, o demandar la compensación de daños y perjuicios a razón de su incumplimiento'. La elección le corresponde entonces al acreedor, el juez debe respetar su derecho, más allá de poder modificarlo.

Por el contrario, la Corte de Casación dice que 'El artículo 1144 permite autorizar al acreedor a hacer cumplir él mismo la obligación del deudor, y que a los jueces del hecho les corresponde usar o no usar, según las circunstancias, esta facultad que se les otorga'. Es la inversión de principios; en materia de obligaciones convencionales, el derecho, o a decir mejor el deber del juez, es mantener los derechos de las partes; además, el acreedor tiene el derecho de pedir el cumplimiento forzado de la obligación acordada por el deudor y el juez debe adjudicar sus conclusiones, pues si no se viola la ley del contrato.

¿Necesita el acreedor la autorización legal para deshacer lo que hizo el deudor, o para hacer cumplir la obligación a expensas del deudor? Cuando se trata de deshacer, la respuesta afirmativa no tiene ninguna duda; el artículo 1143 dice que el acreedor puede hacer que se le autorice a deshacer. Entonces necesita una autorización. Deshacer es una vía de hecho que se ejecuta sobre la propiedad

del deudor, y una vía de hecho sólo tiene legitimidad cuando interviene el magistrado. A nuestro parecer, le ocurre lo mismo cuando se trata de la obligación de hacer; el artículo 1144 dice también que el acreedor puede ser autorizado, lo que implica que él debe demandar la autorización. Además es una vía de ejecución forzada; por otro lado, no se puede emplear ningún tipo de violencia más que por orden del juez. Por último, y esto es decisivo, el contrato no da al acreedor el derecho de hacer cumplir el compromiso por un tercero; sólo adquiere este derecho por el incumplimiento de la obligación, y al juez sólo le corresponde regir, sobre a lo que tiene derecho el acreedor y a lo que no tiene ningún derecho de hacer.

En el lenguaje de Demolombe la doctrina a juzgar es contraria, pero es poco segura. El empieza diciendo que el modo regular de proceder consiste en demandar la autorización de la justicia; luego, enseña que el acreedor mismo puede evidentemente cumplir la obligación cuando se trata de inmiscuirse en el patrimonio del deudor; por último, que siempre será más regular para el acreedor pedir con anterioridad, que se le autorice, si lo puede hacer. Si el proceso regular es dirigirse, es irregular proceder sin esta autorización, y lo que en Derecho es irregular no puede y no debe hacerse. Comprendemos los escrúpulos que producen esta duda. Hay casos en los que se debe proceder inmediatamente y sin ningún retraso; creemos que el acreedor puede hacerlo, salvo que el juez determine luego los derechos y obligaciones de las partes. El acreedor no podrá en este caso demandar que el cumplimiento hecho por un tercero sea considerado como el equivalente del cumplimiento hecho por el deudor, pues él lo hizo sin estar autorizado ni por el convenio ni por el juicio, solamente podrá demandar que a título de compensación por daños y perjuicios, se le conceda lo que gastó. No es un juego de palabras; cuando el acreedor obra con autorización, todos los gastos son para la cuenta del deudor: es el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, cuando el acreedor obra por su propia voluntad, el juez apreciará el perjuicio ocasionado y decidirá si el acreedor permaneció en los límites de su derecho; es un asunto de compensación por daños y perjuicios.

Aún se presenta una dificultad en esta materia tan elemental ¿Puede el deudor, obligado a hacer, ofrecer la compensación por daños y perjuicios al acreedor? No, sobre este punto todos están de acuerdo, el deudor debe la prestación del hecho, y sólo puede ofrecer a su acreedor lo que le debe. Sin embargo, si el deudor no cumple con su compromiso ¿Cuál será el derecho del acreedor, y cuál el derecho del deudor? El acreedor sólo puede demandar lo que se le debe, es decir la prestación del hecho; no puede concertar directamente la compensación por daños y perjuicios; ya que no estipuló una cantidad de dinero, estipuló un hecho. Esto decide la pregunta de saber si el deudor enjuiciado por el acreedor puede detener la diligencia ofreciendo la compensación por daños y perjuicios. Según

objetivo, se necesitará emplear violencia contra la persona del deudor. Luis de Gásperi[23] reitera la factibilidad de que esta hipótesis se presente. Así, recuerda la evidencia de que las obligaciones de no hacer, como la de no abrir una casa de comercio, o la de un actor de no aparecer en escena en tal teatro y en tal ocasión, pueden ser objeto, en limitados casos, de un procedimiento de ejecución **manu militari**; pudiendo ser cerrada la casa comercial, o retirado el actor de las tablas por la fuerza, si apareciese en ellas; precisa De Gásperi que estas observaciones no escaparon a Barde ni a Planiol.

---

nuestro parecer, él ya no puede detener la diligencia, a menos que prevenga la demanda con ofertas de compensación por daños y perjuicios. El artículo 1142 no indica esto; no da ningún derecho al deudor; incluso es poco legal pretender que el deudor tenga un derecho, él tiene una obligación que debe cumplir tal como la ha pactado; sólo cuando no la cumple es cuando se convierte en abono de daños y perjuicios. Tal es el sentido del artículo 1142; interpretarlo de otra forma sería darle al deudor el derecho de pagar otra cosa que no debe, lo que es contrario a los principios y al texto de la ley (artículo 1143).

¿Cómo formulará el Tribunal su decisión? Nuevo desacuerdo entre los autores: uno dice que el juez no puede condenar principal y directamente al deudor a hacer o a no hacer; otro enseña que el juez puede condenar ciertamente al deudor a cumplir la obligación que acordó. Nosotros decimos que no solamente lo puede hacer, sino que lo debe hacer, pues él está relacionado al contrato que es la ley de las partes; pero dado que el acreedor concierta en la compensación por daños y perjuicios, el tribunal debe pronunciar una condena al abono por daños y perjuicios, si el deudor no cumple sus compromisos. La jurisprudencia también carece de precisión. Por una parte, la Corte de Casación eliminó un juicio que condena a un deudor a la prestación de un hecho puro, porque el tribunal no había pronunciado una condena pecuniaria para el caso de incumplimiento; una última sentencia dicta mejor, a nuestro parecer, que el tribunal puede limitarse a condenar al deudor a cumplir la obligación de hacer, añadiendo que en caso de incumplimiento esto se haga un derecho. Y si el acreedor concertaba únicamente en que el deudor fuese condenado a realizar el hecho, el juez debería limitarse a adjudicarle sus conclusiones, a menos que el acreedor demande posteriormente el abono por daños y perjuicios."

(23) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 347 y 348.

Como Juan Antonio Bibiloni[24] quiso consagrar por regla el que las obligaciones de no hacer son susceptibles de ejecutarse forzosamente, De Gásperi se opuso a tal propuesta, considerando la inconveniencia de inferir como regla general la ejecución efectiva y forzada de las obligaciones de no hacer. Luego de analizar los planteamientos de Bibiloni, al sugerir que se incluya en el Código Argentino un artículo que estableciese: "Si la obligación consistiere en tolerar actos determinados del acreedor o el uso de cosas del deudor, podrá exigirse la ejecución forzada, aun cuando fuere necesaria la violencia contra la persona obligada. Se procederá de igual manera cuando la prestación tuviere por objeto no comerciar en cierta zona o durante cierto tiempo en cuanto a determinadas cosas, u otras abstenciones análogas", De Gásperi combatió la posibilidad de incluir este precepto dentro del Código Civil Argentino, que en ese entonces también era texto del Código Civil Paraguayo -recién reemplazado en 1987-, al estimar como poco prudente erigir en regla general un caso de excepción; considerando que bastaba lo dispuesto por el artículo 633 del Código Civil Argentino para obligar al deudor a cumplir, **manu militari**, su compromiso. De Gásperi concluye opinando que el artículo sugerido por Bibiloni es una singularidad por la que no se ha manifestado ningún otro Código Civil.

Para Jorge Joaquín Llambías[25], además de la excepción del principio de ejecución forzosa de la obligación de no hacer, cuando ello requiere necesariamente ejercer violencia contra la persona del deudor, considera como otra excepción, el hecho de que ello implique el sacrificio de un valor muy superior al interés del acreedor en conexión con el cumplimiento de la obligación. Como ejemplo ilustrativo de esta hipótesis, Llambías señala el del vecino que se excede en la elevación de una pared que se ha comprometido a no

(24) BIBILONI, Juan Antonio. Anteproyecto de Reforma al Código Civil Argentino. Valerio Abeledo - Editor, Buenos Aires, 1929.
(25) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 293.

levantar más allá de cierta altura, caso en el cual el acreedor no puede demandar la demolición de la parte alzada en infracción, si ello implica la destrucción de lo edificado con apoyo en esa parte de la pared. Según el citado autor argentino, éste sería un caso en que ya no sería posible destruir lo que se hubiese hecho, pues jugarían las mismas razones que han tenido los tribunales de ese país para denegar el derecho del acreedor de una obligación de hacer en situaciones semejantes; caso en el cual no quedaría como posible sino la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor.

(2) Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.

Como expresa Huc[26], el acreedor tiene derecho a demandar que sea desecho lo que se hubiera hecho en contravención al compromiso; y puede pedir que se le autorice para deshacerlo a expensas del deudor, sin obstáculo para el abono de los daños y perjuicios, si ha lugar. A entender de Llambías[27], para ejercer esta facultad, se requiere necesariamente contar con autorización judicial, por lo mismo que esta acción implica la incautación y destrucción de bienes del deudor; razón por la cual no podría concebirse la iniciativa privada del acreedor, pues ello importaría la comisión de un delito.

A criterio nuestro, si la obligación de no hacer consistiese en no ejecutar alguna obra, y el deudor hubiese incumplido su compromiso, el acreedor podría plantear una medida cautelar, a fin de que se destruya lo ejecutado.

De no plantear dicho interdicto, podría iniciar un proceso de conocimiento, invocando el derecho establecido en la primera parte del inciso segundo del artículo 1158 del Código Civil Peruano, bajo comentario.

(26) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VII, Página 195.
(27) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A., Página 292.

Ahora bien, si buscase efectuar una destrucción más directa de lo ejecutado indebidamente por su deudor, también podría formular una demanda judicial en tal sentido (tendría que ser la mayoría de las veces en proceso de conocimiento). Dicho acreedor tendría una opción entre:

(a) Destruir personalmente lo ejecutado de manera indebida por el deudor y cobrar a este último los gastos que haya efectuado con motivo de tal destrucción (previa autorización judicial).
(b) Contratar a un tercero para que destruya lo ejecutado indebidamente por el deudor, pagarle a dicho tercero y cobrar posteriormente dicho monto al deudor incumpliente (también con previa autorización judicial).

Ya Pothier[28] señalaba que si lo que él se había obligado a no hacer, y que ha hecho en perjuicio de su obligación, es alguna cosa con la posibilidad de destruirse, el acreedor puede también conducir contra su deudor hasta la destrucción; y citaba como ejemplo, si un vecino se ha obligado para con otro a no cerrar una avenida, a fin de dejarle libre el paso, y que en perjuicio de esta obligación la ha cerrado por una barrera o foso, puede hacerle ordenar y obligarle a que cierre la barrera o a que llene el foso, y, en caso de no hacerlo dentro de un cierto tiempo, estará autorizado para hacerlo a costa suya.

(3) Dejar sin efecto la obligación.

Si el incumplimiento de la obligación fuese irreversible (como por ejemplo el revelar un secreto), esto equivale a decir que ya no habría ninguna posibilidad para volver la situación al estado de cosas anterior a la producción del incumplimiento. Si se revela tal secreto, ya no habrá remedio alguno.

(28) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 133.

Por lo tanto, el acreedor perjudicado no podría recurrir ni a la primera ni a la segunda opciones planteadas por el artículo 1158. Lo único que le quedaría es dejar sin efecto la obligación (alternativa del inciso tercero).

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 1158 -y sin perjuicio de tratar más extensamente el tema cuando analicemos la mora-, debemos señalar que, en nuestra opinión, no es posible la constitución en mora en las obligaciones de no hacer, porque el no hacer, de por sí, ya implica incumplimiento. En tal sentido concordamos con la opinión del Maestro José León Barandiarán[29], cuando expresa que "Tratándose de obligaciones de no hacer no es necesaria la constitución en mora del deudor (Dalloz). Y en efecto, mientras que en las obligaciones de hacer o de dar, el deudor no requerido puede presumir que el acreedor le quiere conceder un plazo, el deudor por una obligación de no hacer, no puede presumir ello, ante la violación ya consumada del derecho del acreedor."

– Jurisprudencia peruana del artículo 1158.

En relación al tema de las obligaciones de no hacer, hemos hallado las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "A toda obligación corresponde un derecho correlativo, o una causa lícita para obligarse." Ejecutoria del 20 de septiembre de 1945. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 34 y 35, 1946, Página 700. (Artículo 1188 del Código Civil de 1936).

II.- "En la tramitación de procesos sobre obligaciones de hacer o de no hacer regirán las disposiciones generales del juicio ejecutivo en cuanto le sean aplicables y no se opongan a lo establecido en el Capítulo V del Decreto Ley Nº 20236." Ejecutoria del 7 de abril de 1978. "El Peruano", Nº 1158, del 26

(29) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 66.

de mayo de 1979. (Artículos 1182 y 1188 del Código Civil de 1936 y 1148 del Código Civil de 1984).

– *Concordancias nacionales.*

Derechos del acreedor por inejecución del hecho, artículo 1150 del Código Civil / Derechos del acreedor por cumplimiento deficiente con culpa, artículo 1151 del Código Civil / Ejecución forzada, artículo 1219, inciso 1, del Código Civil / Resolución, artículo 1371 del Código Civil / Rescisión, artículo 1372 del Código Civil / Obligación de indemnizar, artículo 1321 del Código Civil / Incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1428 del Código Civil / Requerimiento notarial por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1429 del Código Civil / Cláusula resolutoria en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1430 del Código Civil / Admisibilidad para demandar ejecutivamente, artículo 694, inciso 4, del Código Procesal Civil / Procedencia para la ejecución de obligaciones de no hacer, artículos 710 y siguientes del Código Procesal Civil.

– INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Artículo 1159.- *"En los casos previstos por el artículo 1158, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1159.*

Este tema no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.* En cambio, sí fue tratado por el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* en el numeral 741: "Si la obligación es de no hacer, el que contraviene a ella es responsable a los intereses y daños, por el solo hecho de la contravención."

El *Código Civil de 1852* no trató el tema.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* regulaba el particular en el artículo 1504: "En la obligación de no hacer si la omisión del hecho resulta imposible sin culpa del deudor, o si éste ha sido obligado a ejecutar el hecho, la obligación se extingue, como en el caso del artículo 1502.- Si por culpa del deudor llega a ejecutarse lo que no debió hacerse, tiene derecho el acreedor para exigir que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo,

a costa del deudor.- Cuando no es posible destruir lo que se ha ejecutado, el acreedor tiene derecho para pedir indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan inferido."

De otro lado, el artículo 145 del *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* prescribía que "Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los daños y perjuicios que le produjere la ejecución del hecho."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* señalaba en el numeral 136 que "Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los daños y perjuicios que le produjese la ejecución del hecho."

El Proyecto de *Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* establecía en su numeral 1180 que "Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho de pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado."; mientras que el *Código Civil de 1936* señalaba en el artículo 1190 lo siguiente: "Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho de pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado."

Por otra parte, debemos señalar que la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, artículo 27, prescribía que "Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho de pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado."; mientras que el artículo 33 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* señalaba lo siguiente: "En los casos previstos por el artículo anterior, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, establecía (artículo 1175) similar principio: "En los casos previstos por el artículo anterior, el acreedor también tendrá derecho a exigir, cuando ello procediese, el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."; al igual que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* artículo 1127: "En los casos previstos por el artículo 1126, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1159 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Francés (artículo 1145), el Código Civil Uruguayo (artículo 1340), el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1598, cuarto párrafo), el Código Civil Chileno (artículo 1557), el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 738 -que agrega la palabra "intereses"-), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 962), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 249, última parte), el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1326) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 92).

Asimismo, el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1364) establece que toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Debemos mencionar adicionalmente al Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 482), con la salvedad de que este Código Civil permite la indemnización sólo si no fue posible destruir lo que se hubiere hecho.

– Análisis.

Al igual que para los supuestos de inejecución de obligaciones planteados para las obligaciones de dar y de hacer, el artículo 1159 del Código Civil Peruano prevé que para las obligaciones de no hacer que se inejecuten por culpa del deudor, corresponderá al acreedor el derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. En tal sentido, ya decía

Pothier[1] que cuando alguien se ha obligado a no hacer una cosa, el derecho que da esta obligación al acreedor es el de perseguir en justicia al deudor, en caso de contravenir su obligación, para hacerle condenar al pago de los daños y perjuicios que resulten de dicha contravención. En palabras de Laurent[2], la obligación de no hacer se convierte en compensación de daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Agrega Laurent que estas obligaciones requieren la intervención personal del deudor, y como en principio nadie puede ser forzado a no hacer lo que quiere, la libertad humana no puede ser compelida; y como sólo el deudor es quien puede realizar el hecho, si en este caso el deudor niega su participación al cumplimiento directo, y el forzoso se vuelve imposible, al acreedor sólo le queda el derecho a la compensación por daños y perjuicios. Para el Doctor Jorge Eugenio Castañeda resulta obvio que además de las facultades contenidas en el artículo 1189 del Código Civil Peruano de 1936 (numeral 1158 en el Código Civil de 1984), el acreedor tiene su derecho expedito para reclamar indemnización por los daños, si los hubo, con arreglo a los principios generales que regulan esta materia.

Por las consideraciones señaladas, nos abstenemos de hacer mayores comentarios sobre el particular, pues remitimos al lector a los puntos correspondientes de las obligaciones de dar y de hacer.

– *Concordancias nacionales.*

Derecho a indemnización, artículo 1152 del Código Civil / Indemnización, artículo 1219, inciso 3, del Código Civil / Obligación de indemnizar, artículo 1321 del Código Civil / Incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1428 del Código Civil / Requerimiento notarial por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1429 del Código Civil.

---

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 133.
(2) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 265.

– APLICACION DE CIERTAS NORMAS DE LAS OBLIGACIONES DE HACER A LAS DE NO HACER.

Artículo 1160.- *"Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1160.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852.*

El tema es tratado por primera vez en el Perú, por el *Proyecto de Código Civil de 1890* (artículo 1504): "En la obligación de no hacer si la omisión del hecho resulta imposible sin culpa del deudor, o si éste ha sido obligado a ejecutar el hecho, la obligación se extingue, como en el caso del artículo 1502.- Si por culpa del deudor llega a ejecutarse lo que no debió hacerse, tiene derecho el acreedor para exigir que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo, a costa del deudor.- Cuando no es posible destruir lo que se ha ejecutado, el acreedor tiene derecho para pedir indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan inferido."

El Primer *Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* tenía el artículo 143: "Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida."; mientras que en el Segundo *Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* el numeral 134 disponía: "Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* regulaba el tema en el artículo 1178: "Si la obligación fuese de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación quedará extinguida."; mientras que el *Código Civil de 1936*, lo hizo en el artículo 1188: "Si la obligación fuese de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación quedará extinguida."

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trató el tema en sus artículos 26: "Si el hecho fuese practicado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere ejecutado, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor."; 27: "Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho de pedir los daños y perjuicios que le causare la ejecución de lo practicado."; y 25: "Si la obligación fuese de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación quedará extinguida."

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* trató sobre el particular en tres normas, los artículos 37: "Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla, en estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos."; 35: "Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la

obligación que le corresponda.- Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.- Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación."; y 36: "Si la prestación resultase imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida."

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* acogió estos principios en sus artículos 1179: "Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor, éste obtuviese una indemnización o una pretensión de indemnización o la cesión de los derechos para reclamarla, en estos casos la indemnización de daños y perjuicios se reducirá en esos montos."; 1177: "Si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al acreedor, el deudor tendrá derecho a la contraprestación, si la hubiere, quedando liberado de la obligación que le corresponda.- Las mismas reglas se aplicarán cuando el cumplimiento de la obligación dependa de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.- Si el deudor obtuviese algún beneficio con esta exoneración, su valor reducirá la contraprestación."; y 1178: "Si la prestación resultase imposible sin culpa, la obligación se extingue. El deudor deberá devolver, en este caso, lo que por razón de la obligación hubiera recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida."

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* prescribía, en su artículo 1128, lo siguiente: "Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1122, primer párrafo, 1123, 1124 y 1125."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

El Código Argentino (artículo 632) establece que si la obliga-

ción fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, o si éste hubiese sido obligado a ejecutarlo, la obligación se extingue como en el caso del artículo 627.

– Análisis.

El tratamiento que otorga el Código Civil a las obligaciones de no hacer concluye con una norma de remisión: el artículo 1160, que hace de aplicación a las obligaciones de no hacer, los supuestos planteados en los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157. El artículo 1154 está referido al supuesto en el cual la prestación resulte imposible por culpa del deudor; el artículo 1155, regula el caso de la imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor; mientras que el artículo 1156 trata sobre la imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes. Por último, el artículo 1157 regula el supuesto en el cual, como consecuencia de la inejecución de la obligación por culpa del deudor, éste obtenga una indemnización o adquiera un derecho contra tercera persona.

Como anteriormente nos hemos ocupado en detalle de estos preceptos, remitimos al lector a cada uno de esos temas, pues resultaría reiterativo formular comentarios adicionales.

– Jurisprudencia peruana del artículo 1160.

En relación a este tema encontramos una Ejecutoria Suprema que establece lo siguiente:

"Cuando no exista en autos elemento probatorio alguno que acredite que los folletos que contienen la imagen de la demandante hayan sido impresos por cuenta de la compañía demandada o que ésta sea autora de los mismos, la demanda es infundada.

Por consiguiente, resulta así infundado el aspecto esencial de la demanda, esto es que no siendo la compañía demandada responsable del hecho atribuido, no se le puede imponer la obligación de abstenerse seguir usando la imagen de la demandante." Ejecutoria del 15 de julio de 1981. "El Peruano", Nº 12446, del 3 de agosto de 1981. (Artículo 1188 del Código Civil de 1936).

– Concordancias nacionales.

Pérdida del bien en obligaciones de dar por culpa del deudor, artículo 1138, inciso 1, del Código Civil / Pérdida del bien en obligaciones de dar por culpa del acreedor, artículo 1138, incisos 1 y 3, del Código Civil / Pérdida del bien sin culpa de las partes en obligaciones de dar, artículo 1138, inciso 5, del Código Civil / Prestación imposible por culpa del deudor en obligaciones de hacer, artículo 1154, primer párrafo, del Código Civil / Prestación imposible por culpa del acreedor en obligaciones de hacer, artículo 1155 del Código Civil / Prestación imposible sin culpa de las partes, obligación de hacer, artículo 1156 del Código Civil / Derecho de sustitución por inejecución culposa de la prestación, artículo 1157 del Código Civil / Inimputabilidad por ausencia de culpa, artículo 1314 del Código Civil / Extinción de la obligación, artículo 1316 del Código Civil / Mora del acreedor, artículo 1338 del Código Civil / Indemnización por mora del acreedor, artículo 1339 del Código Civil / Riesgo por imposibilidad de cumplimiento de la obligación, artículo 1340 del Código Civil / Prestación imposible sin culpa de las partes, contratos con prestaciones recíprocas, artículo 1431 del Código Civil / Prestación imposible por culpa del deudor y del acreedor, artículo 1432 del Código Civil.

TITULO IV

Obligaciones alternativas y facultativas

– OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE PRESTACIONES.

Las obligaciones con pluralidad de prestaciones se clasifican en:

(1) Obligaciones conjuntivas.

(2) Obligaciones alternativas.

(3) Obligaciones facultativas.

En el caso de estas obligaciones, cada una de ellas tiene no una, sino más de una o varias prestaciones, siendo las tres categorías distinguibles entre sí.

Nuestro Código Civil trata solamente acerca de las dos últimas, mas no así de las conjuntivas. Sin embargo, nos ocuparemos de ellas en primer término.

– OBLIGACIONES CONJUNTIVAS.

Antes de comenzar con el análisis de las normas del Código Civil Peruano de 1984 acerca de las obligaciones alternativas y facultativas, vamos a tratar el tema de las obligaciones conjuntivas.

En primer lugar, debemos señalar que no todos los autores creen en la existencia de este tipo de obligaciones, a pesar de que resulta inmensamente mayoritario el grupo de quienes las adoptan. Para ilustrar la posición que niega la existencia de esta clase de obligaciones, vamos a citar la opinión del profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[1].

"Algunos piensan que siempre que en un mismo contrato se pacten varias prestaciones, en forma tal que el deudor no se libere sino cumpliéndolas todas, existe una obligación única con pluralidad de objetos, denominada por aquéllos obligación conjuntiva. Nosotros no aceptamos la existencia de esta especie de obligaciones con objeto plural, porque consideramos que en la referida hipótesis hay varias obligaciones distintas, aunque provenientes de una misma fuente: el contrato. Verdad es que, entonces, el deudor no se libera mientras no haya cumplido todas las prestaciones prometidas, pero esto se explica suficientemente por la unidad de la fuente, sin que sea necesario buscar una pretendida unidad de obligación; basta decir que el deudor no cumple el contrato mientras no pague todas sus obligaciones. La pluralidad de vínculos obligatorios en la hipótesis contemplada se pone de manifiesto cuando hay pluralidad de acreedores o de deudores, y los objetos de las obligaciones son unos divisibles y otros indivisibles. Por ejemplo, A y B se obligan en un contrato a dar mil pesos a C y a entregarle un caballo en arrendamiento. La obligación en dinero se gobierna por las reglas de las obligaciones divisibles: C sólo puede exigir quinientos pesos a A y quinientos a B; por el contrario, la obligación de entregar el caballo se rige por las normas propias de las obligaciones indivisibles: C puede exigirle la entrega del caballo a A o a B. Esta diferencia de régimen está demostrando que se trata de obligaciones distintas, aunque estas provengan de un solo contrato.

Tampoco es obligación de objeto plural la que tiene por finalidad varias cosas que, estando separadas entre sí, formen un

(1) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, Páginas 286 y 287. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1987.

conjunto destinado a un mismo fin, v. gr. un hato, una biblioteca, un rebaño, una colección de arte, etc. Estos conjuntos de cosas denominados universalidades de hecho (**universitates rerum distantium**), jurídicamente se miran como un objeto único para ciertos efectos, como para el cumplimiento de una obligación de dar o de entregar, y por consiguiente, dicha obligación es de objeto simple y no de objeto plural."

Hasta aquí las palabras de Ospina Fernández.

En adelante, haremos un breve recuento de opiniones de diversos autores que creen en la existencia y autonomía conceptual de las obligaciones conjuntivas, para luego dar nuestra propia opinión al respecto.

A entender de François Laurent[2] la obligación es conjuntiva cuando tiene por objeto varias cosas, de tal modo que el deudor debe todas las cosas en virtud de un único título. Así -continúa diciendo el famoso tratadista belga-, si le vendo la casa A y la casa B por 50,000 francos, soy deudor de dos casas. En tal sentido -agrega-, para cumplir con esta obligación debo entregar las dos casas; sin poder entregar la casa A y pedir su precio, pues no la he vendido por separado, ya que el contrato comprende dos casas colectivamente consideradas. A decir de Laurent, ocurrirá de otro modo si por un mismo acto vendo la casa A en 20,000 francos y la casa B en 80,000 francos, ya que en este caso habría dos ventas simples que comprenderían, cada una, un solo objeto. De este modo -agrega-, poco importa que se compruebe que las dos ventas han sido efectuadas por un mismo documento, ya que en un mismo documento se pueden redactar convenios diferentes. Así, continúa diciendo Laurent, en este caso, habrán tantos títulos diferentes como convenios existan, mientras que la obligación conjuntiva implica un único título, un único acto jurídico.

Recuerda Laurent que Toullier erradamente decía que en la obligación conjuntiva hay tantas deudas como cosas contenidas

(2) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Página 224.

en la promesa, señalando además Toullier que el deudor de la obligación alternativa puede dividir el pago, forzando al acreedor a recibir una de las cosas antes que las otras. Laurent combate esta posición, sosteniendo que ésta no es la obligación conjuntiva, pues aquí no habría nada de conjunto, ya que todo se dividiría; lo que resulta claro de la misma confesión de Toullier, en el sentido de que es como si se hubiera dicho que se vende la casa A y que se vende la casa B, caso en el cual, a decir de Laurent, no habría una obligación conjuntiva que comprendiese dos casas, sino dos obligaciones diferentes comprendidas en el mismo documento. Por esta razón, nos recuerda Laurent, la opinión de Toullier no mereció el respaldo de ningún otro autor francés.

Para Raymundo M. Salvat[3] "Las obligaciones conjuntivas son aquellas que tienen por objeto varias prestaciones, todas las cuales deben ser cumplidas por el deudor; por ejemplo, la obligación de entregar el automóvil número uno y el número dos. Las diversas prestaciones debidas pueden ser de la misma naturaleza, como en el ejemplo precedente, o de naturaleza distinta, por ejemplo, la obligación de entregar el automóvil número uno y pagar quinientos pesos; la de reparar una finca y pagar mil pesos, etc. Las obligaciones meramente conjuntivas no presentan particularidad alguna: el deudor debe pagar todas las prestaciones prometidas, como si se tratase de obligaciones independientes y separadas (**plures res sunt in obligatione et plures in solutione**)".

A criterio del Doctor Jorge Eugenio Castañeda[4] son obligaciones conjuntivas las que tienen por objeto dos o más prestaciones, por lo que el deudor debe todas ellas en virtud de un solo y mismo título, de un hecho jurídico único; agrega que en esta clase de obligaciones todas las prestaciones tienen un solo nexo, por lo que la obligación se entenderá cumplida cuando se hubieren realizado todas ellas.

(3) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Páginas 480 y 481.
(4) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo I, Página 155.

De acuerdo con Levenhagen[5], tratándose de obligaciones conjuntivas, nada de especial hay en su cumplimiento, el que se dará como si se tratase de una obligación simple, pues el deudor se obliga a pagar una cosa y otra, como por ejemplo una persona se obliga a dar o entregar una grabadora Phillips y una radio portátil Philco; añade que entonces, el objeto de la prestación se compone de una variedad de cosas, conjuntamente consideradas, y la obligación será cumplida como si fuese una obligación simple, considerándose cumplida con la entrega de los dos objetos, o sea, de la grabadora y de la radio.

Para el tratadista Jorge Joaquín Llambías[6] las obligaciones de objeto conjunto se caracterizan por la pluralidad de prestaciones debidas, todas las cuales integran la pretensión del acreedor.

En opinión de los profesores franceses Alex Weill y François Terré[7] la obligación conjuntiva es la que obliga al deudor a cumplir acumulativamente varias prestaciones, y la que a su vez se extingue sólo por este cumplimiento.

Por nuestra parte, diremos que nos encontramos dentro del sector de opinión que cree en la existencia de las obligaciones conjuntivas, al considerar que una obligación conjuntiva es aquella con pluralidad de prestaciones, de las cuales deben ser ejecutadas todas ellas. El codificador nacional, al igual que los de la mayoría de países de nuestra tradición jurídica, ha creído innecesario regular este tema, por considerar que dada su naturaleza, es de fácil solución con las normas de las obligaciones según su objeto.

Así, en opinión de Héctor Lafaille[8], cuando son varios los hechos u omisiones a realizar, unidos en la ley o en el acto constitutivo por la partícula "y", no alcanza a plantearse ningún proble-

(5) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 43.
(6) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 297.
(7) WEILL, Alex y TERRE, François. Droit Civil, Les obligations, Página 919. Précis Dalloz, Cuarta Edición, París, 1986.
(8) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 101.

ma relacionado con el cumplimiento de las obligaciones; pues habrá que ejecutarlos todos para quedar liberado el deudor.

A criterio de Arturo Valencia Zea[9], las prestaciones son conjuntas aunque no se deban simultáneamente. Así -señala el autor colombiano-, un deudor puede estar obligado a pagar a una misma persona dos deudas diferentes: una a los tres meses y la otra a los seis meses. Agrega Valencia Zea que, para poder afirmar que un deudor está obligado a cumplir conjuntamente varias prestaciones, se requiere que éstas no constituyan una unidad económica, según los usos sociales. De este modo, señala, la prestación consistente en entregar sesenta cabezas de ganado es obligación conjunta, pues recae sobre sesenta individuos; pero la de entregar un mobiliario no constituye un conjunto de prestaciones sino una sola: la entrega de una cosa universal.

Debemos precisar, además, que la pluralidad de prestaciones que presenten este tipo de obligaciones no tendrán necesariamente que ser de la misma naturaleza; ellas pueden ser, indistintamente, de dar, de hacer y de no hacer. Concuerda con nuestra opinión el profesor colombiano Rodrigo Becerra Toro[10].

Las obligaciones conjuntivas -como hemos señalado - usualmente no son reguladas por los Códigos Civiles, ya que se rigen por las reglas del Derecho común.

Debemos confesar que uno de los coautores de esta obra, al elaborar el Anteproyecto del Libro de Derecho de Obligaciones para el que más tarde sería el Código Civil de 1984, intentó consignar algunas normas sobre las obligaciones conjuntivas; pero existían tantos supuestos de hecho -a todos los que encontraba solución a través de diversas normas propias del Derecho de Obligaciones-, que optó por no incorporarlas en el referido Anteproyecto. Por lo demás, ni en el seno de la Comisión encar-

(9) VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, De las Obligaciones, Tomo III, Página 14. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1988.
(10) BECERRA TORO, Rodrigo. Op. cit., Página 257.

gada del Estudio y Revisión del Código Civil, ni luego, en el de la Comisión Revisora, hubo planteamiento alguno en el sentido de regular este tipo de obligaciones. Sobre este tema, el Código Civil Peruano coincide con la posición de los más renombrados tratadistas. Así, Raymundo M. Salvat[11], refiriéndose al hecho de que el Código Civil Argentino tampoco rige esta clase de obligaciones, manifiesta que no era necesario hacerlo porque se encuentran normadas por los principios del Derecho común. A decir del Doctor Jorge Eugenio Castañeda[12], tal situación obedece a que las obligaciones conjuntivas son obligaciones simples, que se caracterizan por la pluralidad de las prestaciones.

Así también, Jorge Joaquín Llambías[13], al señalar que estas obligaciones carecen de un régimen propio, y que se gobiernan por los principios comunes a toda obligación, sostiene que el Código ha omitido, con razón, la mención de esta clase de obligaciones, pues no hay entre varias obligaciones simples, una diferencia específica, ya que la diversidad es cuantitativa y no cualitativa; explicando ello la ausencia de disposiciones especiales al respecto.

En nuestro medio, el autor más distinguido que se ha manifestado proclive a la regulación de esta clase de obligaciones en el Código Civil, es el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet[14].

Sin embargo, creemos conveniente, en este punto de nues-

(11) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 481.
(12) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio Op. cit., Tomo I, Página 156.
(13) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 297.
(14) El Doctor Max Arias-Schreiber Pezet (ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Luces y Sombras del Código Civil Peruano de 1984, Tomo II, Página 29. Librería Studium, Lima, 1992.) manifiesta su parecer en los siguientes términos:
"Aun cuando el ponente Felipe Osterling Parodi ha manifestado que adoptó la misma técnica que la generalidad de codificaciones al no establecer preceptos sobre las obligaciones conjuntivas, habida cuenta de que ellas están regidas por los principios del derecho común, pensamos nosotros que no habría sido ocioso hacerlo, antes de las obligaciones alternativas y facultativas y teniendo como pauta los artículos 54 y 55 del Código Civil Libanés."

tro trabajo, formular ciertas consideraciones sobre las obligaciones conjuntivas, que resulten ilustrativas sobre la aplicación concreta de los principios de Derecho común a los que nos hemos referido.

Debemos, no obstante, prevenir al lector, en el sentido de que los conceptos que siguen a estas líneas constituyen una elaboración lógica acerca de cuál es el tratamiento que consideramos -conceptualmente- deben tener las obligaciones conjuntivas, el mismo que se deduce de los principios que antes mencionamos.

(1) Concepto.

El obligado conjuntivamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo todas ellas.

Esto es lo que se conoce en doctrina como el principio de indivisibilidad del pago de las obligaciones conjuntivas, ya que a decir del Doctor Jorge Eugenio Castañeda[15], las prestaciones de la obligación conjuntiva son copulativas, razón por la cual el pago de la misma es indivisible, pues el deudor no puede forzar al acreedor a recibir un pago parcial.

Las prestaciones pueden estar o no vinculadas entre sí. Un ejemplo de obligación conjuntiva con prestaciones vinculadas entre sí sería el que asume frente a un turista una agencia de viajes, cuando se compromete a organizarle un viaje a París, obteniendo un nuevo pasaporte, la visa correspondiente, pasajes aéreos, reserva de hotel, etc. En este ejemplo, resulta evidente que todas las prestaciones a las que se ha obligado la agencia de viajes tienen directa relación entre sí. Aquí, sin lugar a dudas, las prestaciones conjuntivas tienen entre sí una íntima relación, de tal manera que difícilmente interesará al cliente la ejecución de algunas de ellas y no de las restantes.

---

(15) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo I, Página 156.

Un ejemplo de obligación conjuntiva en el cual las diversas prestaciones no tendrían relación entre sí sería aquel en el cual una tienda de antigüedades se obligase, ante su acreedor, a la entrega de un cuadro y de una escultura, elaborados por diferentes artistas.

Otro ejemplo de obligación conjuntiva en que las prestaciones no están vinculadas entre sí sería aquel del abogado que asume ante su cliente la defensa de dos procesos judiciales, sin relación alguna entre ellos.

Consideramos que para ambos tipos de obligaciones podríamos elaborar reglas similares de solución de problemas específicos. En adelante, esbozamos algunas ideas al respecto.

(2) Imposibilidad de ejecución de alguna, algunas o todas las prestaciones de una obligación conjuntiva.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del deudor, el acreedor tendrá la opción de aceptar la ejecución de las restantes, con reducción de la contraprestación, si la hubiere, o de resolver la obligación. En ambos casos el acreedor tendrá derecho a demandar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles por culpa del deudor, se resuelve la obligación y el acreedor tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor, el deudor tendrá la opción de exigir que se ejecuten los restantes, reduciendo la contraprestación, si la hubiere, y exigiendo daños y perjuicios, o de resolver la obligación, procediendo, también en este caso, el pago de una indemnización a cargo del acreedor.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor, la obligación queda resuelta y el acreedor deberá pagar el íntegro de la contraprestación, si la hubiere.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles sin culpa de las partes, el acreedor tendrá la opción de exigir la ejecución de aquellas subsistentes y pagar una contraprestación reducida proporcionalmente, o resolver la obligación, sin pago de la contraprestación, si la hubiere.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles sin culpa de las partes, la obligación queda resuelta, y el deudor pierde el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Debemos señalar que estos principios, que consideramos de aplicación a las obligaciones conjuntivas, los hemos elaborado inspirándose en los principios de las obligaciones de dar, hacer, no hacer, alternativas y facultativas, en estricta relación con aquellos que el Código Civil consigna en sus artículos 1165 y 1166, para el caso de las obligaciones alternativas, y también de acuerdo con nuestra propuesta de eventual perfeccionamiento de estas normas que planteamos más adelante.

Además, debemos señalar que creemos innecesario consignar reglas para el caso en que las prestaciones estén vinculadas entre sí, y principios diferentes para el supuesto en que no lo estén, ya que las consideraciones esgrimidas en este punto serán de aplicación -indistintamente- a ambas clases de obligaciones conjuntivas.

(3) Supuesto en el cual sólo subsiste una prestación.

La obligación conjuntiva se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes.

Este principio es concordante con el previsto por el artículo 1167 para el caso de las obligaciones alternativas.

Consideramos que cualquier otro razonamiento acerca de las obligaciones conjuntivas resulta innecesario, ya que es evidente que cualquier problema podrá ser solucionado con los princi-

pios esbozados y con las reglas que, en general, plantea el Código Civil para el Derecho de Obligaciones y, en especial, para aquellas relativas a las obligaciones de dar, hacer, no hacer, alternativas y facultativas.

– OBLIGACIONES ALTERNATIVAS. CONCEPTO.

Artículo 1161.- *"El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1161.*

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas,* Ley 24, Título XI, Partida Quinta: "**Si aquel que faze la promission dixesse al otro a quien la faze: Prometo, de vos dar un cauallo, o un mulo. Ca estonce es tenudo de darle uno dellos, qual el quisiere, e non mas. Esso mismo sería en todas las otras promissiones que fuessen fechas en esta manera, de qualquier cosa**."

Dentro del Perú Republicano, el artículo 1161 del Código Civil de 1984 no registró antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trató el tema en el numeral 783: "El deudor de una obligación alternativa, se libra por la entrega de una de las dos cosas comprendidas en la obligación."; mientras que el *Código Civil de 1852* lo hizo en su artículo 1289: "Si el contrato tiene por objeto la entrega de una de varias cosas alternativamen-

te, cumplirá el deudor entregando cualquiera o el valor de una de ellas si todas han perecido. Pero si se reservó la elección el acreedor, podrá pedir la que quiera de las existentes, o el valor de la que elija si hubiere perecido."

Por otra parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* trató el tema en dos normas, los artículos 1505: "Cuando la obligación tiene por objeto una de varias cosas, o de varias prestaciones, independientes y distintas entre sí, se llama alternativa"; y 1507: "El obligado alternativamente a una de diversas prestaciones, cumple, ejecutando cualquiera íntegramente; y no cumple, realizando en parte dos o más de ellas, salvo que en esto consienta expresamente el acreedor."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* consignaba el artículo 146: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.- El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* reguló el tema en el artículo 137: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.- El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* trató el tema en su artículo 1181: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas.- El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."; mientras que el *Código Civil de 1936,* lo hizo en el artículo 1191: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas.- El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."

De otro lado, y ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* contaba con el artículo 29: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo lo está a cumplir por

completo una de ellas.- El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* con el numeral 38: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo deberá cumplir por completo una de ellas."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* con el artículo 1180: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo deberá cumplir por completo una de ellas."; y, por último, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* con el artículo 1129: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1161 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1018, primer párrafo), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 429, primer párrafo), Francés (artículo 1189), Italiano de 1942 (artículo 1285, primera parte), Hondureño de 1906 (artículo 1393, primer párrafo), Portorriqueño de 1930 (artículo 1084), Uruguayo (artículo 1349), Ecuatoriano (artículos 1542 y 1543), Venezolano de 1942 (artículo 1216), Venezolano de 1880 (artículo 1122), Chileno (artículo 1499), Boliviano de 1831 (artículo 780), Boliviano de 1976 (artículo 416), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 728, primer párrafo), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 964), Paraguayo de 1987 (artículo 484), Español (artículo 1131), Guatemalteco de 1973 (artículo 1334, primera parte), Brasileño (artículo 884), Argentino (artículo 636), Cubano de 1988 (artículo 244), Alemán (artículo 262: si son debidas varias prestaciones de forma que sólo una u otra ha de efectuarse, el derecho de elección en la duda corresponde al deudor), Etíope (artículo 1880), Helénico (artículo 316), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 121) y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1093).

De otro lado, debemos mencionar también que el Código Civil Argentino (artículo 635) define a la obligación alternativa como aquella que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones in-

dependientes y distintas las unas de las otras en el título, de modo que la elección que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada.

– ***Análisis.***

Ante todo, creemos pertinente señalar que algunos autores, para diferenciar a las obligaciones conjuntivas de las alternativas y facultativas, denominan a estas dos últimas como obligaciones de objeto disyunto(1).

Hablando de la alternatividad en términos generales, convendría recordar los conceptos que al respecto señala el tratadista argentino Eduardo B. Busso(2): Hay alternatividad cuando el contenido de un derecho o de una obligación, el alcance de una facultad jurídica o el ejercicio de una potestad (pretensión de fondo o acción procesal), quedan subordinadas a una acción prevista en el título por el cual fueron constituidas esas situaciones jurídicas; agrega que no hay alternativa, si la incertidumbre se resuelve por un medio que no constituye una opción.

Dentro de la doctrina francesa se consideraba, en general, que la alternatividad implica una forma jurídica instituida en beneficio del acreedor, al cual atribuye mayores garantías para la obtención del pago; y, a decir de Busso, bajo este aspecto se le ha considerado como un equivalente de la solidaridad pasiva; tesis que ha sido objeto de muchas críticas, pues el hecho de que se indiquen dos prestaciones, no implica por sí solo una garantía, puesto que una de ellas está llamada a desaparecer; en especial en los casos en que la elección pertenece al deudor, que es precisamente quien resulta beneficiado por el hecho de tener a su disposición dos formas distintas de extinguir la deuda. En tal orden de ideas, Busso señala que la alternatividad puede servir tanto a los intereses del deudor como a los del acreedor. En tal sentido, el autor mencionado expresa que el mayor beneficio lo obtiene la parte a quien corresponde la elección. Si la elección corresponde al acreedor, la convención se presenta como sumamente ventajosa para él; en tanto que si la elección pertenece al deudor, tiene éste el beneficio de una mayor libertad, ya que puede pagar con cualquiera de las prestaciones; pero, a decir de Busso, esa ventaja la obtiene a expensas de una mayor responsabilidad, pues en caso de pérdida fortuita de una de las cosas, la obligación se concentra -aun contra su voluntad- en la prestación subsistente.

En relación a las obligaciones alternativas, la doctrina nos brinda una serie de posiciones.

Ya Pothier(3) señalaba el principio de que las cosas comprendidas en una obligación alternativa son todas debidas, sin que, empero, ninguna de ellas lo sea en particular. Agregaba el más renombrado de los juristas franceses(4) que una obligación alternativa es aquella por la cual alguien se obliga a dar o hacer varias cosas, con la carga de que el pago de una de esas cosas le absolverá de todas las demás. Sería, según Pothier, "como si yo me hubiese obligado a daros un caballo o veinte escudos, o bien si me hubiese obligado a construiros una casa, o a pagaros cien escudos, etc.". Precisaba además Pothier(5), que para que una obligación sea alternativa, es necesario que dos o más cosas hayan sido prometidas con una disyuntiva, ya que éste es precisamente el elemento que diferencia la naturaleza de la obligación alternativa de la conjuntiva, sobre la cual nosotros tratamos anteriormente.

En opinión de Marcadé(6), la obligación alternativa es la que presenta varios objetos para la prestación, por uno de los cuales se puede librar al deudor. Agrega Marcadé que, aunque la obliga-

(1) Es el caso de Llambías, quien hace tal distinción en su Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II - A, Página 298.
(2) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 385.
(3) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 204 y 205.
(4) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 203.
(5) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 203.
(6) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 483.

ción en cuestión presenta alternativamente varias prestaciones, en definitiva, una sola de las prestaciones es verdaderamente el objeto de la obligación.

Para Marcadé, en las obligaciones alternativas sólo existe un objeto, pero este objeto sigue siendo incierto, pues puede ser éste u otro hasta la elección, y según la elección que haga la parte a la que le corresponda elegir. En opinión de Marcadé, cuando se realice la elección, ésta tendrá un efecto retroactivo al día mismo del convenio, y la obligación descubrirá nunca haber tenido otro objeto más que el que haya sido escogido. Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con el parecer de Marcadé, ya que la elección no afectará el hecho de que la obligación alternativa deba considerarse como una obligación de objeto plural. La elección no variará la naturaleza de la obligación. Solamente representa parte de la ejecución de la misma.

Héctor Lafaille[7] señala que el argumento de la retroactividad -que él combate- es innecesario y peligroso.

Por su parte, G. Baudry-Lacantinerie[8], el máximo exponente de la Escuela Exegética Francesa, señala que la obligación alternativa es aquella que comprende dos prestaciones bajo una alternativa, de tal modo que el deudor sólo está obligado a efectuar una de ellas; oponiéndose, por ello, a la obligación conjuntiva, en la que -como ha sido analizado por nosotros en su oportunidad- diversas prestaciones son debidas en forma acumulada.

Enneccerus, Kipp y Wolff[9] señalan que la obligación alternativa se dirige a varias prestaciones concretas de manera que sólo una de ellas, a determinar por su elección, ha de ser realizada[10].

(7) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 118 y 119.
(8) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Précis de Droit Civil Français, Tomo II, Página 118.
(9) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Páginas 101 y siguientes.
(10) Los mencionados autores expresan que una obligación alternativa puede servir tanto a las distintas necesidades del acreedor como a

Ha sido materia de discusión doctrinaria -por lo menos en la Argentina- si las obligaciones alternativas pueden provenir solamente de los contratos, o si son susceptibles de generarse a través de otras fuentes (como sería el caso de la ley). Opinamos con Lafaille[11] que no existe obstáculo alguno para suponer esta limitación. Por lo demás, esta disyuntiva nunca se ha planteado en nuestro Derecho nacional, razón por la cual creemos que resultaría inútil abundar sobre el particular.

El artículo 1161 del Código Civil Peruano de 1984 intenta establecer una definición de las obligaciones alternativas. Una obligación alternativa es aquella de objeto plural (dos o más de dos prestaciones -así lo establece también Baudry-Lacantinerie-), por la cual el deudor se encuentra obligado a la ejecución de solamente alguna de las prestaciones. Debe subrayarse que en la obligación alternativa, todas las prestaciones se encuentran **in obligatione**, lo que equivale a decir que todas ellas son prestaciones principales; ninguna de ellas es accesoria o secundaria. Las obligaciones alternativas, tanto como las facultativas, son obligaciones disyuntivas o disjuntas, dado que sólo tiene que ejecutarse una prestación, a diferencia de las obligaciones conjuntivas (o conjuntas), en las que -como ha sido visto- se tienen que cumplir todas las prestaciones convenidas. Como dice el Doctor Rosendo Badani[12] "Llamamos alternativa la obligación que tiene por objeto varias prestaciones, liberándose el deudor con el cumplimiento de una sola. Es, pues, una obligación múltiple en el objeto u obligación compuesta. Cuando todas las prestaciones que forman el objeto de una obligación compuesta deben cumplirse, la obligación es conjuntiva; y cuando sólo es exigible una sola, la

las del deudor. Del acreedor, como por ejemplo, cuando el billete de ferrocarril deja al viajero la elección entre varios trayectos, el menú del huésped entre varios manjares, el legado que otorga al favorecido la elección entre varios objetos. Del deudor, cuando el legado deja plena libertad al gravado; poniendo como ejemplo el que su mujer se obligue a dar a cada uno de sus dos sobrinos en concepto de recuerdo una de sus doce escopetas de caza.
(11) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 102.
(12) BADANI CHAVEZ, Rosendo. Op. cit., Primera Parte, Obligaciones, Página 47.

obligación es alternativa". En palabras de Alberto Trabucchi[13], la obligación será siempre única tanto si uno es deudor de un caballo como de diez; agregando que en las prestaciones complejas por tener una pluralidad de objetos (en contraposición a las obligaciones simples) se ha establecido que el deudor resulta obligado a la entrega de uno solo de los objetos, es decir, de uno u otro.

Para el profesor Antonio de la Vega Vélez[14] la obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras, pues para que el deudor quede libre debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba, sin poder obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra. A criterio de Antonio José de Souza Levenhagen[15] , obligación alternativa es aquella en la que hay más de una prestación, pero el deudor se exonera desde que satisface una de ellas.

De acuerdo con el profesor colombiano Rodrigo Becerra Toro[16], a estas obligaciones también se les denomina disyuntivas y, como su nombre lo indica, a pesar de tener varias prestaciones, se extingue ejecutando sólo una de ellas.

Según Guillermo Ospina Fernández[17] obligación alternativa es aquella que tiene por objeto varias prestaciones, de manera que la ejecución de una de ellas exonere al deudor de la ejecución de las otras; entiende que la característica de la obligación alternativa es el tener dos o más objetos debidos y el extinguirse mediante el pago de uno solo de ellos. Se encuentran varias prestaciones figurando **in obligatione**, pero entra solamente una **in solutione**.

(13) TRABUCCHI, Alberto. Op. Cit., Tomo II, Página 21.
(14) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones, Página 226. Editorial Temis, Bogotá, 1978.
(15) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 43.
(16) BECERRA TORO, Rodrigo. Op. cit., Página 258.
(17) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 51.

A entender de Guillermo A. Borda[18], se llama obligación alternativa a aquella que queda cumplida con la ejecución de cualquiera de las prestaciones que forman su objeto; este objeto puede ser homogéneo o no; y la alternativa se podrá referir al objeto mismo de la obligación o bien al lugar del pago.

Para los profesores franceses Philippe Malaurie y Laurent Aynés[19], en la obligación alternativa el deudor o el acreedor tienen elección entre los diferentes objetos de la obligación; lo que equivale a decir que, habiendo varios objetos en la obligación (**in obligatione**), se debe cumplir una sola prestación (**in solutione**). Alex Weill y François Terré[20] precisan que obligación alternativa es la que obliga al deudor a una de las dos o más prestaciones previstas y que se extingue por el cumplimiento de una o de otra.

Se entiende, de acuerdo con el principio establecido por el artículo 1161 del Código Civil Peruano, que el deudor solamente deberá ejecutar una de las prestaciones alternativas, pero la prestación que ejecute deberá realizarla íntegramente. No podrá el deudor ejecutar parte de una prestación y parte de otra. De lo que acaba de ser mencionado se deduce la naturaleza de la obligación alternativa. Esto es ratificado por el Doctor Rosendo Badani Chavez[21]: "En cuanto al segundo carácter, o sea a la facultad del deudor de liberarse con el cumplimiento de una sola prestación, este cumplimiento debe ser íntegro de una de ellas, porque tal es la naturaleza de la obligación, en la que estas diversas prestaciones alternativamente debidas, son independientes y distintas; por lo que no es posible cumplir con parte de una y parte de otra, combinando arbitrariamente dos o más y formando, por decirlo así, una variedad caprichosa de prestaciones no consideradas en

(18) BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Página 419. Octava Edición Actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986.
(19) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Cours de Droit Civil, Les Obligations, Página 536. Tercera Edición, Editions Cujas, 1992.
(20) WEILL, Alex y TERRE, François. Droit Civil. Les Obligations. Página 919. Cuarta Edición, Précis Dalloz, París, 1986.
(21) BADANI CHAVEZ, Rosendo. Op. cit., Página 48.

la obligación, lo que, además, puede alterar la utilidad que el acreedor debe obtener del cumplimiento íntegro de una de ellas".

En la obligación alternativa, la parte que goce del derecho de elección, ya se trate del deudor o del acreedor, puede hacerlo libremente por cualquiera de las prestaciones objeto de la obligación. Respecto de este punto, quien deba realizar la elección no tiene restricción alguna. La misma regla se aplica cuando la elección corresponde a un tercero o al juez.

Esta es una obligación con pluralidad de prestaciones (varias -dos o más- prestaciones), pero con unidad en el pago, ya que sólo se tendrá que ejecutar una de ellas[22].

---

(22) La naturaleza jurídica de la obligación alternativa se ha discutido arduamente. Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen II, Páginas 103 y 104.) nos recuerda las posiciones que la doctrina ha elaborado sobre el particular:
"La máxima clásica debe ser rectamente interpretada, para no dar margen a la controversia que se ha producido entre los autores.
Zachariae la tomaba demasiado a la letra, y por ello concluía que se deben todos los términos contenidos en la obligación, consecuencia inadmisible, dado que nos hallaríamos ante un crédito múltiple y perfectamente definido desde un principio."
Por nuestra parte, debemos agregar que De Gásperi (DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 310.) precisa que Zachariae es el único jurisconsulto que enseña que la alternativa comprende "dos o varias obligaciones distintas e independientes las unas de las otras, por su objeto"; pero de tal manera que si el deudor cumple una o la otra de dichas obligaciones, queda la deuda extinguida. Agrega De Gásperi, que el error de Zachariae es evidente; puesto que en la alternativa no hay sino una sola obligación, por múltiples que sean las prestaciones, y más de dos los sujetos. Así, con todo, Zachariae la incluye entre las obligacioes que él llama compuestas, **stricto sensu**; juzgando, por error, que hay tantas obligaciones como prestaciones distintas e independientes en el título.
Y Lafaille continúa diciendo que "Con prescindencia de esta construcción, que descartamos de antemano, se han formulado tres teorías principales para llegar al resultado que conocemos: a) Pendencia resolutoria.- Si nos ajustamos a este criterio, las distintas prestaciones se encuentran indeterminadamente en el nexo jurídico, sujetas al resultado de la elección, que individualiza la que en definitiva habrá de cumplirse, actuando a manera del acontecimiento futuro consumado, y con el efecto retroactivo del mismo. Es como si se hubiera establecido que cada una de la posibilidades se debe, con tal que la otra u otras no lleguen a ejecutarse. Tal es la solución que prefiere Vélez, según surge del artículo 635 y de su nota al 651; b) Pendencia suspensiva.- Entienden los juriconsultos de este parecer, que en el período anterior a la elección permanece incierta la existencia del acto futuro, el cual se presenta como puro y simple cuando el interesado escoge; c) Negación de toda pendencia.- Este **debite** pone de relieve los defectos de la expresión '**Duae res sunt in obligatione**...'. Así, con ello ha querido significarse que todas las posibilidades se adeudan, el resultado es falso; si afirmamos en cambio, que cuadra emplear cualquiera de ellas para extinguir el crédito, decimos la verdad, y tal procuró expresarlo el artículo 635.
También ha sido destacada la incongruencia de sostener que al deberse un prestación o la otra, se está obligado personalmente 'a cada una de ambas cosas', cuando en el fondo no se responde más que por cualquiera de ellas, todavía indeterminada. El criterio de la 'pendencia resolutoria' no satisface, por cuanto admite que se adeudan al constituirse el nexo varios hechos o cosas, las cuales se desvanecen luego, con excepción de la que en definitiva se elige. Todavía menos, el de la 'pendencia suspensiva', en que faltaría todo contenido presente a la obligación hasta el momento de optar.
Debe concluirse, por lo tanto, que si la figura comienza por un crédito de objeto múltiple aunque disjunto, termina por uno sólo, cuya existencia nunca fue incierta, ni menos condicional; y que únicamente era indeterminado para los efectos del pago, dentro de ciertos límites que se definieron y precisaron a raíz de la elección. 'Una entre varias prestaciones' dijo acertadamente Savigny.
Reducida a tal medida, la denominada 'teoría unitaria', sería perfectamemte admisible."
Hasta aquí las expresiones de Lafaille.
Adicionalmente, Eduardo B. Busso (BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 386 a 390.) efectúa también un análisis acerca de la naturaleza jurídica de la obligación alternativa. En adelante, las diversas teorías que resume Busso:
"Teorías varias.- En cuanto a determinar la naturaleza de las obligaciones alternativas se han emitido diversas opiniones; se discute si se trata de un vínculo único o de relaciones múltiples; si son obligaciones perfectas o imperfectas; si están comprendidas en el objeto varias prestaciones o si sólo lo está aquella que en definitiva se elija, etc.

Un ejemplo de obligación de prestaciones alternativas sería el siguiente:

Un deudor se obliga frente a su acreedor a entregarle o un automóvil Porsche, o un automóvil Mercedes Benz o un automóvil

B.M.W. determinados. Al momento de ejecución de la obligación, el deudor deberá entregar cualquiera de los tres vehículos. Recor-

---

Ferdinando Rocco, en un estudio fundamental sobre la materia, sistematiza en la siguiente forma las diversas teorías:

A) Teorías de la obligación única.

1. Teoría de la obligación perfecta.
2. Teoría de la obligación pendiente.
3. Teorías intermedias.

B) Teorías de la pluralidad de obligaciones

1. Teoría de la condicionalidad (suspensiva o resolutoria).
2. Teoría de Ryck.

Prescindiendo de una clasificación formal de las teorías, consideraremos las diversas opiniones al estudiar cada uno de los elementos característicos de las obligaciones alternativas.

1.- Obligacion única.

Principio.- Es opinión generalmente admitida que en la obligación alternativa existe un solo vínculo o relación jurídica.
Teorías de la pluralidad de vínculos.- Apartándose de esta tesis, algunos autores sostienen que en la alternativa hay tantas obligaciones como prestaciones hayan sido alternativamente designadas. Cada una de esas obligaciones sería condicional, dividiéndose en este aspecto las opiniones de los autores: para unos cada obligación se debería bajo la condición suspensiva de que su objeto fuera en definitiva elegido, en tanto que para otros cada obligación se debe al principio, si bien bajo la condición resolutoria de que se elija como prestación definitiva otra de las designadas.
La opinión de estos autores puede, finalmente, resumirse en la siguiente proposición: no se trata de una sola obligación de existencia cierta y de contenido indeterminado, sino de varias obligaciones de contenido determinado, pero de existencia incierta.
Crítica.- Esta tesis no es aceptable. En la alternativa no hay sino un solo vínculo, cuya unidad orgánica no desaparece por el hecho de que antes de la elección haya varias prestaciones entre las cuales debe hacerse la elección. Además -y a mayor abundamiento- cabe señalar que la deuda se satisfacerá con el cumplimiento de una sola prestación.
No hay dos obligaciones allí donde una excluye necesariamente a la otra, de modo que nunca pueden llegar ambas a coexistir.

demos que si se tratase de una obligación conjuntiva el deudor debería entregar los tres vehículos.

Se podría decir que en el caso de la obligación conjuntiva

Por otra parte, es inexacto decir que las dos obligaciones están recíprocamente condicionándose, la una a la otra, y siendo condicionadas la una por la otra. La condición importa un suceso futuro e incierto, en tanto que la eliminación de una de las prestaciones es, dentro del régimen de la alternativa, un efecto que ha de producirse necesaria y fatalmente.
Tesis intermedia.- Pescatore ha defendido una tesis intermedia: si la elección incumbe al acreedor, hay varias obligaciones a cargo del deudor, en tanto que si es el deudor quien elige, la obligación sería una sola.

2.- Obligacion pura y simple.

Teoría clásica.- En la opinión clásica la obligación alternativa reviste el carácter de obligación perfecta, pura y simple, desde su constitución. Se parte de la base de que la existencia de la obligación no queda subordinada a ningún acontecimiento futuro y la sola indeterminación provisional existente sobre el objeto no afecta la existencia misma de la obligación. Como dice Windscheid, no se sabe si se debe esto o aquello, pero lo positivo es que se debe algo.
Tesis de Dumoulin.- Rebatiendo esta tesis, Dumoulin señaló que la relación alternativa no podría considerarse perfecta desde su origen, dado que en ese momento le falta determinación al objeto -que es uno de los elementos esenciales y que sólo se precisará en virtud de un acto posterior a la constitución del vínculo.
Doctrinas modernas.- Fitting y Bernstein -entre los modernos- han desarrollado una tesis similar: hasta tanto no se produzca la concentración, no hay una obligación perfecta, sino una deuda pendiente de condición que puede aparecer como resolutoria (si se afirma que todas las prestaciones están inicialmente en la deuda y luego desaparecen las no elegidas) o como suspensiva, si se considera que sólo hay objeto concreto de deuda a partir de la elección.
Crítica.- En la alternativa hay una relación con vida jurídica perfecta y el hecho de que el objeto sea relativamente indeterminado no afecta la existencia del vínculo desde el momento en que es perfectamente determinable, o bien -si se prefiere- está determinado alternativamente.
Por otra parte -según se ha visto al rebatir la tesis de la pluralidad de obligaciones condicionadas- no puede utilizarse la condición como medio técnico de explicar la concentración de la deuda en una de las prestaciones.

todas las prestaciones se encuentran unidas copulativamente por la palabra "y", mientras que en la obligación alternativa, todas las prestaciones se encuentran unidas disyuntivamente por la palabra "o".

3.- Objeto múltiple u objeto indeterminado.

I.- Tesis varias.

Los autores discrepan cuando se trata de calificar las obligaciones alternativas sobre la base de las peculiaridades de su objeto. Para unos, son obligaciones de objeto múltiple, y para otros, de objeto indeterminado.

Objeto múltiple.- Según una primera opinión, la obligación alternativa contiene las varias prestaciones a que el título se refiere; todas ellas están sometidas al régimen de la obligación. El deudor -dice Pothier- se obliga a dar o a hacer muchas cosas, bien entendido que el pago de una de ellas lo liberará de cumplir las otras. La fórmula romana era precisa en ese sentido: **plures res in obligationes, una autem in solutione**. Como dice Demolombe, la alternativa es una obligación compuesta, por oposición a la obligación simple que no comprende más que una cosa; 'obligación compuesta -añade- que comprende dos cosas bajo partícula disyuntiva'.

Dentro de esta tesis, algunos autores señalan que las varias prestaciones están contenidas en la alternativa, de la misma manera que quedan comprendidos varios sujetos en los términos de una obligación solidaria. Sobre esta base se ha establecido una similitud estructural entre alternativas y solidarias a la que más adelante nos referiremos.

Crítica de Dumoulin.- Dumoulin fue el primero en impugnar la teoría del objeto múltiple. El deudor -sostuvo- no está obligado a entregar 'una y otra cosa' sino 'una u otra'. Luego, lo que está en la obligación no son 'ambas cosas' sino 'una de ellas', con la particularidad de que antes de la concentración será 'una en abstracto' y después 'una en concreto'.

Otro argumento agregaba Dumoulin: si fuera cierto que en la alternativa están en la obligación las diversas prestaciones indicadas en el título, habría que admitir que en las obligaciones genéricas todo el género estaría comprendido en la relación jurídica.

Adhiriéndose a esta tesis, Rocco señala que si fueran varias las prestaciones comprendidas en la obligación, sería contradictorio admitir que el deudor se libera pagando una sola.

Teoría del objeto indeterminado.- Las razones de Dumoulin dieron las bases a la teoría de la indeterminación. El objeto de la alternativa -se dice- es único e indeterminado. Llamamos alternativa -escribe Savigny- a la obligación que comprende una entre varias prestaciones particulares, y en la cual la elección que debe hacerse queda en suspenso al constituirse la deuda.

La obligación alternativa -se concluye- viene a ser una relación con existencia jurídica perfecta desde su nacimiento, pero en la cual alguno de los elementos queda imperfectamente determinado. Entre los conceptos extremos de determinación e indeterminación absolutas, están todos los matices de la determinabilidad, que existe cuando a la indeterminación presente la acompaña la certeza de una determinación futura, que deberá realizarse entre posibilidades determinadas de prestación.

Nuestra opinión.- En este debate, cuyo interés no es exclusivamente teórico, nos inclinamos por la tesis del objeto único indeterminado. Esto nos sirve de base para concluir que el deudor, cuando la elección le compete, puede en cualquier momento concentrar la deuda en una de las prestaciones.

Partimos de una base fundamental: el objeto es aquello que el deudor debe prestar para liberarse y que el acreedor incorporará a su patrimonio. Si el deudor alternativo se libera totalmente pagando una cosa, quiere decir que sólo una cosa se debía.

Es exacto que durante el tiempo de la expectativa existen restricciones que afectan a otras cosas incluidas en el título de la obligación. Pero esas restricciones provisionales no importan en sí mismas prestaciones, y por tanto las cosas a que se refieren no constituyen objetos de deuda. En general, en toda obligación hay una cosa que constituye el objeto de la deuda, y hay otros deberes de conducta que son simples medios instrumentales ordenados al logro de aquella prestación. Estos últimos son objetos de obligación distintos.

Las restricciones indicadas existen con referencia a varias cosas, porque es característico de la obligación alternativa el que exista un período de incertidumbre que sólo se disipa con la concentración. Por eso es exacto afirmar que el objeto de la obligación es indeterminado.

En la obligación alternativa, en conclusión, se combinan como caracteres fundamentales la unidad y la indeterminación. La designación de una multiplicidad de cosas no implica incluírlas en la deuda. Lo importante es que se promete una prestación que no se determina. El hecho de que el título mencione varias cosas no es decisivo porque se las designa sin prometerla."

Hasta aquí los términos de Busso.

Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Páginas 538 y 539.) efectúan también un análisis de las diferentes posiciones existentes en la doctrina en relación a la naturaleza jurídica de las obligaciones alternativas. Recogemos sus opiniones:

"a) *Unidad o pluralidad de vínculos.* Prevalece en doctrina la opinión de que en las obligaciones alternativas el vínculo es único. A los autores que pretenden que en esta clase de obligaciones hay un haz

de vínculos condicionados entre sí (en pendencia suspensiva según unos o en pendencia resolutoria según otros) de modo que la elección que se haga de una obligación libera del cumplimiento de las demás, les ha respondido Ferdinando Rocco, argumentando que no puede hablarse de pluralidad de obligaciones cuando las mismas no pueden coexistir, pues basta que se elija una para que las demás queden eliminadas. Pothier ya había dicho que no puede hablarse de pluralidad de vínculos obligacionales, cuando se está obligado solamente al cumplimiento de una prestación.

b) *Objeto múltiple u objeto único indeterminado.* Suponiendo aclarado el punto anterior, en el sentido de que en esta clase de obligaciones hay un vínculo único, queda aún por resolver si esta obligación es de objeto múltiple o de objeto único indeterminado. De la primera opinión, o sea de la existencia inicial de pluralidad de objetos, son Colmo, Salvat, De Gásperi, Borda y Llambías, en nuestro país, y Gutiérrez y Gonzales, en Méjico. De Gásperi concibe esta figura como 'conteniendo una pluralidad de prestaciones disyuntivas en obligación única'. Lafaille, que en su Curso de Obligaciones había participado de esta opinión, en su Tratado procura atemperarla diciendo 'debe concluirse que si la figura comienza por un crédito de objeto múltiple, aunque disyunto, termina por uno solo, cuya existencia nunca fue incierta, ni menos condicional y que únicamente era indeterminado para los efectos del pago. Una, entre varias prestaciones, dice acertadamente Savigny.'

Enneccerus, en cambio, opina que se debe rechazar la difundida opinión de que en este tipo de obligaciones se deben, al principio, todas las prestaciones. La verdad -según este autor- es que se debe una prestación de momento indeterminada en cuanto a su contenido, que se convierte en determinada en virtud de la elección.

Dumoulin ya había expuesto, criticando acertadamente la teoría del objeto múltiple: 'el deudor no está obligado a entregar <una y otra cosa> sino <una u otra cosa>. Luego, lo que está en la obligación no son ambas cosas, sino una de ellas en abstracto antes de la elección y en concreto después de la elección'.

Rocco ha hecho notar que no puede hablarse de objeto múltiple cuando la obligación se extingue con el cumplimiento de uno de ellos.

En nuestro país han seguido la teoría del objeto único indeterminado, Galli, Rezzónico, León y Busso y pareciera ser esta la inclinación de Vélez, pues al definir esta figura jurídica en el artículo 635 dice: 'una entre varias prestaciones', usando un fórmula distinta a la del Código de Chile que en su artículo 1449 la ha definido como 'aquella obligación en que se deben varias prestaciones...'.

Pescatore, citado por Llambías, considera que esta clase de obligaciones tiene una naturaleza dual: cuando la elección pertenece al acreedor, hay tantos vínculos como prestaciones existen; si la opción corresponde al deudor, la obligación es una sola. Con razón objeta Llambías, que es inadmisible hacer depender la naturaleza de la obligación, de acuerdo a quién tenga la elección, pues la estructura de la obligación alternativa no se altera en su substancia por el hecho de que varíe quien practique aquella opción."

Por otra parte, debemos expresar, con los profesores franceses Malaurie y Aynés[23], que la opción es irrevocable, lo que implica que una vez efectuada por el deudor, el acreedor, o, de ser el caso, por un tercero, ésta no puede volverse a tomar[24].

Cabe agregar que las diversas prestaciones que constituyan el objeto de una obligación alternativa son independientes entre sí. En el caso de las obligaciones con prestaciones alternativas no se da el supuesto, analizado por nosotros al tratar acerca de las obligaciones conjuntivas, de que existan prestaciones que estén vinculadas entre sí, ya que en las conjuntivas tienen que ejecutarse todas ellas, mientras que en las alternativas sería absurdo pensar que hubiese relación entre las prestaciones pactadas, pues no van a ejecutarse todas, sino únicamente una de ellas.

Respecto del valor de las prestaciones alternativas, precisa señalar que éstas no deberán tener necesariamente un mismo valor. Podría ocurrir que todas ellas tengan valores diferentes. Sin embargo, requiere indicarse que lo usual sería que si se hubiese pactado una contraprestación única, las prestaciones tengan valores semejantes, similares o equivalentes; lo que podría no ocurrir si también existiese alternatividad en la contraprestación. Insistimos, no obstante, que debe quedar en claro que los valores no necesariamente deben ser iguales ni aproximadamente similares, sino que podrían ser completamente distintos, así como distinta puede ser la naturaleza de todas las prestaciones alternativas.

Sin embargo, debe añadirse, tal como lo señala el Doctor

(23) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Página 536.

(24) En relación a la irrevocabilidad de la elección, hacemos de aplicación a este punto, **mutatis mutandi**, los conceptos manifestados por uno de los autores de este Tratado, Mario Castillo Freyre, en la obra "El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta", Páginas 222 a 250.

León Barandiarán[25], que "La obligación alternativa -nos parece- no tiene por qué consistir en cosas ciertas, es decir, específicamente determinadas. Las obligaciones específicamente determinadas y las genéricas se mueven en un radio de acción diferente al de las obligaciones alternativas. Así, una obligación alternativa puede estar constituida por dos o más prestaciones de cosas ciertas, o por dos o más prestaciones de cosas genéricas. El respectivo régimen de una u otra clase de prestaciones se aplicará con referencia a la obligación de que se trate, constitutiva de la alternativa."

Un problema planteado por la doctrina francesa es aquel del momento en el cual se transfiere la propiedad inmueble al comprador -o acreedor de la propiedad, en términos generales- cuando la obligación alternativa tiene por objeto dos o más prestaciones consistentes en la transferencia de propiedad de distintos inmuebles[26].

---

(25) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 71 y 72.

(26) Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit. Tomo XXVI, Páginas 16 y 17.) confunde el verdadero sentido de las cosas, en lo que respecta a la relación existente entre las obligaciones alternativas y la transferencia de propiedad inmueble. Su equivocado razonamiento, compartido por buena parte de la doctrina francesa de su tiempo, es el siguiente:
"Por último, del carácter que hemos atribuido a la obligación alternativa, concluímos aun que desde el instante en que se define la obligación, e incluso antes de que la elección del deudor o del acreedor haya especializado la cosa que será definitivamente el objeto, que le confiere, decimos, no sólo un derecho de garantía, **jus ad rem**, sino un derecho de propiedad, **jus in re**, cuando tiene por objeto los cuerpos ciertos y determinados por supuesto;
Como si por ejemplo, yo le vendí mi casa A o mi casa B. Esta última deducción es, sin embargo, muy controvertida. Y dos tesis contrarias se sostienen en la doctrina:
La primera que niega que en ningún caso la obligación alternativa pueda por si misma transferir la propiedad.
La segunda que distingue si la elección le corresponde al deudor o al acreedor, y que en el primer caso al negarle el efecto traslativo de propiedad a la obligación alternativa, se lo reconoce en el segundo caso.
a. A favor de la primera tesis se puede decir que la propiedad por su carácter esencial sólo podría aplicarse en un objeto especialmente determinado. ¡En efecto, la propiedad es el derecho más claro y el más preciso que existe!.
'¡**Aio hanc rem esse meam**!'
¡Cómo concebir una propiedad que sólo se aplicaría en un objeto, una propiedad **in abstracto**, y por decirlo así, ...en el aire!
Además, en la obligación alternativa el derecho del estipulante no se aplica determinadamente en tanto que no se hace la elección en ninguna de las dos cosas; por lo tanto es imposible que constituya un derecho de propiedad. He aquí lo que declaró Bigot-Préameneu en la Exposición de Motivos:
'Cuando se prometió una u otra de las dos cosas, hay incertidumbre por una de las cosas que se entregará al acreedor; y de esta incertidumbre resulta que ninguna propiedad puede trasmitirse al acreedor más que por el pago de una de las cosas; hasta que la propiedad y en consecuencia los riesgos, queden a cargo del deudor'.
'Esta es la verdadera teoría del tema', dice Toullier, quien concluye que dado que el objeto del contrato sigue en suspenso y que sólo se puede determinar por la elección del deudor o del acreedor, si la elección se le difiere, la propiedad sólo se puede transferir por la elección o más bien por la notificación que se realiza, en virtud de la obligación.
Esta teoría es también la de Larombiére.
b. Por el contrario, Marcadé parece hacer una distinción:
Según la norma, ¿se dejó la elección al deudor?.
El sabio autor admite también que se transferirá la propiedad al acreedor sólo por el ejercicio de la elección, la que determinará una de las cosas en las que se aplica su derecho.
Sin embargo, admite que la propiedad se transferirá inmediatamente al acreedor, si se le defirió a él la elección.
'De este modo, dice él, cuando Pierre prometió darme su navío o su casa, y si vende esta casa después de que desapareció el navío, es claro que dada la pérdida del navío y teniendo por único objeto la casa, yo era desde entonces propietario de esta casa y puedo reclamarla.'
Luego, él añade:

Señala Demolombe que la disposición del artículo 1138 del Código Civil Francés -de similares efectos que nuestro artículo 949- no admite excepción alguna en lo que respecta a las obligaciones alternativas, razón por la cual, al considerar que no existe un pacto en contrario o que el carácter esencial de la obligación se oponga a ello, concluye que, al ser de aplicación el artículo 1138, se crearía un problema de interpretación. Por nuestra parte, consideramos que no hay tal problema, pues en el caso peruano,

el mencionado artículo 949 del Código Civil admite dos excepciones a la regla de que la propiedad inmueble se transfiere con el solo consentimiento de las partes: cuando exista disposición legal diferente o pacto en contrario. Entendemos que, implícitamente, la obligación alternativa constituye un pacto en contrario respecto del artículo 949, ya que resulta imposible su aplicación inmediata

---

'Si se me había dejado la elección, entre la casa o el navío, yo podría reclamar, en el caso mismo en que se habría enajenado la casa, y existiendo aún el navío, la casa, entonces yo era propietario de la casa con la condición de que yo la escogiera; entonces la elección que declaro hacer de esta casa tiene un efecto retroactivo y me hace propietario desde el día mismo del contrato.'

c. Sin embargo, no admitimos ninguna de estas tesis por nuestra parte; y a nuestro parecer en todos los casos, sin distinción, es que se debe decidir que la obligación alternativa es traslativa de la propiedad:

1º. En efecto, por los términos del artículo 1138 'La obligación de transferir la propiedad de la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes. Ella hace al acreedor propietario...'.

Esta disposición es general y en consecuencia debe aplicarse en toda obligación de entregar una cosa, a menos que exista un texto contrario o que el carácter esencial de la obligación se oponga a esto; además, en lo que respecta a la obligación alternativa, no se encuentra ningún texto que lo exceptúe de la norma presentada por el artículo 1138. Tampoco notamos en su carácter, ningún obstáculo a que se le aplique esta norma; ¡Muy por el contrario!, pues aunque esta obligación sea alternativa, no comprende a ninguna de las cosas en las que se aplica.

2º. Se puede someter a una condición la propiedad.

¿Por qué no se le podría someter a una alternativa?

Esta diferencia sería un tanto más difícil de entender cuanto que la obligación condicional y la alternativa, a pesar de las diferencias que las separan, mantienen entre sí cierta afinidad.

Puesto que cada una de las cosas determinantemente se debe con la condición de que el deudor o el acreedor la escogerá; y es muy sencillo que una vez completada la condición por la elección, se considere retroactivamente como si se hubiese transferido al acreedor, desde el día del contrato.

3º. Estos motivos prueban que no hay razones para distinguir entre el caso en que la elección le corresponde al deudor y el caso en el que la elección le corresponde al acreedor.

Asímismo, nosotros concederíamos al acreedor el derecho a reclamar en la hipótesis misma en que Marcadé se lo niega, es decir que

con el nacimiento de la obligación alternativa, pues pertenece a la esencia de esta clase de obligaciones el que se debe ejecutar sólo una de las prestaciones que constituyen su objeto. Así, resulta imposible considerar la transferencia de la propiedad, desde el momento en que no se sabe cuál de todas las prestaciones alternativas es aquella que se deberá ejecutar. En tal sentido, enten-

---

cuando habiendo prometido el deudor la entrega de un navío o de una casa, él hubiera enajenado la casa antes de que desapareciera el navío; al acreedor le concederíamos el derecho de reclamar la casa contra el tercer comprador si el navío llegara a desaparecer luego, antes de habérselo entregado; pues no pudo depender del deudor para por esta enajenación, que es su hecho propio, disminuir el derecho condicional que había concedido la obligación al acreedor sobre la casa.

4º. Por último, en cuanto a la opinión individual de Bigot-Préameneu, esta prevalecería en los textos de la ley y en sus principios, cuyos textos son la dedicación exacta; tanto menos cuanto que el tribuno sólo expresó esta opinión incidentalmente, con respecto a la cuestión de los riesgos que él pretende subordinar en la cuestión de la propiedad, ¡a nuestro parecer, de un modo nada juridico!.

Concluimos, entonces, que en todos los casos la obligación alternativa es traslativa de propiedad, y que se sabría privar al acreedor de sus garantías, que el legislador del Código de Napoléon quiso asegurárselas, cuando la obligación tiene por objeto una cosa determinada, contra la insolvencia o la mala fe del deudor."

Laurent (LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 235 a 239.) efectúa un análisis muy preciso del tema, combatiendo las posiciones erradas que al respecto se habían esbozado en Francia y Bélgica. En adelante, el razonamiento del citado autor belga:

"Sólo por la elección se hace posible la entrega; entonces sólo por la elección se transfiere la propiedad. El sentido lógico lo dice y el Derecho está de acuerdo con el sentido lógico. La propiedad es un derecho en la cosa, el más absoluto de los derechos reales; ¿Se concibe que se ejerza en una cosa indeterminada? ¡Se pretende que bajo una alternativa el comprador es propietario: que se trate entonces de aplicarle el artículo 544 que define la propiedad!. El propietario tiene el derecho de gozar y de disponer de la cosa de la manera más absoluta. ¿De qué cosa gozará? El no lo sabe. ¿De qué cosa dispondrá? El lo ignora. Entonces tiene un derecho absoluto del que no puede hacer el menor uso. ¿Gozará de las dos cosas y dispondrá de ellas? No, por supuesto, porque cualquiera que sea la elección, él puede gozar y disponer sólo de una de las cosas. Entonces su pretendido derecho absoluto, es una abstracción, digamos mejor, una quimera. ¿Cuándo se convertirá en propietario? Cuando

demos que el artículo 949 del Código Civil sólo será susceptible de aplicarse una vez efectuada la elección por parte de quien corresponda. Es a partir de ese momento, una vez individualizada la prestación a ejecutar, que operará automáticamente la transferencia de propiedad en favor del acreedor de la obligación alternativa. Consideramos que éstos son los sanos principios.

---

se determina la cosa; sólo se concibe entonces el ejercicio de la propiedad.

Se increpa que se haga el convenio alternativo bajo la condición suspensiva por la que el acreedor se convertirá en propietario de tal cosa si la elección se determina en ésta; y cuando esta condición se realiza por la elección del deudor o del acreedor, tiene un efecto retroactivo; y como consecuencia, el acreedor es propietario desde el momento de la venta. Esta es una de esas condiciones que imaginan los autores para la necesidad de la causa. Sólo hay condiciones por las que las partes estipulan o que sobreentiende la ley. En este punto se encuentran los intérpretes que sobreentienden una condición en la que nunca pensaron las partes más que el legislador. Si estaba permitido sobreentender una condición en un contrato que las partes hicieron puro y simple, se podría sobreentender una condición suspensiva en todo contrato que tiene por objeto una cosa indeterminada, y en consecuencia, siempre se transferiría la propiedad.

Dejemos aquí la pretendida condición que ignoran las partes y el legislador. Si decimos una palabra de esto, es para poner en guardia a nuestros jóvenes lectores contra las condiciones inventadas por los autores: medio fácil de evitar las dificultades, pero es un medio que rechaza los principios más elementales. En apoyo de nuestra opinión, citaremos las palabras del Tribuno del Gobierno: 'Cuando se promete una u otra de las dos cosas, hay incertidumbre por saber cuál se entregará al acreedor, y de esta incertidumbre se concluye que sólo se transmite la propiedad al acreedor por el pago de una de las cosas. Hasta entonces, esta propiedad permanece a cargo y consecuentemente, bajo los riesgos del deudor'. Guardamos nuestras reservas sobre este último punto. Tampoco es exacto decir que la propiedad se transmite por el pago; lo que impide la transmisión de la propiedad; y es que no se ha determinado la cosa; ahora bien se le puede determinar antes de que sea pagada; basta con que el deudor o el acreedor haya hecho su elección; desde entonces estamos en el texto y en la idea del artículo 1138.

Las consecuencias que resultan de una o de otra opinión difieren totalmente; esto es obvio. Como lo creemos, si el deudor sigue siendo propietario, no se produce la mutación de propiedad; por lo tanto, el acreedor no puede hacer ningún acto de disposición, de goce, ni de

---

administración. Es el vendedor quien en una venta hecha bajo alternativa, puede enajenar la cosa y gravarla con derechos reales. Todos estos actos son válidos para los terceros, puesto que para ellos el deudor sigue siendo propietario. Entonces el comprador no podrá reinvindicar la cosa contra el tercer comprador; aun cuando la escogiera, sólo podría ejercer contra su vendedor los derechos que le da su contrato y que expondremos luego. Igualmente, él debería respetar los derechos reales concedidos por su vendedor, salvo el recurso contra su autor.

En la opinión contraria que admite que el comprador se convierta en propietario, todos los derechos de propiedad pertenecen al comprador; la venta es válida en este sentido si él enajena una de las cosas y si él o el vendedor escoge esta cosa. Los derechos reales que él habría consentido serían válidos por igual. Por el contrario, si el vendedor hubiese enajenado, y si el comprador tuvo la elección, este último podría reinvindicar la cosa contra el tercer comprador, al igual que él podría demandar la nulidad de los derechos reales que el vendedor había concedido sobre la cosa vendida.

Hay otra consecuencia igual de grave en la que difieren dos opiniones. Si el acreedor es propietario, conforme a su contrato, él podrá reinvindicar la cosa en caso de quiebra del vendedor; mientras que si se admite que el vendedor seguía siendo propietario, el comprador sólo tiene una acción personal. Con el ejercicio de esta acción él estaría sujeto a las normas que rigen para la quiebra, es decir que él sufrirá la pérdida que todos los acreedores deben respaldar.

Hay una interrogante muy controvertida y que en una opinión regularmente expandida, se relaciona a la cuestión de la transmisión de la propiedad. ¿Quién cubre los riesgos en la obligación alternativa? El Tribuno de Gobierno concluye, después de haber establecido que el deudor sigue siendo propietario que es también él quien cubre los riesgos. Nosotros descartamos esta opinión, porque no admitimos en materia de obligaciones el adagio por el que la cosa perece para su propietario.

Aquellos quienes sobreentienden una condición en la obligación alternativa, concluyen de esto que en esta obligación, al igual que en la obligación condicional, el deudor es responsable de los riesgos. Como no admitimos el principio, también rechazamos la consecuencia que se deduce de éste. En nuestra opinión, en la obligación alternativa se debe aplicar el principio establecido por el artículo 1138; es decir, decidir que el acreedor cubre los riesgos. El principio es general, la ley no da ninguna excepción sobre éste: esto nos parece decisivo. Se alega que en la obligación alternativa la cosa es tan indeterminada; ahora bien, el principio del artículo 1138 supone que la cosa está determinada; es lo que hemos dicho en la cuestión de la propiedad, decidiendo que la propiedad no se transmite porque la cosa está indeterminada; ¿No se debe decidir por la misma razón, que el deudor es responsable de los riesgos?. A primera vista,

nuestra inconsecuencia es evidente. Es un mismo artículo que dispone que el acreedor adquiere la propiedad y que desde el momento en que es perfecto el contrato, la cosa está en sus riesgos; la doctrina sólo aplica este principio en el caso en el que se determina la cosa; entonces cuando la cosa es indeterminada, la propiedad permanece, al igual que los riesgos, a cargo del deudor.

Respondemos a esto que la contradicción sólo es aparente. Sin duda, si la cosa que hace el objeto de la obligación alternativa es un género, el deudor es responsable por los riesgos. No obstante, supongamos que las dos cosas comprendidas en esto, son cuerpos ciertos: la cosa A o la cosa B; en este caso, el texto y la idea del artículo son aplicables. ¿Por qué se libera el deudor y por qué no el acreedor, ante la perdida fortuita? Porque el deudor cumplió su obligación conservando la cosa con los cuidados de un padre de familia; y habiendo cumplido el deudor su compromiso, el acreedor deberá hacer también lo suyo. Este motivo se aplica literalmente en la obligación alternativa: ¿No debe conservar el deudor la cosa A y la cosa B? ¿No es él responsable cuando una de las cosas llega a perecer por su culpa? Entonces, cuando las dos cosas llegan a perecer, no por su culpa, sino por caso fortuito, se debe decir que él cumplió con su obligación, y por consiguiente el acreedor debe cumplir su obligación. Queda todavía la contradicción que se nos podría criticar: si los riesgos son para el acreedor, ¿No se debe decir por identidad de texto y de motivo, que el acreedor se convierte en propietario? No, hay una diferencia entre los riesgos y la transmisión de la propiedad. Si se trata de riesgos, estos son para el acreedor, a menos que la cosa que hace el objeto de la obligación, sea un género. Si se trata de la transmisión de la propiedad, ésta solo se puede transmitir al acreedor cuando la cosa está determinada; ahora bien, está determinada en la obligación alternativa; entonces el acreedor no se puede convertir en propietario.

Cuando las dos cosas comprendidas en la obligación alternativa perecen totalmente, nuestra solución en cuanto a los riesgos, no es nada dudosa. En efecto, el artículo 1195 refiere que 'si ambas cosas han perecido sin culpa del deudor, y antes de que esté en mora, se extingue la obligación, de conformidad con el artículo 1302'. Ahora bien el artículo 1302 sólo aplica el principio del artículo 1138: el deudor está liberado por la pérdida fortuita, porque no cometió falta ni está en mora, es decir porque él cumplió con su compromiso conservando la cosa con los cuidados de un buen padre de familia; desde entonces, el acreedor debe cumplir también la obligación que le impone el contrato, es decir pagar el precio consistente en una venta.

Si ocurre así en el caso de pérdida total, debe ser del mismo modo cuando se degrada la cosa o perece parcialmente; pues la pérdida parcial se rige por los mismos principios de la pérdida total. He aquí la razón por la que hicimos nuestras reservas sobre la especie juz-

Debe diferenciarse a la obligación alternativa de la obligación condicional. A este respecto, Giorgi[27] considera que ciertamente se encuentra una falta de certeza en ambas especies de obligaciones; pero en la condicional, la incerteza se refiere al vínculo; en tanto que en la alternativa, solamente al objeto. Agrega Giorgi que el deudor, en la obligación condicional, no está seguro de tener que pagar, porque la falta posible del evento puesto como condición puede hacer desaparecer el vínculo obligatorio; pero el deudor sabe lo que, precisamente, deberá pagar si el evento se verifica. Por el contrario, agrega Giorgi, en la obligación alternativa el deudor está seguro de tener que pagar, pero no sabe cuál de las cosas puestas en alternativa servirá para liberarlo, porque, aun cuando la elección corresponda al propio deudor, la pérdida fortuita de una de las cosas debidas puede obligarlo a dar, mal a su grado, la cosa que habría preferido conservar.

En opinión de Giorgi, en un solo caso la obligación alternativa toma todos los caracteres de la obligación condicional: cuando la elección de la cosa debida queda encargada al arbitrio de un tercero, extraño al contrato; supuesto en el cual, en efecto, si el tercero no quiere o no puede elegir, el evento de que dependía la ejecución del vínculo contractual llega a faltar, y la obligación desaparece[28].

Antes de concluir estas palabras sobre las obligaciones alternativas, debemos precisar que ellas a menudo son confundidas con las obligaciones con cláusula penal, pero ambas difieren sustancialmente. Podemos decir que las obligaciones con cláusula

gada por la Corte de Douai. El deudor debía tres acciones o 3,000 francos, las acciones no perecieron totalmente, entonces no había lugar para aplicar el Artículo 1193; la obligación alternativa subsistía, por lo tanto, se debía decidir que el riesgo era para el acreedor."

(27) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen IV, Página 461.

(28) Sobre este tema, remitimos al lector –**mutatis mutandis**– a los argumentos que esbozamos con ocasión de nuestro análisis de los artículos 1143 y 1444 del Código Civil, relativos a la elección en los bienes inciertos.

penal tienen las siguientes diferencias con las obligaciones alternativas:

(a) La obligación alternativa comprende dos o más prestaciones y el deudor se libera cumpliendo una de ellas, elegida por él, por el acreedor, por un tercero o por el juez (artículos 1161 y siguientes del Código Civil).

La obligación con cláusula penal comprende una sola prestación y ésta sólo se debe en caso de incumplimiento. Cuando la cláusula penal se ha pactado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, entonces, a diferencia también de la obligación alternativa, se deben ambas prestaciones, la principal y la accesoria (artículos 1341 y 1342 del Código Civil).

Nuestro parecer coincide con aquel del Doctor José León Barandiarán[29], cuando expresa:

"Conviene tener presente la diferencia entre obligación alternativa y obligación con cláusula penal. En esta última, como en la facultativa, la obligación no tiene por objeto las dos prestaciones indicadas; una sola es el objeto de la obligación y la otra únicamente es debida en forma subsidiaria. El acreedor de obligación con cláusula penal, no puede demandar la pena sino cuando la obligación principal no ha sido ejecutada. En la obligación alternativa, el acreedor puede demandar una u otra de las prestaciones. Otra diferencia: si una de las cosas perece en la obligación alternativa, la obligación no se extingue; en cambio, la obligación con cláusula penal se extingue por la pérdida del objeto principal. Tercera diferencia: la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de la obligación alternativa, depende de la cosa pagada; al contrario, la naturaleza de la obligación de la cláusula penal se determina según la naturaleza de la cosa principal.

(29) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 70 y 71.

La obligación alternativa tampoco es confundible con la obligación condicional; en esta última se mantiene la existencia misma de la obligación e inseguridad hasta el momento de la realización del hecho puesto como condición, a lo menos tratándose de la condición suspensiva, y tratándose de la condición resolutoria, la obligación está en situación de precariedad, en vista de la posibilidad de la realización del hecho puesto como condición. La obligación alternativa es en sí una simple, que surge desde el instante de su concertación con plena firmeza, y se mantiene hasta su extinción por los medios legales ordinarios."

Hasta aquí las palabras del Doctor León Barandiarán.

(b) Si se extingue una de las prestaciones de la obligación alternativa se deben las que subsisten y la elección recaerá sobre alguna de éstas (artículos 1165, inciso 2, y 1166, incisos 2 y 3, del Código Civil Peruano).

Si se extingue la prestación principal sin culpa del deudor, también se extingue la obligación con cláusula penal.

Por otro lado, también creemos útil diferenciar a las obligaciones alternativas de otras especies de obligaciones. Respecto de las conjuntivas o conjuntas, se distinguen[30] en que en éstas son debidas todas las prestaciones acumulativamente, como si alguien se obligase a entregar el caballo blanco y el caballo negro que posee; en las alternativas, como si alguien se obliga a entregar el caballo blanco o el caballo negro.

Según el Doctor Cornejo, las obligaciones alternativas se asemejan en algo a las genéricas o de bienes inciertos, al sostener que, en efecto, la obligación genérica puede ser vista como alternativa con facultad de elegir entre todas las cosas comprendidas en la especie. En ambas sólo una cosa es debida; en ambas

(30) CORNEJO, Angel Gustavo. Exposición Sistemática y Comentario, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 137 y 138. Lima, 1938.

el deudor puede elegir entre las comprendidas en la obligación. Agrega el autor citado que la diferencia está en la manera de hacer la elección, lo que cobra relieve en el caso de pérdida de una de las cosas debidas. Mientras en la obligación alternativa la pérdida fortuita de una de las cosas limita la obligación a la otra; esta pérdida puede considerarse indiferente en la obligación genérica, aunque la cosa que perezca sea precisamente la que el deudor hubiera prefijado que iba a dar. La pérdida de las cosas incluidas en la obligación sólo puede concebirse en la alternativa o en la de especie limitada; por lo tanto, el deudor no tiene otra manera de liberarse que haciendo el pago o mediante el ofrecimiento real hecho legalmente.

Respecto de la distinción existente entre la obligación alternativa y la condicional, Cornejo nos dice que "En ambas existe una cierta falta de certeza; pero en la condicional la incertidumbre se refiere al vínculo; en la alternativa solamente al objeto. El deudor, en la obligación condicional, no está seguro de tener que pagar, porque la falta posible del evento puesto como condición, puede hacer desaparecer el vínculo obligatorio; pero sabe precisamente lo que deberá pagar si el evento se verifica. Por el contrario, en la obligación alternativa el deudor está cierto de tener que pagar pero no sabe cuál de las cosas de la alternativa servirá para librarlo, porque aunque le correspondiere la elección, la pérdida fortuita de una de las cosas debidas puede obligarlo a dar, mal de su grado, la cosa que habría preferido conservar. En todo caso, la obligación alternativa toma todos los caracteres de la obligación condicional, cuando la elección de la cosa debida queda encargada a un tercero extraño al contrato. Si el tercero no quiere o no puede elegir, falta el evento de que depende la ejecución y la obligación desaparece.

Piensan algunos que en este caso la elección que no hace el tercero puede ser suplida por el juez."

Por último, el Doctor Cornejo distingue a la obligación alternativa de la facultativa, señalando que "La distinción entre las obligaciones alternativas y las facultativas de que también se ocupa este título parece ser la más interesante. Obligación facultativa

es una obligación simple en que el deudor goza, por favor excepcional, de la facultad de liberarse pagando una cosa diferente. La cosa debida en estas obligaciones es, pues, una sola: la otra prestación con que el deudor puede liberarse no está más que **in facultate solutionis**, lo que quiere decir que el deudor en el momento de hacer el pago, o antes, por una manifestación de voluntad, puede declarar que se resuelve a cumplir la obligación, no mediante la prestación principal, sino mediante la que se ha fijado de antemano como sustituta de aquélla."

Sobre las diferencias y semejanzas entre las obligaciones alternativas y las facultativas trataremos en nuestro análisis de estas últimas.

– Jurisprudencia peruana del artículo 1161.

En relación a las obligaciones alternativas hemos encontrado una Ejecutoria Suprema:

"No presentan mérito ejecutivo los instrumentos privados que contienen obligación alternativa, que puede ser satisfecha con una u otra prestación." Ejecutoria del 10 de junio de 1950. Revista de Jurisprudencia Peruana Nº 86, 1951, Página 270. (Artículo 1191 del Código Civil de 1936).

– Concordancias nacionales.

Pago, artículo 1220 del Código Civil / Pago Parcial, artículo 1221 del Código Civil.

– ELECCION DE LA PRESTACION. A QUIEN CORRESPONDE.

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

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

Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144."

– *Fuentes nacionales del artículo 1162.*

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 23, Título XI, Partida Quinta: "**Un nome señalado han a las vegadas dos seruos o mas, que son de un señor. E acaesce que aquel cuyos son, promete a otro de dar el uno dellos, nombrándolo, e non señalando por la facciones del su cupero, nin por menester si lo sopiesse. E quando tal promissión, de darle qualquier de todos aquellos que han un nome**."

El artículo 1162 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

Sí lo registra, en cambio, en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, donde el tema es tratado en los artículos 784: "La elección toca al deudor, si no se ha concedido expresamente al acreedor."; y 785: "El deudor se libra entregando una de las dos cosas prometidas, mas no puede precisar al acreedor a recibir una parte de la una y otra de la otra."

El *Código Civil de 1852* consignaba el artículo 1289: "Si el contrato tiene por objeto la entrega de una de varias cosas alternativamente, cumplirá el deudor entregando cualquiera o el valor de una de ellas si todas han perecido. Pero si se reservó la elección el acreedor, podrá pedir la que quiera de las existentes, o el valor de la que elija si hubiere perecido."; mientras que el *Proyecto de Código Civil de 1890* tenía dos artículos, el 1506: "En las obligaciones alternativas que se refieren a cosas, corresponde la elección al deudor, salvo pacto en contrario.- Cuando son dos o más los deudores deben escoger de común acuerdo todos ellos. Lo mismo sucede, cuando son varios los acreedores, a quienes se ha reconocido el derecho de elegir.- En uno u otro caso, si no están acordes los deudores o los acreedores, corresponde la elección al Juez."; y el 1505: "Cuando la obligación tiene por objeto una de varias cosas, o de varias prestaciones, independientes y distintas entre sí, se llama alternativa."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trataba el tema en los artículos 147: "La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.- El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas, o que no hubieran podido ser objeto de la obligación."; y 146: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.- El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* regulaba el particular en sus numerales 138: "La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.- El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas, o que no hubieran podido ser objeto de la obligación."; y 137: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."; mientras que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* lo hacía en los artículos 1182: "La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese reservado al acreedor."; y 1181: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."; y el *Código Civil de 1936,* en sus artículos 1192: "La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese reservado al acreedor."; y 1191: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de ellas.- El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* contemplaba el particular en sus artículos 31: "La elección corresponde al deudor, si no se ha atribuido al acreedor o a un tercero."; y 29: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo lo está a cumplir por completo una de ellas.- El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* en el artículo 39: "La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.- Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1181: "La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.- Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra."; y, por último, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* contaba con el artículo 1130: "La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.- Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.- Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1112."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1162 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 1963 -similar al primer párrafo del artículo 1162 Peruano-), Panameño (artículo 1019, primer párrafo -y agrega en su segundo párrafo que "el deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación"-); Costarricense de 1888 (artículo 654 -similar al primer párrafo de artículo 1162 Peruano- y el artículo 655, similar al segundo párrafo del artículo 1162), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 429, segundo párrafo -similar al segundo párrafo del artículo 1162 Peruano-) y agrega "siendo la elección del deudor, no puede el acreedor demandar determinadamente una de las prestaciones debidas, sino bajó la alternativa en que se le deben"; Francés (artículos 1190 y 1191 -similar al segundo párrafo del artículo 1162 Peruano-), Italiano de 1942 (artículos 1285, segunda parte -similar al segundo párrafo del artículo 1162 Peruano- y 1286), Hondureño de 1906 (artículo 1394, segundo párrafo -similar al segundo párrafo del artículo 1162 Peruano-), Portorriqueño de 1930 (artículo 1085), Ecuatoriano (artículo 1543, segundo párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1217, primer párrafo), Venezolano de 1880 (artículo 1123), Chileno (artículo 1500), Boliviano de 1831 (artículos 781 y 782), Boliviano de 1976 (artículo 417), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 728, segundo párrafo), Guatemalteco de 1973 (artículo 1335, primer párrafo), Brasileño (artículo 884), Portugués (artículo 543), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 965, primer párrafo), Español (artículo 1132, primer párrafo -similar al primer párrafo del artículo 1162 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 250, inciso 1, similar al tenor del artículo 1162), Argentino (artículo 637), Cubano de 1988 (artículo 244), Etíope (artículo 1881 -similar únicamente en su primera parte al artículo 1162 Peruano-), Egipcio (artículo 150), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 208 -similar en su primera parte del artículo 1162 Peruano-), de la República de China de 1930 (artículo 122), Código de la Provincia de Québec (artículo 1094) y Holandés (Libro 6, Sección 4, artículo 1º).

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil Uruguayo (artículo 1350) establece que la elección pertenece siempre al deudor, si no se ha concedido expresamente al acreedor. Si el que hace la elección muere sin ejecutarla, ese derecho pasa a sus herederos.

De otro lado, el Código Helénico (artículo 309) prescribe que cuando el acreedor pierde su derecho de opción, éste pasa al deudor y no al juez o a un tercero.

El Código Civil Alemán (artículo 264) señala que si el deudor titular de la elección no la realiza antes de la ejecución forzosa, el acreedor puede, a su elección, dirigir dicha ejecución forzosa sobre una u otra prestación; el deudor, sin embargo, en tanto el acreedor no haya recibido la prestación elegida en todo o en parte, puede liberarse de su obligación por una de las restantes prestaciones. Si el acreedor titular de la elección está en mora, el deudor puede requerirle para la realización de dicha elección, bajo determinación de un plazo prudencial. Con el transcurso del plazo, pasa al deudor el derecho de elección si el acreedor no lleva a cabo dicha elección en tiempo oportuno.

El Código Civil Suizo (artículo 72) dispone que si lo contrario no resulta del contrato, la elección pertenece al deudor cuando su obligación se extiende a varias prestaciones, pero quedando aquél obligado tan sólo a una de ellas.

Los Códigos Civiles Chileno (artículo 1501) y Ecuatoriano (artículo 1544) establecen que siendo la elección del deudor, no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en la que se le deben.

– *Análisis.*

En virtud del artículo 1162 del Código Civil Peruano, se establece que la elección de la prestación corresponde, en principio,

al deudor. A entender de Marcadé[1], dada la libertad de las personas, el derecho común y las obligaciones, y los vínculos que generan estas personas, los mismos que constituyen una derogación de este derecho común, es natural restringir más que extender el alcance de una obligación; y por consiguiente, cuando una persona está ligada alternativamente a una u otra cosa, es a esta persona a quien le corresponde la facultad de liberarse de la manera más cómoda que le parezca.

Naturalmente, cabe pacto en contrario de este principio. En tal caso, las opciones a escoger por las partes serán:

(1) Que la elección corresponda al acreedor.

(2) Que la elección corresponda a un tercero designado por las propias partes[2].

Sea quien fuere el que deba practicar la elección, no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Este es el principio de unidad de la prestación y debe ser cumplido.

El Doctor León Barandiarán[3] expresa que se podría plantear un problema si fuese más de una la persona que deba hacer la elección (deudores o acreedores). El autor citado señala lo siguiente:

"Puede ocurrir que tratándose de la alternativa, la obligación corresponda a varios deudores o varios acreedores, pudiendo abrigarse dudas acerca de cómo se puede proceder. Nos parece interesante transcribir lo que sobre este punto indica el Proyecto

(1) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 484.
(2) Estos conceptos acerca de la forma de elección de la prestación a ejecutar, son compartidos también por el tratadista italiano Doménico Barbero (BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 61.); y por el argentino Mariano Gagliardo (GAGLIARDO, Mariano. La Mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances. Página 145. Abeledo-Perrot S.A. Editora e Impresora, Buenos Aires, 1979).
(3) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, páginas 79 y 80.

argentino (León Barandiarán se refiere al Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, del año 1936): 'Si la opción corresponde a varios acreedores o a varios deudores, o cuando varios herederos le han sucedido, la elección debe ser hecha por unanimidad y comunicada a todos los interesados por la otra parte'"; agrega que cuando no se obtenga la unanimidad, la elección pasa a la otra parte; y que la misma solución, en líneas generales, es aconsejada en la doctrina alemana.

Por nuestra parte, no coincidimos con la opinión del Doctor León Barandiarán, pues creemos que sería más conveniente optar por el criterio de mayoría absoluta. Así se evitarían hipotéticos entrampamientos y pérdida de eficacia de los contratos celebrados.

Otro aspecto con interés teórico y práctico es la hipótesis en la cual nos encontremos frente a una obligación alternativa, en que la parte (acreedor o deudor) con la posibilidad de realizar la elección de la prestación a ejecutar, fallezca, dejando pluralidad de herederos. Por su parte, Laurent[4] señala que éste es un asunto muy controvertido, y su parecer es que la propiedad se transferirá sólo cuando se haya hecho la elección; recuerda que el sentido del principio del artículo 1138 del Código Civil Francés, el cual rige la transferencia de la propiedad por el solo consenso, es el estar referido a bienes ciertos o determinados[5].

Por nuestra parte, pensamos que, rigiéndonos por el principio del artículo 1161 del Código Civil Peruano, antes comentado, en el sentido de que en las obligaciones alternativas el deudor sólo está obligado al cumplimiento íntegro de una de las prestaciones, este mismo principio debe permanecer incólume tras la muerte de una de las partes en la obligación. Así, ya estemos en presencia de una obligación de carácter divisible, indivisible, mancomunado o solidario, las consecuencias serán las mismas, estando los he-

(4) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 234 y siguientes.
(5) Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVI, Páginas 14 a 18.) también trata el tema.

rederos del deudor (o en su caso, del acreedor -si es que a éste correspondía efectuar la elección-) obligados a designar conjuntamente cuál es la prestación elegida para ejecutarse. Consideramos que entender el problema de esta forma resulta la única manera razonable para preservar la esencia y naturaleza de la obligación alternativa, sin salirnos de lo preceptuado por el artículo 1161 del Código Civil Peruano.

Tal vez la única duda que presenta esta posibilidad podría recaer en la manera como los herederos del encargado de la elección de la prestación, la efectúen. Así, podría sostenerse que la elección debe hacerse por unanimidad, como también decirse que ésta podría efectuarse por mayoría absoluta de los herederos. Por nuestra parte, consideramos más acertado el criterio que plantea la elección por mayoría absoluta, ya que en el Derecho -y no sólo dentro del Derecho Civil-, por lo general, resulta usual que las decisiones de órganos corporativos o de grupo se realicen por mayoría relativa o absoluta, siendo el criterio de unanimidad uno de excepción.

A través del segundo párrafo del artículo 1162 del Código Civil Peruano, bajo comentario, se establece que quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Esta norma tiene por objeto la preservación del principio de identidad de la prestación, ya que en la obligación alternativa se debe pagar con cualquiera de las prestaciones de tal carácter, pero completamente, lo que equivale a decir que se tiene que ejecutar íntegramente una u otra, pero nunca parte de una y parte de otra, pues de esta forma se estaría violentando el citado principio de identidad.

Un punto planteado por V. Marcadé[6] es aquel en el cual estemos en presencia de una prestación alternativa en la que los objetos de la misma consistan en cosas pertenecientes a varios deudores (porque desde el origen había varios deudores o porque el único deudor había fallecido, dejando varios herederos). En

(6) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 484.

este caso, a decir de Marcadé, estos múltiples deudores, aunque cada uno de ellos deba sólo su fracción de la deuda, no estarán menos obligados a ponerse de acuerdo para, en el mismo objeto, dar sólo la parte de cada uno; agrega que ésta es la consecuencia necesaria y evidente de que la obligación alternativa tiene por objeto, no una parte de una cosa y una parte de otra, sino tal cosa por completo, o tal otra por completo, igualmente.

Otro asunto de interés es el hecho de que, a través del tercer párrafo del artículo 1162, bajo comentario, se hace de aplicación al mismo el supuesto del artículo 1144, relativo a las consecuencias derivadas del incumplimiento del plazo en la elección en el caso de las prestaciones de dar bienes inciertos, del cual ya tratamos en su oportunidad.

Consideramos que los argumentos aducidos por nosotros al comentar -en los artículos 1143 y 1144- la naturaleza del tercero, si es que a éste corresponde la elección, no son de plena aplicación a este punto, ya que el tercero, en el caso de la elección de una prestación alternativa, sólo realiza una función de mandatario-arbitrador-no perito, debiendo llevar a cabo una función de mero arbitrio. En el caso de las obligaciones de prestaciones alternativas, nunca podrá haber un arbitrio de equidad, ya que hasta cierto punto resultará indiferente cuál de las prestaciones se elija, por los argumentos que planteamos al responder a la interrogante que formulamos a continuación.

Cabría preguntarse ¿por qué no se ha hecho también remisión al artículo 1143 relativo a la elección de acuerdo con la calidad media?

La respuesta es muy sencilla. En el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos o indeterminados, resulta muy conveniente y hasta necesario efectuar precisiones como las hechas por el artículo 1143, pues las partes no han definido qué bien se entregará, sino que éste deberá ser escogido sólo con posterioridad a la celebración del contrato, dentro de la especie señalada.

Sin embargo, el supuesto del artículo 1162 es totalmente

distinto, pues en éste, las partes han establecido de antemano en qué consiste cada una de las prestaciones alternativas objeto de la obligación pactada. En el caso analizado, las partes han dado similar valor a cada una de las prestaciones previstas. Aquí resultará indiferente cuál revestirá mayor valor o calidad entre ellas, pues se les ha asignado valor similar a todas.

Adicionalmente, tal como ha sido señalado por nosotros, en el caso de las obligaciones con pluralidad de objeto (y las obligaciones alternativas son unas de ellas), las prestaciones objeto de las mismas podrían revestir distinta naturaleza (dar, hacer y no hacer), razón por la cual, si persistiésemos en tratar de averiguar la calidad media de las mismas, nos resultaría imposible hacerlo, además de que ello sería absolutamente innecesario, por las razones recién expresadas.

Esto no quiere decir que si se trata de una obligación alternativa nunca resulte de aplicación el artículo 1143 del Código Civil. Podría ocurrir que en una obligación alternativa la prestación cuyo cumplimiento se elija sea una de dar bienes inciertos o indeterminados. En este caso, para la elección de la prestación en sí, será de aplicación solamente el artículo 1144, en virtud de la norma de remisión contenida en el artículo 1162, pero en lo relativo a la elección del bien entre los inciertos (para hacerlo cierto), serán de aplicación concurrente los artículos 1143 y 1144, relativos a las obligaciones de esta naturaleza.

– *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1162.*

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

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

Son aplicables a estos casos las reglas de los dos primeros párrafos del artículo 1144.

Si la elección se confía a uno o a varios terceros y no la efectúan, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél o a aquellos el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

Es aplicable, en lo que respecta a la forma de acordar la decisión en caso de pluralidad de terceros, lo establecido en el último párrafo del artículo 1144."

– *Fundamento.*

Planteamos las modificaciones anotadas porque hemos sugerido la variación del principio establecido en el artículo 1144, en el sentido de que si el tercero encargado no puede realizar o no realiza la elección del bien, la obligación queda sin efecto. Sin embargo, no consideraríamos acertado que este mismo principio se aplique al supuesto de las obligaciones alternativas, ya que en este caso resultaría indiferente la elección de cualquiera de ellas; y quien lo haga podrá ser cualquier tercero, incluyendo al propio juez.

Por último, contemplamos también el supuesto de pluralidad de terceros, para cuya decisión corporativa se aplicarán los criterios señalados en nuestra propuesta de reforma al artículo 1144.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1162.*

En relación con la elección en las obligaciones alternativas, hemos hallado una Ejecutoria Suprema:

"Pactada en una escritura pública de mutuo anticrético la obligación alternativa para el deudor de pagar en dinero o ceder el dominio del bien dado en anticresis, no puede el acreedor exigir la cesión del dominio, sino en caso que el deudor sea omiso en hacer la ejecución." Revista del Foro, 1940, Página 746. Revista de los Tribunales, 1940, Página 360. (Artículo 1192 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Elección en obligaciones de dar bienes inciertos, artículo 1143 del Código Civil / Plazo para la elección, artículo 1144 del Código Civil.

– FORMAS DE ELECCION DE LA PRESTACION A EJECUTAR.

Artículo 1163.- *"La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1163.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890.*

Sí fue regulado por el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925* (artículo 149): "La elección tendrá lugar por declaración dirigida a la otra parte.- La prestación elegida se considerará como la única debida desde un principio."; así como por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* (artículo 140): "La elección tendrá lugar por declaración comunicada a la otra parte. La prestación elegida se considerará como la única debida desde un principio."; por el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* artículo 1184: "La elección ten-

drá lugar por declaración comunicada a la otra parte. La prestación elegida se considerará como la única debida desde el principio."; y por el *Código Civil de 1936* (artículo 1194): "La elección tendrá lugar por declaración comunicada a la otra parte. La prestación se considerará como la única debida desde el principio."

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trató sobre el particular en el numeral 34: "La elección se hace irrevocable con la ejecución de una de las prestaciones, o bien con la declaración de elección comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección se hace por un tercero. La prestación elegida se considerará la única debida desde el principio."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hizo en el artículo 41: "La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practicara un tercero."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1183: "La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas, si la practicara un tercero."; y, por último, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1131: "La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1163 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1020), Italiano de 1942 (artículo 1286 -similar a la segunda parte del artículo 1163 Peruano-), Hondureño de 1906 (artículo 1393), Portorriqueño de 1930 (artículo 1086), Boliviano de 1976 (artículo 418), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1868 (artículo 730), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 965, segundo y tercer párrafos), Portugués de 1967 (artículos 542 y 549), Español (artículo 1133), Alemán (artículo 263 -sólo establece que la elección se realiza mediante declaración frente a la otra parte. La prestación elegida vale como la única debida desde el principio-), y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 122, tercera parte: "Cuando la elección la deben hacer varias personas, el juez puede impartirles un plazo para que se pongan de acuerdo y realicen luego la declaración de su elección. En defecto de declaración dentro de plazo fijado, la elección será hecha por el juez. Cuando el deudor, obligado alternativamente a la entrega de una de las dos cosas, no cumple su obligación, el acreedor puede tomar posesión de una de esas dos cosas a su elección, sin que el deudor tenga derecho a liberarse con la entrega de la otra. Si luego del vencimiento de la obligación, el acreedor, a quien corresponde la elección, no la declara, el juez le otorgará a pedido del deudor, un plazo después del cual la elección corresponderá al deudor.").

El Código Helénico dispone, en su artículo 306, que la elección se realiza cuando la opción es comunicada a la otra parte. Esta opción no puede ser modificada ni sujetarse a condición o término. En caso de pluralidad de acreedores o deudores, la declaración de la opción se realiza de común acuerdo y respecto a todos.

Debe mencionarse que el Código de la República de China de 1930 (artículo 212) establece que el efecto de la elección se retrotrae al momento del nacimiento de la obligación.

– *Análisis.*

En virtud de lo establecido por el artículo 1163 del Código Civil antes transcrito, se establece que existen dos formas de realizar la elección de la obligación:

(1) Con la ejecución de una de las prestaciones; o

(2) Con la declaración de la elección comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez.

Por ello, quien deba realizar la elección podría optar por cualquiera de los dos caminos señalados. Si optase por el primero, en principio (ya que luego nos encargaremos de establecer una excepción a esta regla) no se requeriría de la comunicación sobre la prestación elegida, sino solamente de su ejecución por el deudor. Por la redacción del Código Civil, esta posibilidad, resulta evidente; sólo será de aplicación cuando sea el deudor quien deba realizar la elección, ya que si ésta correspondiese al acreedor o a un tercero, mal podría el deudor, antes de que la prestación hubiese sido escogida, empezar su ejecución. Esto es lo que se denomina la concentración normal de la prestación[1].

Si optase por el segundo camino, quien realice la elección deberá, necesariamente, comunicar dicha elección a la otra parte (si se tratase del deudor o del acreedor quien deba realizar dicha elección); si fuese el tercero designado por las partes, o el juez, quien deba realizar la elección, deberá comunicar dicha elección a ambos contratantes (o partes -en términos generales-) para que ésta surta efectos.

Pero queremos ocuparnos de un supuesto interesante en lo que respecta a la elección por ejecución del deudor de una prestación alternativa.

Se trataría del caso en el cual se hubiera pactado una obligación alternativa, con varias prestaciones, una de las cuales sea una prestación de no hacer. Si fuese el deudor quien tuviera que efectuar la elección en fecha determinada, y luego de transcurrida esa fecha no manifestase su voluntad en ningún sentido, cabrían, a nuestro entender, dos interpretaciones del problema:

(1) Debería entenderse que ha escogido la prestación de no hacer, ya que es ésta justamente la que viene ejecutando.

Nosotros no compartimos esta tesis, sino la que explicamos a continuación.

---

(1) Ver BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 62 y 63.

(2) Para el caso en el cual por lo menos una de las prestaciones consista en un no hacer, y le corresponda al deudor efectuar la elección, necesariamente tendrá que optar por una elección expresa, ya que en este caso el silencio no representa ninguna manifestación de voluntad, ni mucho menos el no hacer implica que esté ejecutando dicha prestación. Este sería el supuesto en el cual se hubiese pactado una obligación alternativa, consistente, por ejemplo, en dos prestaciones de dar y una de no hacer, y el deudor no entregase ninguno de los bienes, pero estuviera omitiendo hacer lo que era objeto de la obligación.

Consideramos que en casos como el mencionado en el párrafo anterior, el deudor debería necesariamente efectuar una elección expresa de la prestación que desee ejecutar, a menos que la obligación de no hacer consista en dejar de hacer algo que se venía haciendo, o la omisión de algo en la fecha prevista en la obligación alternativa.

Si para el lector quedase alguna duda de las bondades de esta segunda opción, plantéese el supuesto en el cual un deudor se hubiese obligado frente a un acreedor de manera alternativa a la ejecución de una cualquiera de tres prestaciones de no hacer. En este caso, no se podría interpretar el silencio y la abstención del deudor como equivalente a la ejecución de alguna de ellas, ya que no sólo alguna es de no hacer, sino que las tres son de esta naturaleza, y no cabría imputar su silencio y su abstención a alguna de ellas, a menos que alguna de las obligaciones de no hacer consistiese en dejar de hacer algo que se venía haciendo, o que llegara la fecha de omisión respecto a la primera y el deudor omitiera hacer.

Debemos señalar, no obstante las precisiones anteriores, que la elección siempre puede ser impugnada, pues ella podría versar sobre alguna prestación que no estuvo considerada en la obligación alternativa; también pueden modificarse su naturaleza o contenido al practicarse la elección o al empezar a ejecutarla.

Por otra parte, también debemos advertir que los ejemplos

previstos en estos comentarios no sólo son aplicables al caso de las obligaciones de no hacer. Puede también tratarse, por ejemplo, de una obligación de dar que deba ejecutarse dentro de los 60 días luego de practicada la elección. El hecho de que no se haga nada durante los primeros 30 ó 40 días no significa, evidentemente, un incumplimiento.

En otros casos, podría suceder algo similar en las obligaciones de hacer. Por ejemplo, el pintor que se obliga a pintar un cuadro dentro de un plazo de tres meses, y durante el primer mes o los dos primeros meses no hace absolutamente nada. Entonces estaríamos ante obligaciones de dar o de hacer, que no tendrían por qué ejecutarse de inmediato.

No está demás precisar que cuando hablamos de la elección de la prestación a ejecutar en las obligaciones alternativas, dicha elección de la prestación tiene carácter irrevocable. En tal sentido, el tratadista argentino Luis María Boffi Boggero[2] señala que al ser la consecuencia de la elección transformar la obligación alternativa en una de dar cosa cierta, de hacer, o no hacer concretos, la importancia decisiva que entraña ha dado origen a opiniones diferentes acerca de si la elección practicada es o no irrevocable. El citado autor agrega que la irrevocabilidad tiene la ventaja de ofrecer seguridad jurídica, que en el caso se traduce en una garantía para la otra parte. Según Boffi Boggero, mientras los partidarios de la tradición la sitúan fundamentalmente en el momento en que ella se produzca o, en todo caso, cuando hubo acuerdo entre acreedor y deudor acerca de la cosa o la prestación sobre la cual se va a concentrar la alternativa, los partidarios de la tesis de la declaración hacen arrancar la irrevocabilidad del momento mismo en que la declaración llega a conocimiento de la otra parte; agregan, además, que si la elección corresponde al acreedor, la irrevocabilidad surge desde que se la comunica al deudor, mientras que la elección del tercero trae aparejada la irrevocabilidad desde que han sido notificadas las dos partes.

(2) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Páginas 457 a 460.

Boffi Boggero plantea -aunque no comparte- la tesis de la retroactividad de la elección; recordando que con relación a las consecuencias en orden al tiempo, se ha señalado por la doctrina que la elección las tiene retroactivas al momento en que nació la obligación correspondiente, entendiéndose que en el principio había habido una única prestación: la elegida. Incluso recuerda, que el Código Civil Alemán consagra esa interpretación, aceptada sin reparos por muchos autores partidarios de la teoría "condicional".

Por nuestra parte y respecto al tema promovido por Boffi Boggero, debemos decir que la posición que plantea la retroactividad de los efectos de la elección de la prestación a ejecutar no es acertada. Si asumiésemos los efectos retroactivos de la elección, estaríamos también asumiendo, implícitamente, que la obligación alternativa, después de efectuada la elección, se consideraría simple o de objeto único desde su nacimiento, lo que evidentemente es falso, ya que estamos en presencia de una obligación con pluralidad de objetos. Hasta tal punto no es retroactiva la elección, que ésta surte efectos desde el momento en que se realiza, momento desde el cual la obligación alternativa se empezará a regular por las normas de las obligaciones de objeto simple, sea de dar, de hacer o de no hacer. No olvidemos el antiguo principio jurídico en el sentido de que la naturaleza de los actos mira el momento en que nacieron, el único que resulta importante para describir su naturaleza.

– *Concordancias nacionales.*

Irrevocabilidad de la elección, artículo 1145 del Código Civil.

– OBLIGACION ALTERNATIVA CONSISTENTE EN PRESTACIONES PERIODICAS.

Artículo 1164.- *"Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1164.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852.*

Su primera referencia nacional la consigna el artículo 1508 del *Proyecto de Código Civil de 1890*, que establece: "Cuando la obligación alternativa tiene por objeto prestaciones periódicas, la elección hecha en un período no es obligatoria en los siguientes."

Luego aparecieron el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* artículo 148: "Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los

otros."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* artículo 139: "Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* artículo 1183: "Cuando la obligación alternativa consista en prestaciones anuales, la elección hecha para un año no obliga para los otros."; y el *Código Civil de 1936,* artículo 1193: "Cuando la obligación alternativa consista en prestaciones anuales, la elección hecha para un año no obliga para los otros."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue tratado por el artículo 30 de la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*: "Cuando la obligación alternativa consista en prestaciones períodicas, la elección hecha para un período no obliga para los otros."; por el artículo 42 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*: "Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."; por el artículo 1184 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981:* "Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."; y por el artículo 1132 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984:* "Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

El Código Civil Uruguayo (artículo 1356), dispone que cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha por un año no obliga por los otros, al igual que el Código Brasileño (artículo 884, inciso 2).

Por su parte, el Código Civil Argentino (artículo 640) también se diferencia del Peruano cuando señala que si la obligación alternativa consiste en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros.

– *Análisis.*

El artículo 1164 del Código Civil Peruano nos plantea el supuesto en el cual una obligación alternativa tuviese por objeto varias prestaciones periódicas.

Debemos precisar que, dentro del concepto de prestaciones periódicas, deben comprenderse:

(1) Las prestaciones periódicas propiamente dichas;

(2) Las prestaciones periódicas de carácter continuado.

En virtud del principio de unidad de la prestación (en este caso extendido al supuesto de pluralidad de prestaciones), ésta debe ser ejecutada íntegramente.

En una obligación alternativa con prestaciones periódicas, se plantean, para quien deba realizar la elección, varios caminos un tanto largos; quien deba efectuar dicha elección, tendrá que escoger detenidamente el camino a seguir, ya que una vez que lo decida no podrá retroceder y comenzar con otro distinto. En este caso, cada uno de los caminos es irreversible. La opción elegida deberá ser cumplida en su integridad, sin que se pueda transitar parte de una, parte de otra y parte de una tercera.

Pongamos un ejemplo. Un deudor se obliga frente a su acreedor de manera alternativa a arrendarle un inmueble, y le da como contraprestación (aquí está la alternatividad) o la cantidad de 1,000 soles mensuales o un televisor marca "Sony", nuevo, de 17 pulgadas, mensualmente, como renta.

Si quien debe efectuar la elección es el deudor y éste paga

la primera mensualidad con la entrega de un televisor, deberá cumplir el resto de mensualidades con similar prestación. De ninguna manera (salvo que lo permita el acreedor) podría cumplir con la entrega de los 1,000 soles en otra mensualidad y así alternativamente.

Esto nos lleva a plantearnos la hipótesis de que resulte imposible continuar con la ejecución de la prestación elegida; lo que podría suceder si luego de cuatro meses, por ejemplo, se descontinuase la marca "Sony". En tal supuesto, salvo que lo admitiese el acreedor, la obligación se resolvería, ya que su ejecución resultaría imposible sin culpa de las partes.

La solución del Código Peruano se sustenta en que es principio del Derecho disipar la incertidumbre. Y ello se logra, sin duda, con la primera y única elección -salvo las excepciones previstas por la ley-, que fija efectivamente el objeto.

Resulta necesario señalar, adicionalmente, que la innovación más importante en relación al Código Civil de 1936, acogida por el artículo 1164 del Código Civil vigente, es que la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo las excepciones a las que se alude. Debe presumirse que la manifestación de voluntad expresada para un período, alcanza a los demás. Esta presunción simplifica, sin duda, el cumplimiento de la obligación por el deudor, quien podrá adoptar las previsiones necesarias para ejecutar la prestación en los períodos siguientes. Se abandona, por otra parte, la expresión "prestaciones anuales", que empleaba el Código Civil de 1936, para sustituirla por la expresión "prestaciones períodicas", que revela con mayor propiedad el pensamiento del legislador de 1936. Parece evidente que es la "periodicidad" y no la "anualidad" la que determina la regla. El precepto, por último, aclara que el principio en él consignado sólo opera cuando no resulte lo contrario de la ley, de lo previsto en el título de la obligación o de las circunstancias del caso.

El tema a que se refiere el artículo 1164 del Código Civil Peruano, bajo comentario, no es nuevo. Ya Pothier[1] decía, apoyándose en una ley romana, que en las rentas y pensiones anuales alternativas, como si se tratara de una renta de treinta libras o un moyo de trigo por cada año, el deudor puede escoger cada año una de las dos cosas; y aunque haya pagado el primer año la suma de dinero, puede optar en el segundo año por el moyo de trigo, y viceversa.

Como ha sido señalado por nosotros al tratar acerca de los antecedentes extranjeros del artículo 1164 del Código Civil Peruano, el Código Civil Argentino recoge un principio diametralmente opuesto, ya que a través de su artículo 640 establece que cuando la obligación alternativa consista en prestaciones anuales, la opción hecha para un año no obliga para los otros. Los autores argentinos avalan el principio de su Código Civil. Así, Luis María Boffi Boggero[2] señala que el fundamento de la norma es que no se trata de pagos parciales de una obligación única, sino de pagos autónomos y diferentes, donde nace una nueva facultad de opción a partir de cada vencimiento. Boffi Boggero precisa, adicionalmente, que aunque la elección se hubiese reiterado durante varios períodos, subsiste el derecho de opción consagrado por el artículo 640 del Código de su país, y agrega que el principio general es válido para esta hipótesis. No obstante, Boffi Boggero admite que si de los términos del contrato o de otras circunstancias surgiese que las partes han acordado que la elección por un año valiese para los otros, al tratarse de un principio que no reviste carácter imperativo, la norma dejaría su sitio a la estipulación nacida de la autonomía de la voluntad.

Por nuestra parte, señalamos que el principio recogido por el Código Argentino y los fundamentos que lo sustentan, revisten solidez, la misma que nos hace ver que en determinados aspectos resulta más conveniente la flexibilidad del precepto que la rigidez. Sin embargo, el principio recogido por el Código Civil Peruano resulta coherente, razón por la cual creemos que el problema se reduce finalmente a un criterio de opción legislativa.

---

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 204.
(2) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Página 460.

Por otra parte, consideramos que el artículo 1164 es en extremo interesante, pues nos plantea la posibilidad de ensayar una teoría sobre la conjuntividad, alternatividad y facultatividad, en cuanto a las obligaciones con prestaciones alternativas de carácter periódico.

Desarrollaremos esta teoría a continuación.

El tratamiento habitual de las obligaciones alternativas y facultativas nos plantea la ejecución de una prestación en un momento determinado. Sin embargo, el artículo 1164 establece la posibilidad de que en el caso de las obligaciones alternativas, una de ellas consista en prestaciones de ejecución periódica, lo que llevaría a plantearnos el problema de que la ejecución de la prestación elegida pueda revestir, a su turno, el carácter de alternativa, facultativa o conjuntiva.

Recordemos, por principio, que la prestación es el objeto de la obligación. Ahora bien, la obligación puede generar:

(a) Una única prestación.

Esta prestación puede ser ejecutada fraccionadamente o en partes, sin dejar de ser una sola prestación.

Para citar un ejemplo, mencionaremos un contrato en el cual una parte se ha comprometido a transferir la propiedad de una casa, mientras que la otra se ha obligado a hacerle un pago a plazos (fraccionado en dos armadas) en cualquiera de las siguientes tres posibilidades:

- De manera alternativa, vale decir, o 100,000 soles o joyas por ese valor;

- De manera facultativa, vale decir, donde la obligación principal es entregar 100,000 soles y la accesoria entregar las joyas;

- De manera facultativa, vale decir, donde la obligación principal es entregar las joyas y la accesoria, entregar los 100,000 soles;

- De manera conjuntiva, vale decir, entregando 50,000 soles en efectivo en una primera armada y la misma cantidad de soles en una segunda; o

- De manera conjuntiva, vale decir, entregando joyas por un valor de 50,000 soles en cada una de las dos armadas.

Como puede apreciarse claramente de las variaciones del ejemplo que acabamos de mencionar, la aplicación del criterio de alternatividad, facultatividad y conjuntividad se da en el nivel del objeto de la prestación.

(b) Varias y distintas prestaciones.

Estas varias y distintas prestaciones deberán ser, necesariamente, de ejecución periódica.

Vamos a suponer como ejemplo dos contratos, que impliquen por parte de cada uno de los contratantes la ejecución de por lo menos dos o más prestaciones. Podría ser el caso de los contratos de arrendamiento y de suministro.

En estas hipótesis tendríamos, en cada uno de dichos contratos, por parte de cada uno de los contratantes, el deber de ejecutar una obligación, que, supongamos, tuviera por objeto, al menos, dos prestaciones.

En este caso, cada obligación comprendería, a su vez, un conjunto de prestaciones, que, a su turno, tendrían distinta naturaleza, según la pluralidad de la prestación, es decir que podrían ser alternativas, facultativas o conjuntivas (siempre hablando a nivel de las dos prestaciones mencionadas). En este plano, será evidente que el carácter de la prestación dependerá de la naturaleza de la obligación de la cual se origine.

Así tendremos que:

- Si la obligación es alternativa, las prestaciones también lo serán;

- Si la obligación es facultativa, las prestaciones también lo serán; y

- Si la obligación fuese conjuntiva, las prestaciones también lo serán.

Pero ocurriría, a su vez, que cada una de esas dos prestaciones, en el nivel de sus respectivos objetos, y por tratarse de la ejecución de distintas prestaciones de ejecución periódica, tengan las características de alternatividad, facultatividad o conjuntividad.

De lo que acaba de ser dicho, pueden deducirse algunas conclusiones preliminares, como que el criterio de la alternatividad, facultatividad y conjuntividad se aplica:

(1) En el nivel de las obligaciones, en razón de la pluralidad de prestaciones.

(2) En el nivel de las prestaciones, en razón a la existencia de diversas prestaciones, distintas e independientes entre sí, y además de ejecución periódica.

– Criterios aplicables a nivel de prestaciones periódicas.

Partiendo de esta premisa, las prestaciones objeto de la obligación, y el conjunto de prestaciones derivado de ella, pueden ser, indistintamente, de naturaleza alternativa, facultativa y conjuntiva, de donde se originan las siguientes combinaciones:

(I) Alternativa + Conjuntiva.

Puede darse una obligación alternativa que genere dos prestaciones y que cada una de estas prestaciones alternativas consista en la ejecución de diversas prestaciones periódicas de carácter conjuntivo.

Este sería el caso del deudor que se obliga ante su acreedor a la entrega alternativa y periódica de o polos o camisas. Pero si elige entregar polos deberá hacer dicha entrega con polos elaborados de algodón, nylon y polyester a la vez; mientras que si hubiese elegido la entrega de camisas, éstas deberán ser de seda, chalisse y gaza.

(II) Conjuntiva + Alternativa.

Puede darse una obligación que genere dos prestaciones conjuntivas y que cada una de estas prestaciones conjuntivas consista en la ejecución de diversas prestaciones periódicas de carácter alternativo.

Sería el caso del fotógrafo deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega conjuntiva de retratos y paisajes. Es claro que deberá ejecutar ambas prestaciones: los retratos y los paisajes, por ser conjuntiva la obligación, pero esta situación podría plantearnos que respecto de los retratos se haya pactado la alternatividad de que éstos sean en blanco y negro o a colores; y que lo propio se haya convenido, a elección del deudor, sobre los paisajes.

En este ejemplo notamos que se trata de prestaciones conjuntivas, si las vemos entre grupo y grupo, pero que son alternativas en cuanto a la ejecución de las prestaciones, dado que suponen efectuar una elección entre ellas.

Otro ejemplo sería el caso del concesionario de la cafetería de una empresa que se hubiese obligado, ante dicha empresa, al suministro de helados de vainilla y chocolate a la hora de almuerzo durante los tres meses de verano, pero pactándose que los comensales podrán elegir alternativamente entre helado de vainilla o helado de chocolate, sin que puedan tomar de ambos a la vez.

(III) Facultativa + Conjuntiva.

Puede darse una obligación que genere dos prestaciones facultativas, pero en donde a su vez cada una de ellas consistiese en una conjuntividad de prestaciones periódicas.

Este sería el caso de un deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega de 100 kilos de azúcar mensuales (como prestación principal) o 100 kilos de arroz mensuales (prestación accesoria). En este caso, a nivel de ambas prestaciones, habría facultatividad. Pero si dichas cantidades (en cualquiera de los dos casos) deben entregarse en bolsas de 1/2 kilo, 1 kilo y 2 kilos a la vez, estaríamos frente a la conjuntividad a nivel de su ejecución.

(IV) Conjuntiva + Facultativa.

Podría presentarse una obligación que genere dos prestaciones conjuntivas, y en la que cada una de ellas consistiese en una facultatividad de prestaciones periódicas.

Este sería el caso de un deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega semanal de 10 cajas de gaseosas y de 10 cajas de cerveza. Pero cuando entregue las 10 cajas de gaseosas o de cerveza, podrá elegir entre si se cumple con gaseosas o cervezas de tamaño grande o mediano, siendo el tamaño grande la prestación periódica principal, mientras que el tamaño mediano la prestación periódica accesoria. Como se ve, a este nivel estaríamos en presencia de la facultatividad.

(V) Alternativa + Facultativa.

Podría darse el caso de una obligación que genere dos prestaciones alternativas, pero que cada una de estas prestaciones, a su vez, consistiese en la ejecución periódica de prestaciones facultativas.

Este supuesto será el de un deudor que se hubiese obligado

frente a su acreedor a la entrega semanal de 10 cajas de gaseosas o 10 cajas de cerveza (o una opción u otra), pero si se ejecutase la de dar gaseosas, el deudor tendría la facultad de dar "Coca Cola" (como prestación periódica principal) o "Pepsi Cola" (como prestación periódica accesoria); y si optase por cumplir su obligación con la entrega de cerveza, pudiese ejecutar dicha obligación de ejecución periódica, con la entrega de "Cristal" o "Pilsen", de manera facultativa, donde constituya la cerveza "Cristal" la prestación periódica principal, en tanto que la cerveza "Pilsen", la accesoria.

(VI) Facultativa + Alternativa.

Podría presentarse el supuesto de una obligación que genere dos prestaciones facultativas, donde cada una de ellas, a su vez, consistiese en la ejecución de prestaciones periódicas alternativas.

Sería el caso de un deudor que se hubiese obligado ante su acreedor a la entrega facultativa de 100 kilos de arroz o 100 kilos de azúcar, donde sea el arroz la prestación principal, en tanto que el azúcar la accesoria. Pero como la ejecución de cualquiera de dichas prestaciones se realizaría de manera periódica, esta ejecución podría hacerse o con arroz extranjero o con arroz nacional (para el primer caso), o con azúcar extranjera o con azúcar nacional (para el segundo supuesto).

Debemos señalar que ante la ausencia de normas que prevean y regulen estos supuestos, se origina un vacío legal ante el cual el juez, al considerar indeterminado el objeto, por la pluralidad de prestaciones que se dan, tendría que aplicar lo dispuesto para la alternatividad, la facultatividad o la conjuntividad, respectivamente.

Cabría preguntarse también si el mismo criterio podría plantearse a nivel de cada objeto de cada una de las distintas prestaciones periódicas.

Consideramos que la respuesta es afirmativa.

Así las cosas, aplicaríamos los criterios de alternatividad, facultatividad y conjuntividad al nivel del objeto de la prestación.

En tal sentido, tendríamos las siguientes variables o posibilidades:

Que la obligación sea: conjuntiva, alternativa y conjuntiva; conjuntiva, facultativa y conjuntiva; conjuntiva, alternativa y facultativa; y conjuntiva, facultativa y alternativa. Que sea alternativa, conjuntiva y facultativa; alternativa, facultativa y conjuntiva; alternativa, facultativa y alternativa; y alternativa, conjuntiva y alternativa. O que sea facultativa, alternativa y conjuntiva; facultativa, conjuntiva y alternativa; facultativa, alternativa y facultativa; y facultativa, conjuntiva y facultativa.

– *Breve desarrollo del esquema trazado.*

(I) Obligación:

(a) Conjuntiva + Alternativa + Conjuntiva.

Por ejemplo, un deudor que se obliga frente a su acreedor a la entrega semanal de diez cajas de gaseosas y cerveza (conjuntiva), pero que puede cumplir entregando gaseosas grandes o chicas (alternativa); mas si elige cumplir con grandes o con chicas, deberá hacerlo con "Coca Cola" y con "Inca Kola" (conjuntiva).

(b) Conjuntiva + Facultativa + Conjuntiva.

Sería el caso del deudor que se obliga frente a su acreedor a entregar semanalmente diez cajas de gaseosas y de cerveza (conjuntiva); siendo la prestación principal entregar gaseosas grandes, mientras que su accesoria entregar gaseosas chicas (facultativa); pero si elige entregar grandes o chicas, deberá hacerlo con "Coca Cola" y con "Inca Kola" a la vez (conjuntiva).

(c) Conjuntiva + Alternativa + Facultativa.

Siguiendo con nuestros ejemplos, este podría ser el caso en que el deudor se obligase a entregar semanalmente diez docenas de polos y de camisas (conjuntiva); pero que cualquiera de ellos podrá ser de algodón o de nylon (alternativa); mientras que dichos polos podrán ser estampados (como prestación principal) o lisos (como prestación accesoria) (facultativa).

(d) Conjuntiva + Facultativa + Alternativa.

Este podría ser el caso en el cual el deudor se obligase a entregar 100 sacos de arroz y 100 sacos de azúcar (conjuntiva); siendo la prestación principal la de entregar arroz o azúcar nacional, mientras que la accesoria sería la de entregar arroz o azúcar importado (facultativa); y además, si elige arroz, podrá entregarlo de grano grande o chico (alternativa), mientras que si elige azúcar podrá entregarla blanca o rubia (alternativa).

(II) Obligación:

(a) Alternativa + Conjuntiva + Facultativa.

Es el caso del deudor que se obliga a entregar helados o tortas (alternativa); pero que si entrega helados, éstos tendrán que ser de leche y de agua (conjuntiva); siendo la principal prestación la de entregar helados de chocolate y la accesoria la de entregar helados de vainilla (facultativa).

Ahora bien, si optase por entregar tortas, éstas deberán ser de caja y de manufactura casera o propia (conjuntiva); hechas o de chocolate (como prestación principal) o de vainilla (como prestación accesoria) (facultativa).

(b) Alternativa + Facultativa + Conjuntiva.

Nos serviría de ejemplo un deudor que se obligase a entregar veinte cajas de zapatos o zapatillas (alternativa); y, con el de-

recho de elegir cualquiera de estas dos posibilidades, ellas deberán consistir en calzado de cuero peruano (como prestación principal) o de cuero brasileño (como prestación accesoria) (facultativa); pero en cualquiera de los dos casos, deberán ser de cuero de vaca y de cocodrilo (conjuntiva).

(c) Alternativa + Facultativa + Alternativa.

Podríamos poner como ejemplo el caso en el cual un deudor se obligase frente a su acreedor a la entrega de pantalones cortos o largos (alternativa); pudiendo ser, en cada caso, de jean (como prestación principal) o de corduroy (como prestación accesoria); y en cualquiera de los casos deberá entregar pantalones de talla larga o talla mediana (alternativa).

(d) Alternativa + Conjuntiva + Alternativa.

Sería el caso en el cual el deudor se obligase a dar a una tienda, juguetes o instrumentos musicales (alternativa); y habiendo elegido cualquiera de las posibilidades, deberá darlos de manufactura nacional e importada (conjuntiva). En caso de elegir juguetes, además deberán ser o muñecas o carros (alternativa). Por otro lado, en el supuesto de haber escogido dar instrumentos musicales, éstos deberán ser o tambores o flautas (alternativa).

(III) Obligación:

(a) Facultativa + Alternativa + Conjuntiva.

Como ejemplo podríamos citar el caso del deudor que se obliga a entregar helados (como prestación principal) o gaseosas (como prestación accesoria) (facultativa); y en caso de elegir cualquiera de ellos, deberán ser suministrados en envases de un litro o en envases de un galón (alternativa); y, en ambos casos, de haberse elegido helados, éstos deberán ser de chocolate y de vainilla (conjuntiva); y si se hubiesen elegido gaseosas, éstas deberán ser suministradas de sabores de naranja y limón (conjuntiva).

(b) Facultativa + Conjuntiva + Alternativa.

Por ejemplo, si un deudor se obligase frente al acreedor a la entrega de sacos de harina (como prestación principal) o de sacos de azúcar (como prestación accesoria) (facultativa); y que, de elegir cualquiera de ellos, deberá entregar harina o azúcar nacional e importada a la vez (conjuntiva).

Ahora bien, si elige entregar harina, podrá hacerlo de harina preparada o sin preparar (alternativa); mientras que si elige entregar azúcar, ésta podrá ser blanca o rubia (alternativa).

(c) Facultativa + Alternativa + Facultativa.

Sería el caso en el cual un deudor se obligase a entregar como prestación principal jugos, y como prestación accesoria gaseosas (facultativa).

Si elige entregar jugos, éstos podrán ser naturales o artificiales (alternativa); pero elija unos u otros, aquéllos podrán ser de sabor de mango (como prestación principal) o de manzana (como prestación accesoria).

Ahora bien, si elige entregar gaseosas, éstas podrán ser naturales (como es el caso de las aguas minerales) o artificiales (cualquier otra gaseosa) (alternativa); y de haber elegido cualquier otra gaseosa, ésta podrá ser de sabor de cola (como prestación principal) o de cualquier otro sabor (como prestación accesoria) (facultativa).

(d) Facultativa + Conjuntiva + Facultativa.

Sería el ejemplo del deudor que se obliga frente a su acreedor a la entrega de chocolates (como prestación principal) o caramelos (como prestación accesoria) (facultativa); pero si elige o unos u otros, deberá hacerlo con unidades de tipo leche y de tipo licor (conjuntiva); mientras que podrá entregarlos de manera principal en cajas o de manera accesoria en bolsas (facultativa).

Antes de concluir nuestros breves comentarios sobre este novedoso punto, debemos precisar que las subdivisiones y criterios para seguir combinando la alternatividad, con la facultatividad y la conjuntividad, resultan, en buena cuenta, infinitos.

Así, podríamos tener el caso siguiente:

Un deudor se obliga a entregar a su acreedor carne o vegetales (alternativa). Para seguir sólo con la opción de la carne, podríamos decir que ésta podrá ser roja o blanca (alternativa); mientras que si es blanca, deberá tratarse de pescado y de gallina (conjuntiva); y en esta situación, sólo para hablar de la carne de pescado, ésta deberá ser de corvina, cojinova y lenguado, a la vez (conjuntiva), pero el deudor podrá optar de manera facultativa a la entrega de cortes de uno o de dos kilos (facultativa). Adicionalmente, en cualquiera de los casos, el pescado podrá ser fresco o congelado (alternativa) y deberá estar envasado en cajas y en bolsas (conjuntiva). Cabría agregar que los envases podrían ser etiquetados o no (alternativa), y así seguir con las posibilidades de manera infinita.

– IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCION DE UNA O MAS PRESTACIONES, CUANDO LA ELECCION CORRESPONDA AL DEUDOR.

Artículo 1165.- *"Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:*

1.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.

2.- Si algunas prestaciones son imposibles, el deudor escoge entre las subsistentes.

3.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas no imputables al deudor, se extingue la obligación."

– *Fuentes nacionales del artículo 1165.*

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a las *Partidas*, Ley 18, Título XI, Partida Quinta: **"Si cuando la cosa**

señalada que prometiesse alguno a dar, non dixesse ciertamente, en qual día gela daría; si después desso gela pidiesse el otro a quien fue prometida, pidiendogela, e non gela quisiesse dar, pudiendolo fazer, dezimos que si muriesse la cosa después, de su muerte natural, que es tenudo de la pechar"; además de la Ley 23, Título XI, Partida Quinta; y la Ley 8, Título VIII, Partida Quinta: "**Es tenudo de pechar la cosa, aquel que por su culpa acaesciesse aquella ocasión por que se pierde o se muere la cosa**."

El artículo 1165 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trató el tema en sus artículos 787: "La obligación alternativa se convierte en pura y simple, si una de las cosas prometidas perece y no puede entregarse, aunque sea por culpa del deudor. No se puede en lugar de esta cosa ofrecer su precio. Si las dos han perecido, y el deudor es culpable de la pérdida de una de ellas, debe pagar el importe de la última que haya perecido."; 789: "Si las dos cosas han perecido sin culpa del deudor, y antes que se le pueda arguir de moroso, la obligación se extingue con arreglo al Capítulo 34, Título 3, Libro 3 de este Código."; y 790: "Los mismos principios se aplican al caso en que la obligación alternativa comprenda más de dos cosas."

El *Proyecto de Código Civil de 1890* lo hizo en sus artículos 1509: "Si llega a ser imposible sin culpa del deudor cumplir las prestaciones que son objeto de obligación alternativa, queda ésta extinguida."; 1510: "La obligación alternativa se convierte en simple, cuando perece, o no puede ser entregada alguna de las cosas que son objeto de ella, aunque uno u otro de estos hechos se realicen por culpa del deudor.- En este caso no se puede obligar al acreedor a que reciba en lugar de la cosa debida el precio que ésta tenga."; y 1511: "Si perecen las cosas que son objeto de obligación alternativa, y el deudor es culpable de la pérdida de una de ellas, debe pagar el precio de la última que perezca."

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* trató el tema en sus artículos 151: "El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieran desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.- La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible."; y 150: "El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* lo hizo en tres preceptos, los artículos 142: "El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieran desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.- La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible."; 141: "El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable."; y 296: "La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* trataba el tema en sus numerales 1186: "El acreedor tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta."; 1185: "El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable."; y 1307: "La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor."; en tanto que el *Código Civil de 1936* lo hacía en sus artículos 1196: "El acreedor tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto

de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.- La indemnización se fijará tomando como base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible."; 1195: "El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable."; y 1318: "La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* tocó el tema en sus artículos 35: "El deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable."; 36: "El acreedor tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. La misma regla se aplicará aunque la última prestación realizable se hubiera hecho imposible por caso fortuito.- La indemnización se fijará tomando como base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible."; y 37: "Si una de las dos prestaciones llega a ser imposible por culpa del acreedor, el deudor queda liberado de la obligación, cuando no prefiera ejecutar la otra prestación y pedir el resarcimiento de los daños. La misma regla se observará cuando las prestaciones sean más de dos."

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* trató el tema a través de su artículo 43: "Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes: 1. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiera, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que hubiera sido imposible; 2. Si algunas prestaciones fueran imposibles, el deudor escogerá entre las subsistentes; 3. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas no

imputables al deudor, se extinguirá la obligación."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hizo en el artículo 1185: "Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes: 1. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiera, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que hubiera sido imposible; 2. Si algunas prestaciones fueran imposibles, el deudor escogerá entre las subsistentes; 3. Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas no imputables al deudor, se extinguirá la obligación."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el numeral 1133: "Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes: 1. Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.- 2. Si algunas prestaciones son imposibles, el deudor escoge entre las subsistentes.- 3. Si todas las prestaciones son imposibles por causas no imputables al deudor, se extingue la obligación."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1165 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1022 -similar al inciso 1 del artículo 1165 Peruano-), Costarricense de 1888 (artículos 656, primera parte -similar al inciso 2 del artículo 1165 Peruano-, 657 -similar al inciso 3 del artículo 1165 Peruano- y 658 -similar al inciso 1 del artículo 1165 Peruano-), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 430, primer párrafo, similar al inciso 2, segundo párrafo, similar al inciso 3 y tercer párrafo, similar al inciso 1 del artículo 1165 Peruano), Francés (artículo 1193, segundo párrafo, similar al inciso 1 del artículo 1165 Peruano y 1195 -similar al inciso 3 del artículo 1165 Peruano-), Hondureño de 1906 (artículo 1398), Portorriqueño de 1930 (artículo 1088 -si-

milar al inciso 1, del artículo 1165 Peruano-), Ecuatoriano (artículos 1545, primer párrafo, y 1547), Chileno (artículo 1502, segundo párrafo), Portugués de 1967 (artículos 545 y 790), Español (artículo 1135 -similar al inciso 1 del artículo 1165 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículo 1337, primer párrafo -similar al inciso 1 del artículo 1165 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 252 -similar al inciso 1 del artículo 1165 Peruano-), Etíope (artículo 1882), Helénico (artículo 310 -similar al inciso 2 del artículo 1165 Peruano-), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 126 -similar al inciso 3 del artículo 1165 Peruano-), Holandés (Libro 6, Sección 4, artículo 4), y Argentino (artículo 639 -expresa lo siguiente: "Si uno de los objetos prometidos no pudiese realizarse aunque sea por culpa del deudor, o por otra causa cualquiera, debe prestarse el que ha quedado. Si ninguno de ellos puede prestarse, y el uno ha dejado de serlo por culpa del deudor, este tiene la obligación de entregar el valor del último que hubiese dejado de poder ser prestado.-")

El Código Helénico (artículo 312) dispone que "cuando la elección corresponde al deudor, si una de las prestaciones deviene imposible por culpa de acreedor, el deudor tiene derecho a ejecutar la prestación que queda como posible, y de reclamar una indemnización por la imposibilidad de la prestación o de considerarse liberado de toda obligación."

Por otra parte, el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y los Contratos de 1927, señala en su artículo 124 que cuando la elección corresponde al deudor, la obligación alternativa deviene simple si una de las cosas debidas se pierde o no puede ser entregada por causa imputable al deudor. Si todas se pierden o no pueden ser entregadas, el deudor que a su cargo las tuvo, deberá pagar el valor de la última que se perdió o de aquella cuya entrega devino imposible en último lugar.

El Código Egipcio (artículo 151) establece que si devienen imposibles dos o varios modos de ejecución, la obligación existe en el modo en que sea posible ejecutarla. Este Código agrega (artículo 241) que si la ejecución deviene imposible por culpa del deudor, o si la imposibilidad es sobreviniente después que él está

en mora, debe indemnización. En su artículo 242 señala, adicionalmente, que cuando una obligación se resuelve por imposibilidad de ejecución, las obligaciones correlativas son igualmente resueltas, sin las indemnizaciones respectivas, en razón del enriquecimiento sin causa y sin perjuicio de los derechos de los acreedores hipotecarios de buena fe.

Por su parte, el Código Helénico (artículo 335) prescribe que si al momento de la ejecución de la prestación, ésta deviene imposible, en todo o en parte, por razones de orden general o por razones concernientes al deudor, éste debe reparar el perjuicio irrogado al acreedor.

– *Concordancias nacionales.*

Pérdida del bien en obligaciones de dar, por culpa del deudor y sin culpa de las partes, artículo 1138, incisos 1 y 5 del Código Civil / Prestación imposible por culpa del deudor en obligaciones de hacer, artículo 1154 del Código Civil / Prestación imposible por culpa del acreedor en obligaciones de hacer, artículo 1155 del Código Civil / Remisión a reglas de obligaciones de hacer, artículo 1160 del Código Civil / Elección de la prestación alternativa, artículo 1162 del Código Civil / Inimputabilidad por ausencia de culpa, artículo 1314 del Código Civil / Extinción de la obligación, artículo 1316 del Código Civil.

Precisa dejar constancia que el análisis de esta norma, por el alcance de sus preceptos, lo hacemos conjuntamente con el artículo 1166, que prosigue.

– IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCION DE UNA O MAS PRESTACIONES CUANDO LA ELECCION CORRESPONDA AL ACREEDOR, A UN TERCERO O AL JUEZ.

Artículo 1166.- *"Cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:*

1.- *Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.*

2.- *Si algunas prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.*

3.- *Si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes.*

4.- *Si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1166.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trató el tema en su artículo 788: "En los casos previstos en el artículo anterior, si la elección se concedió por el convenio al acreedor y sólo ha perecido una de las cosas, entonces si ha sido sin culpa del deudor, el acreedor debe recibir la que quede; pero si el deudor es culpable, el acreedor puede pedir la cosa que queda o el importe de la que ha perecido. Si han perecido ambas cosas y el deudor es culpable de la pérdida de ellas, o sólo de la una, entonces el acreedor puede pedir el precio de cualquiera de ellas a su elección."; mientras que el *Código Civil de 1852* no trató sobre el particular.

Por otra parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* se ocupó de la materia en su artículo 1512: "Pereciendo sin culpa del deudor una de las cosas debidas alternativamente, debe el acreedor, caso de corresponderle la elección, recibir la que queda; pero, si el deudor es culpable de la pérdida, el acreedor puede pedir a su elección la cosa que queda, o el precio de la que ha perecido.- Si perecen ambas cosas por culpa del deudor, cometida respecto de ellas o de una sola, puede el acreedor pedir el precio de una u otra; pero si perecen sin culpa del deudor, antes de que éste incurra en mora, se extingue la obligación."; mientras que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* lo hizo en su artículo 152: "Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquella hubiera sido notificada al deudor.- Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1.- Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que

haya quedado, si una sola subsistiere.- 2.- Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido.- 3.- Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio."; y el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* en sus numerales 296: "La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor."; y 143: "Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquella hubiera sido comunicada al deudor.- Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1a.- Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiere.- 2a.- Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquel, hubiere desaparecido.- 3a.- Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* contemplaba el tema en sus artículos 1307: "La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor."; y 1187: "Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla fue comunicada al deudor.- Hasta entonces la responsabilidad del deudor se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si alguna de las cosas se hubiere perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiese; 2.- Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que hubiere desaparecido; 3.- Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio."; en tanto que el *Código Civil de 1936* lo hizo en sus artículos 1318: "La obligación se extingue

cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor."; y 1197: "Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla fue comunicada al deudor.- Hasta entonces la responsabilidad del deudor se regirá por las reglas siguientes: 1. Si alguna de las cosas se hubiera perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiese; 2. Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que hubiere desaparecido; 3. Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio."

Ya dentro del proceso de reforma al Código de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* reguló el particular en sus artículos 38: "Cuando la elección hubiere sido atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla fue comunicada al deudor.- Hasta entonces la responsabilidad del deudor se regirá por las reglas siguientes: 1. Si alguna de las cosas se hubiera perdido por caso fortuito, cumplirá, entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiese.- 2. Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el valor de la que hubiere desaparecido, más los daños y perjuicios en este último caso.- 3. Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su valor, más los daños y perjuicios.- Las mismas reglas regirán la responsabilidad del deudor cuando la elección hubiere sido atribuida a un tercero."; y 39: "Cuando la elección corresponde al acreedor, el deudor queda liberado de la obligación, si una de las dos prestaciones se hace imposible por culpa del acreedor, salvo que éste prefiera pedir la otra prestación y resarcir el daño."

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* contempló el particular en su artículo 44: "Cuando la elección corresponde al acreedor, o a

un tercero, la imposibilidad de una o más prestaciones se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.- 2.- Si algunas prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor podrá elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.- 3.- Si algunas prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes.- 4.- Si todas las prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación."

Por su parte, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* trató el tema en su artículo 1186, del texto siguiente: "Cuando la elección corresponde al acreedor, o a un tercero, la imposibilidad de una o más prestaciones se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.- 2.- Si algunas prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor podrá elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.- 3.- Si algunas prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes.- 4.- Si todas las prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* lo hizo en su artículo 1134: "Cuando la elección co-

rresponde al acreedor, o a un tercero, la imposibilidad de una o más prestaciones se regirá por las reglas siguientes: 1.- Si todas las prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, la obligación quedará resuelta y éste deberá devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.- 2.- Si algunas prestaciones fueran imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor podrá elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.- 3.- Si algunas prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes.- 4.- Si todas las prestaciones fueran imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1166 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1023, segundo párrafo) y Hondureño de 1906 (artículo 1399, segundo párrafo) -agregando ambos en su primer párrafo que "cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día que aquélla fuese notificada al deudor"-; Francés (artículo 1194), Portorriqueño de 1930 (artículo 1089), Uruguayo (artículo 1354), Ecuatoriano (artículos 1545, segundo párrafo, y 1547, segundo párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1219), Chileno (artículos 1502 y 1504), Boliviano de 1831 (artículo 785), Paraguayo de 1987 (artículos 486 -similar a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 1166 Peruano- y 490 -similar al inciso 4 del artículo 1166 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículos 253, primer y segundo párrafos -similares a los incisos 1 y 2 del artículo 1166 Peruano- y 254 -similar al inciso 4 del artículo 1166 Peruano-), Español (artículo 1136), Portugués de 1967 (artículo 546), Argentino (artículo 642), Helénico (artículo 313), y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1098).

El Código Helénico (artículo 314) señala que: "Cuando la elección corresponde al acreedor, si una de las prestaciones deviene imposible por culpa del deudor, el acreedor tiene derecho de exigir, sea la prestación que resta posible, sea una indemnización por aquella que devino imposible".

El Código Civil de la Provincia de Québec en su artículo 1097 prescribe que cuando la elección corresponde al acreedor y una de las cosas debidas se pierde o no puede ser entregada, sin mediar culpa del deudor, el acreedor deberá recibir la que quede; empero si medió culpa del deudor, el acreedor puede exigir la cosa posible o el valor de aquélla que se perdió. En caso que ambas prestaciones, a las que el deudor estaba obligado, sean imposibles o aun una de ellas, el acreedor puede demandar el valor de una u otra a su elección.

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil de la República de China de 1930 regula esta materia de un modo distinto a nuestro Código, estableciendo -en su artículo 211- que cuando las prestaciones son originariamente imposibles o devienen en tales, la obligación se reduce únicamente a las prestaciones restantes, a menos que tal imposibilidad provenga de quien corresponde la elección.

El Código Civil Argentino (artículo 641) establece que cuando la elección fuere dejada al acreedor, y una de las cosas se hubiese perdido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar, o la cosa que ha quedado, o el valor de la que se ha perdido. Si se han perdido las dos por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar el valor de la una o de la otra. Lo mismo se observará si las prestaciones que comprende la obligación no fuesen de entregar cosas, estimándose entonces por el juez el valor de la que, elegida por el acreedor, no puede prestarse.

– *Análisis.*

Los artículos 1165 y 1166 del Código Civil Peruano consignan normas para resolver las diversas situaciones que se pueden

presentar después de haberse contraído una obligación alternativa y producirse la imposibilidad de la ejecución futura y oportuna de alguna, algunas o todas las prestaciones derivadas de dicha obligación; pero considerando, en cada caso, a quien corresponde la elección y si dicha imposibilidad se debe a culpa del deudor o ha ocurrido sin culpa del mismo. Podría decirse que estas normas hacen de aplicación, a las obligaciones alternativas, la teoría del riesgo, la misma que fue tratada por nosotros con ocasión del análisis al artículo 1138 del Código.

La metodología empleada por el Código Civil en los mencionados artículos se fundamenta básicamente en tratar de resolver estos problemas partiendo de si es el deudor, de un lado, o el acreedor, un tercero o el juez del otro, quien tiene que realizar la elección de la prestación a ejecutar por parte del deudor.

Sin embargo, no todos los supuestos están previstos en las normas mencionadas, según lo señalaremos al comentar su contenido.

El artículo 1165, en su inciso primero, establece que si la elección corresponde al deudor y todas las prestaciones son imposibles por causas a él imputables, la obligación queda resuelta, debiendo el deudor devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible. Manifiesta Marcadé que cuando la segunda cosa pereció por culpa del deudor, poco importa cómo pereció la primera; es perfectamente regular entonces hacer pagar al deudor por el precio de la segunda; pero añadiremos que este deudor podría deber aún, además del precio, cierta suma a título de abono por daños y perjuicios.

Como este inciso está referido a un supuesto de elección de la prestación por parte del deudor, es coherente la solución adoptada por el Código, ya que si por culpa o dolo del propio deudor, resultan imposibles todas las prestaciones alternativas obligadas a ejecutar, se considerará que al haber hecho imposible todas ellas, ha descartado el cumplimiento de la obligación. La solución adoptada por el Código presume que el deudor, al haber hecho imposible la penúltima prestación, dejó una última con posibilidades de ejecutar. Y ocurre, precisamente, que al hacer imposible la ejecución de esta última prestación, en buena cuenta ha hecho imposible la única prestación con la que podía cumplir. De ahí que cuando el Código debe elegir una indemnización de daños y perjuicios referida a alguna de las prestaciones, decide por la última imposible. En palabras de Alfredo Colmo[1], el principio se explica en el caso, porque no se hace más que interpretar la intención del deudor, a través del siguiente razonamiento: "Yo debía las prestaciones A y B; es verdad que la prestación A se ha perdido o hecho imposible por mi culpa; pero como yo no la hubiera elegido para el pago en caso de haber subsistido, mal puedo ser responsable a su respecto, por lo mismo que el acreedor no puede invocar derecho alguno sobre lo que jamás le habría correspondido."; concluye Colmo en que de esta forma la obligación se concentra en la prestación que reste, y se convierte en una obligación de dar, de hacer, o de no hacer algo. En el mismo sentido, Levenhagen[2] justifica esta solución -dada también por el Código Brasileño-, porque al perecer la prestación por culpa del deudor antes de su elección, la obligación recaería sobre la prestación restante, pero como ésta también se torna imposible por culpa del deudor, la base de la indemnización deberá recaer sobre la última desaparecida.

En una derivación del supuesto del inciso primero del artículo 1165 de nuestro Código Civil, podríamos contemplar un caso planteado por Levenhagen, el de la obligación alternativa que contiene dos prestaciones a ser escogidas; la primera de las cuales resulta imposible por caso fortuito o de fuerza mayor, mientras que la segunda deviene en imposible por culpa del deudor. En este caso, no tendría lugar la aplicación del inciso primero del artículo 1165, porque la imposibilidad de la primera prestación por caso fortuito o de fuerza mayor, transformó en simple la obligación que era alternativa, correspondiendo al deudor cumplir con la

(1) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 267.
(2) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 46.

restante. Ante la imposibilidad de cumplimiento de la restante, derivado por culpa del deudor, éste deberá reparar los daños y perjuicios causados al acreedor, tomando como referencia a la prestación que resultó imposible por su culpa, no considerándose a aquella que se perdió por caso fortuito o de fuerza mayor.

Siempre siguiendo a Levenhagen, podríamos plantearnos el supuesto en que de las prestaciones alternativas objeto de la obligación, una primera resulta imposible por culpa del deudor, y la segunda, luego, resulta imposible también, pero por caso fortuito o de fuerza mayor. En esta hipótesis, consideramos que el deudor sería responsable por los daños y perjuicios correspondientes a la primera prestación, porque siendo culpable de la imposibilidad de la primera prestación, mas no de la segunda, podríamos aplicar la ficción de que su responsabilidad, a pesar de poderse cumplir todavía la prestación restante, permanece latente, de tal manera que si resultara imposible la segunda -como ocurre en el ejemplo citado-, dicho deudor será responsable de los daños y perjuicios que cause al acreedor la inejecución de la primera prestación que devino en imposible. Sin embargo, esta solución reporta detractores, ya que algunos tratadistas consideran que debería resolverse la obligación, sin haber lugar a indemnización alguna por parte del deudor en favor del acreedor perjudicado. No obstante ello, consideramos correcta la posición que hace recaer la responsabilidad en el deudor, ya que fue precisamente él, por un actuar culposo suyo, quien eliminó la alternatividad, que -como hemos visto oportunamente-, para cierta corriente de opinión representa una garantía a favor del acreedor de la obligación.

Anota Levenhagen un supuesto adicional no contemplado por nuestro Código Civil. Se trata de la situación en que las dos prestaciones objeto de la obligación alternativa perezcan concomitantemente por culpa del deudor. Este supuesto rompe el esquema que venimos manejando para la solución de estos casos, referido a la prestación subsistente. Así, a decir de Levenhagen, no habrá, por tanto, una prestación que haya perecido en segundo lugar, ya que ambas, por culpa del deudor, se habrán tornado imposibles en un mismo instante. Señala Levenhagen que la mejor doctrina, acogida incluso por Fulgencio

y J.M. de Carvalho Santos y otros, entiende que en esa hipótesis se mantiene el derecho del deudor de hacer la elección sobre el valor de la prestación en que deba basarse la indemnización de daños y perjuicios; no obstante, que la imposibilidad de ambas se haya producido por culpa suya. A esta doctrina podríamos responder que el tema es pericial, de expertos, quienes ante un evento determinado de concomitancia, tendrían que pronunciarse donde empezó a originarse el daño, cuál prestación era más sólida o resistible a la pérdida, etc.

Por último, Levenhagen[3] plantea una situación adicional: la imposibilidad de ambas prestaciones, por haber perecido una por culpa del deudor y la otra por culpa del acreedor; supuestos en los cuales la solución se diversificaría de la siguiente manera: si la primera prestación hubiese devenido en imposible por culpa del deudor, éste quedará liberado, porque la prestación de la obligación se transfiere para la segunda; y como ésta se torna imposible por culpa del acreedor, la obligación debería considerarse resuelta; en cambio, si la primera prestación hubiese devenido en imposible por culpa del acreedor, el deudor debería pagar el precio de la prestación que devino en imposible en segundo lugar.

Por otra parte, podría cuestionarse el hecho de que se señale que dicha indemnización está referida a la última prestación en hacerse imposible y no a la más valiosa o de mayor valor; a lo que podría contestarse que esta propuesta sería poco coherente con la alternatividad de las prestaciones, supuesto base del artículo bajo comentario, pues si el deudor no ha elegido todavía (estando dentro del plazo para hacerlo) la prestación a ejecutar, en realidad no ha habido la individualización de la misma, razón por la cual todavía no se sabe cuál es la prestación cuyo cumplimiento podrá exigir el acreedor.

Adicionalmente, sería ilógico tratar de referir el monto de la indemnización a la prestación de mayor valor, ya que no necesariamente estaremos ante prestaciones de la misma naturaleza,

---

(3) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 47.

pues podrían ser de dar, de hacer y de no hacer, por lo que resultaría difícil valorizar y apreciar económicamente la importancia de cada una de ellas para decidir cuál es la de mayor valor.

Debe entenderse, además, que, cuando el Código trata en los artículos 1165 y 1166 de estos temas, lo hace -fundamentalmente- refiriéndose a quién (si el acreedor o el deudor) debe sufrir el riesgo de la imposibilidad de la ejecución futura de la contraprestación.

En buena cuenta, podríamos decir que el Código rige para determinar quién asume el riesgo de pérdida de la contraprestación o contraprestaciones alternativas.

Sin embargo, resultaría imposible aplicar a estos supuestos las normas contenidas en los seis incisos del artículo 1138, ya que éstos están referidos al riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos, mientras que los preceptos de los artículos 1165 y 1166 se refieren al riesgo de imposibilidad de las prestaciones, término de mayor amplitud que el concepto de pérdida, pues este último sería de aplicación a las obligaciones con prestaciones de dar, y al "dar" en aquellas obligaciones de hacer que concluyen en un dar; mas no a las de no hacer ni a las de un "hacer" propiamente dicho.

De otro lado, cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, y todas las prestaciones resultan imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale. Esta es la solución del inciso primero del artículo 1166 del Código Civil. Fundamentalmente, debemos señalar que el no haber adoptado similar solución para el supuesto de elección por el acreedor, que aquella prevista por el artículo 1165, inciso primero, respecto de la elección por el deudor, se basa en que ambos supuestos son totalmente distintos.

Cuando deba elegir el acreedor y todas las prestaciones

devienen en imposibles por culpa del deudor, si bien la elección por aquél ya no se podrá realizar, no será menos cierto que sí podrá elegir la indemnización que le corresponderá recibir en relación a la prestación imposible que señale; vale decir, en razón de la prestación imposible que se entienda hubiese elegido, de haber podido hacerlo.

En lo que respecta a la imposibilidad de algunas prestaciones por culpa del deudor, encontramos para cada uno de los supuestos, al artículo 1165, inciso segundo, y al artículo 1166, inciso segundo. Para el primero de ellos, si algunas prestaciones son imposibles y el deudor es quien debe realizar la elección, será éste quien escoja entre las subsistentes. Cabe expresar que aunque el inciso segundo del artículo 1165 no señala por qué causas devienen en imposibles estas prestaciones, debe entenderse que es indiferente que ello obedezca a causas imputables al deudor o a ausencia de culpa, pues en ambos supuestos la solución necesariamente es la misma.

En cambio, el inciso segundo del artículo 1166 se pone en el supuesto de que algunas prestaciones sean imposibles por causas imputables al deudor, caso en el cual el acreedor puede elegir algunas de las subsistentes (ya que podría ocurrir que precisamente alguna de las susbsistentes sea aquella sobre la cual tenía interés preferente el acreedor); disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez escoja; o declarar resuelta la obligación (en el supuesto en el cual ninguna de las prestaciones subsistentes sea de interés del acreedor). El deudor debe devolver en este último caso la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale. En opinión de Alfredo Colmo[4] las razones del precepto son de toda obviedad, ya que el deudor no puede por su hecho imputable, desnaturalizar la obligación alternativa y convertirla en pura o de prestación cierta, pues con ello quitaría al acreedor todo un derecho: el de la elección de la prestación. Agrega Colmo que por eso

(4) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 267.

puede éste pedir el valor de la que se ha perdido, o el de cualquiera de ellas cuando las dos se han perdido.

El inciso tercero del artículo 1166 establece que si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes. Resulta evidente que el inciso bajo comentario es adecuado, pues resultaría injustamente oneroso para el deudor, si se estableciese que, de ocurrir la imposibilidad de algunas prestaciones alternativas por ausencia de culpa, el acreedor tuviese la facultad de resolver el contrato.

Cabe mencionar que, aunque el Código Civil señala en los artículos 1165, inciso segundo, y 1166, incisos segundo y tercero, "si algunas prestaciones son imposibles", refiriéndose a las prestaciones que se convierten en imposibles con posterioridad a la celebración del contrato, ello no significa que las aludidas normas no sean de aplicación cuando la imposibilidad se refiriese a una sola de las prestaciones, pues es supuesto frecuente que las obligaciones con prestaciones alternativas sólo consten de dos prestaciones.

Por último, el Código Civil establece en sus artículos 1165, inciso tercero, y 1166, inciso cuarto, que si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación.

Sin embargo, el Código omite mencionar dos supuestos en extremo importantes, ya sea cuando la elección debe realizarla el deudor, el acreedor, un tercero o el juez.

Se trata, primero, del caso en que todas las prestaciones resulten imposibles por culpa del acreedor, supuesto en el cual, ya sea que la elección la hubiese tenido que hacer el deudor, el acreedor, un tercero o el juez, deberá extinguirse la obligación del deudor y el acreedor estará obligado a pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados por su actuar culposo o doloso.

Si alguna de las prestaciones resultase imposible por culpa del acreedor y a éste, al tercero o al juez le correspondía efectuar

la elección, debe considerarse que el acreedor eligió aquella prestación que resultó imposible por su culpa, y que el deudor cumplió con la ejecución de la misma.

Si algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor y a éste, al tercero o al juez le correspondía efectuar la elección, debe considerarse que el acreedor eligió la primera que resultó imposible por su culpa, y que el deudor ejecutó dicha prestación; y sobre la(s) restante(s) que devinieron en imposibles con posterioridad, el acreedor deberá resarcir al deudor los daños y perjuicios ocasionados.

Si alguna de las prestaciones resultase imposible por culpa del acreedor y es al deudor a quien le correspondía efectuar la elección, el deudor tendría la facultad o de imputar su elección a la prestación que devino en imposible o de solicitar una indemnización de daños y perjuicios al acreedor por dicha prestación y ejecutar otra subsistente.

Si algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor y es al deudor a quien le correspondía efectuar la elección, éste tendría la facultad de imputar su elección a una de las prestaciones devenidas en imposibles y solicitar una indemnización de daños y perjuicios por las otras prestaciones imposibles; o solicitar una indemnización de daños y perjuicios por la totalidad de prestaciones imposibles y ejecutar cualquiera de las subsistentes.

Antes de concluir con este análisis, debemos decir que se podría cuestionar que en los artículos 1165 y 1166 del Código Civil Peruano de 1984 no se hayan tratado todas las hipótesis posibles en materia de imposibilidad de una o más prestaciones que constituyan objeto de una obligación alternativa. No creemos que exista omisión alguna, pues luego de analizar los supuestos previstos por el Código Civil en los dos artículos comentados, además de las hipótesis planteadas por nosotros, y de aquellas que hemos recogido de la doctrina consultada, llegamos a la conclusión de que dichos supuestos podrían llegar a ser numerosísimos, razón que avala la técnica legislativa del Código Peruano de ha-

ber contemplado sólo los casos fundamentales relativos al tema. No está demás decir que sobre la base de las reglas previstas por el Código en sus numerales 1165 y 1166, podríamos, ayudados de la lógica, resolver cualquier hipótesis que se plantee.

Creemos, por último, que serían aplicables a este tema, las palabras que hace casi siglo y medio pronunció Marcadé[5] en relación a la técnica del Código Civil Francés: "El cuidado con que el legislador previó todos los casos posibles en nuestros dos artículos y en el siguiente prueba con acierto que quiso presentar aquí una teoría completa que abraza todas las hipótesis, y que sin embargo, si distinguió sólo la falta y la ausencia de la falta, es porque comprendió esta única palabra, y la falta propiamente dicha y el simple hecho. Tanto menos nos debemos sorprender cuanto que este amplio sentido de la palabra 'falta' es evidente y reconocido por todos en el artículo siguiente."

– *Concordancias nacionales.*

Pérdida del bien en obligaciones de dar por culpa del deudor y sin culpa de las partes, artículo 1138, incisos 1 y 5, del Código Civil / Prestación imposible por culpa del deudor en obligaciones de hacer, artículo 1154 del Código Civil / Prestación imposible por culpa del acreedor en obligaciones de hacer, artículo 1155 del Código Civil / Remisión a reglas de obligaciones de hacer, artículo 1160 del Código Civil / Elección de la prestación alternativa, artículo 1162 del Código Civil / Inimputabilidad por ausencia de culpa, artículo 1314 del Código Civil / Extinción de la obligación, artículo 1316 del Código Civil.

(5) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 487.

– NULIDAD O IMPOSIBILIDAD DE TODAS DE LAS PRESTACIONES ALTERNATIVAS, SALVO UNA.

Artículo 1167.- *"La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1167.*

Dentro de la legislación colonial, tenemos a las *Partidas*, Ley 23, Título XI, Partida Quinta: "**Si un ome prometiesse a otro, diziendo assi: Prometo que vos de tal cosa, o tal; ca en su escogencia es, de darle qual quisiere dellas, mientras que fueren biuas. Mas si muriesse la una, estonce tenudo seria, de darle la que fincasse biua**."

El artículo 1167 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

En cambio, el tema sí fue regulado por el artículo 786 del *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836:* "La obligación es pura y simple, aunque se haya contraído de una manera alternativa, si una de las cosas prometidas no puede ser materia de la obligación."

El *Código Civil de 1852* no abordó la materia.

Sí lo hizo el *Proyecto de Código Civil de 1890* (artículo 1510): "La obligación alternativa se convierte en simple, cuando perece, o no puede ser entregada alguna de las cosas que son objeto de ella, aunque uno u otro de estos hechos se realicen por culpa del deudor.- En este caso no se puede obligar al acreedor a que reciba en lugar de la cosa debida el precio que ésta tenga."; y también el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* artículo 150: "El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* artículo 141: "El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* artículo 1185: "El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable."; y el *Código Civil de 1936* (artículo 1195): "El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviera obligado, sólo una fuese realizable."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trató sobre el particular en el numeral 40: "La obligación alternativa se considera simple, si una de las dos prestaciones no podía constituir objeto de obligación o si ésta fuera nula respecto de una de las prestaciones."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hizo en el artículo 45: "La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, fueran nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el numeral 1187: "La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, fueran nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en su artículo 1135: "La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1167 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 656), Francés (artículos 1192 y 1193, primer párrafo -disponiendo este último que "la obligación alternativa se vuelva pura y simple si perece una de las cosas prometidas y no puede entregarse ya, incluso por la culpa del deudor. No puede ofrecerse en su lugar el precio de esa cosa"-); Italiano de 1942 (artículo 1288), Uruguayo (artículos 1352 y 1353), Venezolano de 1942 (artículo 1218, primer párrafo), Venezolano de 1880 (artículo 1125, primer párrafo), Boliviano de 1831 (artículo 783), Boliviano de 1976 (artículo 419), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 967, primer párrafo), Paraguayo de 1987 (artículo 486, primer párrafo), Brasileño (artículo 885), Portugués de 1967 (artículo 545) y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1095).

Por otra parte, debemos señalar que el Código Civil de la Provincia de Québec dispone, en su artículo 1096, que la obligación alternativa deviene pura y simple si una de las cosas prometidas se pierde o no se puede entregar, aun por culpa del deudor. Si ambas cosas se pierden y no pueden ser entregadas, el deudor debe pagar el valor de la última prestación que fue posible. Dicho valor puede ser el de mercado.

Por último, el Código Civil Argentino (artículo 638) establece que si una de las prestaciones no podía ser objeto de la obligación, la otra es debida al acreedor.

– Análisis.

La norma del artículo 1167 del Código Civil Peruano es una consecuencia lógica del hecho de que en una obligación alternati-

va todas las prestaciones, salvo una, resulten imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes. Este es el supuesto de lo que la doctrina conoce como la "concentración anormal de la prestación". Esta denominación se adopta por contraposición con la "concentración normal de la prestación", supuesto que se presenta cuando se realiza una elección de la misma (por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez). La concentración de la prestación resulta "anormal" en el caso del artículo 1167, porque ella se deriva de causas distintas de la elección (supuesto normal y usual), pues se da porque las prestaciones (todas menos una) son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes. En este caso no se plantea ninguna alternativa, en el sentido de que el deudor o el acreedor puedan escoger entre el cumplimiento de la única prestación posible de ejecutar o la resolución del contrato, puesto que dicha situación podría perjudicar, en todo caso, a alguna de las partes (en especial al deudor), quien no habría actuado culposamente, pues la imposibilidad de las demás prestaciones obedece a causas no imputables.

Es lógico, entonces, que si estamos frente a una obligación de objeto múltiple (de dos o más prestaciones), al devenir dicha obligación en una de objeto simple (al dejar de ser posible la ejecución de las prestaciones restantes), ésta se rija por las reglas de las obligaciones de objeto simple, vale decir, según su naturaleza, de dar, hacer o no hacer. En tal sentido, Baudry-Lacantinerie[1] precisa que la obligación es pura y simple, aunque contraída de manera alternativa, si una de las dos cosas prometidas no pudiera ser el objeto de la obligación; ofrece como ejemplo, si se prometió, bajo una alternativa, dos cosas de las cuales sólo una pertenece al deudor. Considera Baudry-Lacantinerie que dentro del régimen francés -artículo 1599 del **Code Napoléon**- la venta de bien ajeno es nula, y la obligación se tendrá por pura y simple, ya que tiene exclusivamente por objeto la cosa que pertenece al deudor.

Marcadé[2] ilustra de manera bastante clara este supuesto,

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Op. cit., Tomo II, Página 119.
(2) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 485.

correspondiente al artículo 1192 del Código Napoléon. En tal sentido, expresa lo siguiente:

"Si he prometido darle 1000 francos o una esfinge, construirle una casa, hacerle el viaje al mundo en ocho días, darle a usted mi granja o compartir con usted posteriormente la sucesión de mi padre aún en vida (artículo 1130), una de las dos prestaciones indicadas, encontrándose física y legalmente imposible, y no pudiendo ser objeto de una obligación, da como resultado que mi obligación sólo tenga un objeto único y desde ahora determinado. Mi obligación tiene la forma alternativa pero realmente es simple. Sin embargo, no se debería aplicar nuestro artículo literalmente para todos los casos posibles, pues la forma alternativa podría esconder una obligación simple, pero radicalmente nula, hecho con una cláusula penal, que sería igualmente nula. Si digo: 'yo me comprometo a pagarle 10,000 francos, o a matar a su padre de aquí a un mes' es claro que el sentido de mi promesa sería éste: 'Le prometo matar a su padre, y le pagaría 10,000 francos si no cumplo mi promesa', todo sería entonces nulo en los términos del artículo 1227."

De acuerdo con Manuel Albaladejo[3], a partir de la concentración, la obligación se convierte en normal, y deja de ser alternativa; razón por la cual toda especialidad de ésta se da sólo desde el momento del nacimiento al de la concentración, rigiendo desde este momento en adelante, las reglas generales.

Como ha sido señalado por nosotros oportunamente, Albaladejo también expresa que el supuesto de imposibilidad de las prestaciones, ocurrido de manera sobreviniente al nacimiento de la obligación alternativa, es una forma de concentración distinta a aquella normal constituida por la elección de la prestación a ejecutar. Así, Albaladejo sostiene que cuando la obligación alternativa nace (con las prestaciones que pudiesen ser objeto de ella, por reunir los requisitos debidos), puede ocurrir que la facultad de

(3) ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Volumen II, Tomo II, Páginas 38 y siguientes. Librería Bosch, Barcelona, 1980.

elegir se reduzca o desaparezca, si alguna de tales prestaciones, o todas menos una, devienen imposibles; al igual que puede ocurrir que todas devengan imposibles, caso en el cual, la obligación se extingue si no hay culpa del deudor. En el caso anterior, si tampoco hay culpa, resultará concentrada en la única que queda.

Por su parte, el profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[4] prefiere hablar de la transformación de la obligación alternativa en obligación simple.

– Concordancias nacionales.

Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto, artículo 1138, inciso 5, del Código Civil / Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes, artículo 1156 del Código Civil.

(4) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 288.

– OBLIGACIONES FACULTATIVAS. CONCEPTO.

Artículo 1168.- *"La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella."*

– Fuentes nacionales del artículo 1168.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* así como tampoco en el *Código Civil de 1852.*

Es regulado en el Perú por vez primera por el *Proyecto de Código Civil de 1890,* en los artículos 1513: "Se llama facultativa, la obligación cuando, sin embargo de tener por objeto una sola prestación, goza el obligado de la facultad de sustituir esa prestación con otra expresamente designada.- La prestación obligatoria se denomina principal y la facultativa, accesoria."; 1514: "La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que es objeto de ella."; y 1517: "En la obligación facultativa el acreedor sólo puede exigir la prestación principal."

Posteriormente aborda el tema el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de*

1925, en el artículo siguiente: "La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* lo hizo en el numeral 144: "La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* lo hizo en el artículo 1188: "La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella."; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1198: "La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema es abordado por la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* en su artículo 41: "El acreedor de una obligación facultativa, al exigir su cumplimiento, sólo podrá reclamar la prestación principal."

Posteriormente, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* aborda el particular en el numeral 46: "El acreedor de una obligación facultativa, al exigir su cumplimiento, sólo podrá reclamar la prestación principal."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hace en el artículo 1188: "El acreedor de una obligación facultativa, al exigir su cumplimiento, sólo podrá reclamar la prestación principal."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* lo hizo en su artículo 1136: "La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

El Código Civil Argentino (artículo 643) define a la obligación facultativa como aquella que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de substituir esa prestación por otra.

Asimismo, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 431, primer y segundo párrafo) establece que "la obligación facultativa es la que tiene por objeto una prestación determinada pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta prestación o con otra que se designa. En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra prestación que aquélla a que el deudor es directamente obligado, y si dicha prestación perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho a pedir cosa alguna."

Los Códigos Civiles Chileno (artículo 1505) y Ecuatoriano de 1887 (artículo 1548) definen a la obligación facultativa, estableciendo que es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa.

Coinciden con el artículo 1168 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Uruguayo (artículo 1168), Boliviano de 1976 (artículo 423 -a la obligación facultativa se le llama prestación sustitutiva-), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 972, segundo párrafo), Guatemalteco de 1973 (artículo 1342) y Argentino (artículo 644).

– *Análisis.*

La obligación facultativa se considera una obligación con objeto plural, pero difiere sustancialmente de la obligación alternativa. Mientras en esta última existen dos o más prestaciones "**in obligatione**", en la obligación facultativa solamente existe una, mientras que la otra prestación se encuentra "**in facultate solutionis**", lo que equivale a decir, que el deudor sólo debe una prestación en realidad, pero que puede satisfacer su cumplimiento (puede pagar) con la ejecución de otra prestación distinta.

Conviene efectuar, sin embargo, algunas precisiones. En primer lugar, debe quedar claro que si bien sólo una prestación se encuentra "**in obligatione**", eso no quiere decir que la otra prestación (aquella que se encuentra en facultad de solución) no haya

formado parte del pacto o contrato o no esté establecida como tal en virtud de la otra fuente de las obligaciones (la ley). Así debe constar.

De otro lado, debemos señalar que en el caso de las obligaciones facultativas, y a pesar de que esto no ha sido recogido expresamente por nuestro ordenamiento legal, si bien debe existir sólo una prestación "**in obligatione**", podrá existir no sólo una (sino más de una) en facultad de solución; y de este modo, el deudor podría liberarse no sólo pagando con la prestación que se encuentra "**in obligatione**", sino con cualquiera de las otras dos (o más de dos prestaciones). En tal sentido, consideramos que no habría límite posible para pactar (o establecerse legalmente) un número de prestaciones en facultad de solución. Estas consideraciones no constituyen -de manera alguna- una crítica al Código Civil, ya que un Código no puede ubicar todas las hipótesis posibles.

Agregamos, además, que en este tipo de obligaciones a la prestación que se encuentra en obligación se le denomina como prestación principal, y a la(s) prestación(ones) que se encuentra(n) en facultad de solución se le(s) denomina prestación(ones) accesoria(s).

No resulta frecuente encontrar en la práctica jurídica supuestos de obligaciones facultativas, contractualmente instituidas.

Sin embargo, resulta relativamente usual advertir la existencia de obligaciones facultativas, pero en las cuales la facultad está determinada, no en virtud de la voluntad de los contratantes, sino por la ley.

Es el caso del artículo 1237 del Código Civil, el cual establece que en el caso de haberse pactado una obligación dineraria en moneda extranjera, el deudor tendrá la facultad de pagar en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional, al tipo de cambio de venta que rija en el día del vencimiento de la obligación o, en todo caso, al día en que se ejecute la misma. Sin embargo, contra esta disposición cabe ahora pacto en contrario, como veremos en su oportunidad, al comentar ese precepto.

No obstante lo señalado respecto de la poca frecuencia de obligaciones facultativas dentro del ámbito contractual, resulta interesante advertir que la presencia de este tipo de obligaciones se da con mayor asiduidad en el caso de los testamentos, en los que, como dice Giorgi[1], es necesario, como requisito esencial, que el testador haya querido que sea una sola la cosa debida, aunque haya concedido por gracia al deudor la facultad de pagar otra distinta.

Sin embargo, dentro de nuestros comentarios sobre el numeral 1168 del Código, debemos reparar en el significado de la expresión "se determina únicamente por la prestación principal", que emplea la norma.

Dicha expresión parecería indicar que la obligación facultativa es una con objeto simple (no plural), que es precisamente una de las teorías contempladas por la doctrina sobre esta clase de obligaciones. Ha ocurrido que al elaborar el Código Civil se trató de seguir nuestra tradición legislativa. Así, es evidente que esta regla tiene su inspiración directa en el artículo 1198 del Código Civil de 1936, según el cual "La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella" y también en el artículo 644 del Código Civil Argentino, cuando prescribe que "La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella." El Doctor Manuel Augusto Olaechea -a diferencia de nosotros- era partidario de considerar a la obligación facultativa como una obligación simple. Ello lo podemos advertir de la lectura de sus comentarios al Primer Anteproyecto de Libro V.

Olaechea[2] reseñaba en dichos comentarios los siguientes conceptos sobre las obligaciones alternativas y facultativas:

"El Anteproyecto legisla en un mismo Título sobre las obligaciones alternativas y facultativas.

---

(1) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen IV, Página 458.
(2) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO de 1852. Op. cit., Fascículo V, Páginas 124 a 127.

La obligación alternativa es compuesta y la facultativa, simple.

En la obligación alternativa las diversas prestaciones que comprende se deben **in obligatione**.

La obligación facultativa concede simplemente al deudor la opción de liberarse ejecutando otra prestación que no es la que en realidad debe: una sola prestación está desde el principio **in obligatione**, y la otra representa apenas una manera de pagar que se concede al deudor y que está, por lo tanto, sólo **in facultate solutionis**.

Según esto en la obligación facultativa no se debe sino una prestación; la otra u otras están solamente **in facultate solutionis**: de ahí la denominación de facultativas que se da a esta clase de obligaciones, a partir de Delvincourt, según enseñan Baudry-Lacantinerie y Barde.

Según puede observarse -dice Valverde- se tocan y a veces se confunden las obligaciones alternativas y facultativas, y por eso es de necesidad diferenciarlas. Tal vez por esas confusiones y por creer que la obligación facultativa en el fondo es idéntica a la alternativa, ni el Código francés ni el español se ocupan de ellas, a diferencia de los textos romanos, que eran muy prolijos (Valverde. Derecho Civil Español, Tomo III, Página 64.)."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Olaechea.

Marcadé[3] explica que la obligación facultativa es la que tiene un solo objeto, siendo aquella en la que se permite al deudor liberarse con otro bien. Así -dice Marcadé-, cuando acordamos que usted entregará un caballo inglés a menos que a pesar de ello prefiera pagarme 6,000 francos, la obligación es simple en su objeto pues éste es unicamente el caballo; pero usted tiene la facultad de liberarse de esta obligación sin cumplirla directamente

(3) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 489.

pagándome la cantidad de dinero, sin que esta cantidad constituya un segundo objeto de la obligación, sino que está simplemente **in facultate solutionis**.

Por su parte, Baudry-Lacantinerie[4] expresa que una obligación es facultativa cuando sólo comprende a una prestación, pero con la facultad de que el deudor se libere cumpliendo otra prestación.

Comparten esta posición Enneccerus, Kipp y Wolff[5], cuando señalan que en este género de obligaciones no se debe una u otra prestación, sino sencillamente sólo una, pero el deudor tiene derecho a liberarse mediante otra prestación, o sea el derecho a hacer una prestación a título de cumplimiento, sin necesidad de asentimiento del acreedor.

En la posición de Olaechea también se inscribe la de los profesores franceses Alex Weill y François Terré[6], cuando manifiestan que la obligación facultativa es la que tiene a un único objeto, pero cuyo deudor puede liberarse cumpliendo otra prestación. Agregan los mencionados profesores que, en la obligación facultativa, a diferencia de la obligación alternativa, se debe un solo objeto; el otro corresponde solamente a una facilidad de pago.

No obstante los argumentos que sostienen esta posición, debemos señalar que nosotros consideramos a la obligación facultativa como una de objeto plural, ya que el deudor se ha comprometido con su acreedor a la ejecución de -por lo menos- dos prestaciones, de las cuales una sola de ellas es principal y la otra u otras son accesorias. Debemos recordar que la idea de considerar a la obligación facultativa como una de objeto plural, está implícita en el Código Civil Peruano, y en otros Códigos, al regu-

(4) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Op. cit., Tomo II, Página 119.
(5) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op cit., Tomo II, Volumen I, Página 115.
(6) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 919 y 920.

lar a esta clase de obligaciones dentro del mismo título que las obligaciones alternativas. Más aun, en toda obra de Derecho de Obligaciones se trata a las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas, en un mismo título, como aquellas con pluralidad de objeto.

¿Bajo qué criterio se trataría entonces a estas tres clases de obligaciones de manera conjunta?

Consideramos que la respuesta es muy sencilla, ya que las tres obligaciones mencionadas, responden a un criterio clasificatorio (que nosotros también hemos asumido en la Teoría General de este Tratado) de pluralidad de objeto. Diversos autores convienen en la pertinencia de este concepto. Sin embargo, contradictoriamente, resulta frecuente observar que algunos de esos tratadistas, al entrar en el detalle de estos tres tipos de obligaciones, señalan que tanto las conjuntivas como las alternativas son de objeto plural, pero que las facultativas son de objeto simple o único. Si ello fuera así, no entendemos por qué siguen abordando estas obligaciones en esa zona del Derecho. Serían más coherentes en la óptica mencionada, si las ubicaran inmediatamente después de las obligaciones según su naturaleza (dar, hacer o no hacer), ya que en este punto estaríamos en presencia de obligaciones de objeto único y no de obligaciones de objeto plural[7].

Somos conscientes de que con esta posición estamos yendo en contra de una idea adoptada por la generalidad de la doctrina de nuestra tradición jurídica; pero no obstante ello asumimos esta realidad, por las consideraciones desarrolladas a lo largo de nuestro estudio del artículo 1168 del Código Civil Peruano de 1984, bajo comentario.

(7) Ejemplo manifiesto de esta contradicción conceptual lo constituye el planteamiento que efectúan los profesores franceses Philippe Malaurie y Laurent Aynés (MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op cit.), quienes titulan al mismo "obligaciones de objeto complejo", pero sin embargo señalan dentro de ese esquema que las obligaciones facultativas tienen objeto único.

Por eso, luego de continua reflexión, consideramos impropia, dentro del texto del artículo 1168, la frase "se determina únicamente por la prestación principal". Nosotros creemos, lo repetimos, que la obligación facultativa es una de objeto plural. Por ello es que ésta no se determina únicamente por la prestación principal, sino por la prestación que se ejecute como objeto de dicha obligación (la principal o la (s) accesoria (s)), pues -al fin y al cabo- no se conoce con certeza, al momento de su nacimiento, con cuál de ellas cumplirá el deudor[8].

Pensemos, por un momento, qué ocurriría si considerásemos a esta obligación como de objeto único, si la prestación prin-

(8) Baudry-Lacantinerie (BAUDRY-LACANTINERIE, G. Op. cit., Tomo II, Páginas 119 y 120.) al establecer las diferencias entre la obligación alternativa y la obligación facultativa, señala, en lo referente a la determinación del carácter de la obligación facultativa en base únicamente a la prestación principal, que dado que a su entender se trata de una obligación de objeto único, la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de la obligación facultativa se determina considerando exclusivamente la cosa que está **in obligatione**, sin darse la que está **in facultate solutionis**; agregando el citado autor, que por el contrario, la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de una obligación alternativa, se determina conforme a la cosa pagada.
Por su parte, Giorgio Giorgi (GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen IV, Página 459.) señala también, dentro de las consecuencias jurídicas de la obligación facultativa, que para conocer el carácter de una obligación de este tipo "se ha mirado sólo a la cosa que forma su objeto, y para nada se tiene en cuenta la naturaleza de la que está puramente **in facultate solutionis.**"
A entender de Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 123.), no nos hallamos frente a una obligación múltiple; sino en el caso de una sola deuda principal, a la cual adhiere otra accesoria; de suerte que rigen los preceptos de las obligaciones simples; razón por la cual sólo se debe la primera prestación, por más que el deudor pueda liberarse satisfaciendo la segunda, en que de antemano se determina una manera de extinguir la obligación.
El profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández (OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op cit., Página 289.) establece que en la obligación facultativa sólo hay un objeto debido, sin perjuicio de que aquélla puede extinguirse mediante el pago de otro o de otros, concluyendo que no hay más obligaciones de objeto plural que las alternativas.

cipal fuese divisible y la accesoria indivisible, o viceversa; o lo que sucedería si una de ellas fuese mancomunada y la otra solidaria.

Creemos que lo lógico, en estos casos, sería que el carácter de divisible, indivisible, mancomunado o solidario, se considere únicamente respecto a la prestación que se ejecute, salvo en caso de incumplimiento en que el acreedor sólo podría exigir la prestación principal. Esto, porque no necesariamente ambas prestaciones (la principal y la accesoria) tendrán las mismas características. Por todo ello, la obligación facultativa no se determina únicamente por la prestación principal, sino que la determinación -entendida como las características de dicha obligación- se hará de acuerdo con la prestación que se ejecute (la principal o la accesoria).

Consideramos que el artículo 1168 podría -y hasta debería- prescindir de la frase "se determina únicamente por la prestación principal".

Más adelante, en nuestra propuesta a una eventual modificación legislativa a este artículo y su respectiva exposición de motivos, formulamos algunos comentarios sobre el particular.

Un tema que en reiteradas ocasiones suscita polémica, en lo referente a las obligaciones facultativas, es el relativo a cuál de las partes es la que tiene el derecho de sustituir el pago de la prestación principal por la prestación accesoria. Es criterio casi unánime de la legislación comparada el otorgar esta facultad de sustitución únicamente al deudor de la obligación, mas nunca al acreedor de la misma. No obstante ello, el Código Civil Argentino consagró un criterio que, a decir de Lafaille, era inconcebible, porque destruía, en efecto, la esencia de la obligación facultativa, cuando permitía al acreedor elegir una prestación que la parte no tomó a su cargo y que se reservó simplemente utilizar a voluntad como medio para extinguir el crédito. Lafaille considera que más allá de la incongruencia manifiesta de este precepto, que afecta sobre todo a la técnica jurídica, no sería justo crear una pena civil, aun con referencia al culpable, dado que el damnificado quedaría totalmente cubierto mediante la indemnización de daños y perjuicios.

No obstante lo indicado anteriormente, Enneccerus, Kipp y Wolff[9] señalan que también puede darse la facultad alternativa a favor del acreedor, en virtud de la cual pueda, en lugar de la prestación que provisionalmente se debe de modo exclusivo, exigir otra. Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con esta posibilidad, no por el hecho de que la tesis en sí misma sea contradictoria o injusta -ya que nada tiene de esto-, sino porque algunos autores, en el afán de otorgar una mayor elasticidad al concepto de la obligación facultativa, plantean una serie de cambios que llegan a alterar su propia naturaleza. De pronto no nos agrada el carácter de la obligación facultativa, pero no por ello podemos tomarnos la licencia de alterar su propia naturaleza. Es claro que la obligación alternativa ofrece una mayor amplitud de posibilidades de interpretación, a la vez que puede constituir una obligación más acorde con la razón y la equidad de las partes al obligarse, en comparación con la obligación facultativa; pero no por ello vamos a introducir tantas modificaciones en las características de la obligación facultativa para acercarla a la alternativa. Si no nos convence el sistema tradicional e histórico de la obligación facultativa, utilicemos la figura de la obligación alternativa. Consideramos que ésta sería la solución más viable, razonable y menos controvertida[10].

---

(9) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op cit., Tomo II, Volumen I, Página 116.

(10) Una muestra de lo tentador que resulta plantear la modificación de la naturaleza y efectos de la obligación facultativa, la constituyen las palabras del Doctor Guillermo Boza Pro (BOZA PRO, Guillermo. Algunas Consideraciones Acerca de las Obligaciones Facultativas en el Código Civil de 1984. En Thémis, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca, Número 6, Páginas 69 y siguientes. Lima, 1987.), cuando manifiesta lo siguiente acerca de la facultad de sustitución en las obligaciones de esa clase:
"Un tema que resulta interesante tratar, es el referido a quién le corresponde la facultad de sustitución de la prestación debida por otra. Se ha mencionado ya, que la obligación facultativa permite que el deudor quede liberado ejecutando una prestación distinta a la debi-

Por lo demás, nada impide que los contratantes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten la relación obligatoria en los términos que ellos decidan, pues no nos encontramos ante su-

---

da -la que constituye el contenido de la obligación-, encontrándose autorizado para ello desde el mismo acto constitutivo. Sin embargo, un problema poco discutido es el que se refiere a si tal beneficio (facultad de sustituir una prestación por otra) es exclusivo del deudor o también es potestad del acreedor.

Debe señalarse que no existe al respecto un criterio uniforme en la doctrina y que ella varía en muchos casos en función de la posición legislativa que se haya adoptado en cada país. Cabe señalar, igualmente, que no son pocas las legislaciones que no contienen normas expresas que regulen la obligación facultativa, aunque sí casos aislados, que son verdaderos ejemplos de ella -ello tal vez, porque en la práctica es poco frecuente este tipo de obligación-.

Parte de la doctrina alemana y española, se inclinan por una posición amplia, es decir que otorgan facultad sustitutoria, tanto al deudor como al acreedor. Así, Larenz sostiene que es posible otorgar este beneficio al acreedor, en cuyo caso: '...es también igualmente adeudada, en principio, sólo una prestación, pero el acreedor tiene derecho a exigir otra en su lugar. Si hace uso de este derecho, lo cual sólo es posible mediante una declaración expresa, se coloca otra prestación en lugar de la hasta ahora debida. Por lo tanto, la declaración tiene significación jurídicamente configuradora, y en tanto el acreedor no haga uso de su facultad, el deudor puede realizar el cumplimiento mediante la prestación a la cual únicamente está obligado...'.

Aquellos que conceden el beneficio simplemente al deudor -en su mayoría la doctrina y legislación latinoamericana- no se pronuncian, sin embargo, contra la posibilidad de dárselo también al acreedor, y ello responde en cierta medida a que es la propia ley la que lo limita al deudor.

Así, por ejemplo, el Código Civil Argentino, señala en su artículo 643: 'Obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de substituir esa prestación por otra.'

¿Cuál es la posición que ha adoptado nuestro Código Civil?

Establece el artículo 1168 lo siguiente: 'La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella.' Puede apreciarse que la ley se limita a señalar la naturaleza de la obligación, constituida, como hemos visto, por la prestación principal (de primer grado), que es la única que está **in obligatione**, existiendo otra, la prestación accesoria (de segundo grado), que se encuentra **in facultate solutionis**; sin pronunciarse acerca del beneficiario de la facultad de sustitución.

puestos imperativos o que conciernan al orden público o a las buenas costumbres. Pero en estos casos no estaríamos necesariamente ante una obligación facultativa, sino frente a una relación obligacional innominada, atípica, cuyas soluciones tendríamos que encontrarlas en la aplicación analógica de los preceptos sobre las obligaciones alternativas y facultativas o en los principios generales del Derecho.

Giorgi[11] plantea el tema de saber si el deudor pierde la fa-

---

León Barandiarán, comentando el Código Civil de 1936 (comentario perfectamente válido para el caso, puesto que el artículo vigente es una reproducción del anterior), ha sostenido que es posible que la facultad del pago de una prestación sustitutoria tenga lugar, sea en favor del deudor -que es lo común- o del acreedor.

Por ser la prestación principal la única debida, el acreedor sólo puede exigir ésta. Esto no varía en nada el caso de que la facultad de sustitución esté dada en favor del acreedor. En este supuesto la prestación principal sigue siendo la única debida; lo que ocurre cuando el acreedor hace uso de su facultad de sustitución es que convierte en exigible la prestación accesoria, que hasta ese momento era inexigible, porque no era la debida, aunque no puede negarse que para efectos prácticos pareciera exigible desde el origen.

Puede sostenerse por otro lado (y así lo hacen algunos) que en este supuesto, no existiría diferencia con la obligación alternativa cuando la elección corresponde al acreedor; sin embargo ello no es así. La diferencia radica en que en la obligación alternativa se deben desde el principio todas las prestaciones, es decir, si la prestación principal se torna en imposible antes que el acreedor haga uso de su facultad sustitutoria, la obligación se extingue, perdiendo entonces dicha facultad, no siendo posible exigir el cumplimiento de la prestación accesoria. Por el contrario, para que una obligación alternativa quede resuelta, todas las prestaciones deben ser imposibles de cumplirse, ya que de no ser así, debe elegirse entre aquellas prestaciones que aún son posibles para que la obligación sea satisfecha.

Consideramos posible, por tanto, a tenor de lo señalado por nuestra legislación, que la facultad de sustitución de la prestación principal por la accesoria puede establecerse también en beneficio del acreedor, quien mediante su declaración de voluntad, puede modificar el contenido de la obligación, siendo dicha declaración únicamente necesaria, cuando el acreedor quiera producir un cambio de la relación obligatoria. En consecuencia, el deudor quedará liberado cumpliendo con la prestación por la que finalmente opte el acreedor."

(11) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen IV, Páginas 459 y 460.

cultad de sustituir la prestación principal, cuando se hace moroso. Recuerda que en los textos romanos la duda se decide en sentido afirmativo en materia de estipulación; señala que la Corte de Casación Romana adoptó este principio respecto a una obligación adquirida por una compradora de bienes procedentes del Patrimonio Eclesiástico; precisa, además, que se decidió que si bien la Ley del 15 de agosto de 1865 concedió a los compradores la facultad de pagar el precio en títulos del Patrimonio Eclesiástico, así como en dinero, esta facultad se pierde por el adquirente cuando incurre en la mora judicial. Convenimos con Giorgi en la veracidad de este principio, pero consideramos que será necesario entrar a menudo en la investigación interpretativa para conocer si ésta ha sido verdaderamente la voluntad de las partes o el sentido de la disposición.

Adicionalmente, debemos señalar que en el análisis de las obligaciones facultativas, los diversos autores han ensayado denominaciones diferentes para designar a esta clase de obligaciones. Una de ellas es la planteada por el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, del año 1936, que aunque en su articulado sigue la corriente tradicional, designa a esta figura con el nombre de "obligaciones de pago facultativo". A entender de Héctor Lafaille[12], la denominación actual de esta clase de obligaciones podría entenderse como un contrasentido, siendo susceptibles de significar que se trata de una obligación semejante a las naturales, que puede ser cumplida o no, es decir, que lo facultativo estaría referido a la obligatoriedad del pago, dando lo mismo que el deudor pueda o no ejecutar la prestación. De este modo Lafaille señala que la nueva denominación se ajusta al verdadero concepto de esta obligación. Enneccerus, Kipp y Wolff[13] ensayan algunas denominaciones adicionales para la obligación facultativa. Así, las llaman también "obligación de facultad alternativa", "obligación de facultad de solución", "obligación de facultad de sustitución" y "obligación de derecho de apartar". No somos partidarios

(12) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 122.
(13) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op cit., Tomo II, Volumen I, Página 115.

de variar la denominación de instituciones cuyo significado se deduce claramente de la terminología que viene siendo empleada, la misma que a pesar de poder ser acusada de inexacta es asumida en general por la comunidad jurídica. Adicionalmente debemos precisar que todos los temores relativos a la actual denominación de las obligaciones facultativas son absolutamente infundados. No es cierto -y ningún autor lo ha interpretado así; y nos resistimos a creer que alguien lo haga- que la obligación facultativa es una obligación semejante a la natural. La obligación facultativa es, y ha sido siempre, una categoría de las obligaciones civiles, las que por su naturaleza son de cumplimiento obligatorio y exigibles judicialmente. Pensar que la obligación facultativa pueda generar ese tipo de dudas sólo sería posible si nos encontrásemos entre personas neófitas en Derecho, pero no entre abogados. Lo demás es algo así como ver fantasmas donde no los hay.

Debemos agregar que todo lo expresado al analizar el artículo 1161 del Código Civil Peruano, relativo a las obligaciones alternativas, en lo referente a la transmisión de la propiedad inmueble, resulta de plena aplicación para el caso de las obligaciones facultativas. Así, resultará absolutamente imposible la aplicación inmediata del artículo 949 del Código Civil en el momento del nacimiento de la obligación. Este precepto sólo será de aplicación cuando el deudor elija cumplir su obligación o con la prestación principal o con la prestación accesoria. No abundamos sobre el particular, por considerar que el tema reviste meridiana claridad.

Por último, precisamos que no debe confundirse a las obligaciones facultativas con las obligaciones con cláusula penal. Las obligaciones con cláusula penal tienen las siguientes diferencias con las obligaciones facultativas:

(a) En la obligación facultativa el deudor tiene el derecho de sustituir la prestación principal por la accesoria, por la prestación estipulada **in facultate solutionis**.

En la obligación con cláusula penal el deudor no tiene este derecho.

(b) En la obligación facultativa el acreedor sólo puede demandar la obligación principal; nunca puede exigir al deudor el cumplimiento de la obligación accesoria.

En la obligación con cláusula penal sucede lo contrario. El acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir la ejecución de la cláusula penal.

– NULIDAD O IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACION PRINCIPAL.

Artículo 1169.- *"La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1169.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* así como tampoco en el *Código Civil de 1852.*

El *Proyecto de Código Civil de 1890* regulaba el tema en sus artículos 1515: "La obligación facultativa es nula por vicio inherente a la prestación principal, aunque la accesoria no tenga ningún vicio."; 1518: "La obligación facultativa se extingue, cuando la cosa, objeto de la obligación principal, o perece sin culpa del deudor, antes que éste haya incurrido en mora, o cuando llega a ser imposible su cumplimiento, aunque el objeto de la prestación subsista, y sea posible entregarlo."; y 1519: "Si ha perecido o llegado a ser imposible, por culpa del deudor, el objeto de la prestación principal, puede pedir el acreedor el precio de la cosa que ha perecido, y exigir indemnización de daños y perjuicios."

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, no trata sobre el particular; así como tampoco lo hacen el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* ni el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni el *Código Civil de 1936;* ni la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

El tema es abordado por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* en su artículo 47: "La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir."; siendo tratado posteriormente por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981* (artículo 1189): "La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir."; y, por último, por el artículo 1137 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984:* "La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1169 del Código Civil Peruano, entre otros, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 431, primer y segundo párrafos), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 974), el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 493, primer párrafo), el Código Civil Argentino (artículo 645 -pero agrega que si dicha prestación perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora o que se hubiese hecho imposible su cumplimiento, no tiene derecho para pedir cosa alguna-), y el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1343 - con la diferencia de que la obligación facultativa será nula-).

Por su parte, los Códigos Civiles Chileno (artículo 1506) y Ecuatoriano (artículo 1549) establecen que en la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella que el deudor está directamente obligado, o si dicha cosa perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna.

– *Análisis.*

Como hemos expresado en nuestros comentarios al artículo 1168 del Código Civil, la prestación "**in obligatione**" es la prestación principal, mientras que la prestación o las prestaciones en facultad de solución son las accesorias.

En tal sentido, la regla del artículo 1169 es de plena lógica al plantear que la prestación accesoria (hemos señalado que puede tratarse de varias prestaciones) sigue la suerte de la principal. Por ello, si la prestación principal resultase nula o imposible de ejecución, dicha situación determinará la extinción de la obligación facultativa, independientemente de si la prestación o prestaciones accesorias continúan siendo susceptibles de ejecución.

Consideramos preciso indicar que es indiferente la causa por la cual resulta imposible la prestación principal, para que rija el numeral bajo comentario.

Creemos que si la prestación principal resultase imposible de ejecutar por culpa del acreedor, la obligación se extinguiría y el acreedor tendría el deber de sufragar los daños y perjuicios que hubiese ocasionado al deudor.

Si la prestación principal resultase imposible sin culpa de las partes, la obligación se extinguiría, sin tener derecho el deudor a reclamar contraprestación alguna, si la hubiere.

Por su parte, el Doctor León Barandiarán[1] señala que: "Si la prestación de primer grado, la única **in obligatione**, resulta imposible por culpa del deudor, el acreedor no podrá exigir la presta-

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 91.

ción de segundo grado, la dada en facultad de pago precisamente por este último carácter, por tratarse sólo de una opción para el pago, exclusivamente de parte del deudor. (Con ello queda dicho que no puede prosperar el criterio que propugnase que la elección puede pertenecer a un acreedor, y ni siquiera a un tercero: es un privilegio exclusivo del deudor). Es así criticable la decisión del artículo 648 del Código Argentino, que permite al acreedor demandar ya el precio de la cosa perecida, ya la prestación accesoria."

El supuesto que resulta de mayor interés es aquel en el cual la prestación principal deviniese en imposible por culpa del deudor. Podría pensarse que en este caso sería justo que el deudor cumpliese ejecutando la accesoria. Pero tal situación no se podría dar, ya que al resultar imposible la prestación principal se ha extinguido la obligación. En este caso, no se podrá ejecutar la obligación; lo que traerá como consecuencia que el acreedor no deba ejecutar su contraprestación -si la hubiere- y que el deudor deba sufragar a su acreedor los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

Consideramos que la solución anotada en el párrafo anterior guarda relación con la naturaleza de las obligaciones facultativas. De admitir la solución contraria (aquella en que el deudor podría cumplir ejecutando la prestación accesoria), estaríamos disipando parte importante de la ya de por sí tenue línea que distingue a las obligaciones facultativas de las obligaciones alternativas.

Sin embargo, a pesar de ser la anotada la solución técnicamente correcta, dudamos que sea la que revista mayor justicia. Pero no nos olvidemos de que estamos frente a una obligación facultativa y no ante a una alternativa.

Concuerda con el principio previsto por el artículo 1169 del Código Civil Peruano de 1984, la generalidad de la doctrina de nuestra tradición jurídica. Sólo por citar algunos ejemplos, mencionaremos que Eduardo B. Busso[2] señala que este principio, incluso, rige aun cuando la prestación accesoria (es decir aquella que está **in facultate solutionis**) esté exenta de cualquier vicio. A decir de Alfredo Colmo[3], la obligación accesoria no influye sobre la principal ni aun cuando se anula.

(2) BUSSO, Eduardo B. Op cit., Páginas 445 y 446.

Consideramos conveniente precisar en este punto que en lo referente al riesgo de pérdida de la prestación principal o, dicho de otro modo, en lo relativo a la imposibilidad de ejecutar la prestación principal, pensamos que resultarían de aplicación a este punto, **mutatis mutandis**, los principios que el Código Civil Peruano de 1984 establece como teoría del riesgo para las obligaciones de dar bienes ciertos, en su artículo 1138. Creemos que estos principios resultan más acordes a la naturaleza de la obligación facultativa que aquellos recogidos en los numerales 1165 y 1166, referidos a las obligaciones alternativas, ya que en estos últimos nos encontramos por lo menos con dos prestaciones principales, por lo que se incorporan a esta materia diversas posibilidades en relación al cumplimiento de cualquiera de las prestaciones que no hayan devenido en imposibles. Creemos que postular lo contrario, si bien podría considerarse lógicamente correcto, destruiría el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, además de desnaturalizar a la obligación facultativa[4].

(3) COLMO, Alfredo. Op cit., Página 255.

(4) Hace algunos años, siendo todavía alumnos de Derecho, los ahora abogados y amigos nuestros, Juan Rivadeneyra Sánchez y José Alvaro Quiroga León, hicieron un interesante estudio sobre este punto, relativo a la posibilidad de cumplimiento de la obligación facultativa con la prestación accesoria, si la principal hubiese devenido en imposible por culpa del deudor. Precisaban los siguientes conceptos (RIVADENEYRA SANCHEZ, Juan y QUIROGA LEON, José Alvaro. Las Obligaciones Facultativas. En Thémis Nº 5, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Epoca, Páginas 67 y siguientes. Lima, 1986.):
"Las obligaciones facultativas tienen dentro del derecho obligacional un rasgo que las particulariza, y es el gran margen de decisión que otorgan al deudor de la prestación, es decir, se asume que en una obligación así contraída, el deudor se encuentra en posición más cómoda, (esto explica que en caso de duda se tenga a una obligación por facultativa antes que por alternativa), y el artículo 1171 es muestra de que nuestro legislador ha optado en su favor. Así queda establecido, por lo demás, en la exposición de motivos.

La obligación facultativa es conceptuada como aquella en cuya virtud, el deudor se obliga a la ejecución de una sola prestación pudiendo, a su libre decisión, sustituirla por otra (de allí el clásico distingo que coloca a la principal **in obligatione** y a la accesoria **in facultate solutionis**). De tal modo que la prestación accesoria no es susceptible de ser exigida en ningún caso por el acreedor.

Respondiendo, pues, a las interrogantes planteadas, tenemos:

- Pedro se obligó a entregar a Alberto un reloj determinado (bien cierto), se estableció además que podía liberarse entregando un lapicero también determinado (bien cierto).
- El reloj, materia del trato, es destrozado culposamente por Pedro, tornándose en imposible la prestación principal.

  ¿Subsiste vínculo obligacional entre Pedro y Alberto?

  Aplicando literalmente el artículo 1169, podríamos responder que no queda obligación entre ellos, pero atendiendo a la naturaleza de la obligación facultativa, es claro que Alberto ha aceptado quedar satisfecho con cualquiera de las dos prestaciones (reloj o lapicero), por lo que no habría motivo práctico que impida a Pedro pagar con el lapicero, ya que de no ser así, Pedro podría verse compelido a pagar por inejecutar una obligación (si ocasiona con ello daños a Alberto), siendo que tiene posibilidad de ejecutar una prestación, y por lo tanto, cumplir con la obligación. No obstante, como ya se dijo, del artículo 1169 se desprendería que no habiendo ya obligación, no tiene Pedro nada que cumplir; este razonamiento, válido por cierto, deja de lado la razón principal de todos los problemas que estamos atendiendo. Este es el acuerdo de dos partes respecto a prestaciones determinadas (reloj o lapicero). Pedro y Alberto se vincularon con ese propósito, y la eventualidad de una inejecución, no era lo que despertaba su interés, sino muy por el contrario, "la ejecución" fue lo que los llevó a pactar. Por lo tanto, es nuestro parecer que mientras pueda darse cumplimiento al acuerdo de voluntades, éste debe ser protegido. Sin embargo, dado que la prestación accesoria no puede ser exigida, Pedro puede optar por inejecutar o cumplir pagando con el lapicero. Alberto no tiene nada que decir frente a su decisión.
- Diferente sería el caso si el reloj hubiera perecido sin culpa de Pedro. Si así hubiese ocurrido, éste quedaría liberado de la prestación, aplicándose sin reparos lo dispuesto en el artículo comentado.

  Esta es, a nuestro entender, una interpretación menos técnica (puesto que topa con obstáculos como la literalidad misma del artículo, la determinación de la obligación facultativa por la prestación principal y el artículo 1138, inciso 1, aplicable al caso presentado), pero más coherente con la doctrina del Derecho obligacional."

Hasta aquí las expresiones de los Doctores Rivadeneyra y Quiroga.

Similar preocupación que la expresada por los Doctores Rivadeneyra y Quiroga fue la que llevó al Doctor Guillermo Boza Pro (BOZA PRO, Guillermo. Op cit., Páginas 72 y 73.) a tratar el tema. Los argumentos de Boza fueron los siguientes:

"Tratándose de incumplimiento por causas imputables al deudor, debido a la intención de éste (dolo) o a su negligencia (culpa inexcusable o culpa leve), de la prestación principal, la actitud ilícita del deudor le acarrea la obligación de satisfacer una indemnización de daños y perjuicios. Consecuentemente: si la prestación principal adolece de nulidad, la obligación nunca nació. Por el contrario, la imposibilidad sobreviniente extingue la obligación, pudiendo demandar el acreedor en este caso, una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, si el incumplimiento se verificó por culpa del deudor.

Sin embargo, respecto de lo señalado últimamente, hay quienes sostienen que el deudor tiene la facultad de pagar con la prestación accesoria en reemplazo de la indemnización. Por otro lado, se sostiene que el acreedor tiene derecho a exigir el precio de la prestación o la prestación accesoria.

Analizaremos las dos posiciones separadamente, empezando por la segunda:

Dicho cuestionamiento procede del Código Civil Argentino. Señala en su artículo 648 lo siguiente: 'Si el objeto de la prestación principal hubiere perecido o se hubiese hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor puede pedir el precio de lo que ha perecido o la cosa que era el objeto de la prestación accesoria.'

Comentando el artículo, Borda señala que: '...Al autorizar a reclamar el objeto de la prestación accesoria, el Código parece separarse del principio de que la opción sólo corresponde al deudor; sin embargo la ley ha creído equitativo brindar al acreedor mayores posibilidades jurídicas cuando el deudor es culpable del incumplimiento.'

En igual sentido se pronuncia Lafaille: 'El artículo 648 nos presenta una anomalía muy curiosa: que se haya querido imponer una pena que no parece justificada (...). Es cierto que se podría argüir que en virtud de su culpa el obligado viene a perder la ventaja que significa la facultad abierta a su favor, pero esto tampoco parece razonable desde que, el acreedor tiene dentro del derecho común, la manera práctica de indemnizarse, exigiéndole el cumplimiento de la prestación única...'.

Como se aprecia, este derecho consagrado al acreedor, por la codificación argentina, no está acorde con las características de la obligación facultativa. A tenor de lo expuesto por los comentaristas citados, la explicación de tal norma se encontraría en imponer una penalidad al deudor por la inejecución de la obligación, por culpa suya. Sin embargo, debe precisarse, que aun en este supuesto, se está desnaturalizando la obligación, desde que la única prestación que se debe es la principal, y al ser imposible de cumplirse (indepen-

– *Concordancias nacionales.*

Nulidad de la obligación principal y de las obligaciones accesorias, artículo 224, tercer párrafo del Código Civil.

---

dientemente de que sea con culpa o sin ella), automáticamente la obligación queda extinguida.
Esta opción legislativa -que no es amparada por la propia doctrina argentina- no está recogida en otras codificaciones, con excepción del código civil paraguayo de 1987. Han quedado señalados los fundamentos que demuestran lo equivocado de dicha tesis, que indudablemente atenta contra la naturaleza de la obligación facultativa.
En todo caso -en nuestra legislación-, el acreedor solamente tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios (que comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante), al amparo de lo establecido en el título correspondiente a la inejecución de las obligaciones.
Estos argumentos que acabamos de esgrimir resultan aplicables al primer cuestionamiento que nos planteáramos, que radica, como dejáramos anotado líneas arriba, en la posibilidad que tiene el deudor, de reemplazar la indemnización pagando con la prestación accesoria.
Es decir, que según los principios que informan la obligación facultativa, al resultar imposible la prestación principal (con culpa), el deudor será pasible, en su caso, de los daños y perjuicios ocasionados, sin que pueda alegar que paga con la prestación accesoria.
Ciertamente, dependiendo de la autonomía de la voluntad de las partes, el acreedor puede aceptar que se ejecute la prestación accesoria en lugar de la indemnización ahora debida por el deudor. Sin embargo, de darse tal supuesto, no estaríamos ya ante el cumplimiento de la obligación que originariamente se contrajo (facultativa), sino ante otra distinta, ajena totalmente a la primera: la obligación facultativa se extinguió."
Más recientemente, un alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el señor Cayo César Galindo Sandoval realizó un minucioso trabajo monográfico sobre el tema, titulado "Obligaciones facultativas: Imposibilidad de la prestación principal por causa imputable al deudor", el mismo que fue presentado en el marco del curso "Investigación Jurídica II", en el mes de junio de 1994.

– NULIDAD O IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACION ACCESORIA.

Artículo 1170.- *"La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1170.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni el *Código Civil de 1852.*

El tema es abordado por primera vez en nuestro país por el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en sus artículos 1516: "La nulidad de la prestación accesoria, no invalida la obligación facultativa en cuanto a la prestación principal."; y 1520: "Subsiste la obligación facultativa respecto a la prestación principal, aun cuando se pierda o deteriore la cosa que es objeto de la prestación accesoria, o aunque sea imposible el hecho, o la omisión que constituye esta prestación."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* no abordó el particu-

lar, así como tampoco el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* ni el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* así como tampoco el *Código Civil de 1936;* ni la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

En cambio, el tema fue tratado por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* artículo 48: "La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir."; norma que recogieron el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1190: "La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* artículo 1138: "La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coincide con el artículo 1170 del Código Civil Peruano, entre otros Códigos, el Argentino, artículo 649: "No tendrá influencia alguna sobre la prestación principal, ni la pérdida o deterioro de la cosa, ni la imposibilidad del hecho o de la omisión que constituye el objeto de la prestación accesoria"; y artículo 650: "La nulidad del acto jurídico por motivo del objeto de la prestación accesoria no induce nulidad en cuanto a la prestación principal."

– *Análisis.*

Si bien lo accesorio siempre sigue la suerte de lo principal, evidentemente no ocurre lo mismo con lo principal respecto de lo accesorio.

Simplemente debemos precisar, de acuerdo con nuestros planteamientos anteriores, que si la obligación facultativa está constituida por una prestación principal y una accesoria, y es la prestación accesoria la que resulta imposible de cumplir, esta obligación se convertirá en una de objeto simple y se regirá por las reglas de esta última categoría de obligaciones. Pero podría ocurrir que la obligación facultativa esté constituida por una prestación principal y por dos o más prestaciones accesorias. En tal sentido, la obligación sólo llegará a convertirse en simple, en la medida en que resultasen imposibles de cumplimiento la totalidad de prestaciones accesorias, pues mientras se pueda ejecutar alguna de ellas, la obligación continuará siendo una facultativa.

Pero debe mencionarse que aquel no será el único modo a través del cual la obligación facultativa se convertirá en simple, pues la forma común en que esto ocurrirá se produce a través de la elección que efectúa el deudor para cumplir pagando, ya sea con la prestación principal o con la prestación accesoria.

– *Concordancias nacionales.*

Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto, artículo 1138, inciso 5º, del Código Civil / Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes, artículo 1156 del Código Civil / Nulidad de la obligación principal de las obligaciones accesorias, artículo 224, tercer párrafo, del Código Civil.

– SUPUESTO DE DUDA ACERCA DE SI LA OBLIGACION ES ALTERNATIVA O FACULTATIVA. SOLUCION DEL PROBLEMA.

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

– *Fuentes nacionales del artículo 1171.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852.*

El tema fue abordado por primera vez en nuestro país por el *Proyecto de Código Civil de 1890*, artículo 1521: "En caso de duda sobre si una obligación es alternativa o facultativa, se entiende que es alternativa."; seguido por el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* artículo 154: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por facultativa."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, artículo 145: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por facultativa."; el *Proyecto de*

Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, artículo 1189: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por facultativa."; y el *Código Civil de 1936,* artículo 1199: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue abordado por la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* artículo 42: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa."; por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* artículo 49: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa."; por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1191: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa."; y, finalmente, por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* artículo 1139: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1171 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 661), el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 424) y el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1346).

También son del mismo tenor el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1550), el Chileno (artículo 1507), y el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 976). En igual sentido prescribe el Código Paraguayo en su artículo 494.

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 431, tercer párrafo), se diferencia del Código Peruano cuando establece que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa; y es similar al Código Civil Uruguayo (artículo 1359 -en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, establece que se considerará alternativa-).

Por su parte, el Código Civil Argentino (artículo 651) establece también criterio diferente al peruano, ya que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, norma que se debe tener por alternativa.

– *Análisis.*

En virtud del artículo 1171 del Código Civil Peruano, se establece que si hubiese alguna duda en la interpretación de si la obligación existente es alternativa o facultativa, se tendrá ésta por facultativa. La razón se fundamenta en que la obligación facultativa, dada la regulación del Código Civil Peruano, resulta en algunos extremos más beneficiosa o favorable para el deudor que la obligación alternativa; y por esta razón, a través del artículo 1171, se busca favorecer al deudor.

Este principio recoge en su integridad aquel del artículo 1199 del Código Civil de 1936.

En este punto queremos efectuar dos precisiones.

La primera consiste en que, para la interpretación de un caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, no ocurre que ante una simple duda deba optarse porque se trata de una obligación facultativa, sino que tal supuesto deberá ser asumido, en todo caso, de subsistir la duda extrema, luego de haber aplicado al acto materia de análisis las reglas sobre interpretación del acto jurídico contenidas en los artículos 168 a 170 del Código Civil (de tratarse de una obligación generada a través de un negocio jurídico) o, si se tratase de una obligación surgida en virtud de la ley, luego de aplicar los principios interpretativos generales acerca de las normas legales.

A través de estos procesos interpretativos podría llegarse, válidamente, a la conclusión de que se trata de una obligación alternativa y no necesariamente de una obligación facultativa; o, muy bien, llegarse también a la conclusión opuesta, de que se trata de una obligación facultativa. De llegarse a alguna de esas

respuestas, no será de aplicación, evidentemente, lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil, pues no habría duda alguna que despejar, ya que ésta habría sido resuelta.

Es sólo si subsistiese la duda después de haber aplicado dichos principios interpretativos, que debemos llegar a la conclusión (en virtud de la aplicación del artículo 1171) de que se trata de una obligación facultativa y no de una alternativa. A decir de Héctor Lafaille[1], por la similitud de ambas situaciones, como también por las normas defectuosas de ciertos contratos o cláusulas testamentarias, suele ofrecer dificultades el discernir si el vínculo responde al tipo alternativo o facultativo; apreciándose el interés práctico del problema al contemplar el diverso efecto que fluye de estas dos categorías. De este modo -agrega Lafaille-, seguramente debe recomendarse un minucioso análisis del instrumento y de las circunstancias para llegar a soluciones acertadas; pudiéndose afirmar que si el acreedor sólo tiene derecho a exigir una prestación, no habría dificultad alguna en concluir que estamos en presencia de una obligación facultativa y no de una alternativa.

Por su parte, el Doctor H. Gustavo Palacio Pimentel[2] establece que si bien en el campo teórico las diferencias entre una obligación alternativa y una facultativa son claras, no sucede lo mismo en el terreno de los hechos, ya que todo depende de las contingencias y modalidades de cada caso; queda su apreciación librada al criterio judicial, de conformidad con las pruebas aportadas al efecto. Así -señala Palacio Pimentel-, los jueces deberán considerar la intención real de las partes, antes que el sentido literal de los términos. En tal sentido -agrega-, uno de los mejores medios para reconocer si la obligación es alternativa o facultativa, consiste en investigar si el acreedor debe demandar ya una u otra de las cosas debidas, o si únicamente debe demandar una cosa. De este modo, en el primer caso la obligación será alternativa, mientras que en el segundo será facultativa.

---

(1) LAFAILLE, Héctor. Op cit., Tomo VI, Volumen I, Página 125.
(2) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano, Tomo I, Páginas 236 y 237. Tercera edición, Editora y Distribuidora de Libros Huallaga E.I.R.L. Lima, 1990.

De acuerdo con el tratadista argentino Luis María Boffi Boggero[3], es fácil comprender que ciertas redacciones contractuales ofrezcan verdadera duda acerca de si se convino una obligación alternativa o una facultativa; lo que será importante establecer dadas las diferentes consecuencias jurídicas que ambas producen[4].

---

(3) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op cit., Tomo II, Páginas 450 y 451.
(4) El Doctor José León Barandiarán (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 92 y 93.) expresaba un parecer similar respecto de este punto:
"En lo que atañe al artículo 1199 (se refiere al Código Civil de 1936), debemos decir que los códigos argentino (artículo 651) y chileno (artículo 1507) prefieren que se repute la obligación como alternativa. Lafaille ha criticado la solución, observando que la solución lógica debe ser que se presuma existir obligación facultativa, porque con ello se favorece al deudor y se facilita su exoneración. Sin embargo, la solución que domina es la inversa, pues como repara Colmo, la obligación facultativa crea una situación de excepción en favor del deudor, que por ello la ley no debe presumir; siendo, por el contrario, sensato que la presunción sea de que exista obligación alternativa, por ser ésta de más frecuente aplicación; por lo que se impone el principio de **eo quod plerumque fit**.
Por su parte Galli, en sus anotaciones a la obra de Salvat, ha escrito: 'La presunción de libertad es preferible a la de obligación, cuando existen dudas sobre si una persona se ha obligado realmente o no. Pero si no existe duda acerca de que hay una obligación y un deudor, y la duda se refiere a la naturaleza de la obligación contraída, es más jurídica la solución que facilita la extinción de la obligación por cumplimiento, que la que prefiere la extinción de la obligación por imposibilidad. Puesto que las obligaciones se contraen para cumplirse, lo normal es que lleguen a su término ordinario, que es el cumplimiento. Lo anormal y lo extraordinario sería que concluyan sin estar cumplidas. No es lógico suponer lo excepcional.'
Pero, en todo caso, lo que precisa ante todo es averiguar cuál fue la intención de las partes, esto es, proceder a la interpretación de lo convenido. 'Si teóricamente -se lee en Riviére, Weiss y Frenneley- las diferencias que separan la obligación alternativa de la facultativa están bien señaladas, en el hecho, algunas veces, podrá no resultar fácil distinguir una de otra. Las fórmulas empleadas por las partes pueden ser oscuras y ambiguas. **Si mieux n'aime le débiteur payer telle chose... o avec faculté de payer telle chose**, son expresiones conforme a las cuales se caracteriza habitualmente la obligación facultativa. En defecto de estas fórmulas, o de otras semejantes, que no dejen lugar a equivocación, los jueces deberán de-

La segunda reflexión respecto de la norma bajo comentario (el artículo 1171 del Código Civil Peruano) se centra en nuestra preocupación por la vigencia del arraigado principio -proveniente del Derecho Romano- de que en situaciones de duda, como la planteada por el artículo 1171 del Código Civil, debe optarse legalmente por favorecer al deudor y no al acreedor[5]. En nuestra opinión, no estamos en un mundo en el cual, en la gran mayoría de contratos, el acreedor sea la parte fuerte de la relación obligacional, mientras que el deudor sea la parte más débil. Pensamos concretamente en los múltiples contratos celebrados por adhesión, en los cuales, precisamente, los acreedores de los bienes o servicios son los simples ciudadanos, mientras que los deudores de los mismos son grandes empresas, que en muchos casos constituyen monopolios u oligopolios en el mercado. Raymundo M. Salvat[6], en abono de la posición doctrinaria y legislativa recogida por el Código Civil Peruano, señala, dentro del principio favorable al deudor, que las ventajas de la obligación facultativa sobre la alternativa estarían en que en la primera, si la prestación del título se vuelve imposible sin culpa del deudor, la obligación se extingue y el deudor queda liberado; mientras que la liberación en la obligación alternativa exige que la imposibilidad

---

cidir según las reglas de la interpretación. Se ha dicho (Delvincourt, Tomo II, Página 131, Nota 1.) que uno de los mejores medios para reconocer si la obligación es alternativa o facultativa consiste en investigar, conforme a la fórmula empleada, si el acreedor debe demandar ya bien una u otra de las cosas debidas, o si él no debe demandar sino sólo una cosa; en el caso primero, la obligación será alternativa; será facultativa, en el segundo caso. Por lo demás, los jueces deberán, conforme a las reglas del artículo 1557, considerar la intención real de las partes, más que atenerse al sentido literal de los términos. Así una obligación facultativa, conforme a su sentido literal, podrá ser juzgada como que no constituye en realidad una obligación alternativa (Larombiére, sobre el artículo 1196, Número 2; Demolombe, Tomo II, Número 32.). Destacaremos, en fin, que una obligación alternativa puede ser facultativa, pues después de haber abarcado alternativamente varias cosas, se puede reservar la facultad de pagar de ella una o varias cosas sustitutorias.'"

(5) En tal sentido, Giorgi es también partidario de favorecer al deudor. GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo IV, Páginas 458 y 459.

(6) SALVAT, Raymundo M. Op cit., Tomo I, Página 518.

inimputable del cumplimiento ocurra con todas las prestaciones del título.

Esto simplemente a manera de reflexión, ya que el precepto del Código Civil se justifica, sin embargo, porque había que encontrar una salida ante la duda insoluble, vale decir, ante aquella duda que subsista luego de haber aplicado a la obligación todas las normas y criterios de interpretación (ya sea de los actos jurídicos o de la ley). Adicionalmente, debemos manifestar que la solución del Código resulta adecuada, por ser más comunes las obligaciones facultativas que las alternativas (a pesar de que ambas -de por sí- son de ocurrencia escasa; siendo la obligación facultativa más común la de dar en pago moneda extranjera, la cual, salvo pacto en contrario, puede ser cumplida en la moneda pactada o en moneda nacional).

Debemos mencionar, no obstante, que como puede deducirse de las fuentes y concordancias extranjeras del artículo 1171 del Código Civil Peruano de 1984, existe otra corriente legislativa cuyo principal exponente es el Código Civil Argentino, el mismo que establece en su artículo 651 que en caso de duda si la obligación es alternativa o facultativa, se la tendrá por alternativa. Como establece Héctor Lafaille, Don Dalmacio Vélez Sarsfield, en la nota a este artículo del Código Argentino (del que es autor), si bien se extendió en consideraciones acerca de las diferencias existentes entre las obligaciones alternativas y facultativas, no explicó nada acerca del temperamento adoptado, presumiendo Lafaille que Vélez se inclinó hacia lo más frecuente en el comercio jurídico, pues la hipótesis preferida por dicho Código Civil, a entender del mencionado autor, es la que se presenta con mayor facilidad en la práctica.

Por su parte, Raymundo M. Salvat[7] señala que en abono de la solución adoptada por el artículo 651 del Código Civil Argentino, se puede agregar que la presunción de libertad es preferible a la obligación, cuando existen dudas sobre si una persona se ha

---

(7) SALVAT, Raymundo M. Op cit., Tomo I, Páginas 518 y 519.

obligado realmente o no; pero si existe duda acerca de que hay una obligación y un deudor, y la duda se refiere a la naturaleza de la obligación contraída, es más jurídica la solución que facilita la extinción de la obligación por cumplimiento, que prefiere a la extinción de la obligación por imposibilidad, puesto que las obligaciones se contraen para cumplirse, siendo lo normal que lleguen a su término ordinario, es decir, al cumplimiento; ya que lo anormal y lo extraordinario sería que concluyan sin estar cumplidas; razón por la cual no es lógico suponer lo excepcional.

En nuestro medio, el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet[8] se manifiesta partidario del sistema adoptado por el Código Civil Argentino, y por tanto contrario al establecido por el Código Civil Peruano. Funda sus argumentos en los términos de los profesores argentinos Alterini, Ameal y López Cabana, señalando que el criterio del Código Civil de ese país es atinado, por cuanto la obligación facultativa establece una facultad excepcional en beneficio del deudor que, como tal, debe encontrarse claramente estipulada; y, en caso contrario, debe primar el principio de buena fe, que indica que toda obligación se pacta para ser cumplida. Agrega Arias-Schreiber que, a pesar de que el principio adoptado por el Código Civil Peruano de 1984 mantiene la misma línea que el Código derogado, y no obstante que este precepto no ha creado dificultades prácticas, cree conveniente evaluar la posibilidad de modificación de la norma bajo comentario, siguiendo -según él- a la mayoría de los Códigos extranjeros.

Luego de haber concluido el análisis de las obligaciones alternativas y facultativas, consideramos conveniente enumerar las semejanzas y diferencias existentes entre ellas:

– *Semejanzas:*

(a) Ambas son obligaciones de objeto plural (pluralidad de prestaciones).

(8) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op cit., Tomo II, Páginas 15 y 16.

No obstante ello, debemos reiterar que no existe unanimidad entre los diversos autores, respecto de considerar a la obligación facultativa como una de objeto plural. Así, Giorgi[9] señala que bajo el nombre de obligaciones facultativas, el lenguaje forense ha reunido todas las obligaciones simples, en las cuales el deudor goza por un favor excepcional, de la facultad de liberarse pagando una cosa diferente; agrega que es, pues, una sola, en estas obligaciones, la cosa debida, y que la otra prestación con que el deudor puede liberarse, no está más que **in facultate solutionis**.

(b) En ambas se debe ejecutar sólo una de las prestaciones.

(c) En las obligaciones alternativas quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra (artículo 1162). En las obligaciones facultativas el deudor deberá cumplir, íntegramente, con la prestación principal o con la accesoria, sin la posibilidad de cumplir con parte de una y parte de otra.

(d) Ambas obligaciones pueden consistir en un dar, hacer o no hacer.

(e) En ambas, las diversas prestaciones pueden o no tener equivalencia económica entre sí.

(f) En ambas, las prestaciones deben ser independientes una de otra, ya que la ejecución de una de ellas deberá satisfacer al acreedor, con absoluta prescindencia de las no elegidas.

– *Diferencias:*

(a) Las prestaciones objeto de la obligación alternativa se encuentran todas ellas en igualdad de condiciones. Todas tie-

(9) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo IV, Página 458.

nen el mismo nivel (todas son principales); mientras que en la obligación facultativa sólo una de las prestaciones es principal, con una o más de una accesoria.

(b) Si todas las prestaciones de la obligación alternativa, menos una, resultan nulas o imposibles de cumplir sin culpa de las partes, debe ejecutarse la que aún es posible cumplir, puesto que la obligación se convierte en simple (artículo 1167); mientras que en la obligación facultativa si la prestación principal deviene en nula o imposible de cumplir, se extingue la obligación, pues la prestación accesoria sigue la suerte de la principal (artículo 1169). La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir.

(c) En las obligaciones alternativas la elección de la prestación a ejecutar corresponde al deudor, pero puede atribuirse esta facultad al acreedor o a un tercero (artículo 1162); mientras que en las obligaciones facultativas el derecho de efectuar el cumplimiento con la prestación principal o con la accesoria corresponde únicamente al deudor. Se podría decir que en las obligaciones facultativas no existe "elección" en estricto, sino más bien una decisión del deudor.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1171.*

En relación con el tema de la interpretación de la obligación facultativa, hemos encontrado una Ejecutoria Suprema que establece lo siguiente:

"La interpretación de las cláusulas de un contrato sobre la naturaleza obligatoria o facultativa de la obligación de hacer, debe dilucidarse en vía ordinaria, para establecer la intención de los contratantes." Ejecutoria del 23 de junio de 1927. Anales Judiciales, Página 175. (Artículo 1199 del Código Civil de 1936).

TITULO V

Obligaciones divisibles e indivisibles

y

TITULO VI

Obligaciones mancomunadas y solidarias

- ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES Y METODOLOGICAS.

Antes de iniciar el estudio de las obligaciones divisibles e indivisibles y de las mancomunadas y solidarias, debemos recordar que estos criterios clasificatorios responden a la existencia de obligaciones con pluralidad de sujetos, ya sea de deudores, de acreedores, o de ambos. Estas son para Jorge Joaquín Llambías[1] las obligaciones de sujeto plural, las que corresponden a varios acreedores o pesan sobre varios deudores, con respecto a una sola prestación debida, y en razón de una causa única.

Así, a entender de Llambías, la pluralidad de sujetos puede ser originaria o sobreviniente; es originaria cuando desde la constitución de la obligación se presentan varios acreedores o varios deudores; y sobreviniente, cuando habiendo comenzado la obligación con un único sujeto, activo o pasivo, pasa a tener un sujeto múltiple, generalmente por incorporarse a la relación obligacional los herederos del originario acreedor o deudor que hubiese fallecido.

Al tratar de las obligaciones divisibles e indivisibles y de las mancomunadas y solidarias, el legislador de 1984 ha optado -al

(1) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 369 y 370.

igual que el legislador de 1936- por el sistema que ha sido acogido por Códigos importantes de este siglo, entre ellos el Código Civil Italiano de 1942.

En opinión del tratadista argentino Luis María Rezzónico[2], así como las obligaciones pueden tener un objeto múltiple, es decir, comprender varias prestaciones, también pueden tener pluralidad de sujetos, es decir, comprender varios deudores o varios acreedores, o varios deudores y varios acreedores. Recuerda Rezzónico que estas obligaciones son llamadas "subjetivamente colectivas" -por Busso- o también "obligaciones de sujeto complejo, múltiple o plural" -por Colmo-, por oposición a las de "sujeto simple o incomplejo", que sólo tienen un deudor y un acreedor.

En opinión de Rezzónico -concordante con nuestras apreciaciones vertidas al respecto en la Teoría General de este Tratado-, la distinción existente entre las obligaciones en las que la pluralidad de sujetos activos o pasivos se presenta en forma de disyunción o de conjunción entre los sujetos, puede existir del lado de los deudores, o del lado de los acreedores, o de ambos a la vez.

Así, Rezzónico, al hablar de la pluralidad conjunta de acreedores o de deudores, señala que ella ocurre si los sujetos activos o pasivos de la obligación aparecen vinculados por la conjunción copulativa "y", o por alguna expresión conceptualmente equivalente. Por ejemplo, si Juan debe pagar $ 1,000 a Pedro y Diego; si Juan y Pedro deben pagar $ 1,000 a Diego; si Juan y Pedro deben $ 1,000 a Diego y Luis.

Agrega que el principio general que rige esta especie de obligaciones, en que varios acreedores son al mismo tiempo titulares de un crédito, o distintos deudores son al mismo tiempo responsables por una prestación, es el siguiente: "la distribución se cumple por cuotas iguales, a menos que exista convención o pac-

(2) REZZONICO, Luis María. Estudio de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil, Volumen I, Página 583. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961.

to en contrario". En consecuencia, cada acreedor puede exigir y cada deudor debe satisfacer una cuota igual o proporcional de la prestación debida. Precisa el citado autor argentino que según la expresión de Giorgi y otros autores, la obligación se determina **pro rata** o en partes viriles siempre que lo permita la naturaleza de la relación.

Añade Rezzónico que las excepciones a ese principio general, las restricciones "u obstáculos" -dice Lafaille- que se oponen a la aplicación del principio, se traducen en el apotegma romano "**concursu partes fiunt**". Estas son dos y pueden resultar de la naturaleza de la prestación debida (que es el caso de la indivisibilidad), o de la intención de las partes o la imposición de la ley (que es el caso de la solidaridad, la cual -según Rezzónico- es una especie del género de la mancomunación).

Al referirse a la pluralidad disyunta o alternativa, señala Rezzónico que ocurre si los sujetos activos o pasivos de la obligación, o unos y otros, aparecen vinculados por la conjunción disyuntiva "o", o por una fórmula o expresión equivalente. Cita como ejemplo, si digo: "Pagaré a Fulano o a Mengano"; si Pedro debe $ 1,000 a Juan o Diego; si Juan o Pedro deben a Diego tal cosa; si Juan o Pedro deben tal prestación a Diego o Luis; o en el caso frecuente de los depósitos bancarios "a la orden alternativa, recíproca o indistinta" de dos o más personas que pueden retirarlos íntegra e indistintamente, aunque una de ellas muera, pues se les considera sometidos al régimen de las obligaciones solidarias.

Rezzónico continúa expresando que las obligaciones disyuntas, en cuanto al sujeto acreedor, son relativamente frecuentes, pero en cambio las obligaciones disyuntas, en cuanto al sujeto deudor (múltiple pero no conjunto sino alternativo), son raras. Apenas puede mencionarse como caso de esa naturaleza el citado por Colmo: el deudor, previniendo que no podrá pagar su deuda, estipula en favor del acreedor el derecho alternativo de éste de cobrar en nombre de aquél lo que le debe un tercero; y así, A que debe X $ a B conviene con B que éste podrá cobrárselos a él o a C, quien a su vez le debe esa suma a A, "con lo cual se extinguen allí dos obligaciones: la de A para con B y la de C

para con A." Rezzónico agrega que también puede resultar un caso de obligación disyunta, en cuanto al deudor, del movimiento de una cuenta corriente en que pueden ser deudores del depositario, por haber girado en descubierto, aunque lo más frecuente es que sean acreedores de él.

Según enseña Rezzónico, en el Derecho Romano, Justiniano resolvió en materia de institución de herederos, legados o fideicomisos, que las obligaciones disyuntas estaban equiparadas a las conjuntas y que las conjunciones "o" e "y" debían tomarse como equivalentes. Después -agrega Rezzónico-, ese criterio fue abandonado, y las legislaciones y los autores modernos siguen la teoría de Pothier, quien cita como ejemplo de obligación solidaria que nace de una disposición testamentaria, la que está concebida en estos términos: "Mi heredero donará a los Carmelitas o a los Jacobinos la suma de cien libras". El heredero -agrega Pothier- no debe, en este caso, sino una sola suma, pero la debe por entero a cada uno de los dos conventos, que son coacreedores solidarios; de modo que el pago de esta suma que él haga a uno de los dos conventos, le liberará respecto de ambos. El ilustre romanista entendía que en tales situaciones existía solidaridad pasiva, y sometía las obligaciones disyuntas o de sujeto alternativo al mismo régimen de las solidarias.

A entender de Rezzónico, éste es el criterio que justamente ha prevalecido en la doctrina y legislación "porque -dice Salvat- al establecer que el crédito existe a favor de uno u otro acreedor o que la deuda pesa sobre uno u otro deudor, sin agregar limitación alguna, parece lógico pensar que las partes han querido que cada acreedor o cada deudor tenga el derecho de exigir o la obligación de pagar íntegramente la prestación debida, lo cual constituye, precisamente, el carácter esencial de la solidaridad"; agrega Rezzónico que, en cuanto a las relaciones de los codeudores o coacreedores entre sí, éstas están regidas por las mismas reglas que la ley ha consagrado para las obligaciones solidarias.

Señala Rezzónico que por ello dice Lafaille que, en todos esos casos, hasta que uno de los posibles acreedores no ejercite su derecho, el verdadero dueño permanece en la oscuridad, con

lo cual vienen a coincidir el tipo alternativo, el solidario y el de prestación indivisible.

Con relación al régimen legal de esta clase de obligaciones, Rezzónico, siguiendo la doctrina en general, se refiere a las obligaciones de sujeto múltiple. Así, en caso de pluralidad disyunta o de sujeto alternativo, el Código Civil Argentino, como los demás, no establece normas específicas, pero la doctrina general enseña que esta clase de obligaciones entraña una verdadera solidaridad y que ellas están regidas por las reglas de las obligaciones solidarias.

En consecuencia -añade el autor argentino-, si varias personas están vinculadas como acreedores o como deudores en forma disyuntiva o alternativa, cualquiera de esos acreedores disyuntos o alternativos puede beneficiarse con la totalidad del crédito o derecho de que se trate, y cualquiera de esos deudores disyuntos o alternativos es responsable o pasible de la obligación. Agrega Rezzónico que en tal caso, como advirtieran Colmo, Salvat y Lafaille, "no hay, en rigor, diferencia alguna entre los efectos de esta figura y los derivados de la solidaridad"; expresa que así ocurriría si Juan se obliga a pagar $ 1,000 a Pedro o Diego (acreedores alternativos o disyuntos), o si Pedro o Diego (deudores alternativos o disyuntos) se obligan a pagar $ 1,000 a Juan.

Recuerda Rezzónico que por aplicación de ese principio, la jurisprudencia argentina ha decidido reiteradamente que, tratándose de depósitos bancarios "a la orden recíproca o indistinta" de dos o más personas, cualquiera de los depositantes (acreedores disyuntos o alternativos) puede retirar el total de los valores, por tratarse de acreedores solidarios; señala que en tal caso se aplican las disposiciones del Código Civil que rigen las obligaciones solidarias, considerándose que esos depósitos pertenecen por partes iguales a los titulares de la cuenta, pero que pueden extraerlos totalmente cada uno de ellos. De este modo -continúa diciendo Rezzónico-, si todos los acreedores exigen el pago íntegro, el deudor debe poner la prestación a disposición de todos, repartiéndola si fuera divisible; y en caso de oposición o

disconformidad con el reparto, debe consignar judicialmente, para que los acreedores resuelvan ante el juez las diferencias.

En referencia al caso de pluralidad conjunta de acreedores o de deudores, señala Rezzónico que cada uno de aquéllos puede exigir y cada uno de éstos debe satisfacer, una cuota igual o proporcional de la prestación, siempre que la naturaleza de ésta lo permita o que no medie estipulación distinta; agrega que el principio o regla general en estas obligaciones es la divisibilidad, o sea, la posibilidad del cumplimiento fraccionado o parcial de la prestación, de modo que cada uno de los acreedores puede exigir su porción y cada uno de los deudores sólo tiene que cumplir su parte. Se explica esa regla general porque, como lo indica Galli, es la única que "permite a todos los obligados participar en la ejecución y a todos los acreedores beneficiarse con el cumplimiento" de la obligación, y cabe suponer que si varias personas se reúnen para participar en una relación obligacional, ha de ser para compartir todas ellas los efectos propios a deudores y acreedores.

– OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES [3].

Las consecuencias jurídicas generadas por las obligaciones divisibles y las obligaciones mancomunadas son idénticas; ambas siguen el principio de la división de los créditos o, en su caso, de la división de las deudas. Sin embargo, puesto que tienen origen distinto -las primeras se determinan por la naturaleza de la prestación; las segundas, por la forma de obligarse- y están estrechamente vinculadas a las obligaciones indivisibles y solidarias respectivamente, se legislan en forma separada.

(3) El Doctor Manuel Augusto Olaechea, en sus comentarios al Primer Anteproyecto de Libro V (COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1852. Op. cit., Fascículo V, Páginas 129 a 131.), decía lo siguiente sobre esta materia:
"Las obligaciones son divisibles, cuando son susceptibles de cumplimiento parcial, e indivisibles, si no pueden ser cumplidas sino por entero.

Las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad -a diferencia de la divisibilidad y mancomunidad- no coinciden necesariamente. Entre la indivisibilidad y la solidaridad, como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro V del Código Civil de 1936, sólo existe afinidad. Ambas pueden nacer de la ley, aunque la indivisibilidad puede, también, na-

Así, si me obligo a entregar cien libras, habré contraído evidentemente una obligación divisible; pero si me comprometo a hacer una estatua o a entregar un caballo, habré asumido una obligación indivisible. La naturaleza de la prestación, con entera independencia del vínculo jurídico, es lo que determina el carácter divisible o indivisible de la obligación.
Empero, la cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones adquiere la plenitud del interés jurídico cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores; porque si el acreedor y el deudor es uno solo, la obligación, por regla general, debe cumplirse íntegramente, en defecto de estipulación contraria (El artículo 2226 del Código Civil vigente estatuye regla inversa -Olaechea se refiere tanto en este caso, como en sus otras citas, al Código Civil Peruano de 1852-).
El Código francés admite tres formas de indivisibilidad: la natural, que corresponde al artículo 1217, cuando la prestación debida es susceptible de ejecución parcial, bien sea material o idealmente; la convencional, que corresponde al artículo 1218, cuando siendo la prestación por su naturaleza divisible, se ha querido, sin embargo, la ejecución integral; y la indivisibilidad **solutione tantum**, que se vincula directamente a la noción legal del pago y que contempla el inciso 5 del artículo 1221.
El Código Napoléon incurre en error fácilmente perceptible. Conforme a dicho Código, la obligación es divisible o indivisible, según que tenga por objeto una cosa o un hecho que en su ejecución sea o no susceptible de división material o ideal.
Y bien, no hay obligación que desde el punto de vista intelectual no sea divisible: una estatua, un caballo, un cuadro, pueden sin duda pertenecer a varios por partes indivisas. El Código francés confunde pues la prestación y el derecho.
No hay efectivamente más que una sola especie de indivisibilidad o sea aquella que, como dice Dumoulin, impide al deudor ejecutar por partes la obligación prometida. Cuando esa calidad se deriva de la voluntad, es simplemente accidental y proviene entonces de considerar las cosas, sea bajo una relación jurídica, artística o económica. Tal sucede, por ejemplo, cuando la destrucción de parte de la cosa nulifica la idea del todo, como en las obras de arte, o cuando siendo las partes, molecularmente análogas entre sí, su valor dismi-

cer del pacto. En cualquier caso, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la indivisibilidad está vinculada necesariamente a la naturaleza jurídica de la prestación, mientras que la solidaridad está vinculada, también necesariamente, a la forma en que queden obligados los codeudores o coacreedores en la relación correspondiente.

---

nuye en proporción geométrica, como ocurre tratándose de la fragmentación de las piedras preciosas; o relativamente a la necesidad económica de la integridad del pago.
En rigor sólo existe pues una indivisibilidad: la material, y esa es también la solución admitida en la Ley sobre Obligaciones que actualmente se elabora bajo los auspicios de la Comisión Internacional de la Paz. El concepto sobre la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones se determina por la posibilidad o imposibilidad de fraccionarse la prestación debida.
El Código Civil puede decirse que ignora casi totalmente la modalidad que examinamos. Apenas pueden señalarse los artículos 2172, 1994 y 2047, de los cuales el primero contempla propiamente la manera como funciona la indivisibilidad y los dos últimos se refieren a la indivisibilidad real de la garantía estipulada de modo accesorio a la obligación principal. Ambos artículos -1994 y 2047- concerniente el primero a la prenda y el segundo a la hipoteca, reconocen que el derecho de garantía concedido al acreedor y que grava sobre una cosa cierta, mueble o inmueble, es indivisible respecto de sus efectos y consecuencias: **tota in toto est et tota in qualibet parte**."
Hasta aquí las palabras del Doctor Olaechea.
En parecer del Doctor José León Barandiarán (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 100.):
"El derecho romano tuvo una concepción simple y precisa de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, reparando en el carácter natural de divisible o indivisible de la prestación. Dumoulin y Pothier complicaron la teoría al introducir nuevas formas de divisibilidad: la intelectual y la convencional. En cuanto a esta última, carece de interés considerarla especialmente, porque es ocioso declarar que las partes son libres para acordar la forma de pago, íntegro o parcial, de la prestación; y lo único que importa es determinar el sistema que rija dicho pago a falta de convención, en prestaciones que por su naturaleza sean indivisibles o divisibles. Y en cuanto a la divisibilidad intelectual, no tiene más valor que el de una referencia de orden abstracto: toda cosa es susceptible intelectualmente de división; pero para el efecto del cumplimiento de las obligaciones ha de considerarse la utilidad del acreedor, que puede desaparecer si la prestación no se paga íntegramente.
Por eso el criterio de Dumoulin y Pothier, que inspiró el artículo 1217

En la obligación indivisible existe prestación única -con pluralidad de sujetos activos o pasivos- que debe cumplirse en solución única. En tales obligaciones prevalece un solo derecho de crédito y, correlativamente, una sola deuda. En la solidaridad existe unidad de prestación -al igual que en la indivisibilidad-, pero, con idéntico contenido, hay pluralidad de derechos de crédito o de

---

del Código francés, ha merecido la crítica de los autores y está hoy desterrado de la sana doctrina.
Sólo debe apreciarse la naturaleza de la prestación y el interés económico que resulta de su ejecución total o por partes.
O sea, como explica Warneyer, 'una prestación debe estimarse como divisible, siempre que pueda ser dividida sin reducción o menoscabo de su valor, en prestaciones parciales iguales, que correspondan al número de los participantes, y que no se distingan cualitativamente de la prestación total. Si la prestación es divisible, es divisible también la exigibilidad.'"
También es explícito al respecto el Doctor Angel Gustavo Cornejo (CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 149 a 154.), cuando sostiene los siguientes argumentos:
"En sentido gramatical toda cosa puede ser materialmente dividida.
En sentido jurídico, se considera indivisible una cosa cuando reducida a partes resulta alterada en su esencia, o cuando dividida pierde desproporcionalmente de valor. Por el contrario, es divisible una cosa cuando cada una de las partes que de ella se separen forme un objeto homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.
La cosa se divide de varias maneras: por separación material, por designación de límites, o intelectualmente, o por cualidad, cantidad o por cuotas.
La división cualitativa, tiene lugar cuando los miembros de ella no son homogéneos al todo y eran, antes de practicarla, partes necesarias para constituir el todo, como sucede en una cosa universal, por ejemplo, la herencia.
La división cuantitativa se verifica en las cosas muebles, cuando las partes o miembros resultantes de la división, son homogéneos con el todo, aunque varíen en la cantidad y en la forma.
En las cosas o bienes raíces la división se opera mediante la fijación de límites.
En defecto de división cuantitativa, cabe la llamada intelectual: su resultado no es la división física de la cosa, pues se le reparte sólo mentalmente según una proporción aritmética, obteniéndose diversas cuotas o porciones ideales. La división intelectual, que no afecta a la cosa en sí misma, ni al derecho o contenido del derecho sobre

deudas, según se trate de la solidaridad activa o de la solidaridad pasiva. Esta es la doctrina de Enneccerus y del Código Civil Italiano de 1942, seguida por tratadistas tan eminentes como Barassi y Messineo.

Basado en esta doctrina, el Código Civil Peruano de 1984 desecha las soluciones de algunos Códigos o Proyectos moder-

---

ella, ni al valor o utilidad que representa, no hace sino declarar que la cosa puede ser objeto de relaciones jurídicas en partes proporcionales, formando así un verdadero objeto jurídico, un derecho de naturaleza propia y especial; tal el condominio (artículo 895 -el autor se refiere al Código Civil Peruano de 1936-). De aquí que el derecho de propiedad y otros derechos y cosas incorporales sean susceptibles, por abstracción, de ser divididas en cuotas, lo que no sucede en otros derechos, que por esto se clasifican también en divisibles e indivisibles. Esta división intelectual que fue introducida por Pothier al tratar de simplificar el sistema complejo de Dumoulin, la aceptó el Código Napoléon (artículo 1227) y ha sido objeto de encarnizadas impugnaciones. Se ha dicho, sobre todo, que admitida la divisibilidad intelectual no existiría un solo objeto en el Universo al que no fuera aplicable, ya que consistiría simplemente en considerar de manera teórica la cosa como numerador y como denominador el número de partes que quisiera atribuírsele. De este modo todos los principios que desde el Digesto parecían inconmovibles, vuelven a ponerse en tela de juicio: ya que no se puede considerar como absurda la prestación de un caballo por partes, ya que en todo caso sería susceptible de división intelectual. La divisibilidad intelectual reconocida por el Código Francés ha caído, por esto, en completo desprestigio.

Es más fundada la doctrina que sostienen Aubry y Rau, que desdobla la noción de la indivisibilidad en tres conceptos:

a) Indivisibilidad física o natural: existe cuando el objeto de la prestación, no puede dividirse materialmente; ejemplo: la obligación de residir o no residir en un lugar determinado;
b) Indivisibilidad jurídica: existe siempre que el objeto de la prestación, si bien intrínsecamente divisible, no debe serlo por imposibilidad jurídica. Tal la de conceder una servidumbre, la de constituir una hipoteca, etc.
c) Indivisibilidad subjetiva: existe siempre que el hecho, o la cosa que sirva de materia a la prestación, siendo divisible, en sí misma, no lo es con respecto a la manera o condición en que las partes la han considerado al hacerlo objetivo de la obligación. Así el hecho de construir una casa, es divisible si se le considera en sí mismo, como susceptible de cumplirse sucesivamente por partes. Pero en la obligación de construir la casa se tiene en cuenta, principalmente, el resultado físico y permanente, es decir, no la construcción, sino la casa por construir. La casa es indivisible en su forma específica y existe como tal mediante la reunión de todas las partes que la constituyen y no por los actos parciales que a tal reunión tienden. La construcción, es, pues, indivisible desde que se hace el objeto de una obligación. La misma observación cabe siempre que se trate de alguna empresa cuyo objeto fuere una cosa de forma determinada. Tal sería, también, la obligación de entregar un terreno destinado, por intención de las partes, a una construcción que exige la totalidad del área de aquél.

nos -como el Código Civil Ruso de 1964 o el Proyecto Holandés de 1974- que identifican las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad. El Código tampoco se ciñe a otras soluciones legislativas, como la del artículo 1917 del Código Civil de Etiopía, redactado por juristas franceses, que establece que las reglas de las obligaciones solidarias son aplicables por

---

En la indivisibilidad física o jurídica la cosa que debe darse o el hecho que debe cumplirse son indivisibles por naturaleza, sin tener en cuenta la obligación de que son objeto; por el contrario, en la indivisibilidad subjetiva la cosa o el hecho no son indivisibles intrínsecamente y se les considera como tales, sólo en razón de las circunstancias en que han entrado a formar el objeto de la obligación.

Las obligaciones no comprendidas en las tres clases mencionadas son divisibles.

De dos obligaciones recíprocas, derivadas de una misma convención, la una puede ser divisible, aunque la otra no lo fuere. Por ejemplo, si varios copropietarios pro-indiviso contratan una construcción, tendríamos: una obligación divisible, la del constructor. En consecuencia, no puede considerarse indivisible la obligación derivada de un contrato conmutativo, por el solo hecho de que lo fuere la obligación correlativa.

La indivisibilidad en el derecho positivo.- El Código Francés considera que una obligación es divisible si su objeto es una cosa que en su entrega, o en un hecho que en su ejecución son susceptibles de división material o intelectual.

Para el Código Argentino, son divisibles las obligaciones cuya prestación es susceptible de cumplimiento parcial; e indivisibles aquellas cuya prestación no puede cumplirse sino por entero.

El Código Alemán no define la divisibilidad ni la indivisibilidad. En el artículo 420 se limita a establecer que si en una obligación divisible hubiese muchos acreedores o deudores, en caso de duda se dividirán los derechos y las obligaciones por partes iguales. Sin embargo, en otras disposiciones limita o deroga este principio general (artícu-

analogía, cuando la obligación es indivisible. La analogía puede ser difícil de determinar, pues ella depende de la naturaleza jurídica atribuida a dichas instituciones.

El Código adopta, más bien, la legislación civil italiana como modelo; pero deja de lado la incertidumbre que puede originar el artículo 1317 de ese Código, cuando establece que las obligaciones indivisibles se regulan por las normas de las obligaciones solidarias, en cuanto les fueren aplicables, salvo lo dispuesto por los artículos allí señalados. El primer párrafo del artículo 1181 del Código establece un precepto similar, pero aclara cuáles son las reglas de las obligaciones solidarias aplicables a las obligaciones indivisibles. Queda entendido, desde luego, que las situaciones jurídicas no previstas por el Código tendrían que resolverse de acuerdo con la naturaleza atribuida a la indivisibilidad o, en su caso, a la solidaridad.

---

los 42, 53, 427, 769, 840, 1108, 1388, 1459, 1480, 1530, 2058, 2219 y otros).

La doctrina sí hace la distinción. La prestación debida -dice Enneccerus- puede ser divisible o indivisible. Es divisible si puede realizarse, sin alteración de su esencia o disminución de su valor, por varias prestaciones de contenido igual. Si la prestación es divisible, también lo es el crédito; son créditos divisibles los créditos dirigidos a la transmisión de un derecho divisible, por ejemplo la propiedad, el usufructo, la prenda y esto, aunque las cosas cuya propiedad etc., haya de transmitirse sean indivisibles, ya que, no obstante, cabe transmitir una cuota del derecho, por ejemplo, la copropiedad de un caballo.

En cambio son indivisibles especialmente los créditos dirigidos a la transmisión o a la cesión de derechos indivisibles (por ejemplo, una servidumbre predial), a la entrega material de una cosa, por ejemplo, el deber de restitución del depositario, del comodatario o del arrendatario, la mayoría de los créditos relativos a un hacer en sentido estricto, por ejemplo, la obligación de realizar una obra, mientras que otros créditos, por ejemplo, muchos que se dirigen a prestaciones de servicios, son divisibles (artículo 1208 -segunda parte-); finalmente, son indivisibles, por regla general, los créditos sobre una omisión.

Nuestro Código Civil de 1852 no se ocupó de manera especial de esta clase de obligaciones, refiriéndose a ellas al hablar de las enfiteusis (artículo 1904), de la hipoteca (artículos 2046 y 2047) y de la comunidad (artículos 2172, 2174 y 2175).

El Código en vigor reglamenta estas obligaciones en el Título V de la Sección I del Libro V, sin dar ninguna noción genérica de la indivisibilidad o divisibilidad.

El artículo 1280 (el autor se refiere al Código de 1936) da la clave para establecer la doctrina legal sobre esta materia.

El Código reconoce, como el argentino, que no existe sino una clase de indivisibilidad: la que deriva de la imposibilidad de poder cumplir en partes una obligación. Esta imposibilidad puede deberse a dos circunstancias:

1.- A la naturaleza del objeto de la prestación, si esta fuese de dar, reputando indivisibles las obligaciones cuyo objeto es un cuerpo cierto. Si un crédito se dirige a la transmisión de un derecho mediante entrega, la prestación de transmisión, toda vez que la entrega material de la cosa es indivisible, será tratada en ciertos aspectos como indivisible también. Pero esto no autoriza a concluir, como es corriente, que sea realmente indivisible, ya que es indudable que uno puede obligarse, por ejemplo, a la transmisión de la copropiedad de una cosa indivisible (Enneccerus). 2.- A la intención más o menos expresa o tácita de las partes, que han querido el cumplimiento integral, no obstante la posibilidad material de la división, en razón de que sólo con esta integridad se llena la finalidad económica, social, científica, etc., con que fue contraída la obligación, ya se trate de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

De otro lado, califica como indivisibles las obligaciones de hacer cuando tuvieren por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial (artículo 1208 -del Código de 1936-).

Interés de esta división.- Cuando sólo hay un acreedor y un deudor la cuestión de saber si se trata de obligación divisible o indivisible carece de interés, pues la prestación debe hacerse siempre como si fuera indivisible. El acreedor, reclama al deudor la totalidad de lo que le es debido y éste no puede obligarlo a recibir en parte el pago de una deuda, aunque sea divisible (artículo 1247 -del Código de 1936-).

Importa sí mucho, saber si se trata de obligación divisible o indivisible, cuando hay varios acreedores o deudores, y en particular, en el caso en que el acreedor o el deudor fueran sustituidos por varios herederos. La prestación divisible se divide en tantos créditos como acreedores hay, y en tantas deudas como son los deudores.

Si, por el contrario, es indivisible, cada acreedor lo es por el todo y cada deudor está obligado a pagar la deuda por entero, si bien un solo pago extingue la obligación. La indivisibilidad produce, por esto, una situación que se parece mucho a la solidaridad. Sin embargo,

Lo expresado determina que en la obligación indivisible no sea uno solo de los acreedores dueño único del crédito, y que si la ley lo autoriza a recibirlo en su totalidad, esto ocurre por la naturaleza de la prestación debida. En la obligación solidaria, por el contrario, cada acreedor es dueño del íntegro del crédito.

Planteado el problema a la inversa: en la obligación indivisible no debería uno solo de los deudores estar obligado por el íntegro; si lo está, ello obedece a la naturaleza de la prestación debida; en la obligación solidaria, cada deudor responde por el íntegro, aun cuando la prestación debida sea susceptible de dividirse.

La coincidencia de consecuencias jurídicas que suele presentarse entre las obligaciones de ambas clases obedece a que en la solidaridad, no obstante existir pluralidad de derechos de crédito o de deudas, los efectos respecto a uno de los coacreedores o a uno de los codeudores, frecuentemente alcanzan a los demás, en virtud del sistema de la representación -acogido por el Código Civil Francés-, por razones de unidad del fin de la prestación o como simple solución legislativa, por convenir a la colectividad; ya que la ley debe procurar el cumplimiento de las obligaciones y asegurar a los acreedores la suficiente garantía de sus deudores.

No obstante, se observan en el Código importantes diferencias en cuanto a las obligaciones de ambas categorías.

Así, en el artículo 1176, relativo a las obligaciones indivisibles, se exige que el pago se efectúe a todos los acreedores o a alguno de ellos bajo garantía, por existir un solo derecho de crédito o deuda. En cambio, el artículo 1185, referente a las obligaciones solidarias, establece que el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores, eliminándose el principio de la prevención, consagrado por el artículo 1212 del Código Civil de 1936. La posibilidad de pagar a cualquiera de los acreedores, prescindiéndose de la garantía, obedece al idéntico contenido de la pluralidad de derechos de crédito o de deudas.

La indivisibilidad, conforme al artículo 1177, también opera respecto a los herederos. No ocurre lo mismo con la solidaridad. Esta, de acuerdo con el artículo 1187, no se transmite a los herederos.

Las soluciones de los artículos 1178 y 1179, respecto a la extinción de la obligación indivisible por medios distintos al pago, son diferentes a las previstas para las obligaciones solidarias por los artículos 1190 y 1191.

Finalmente, el artículo 1180 sólo exige a los codeudores de una obligación indivisible no ejecutada, pero que hubiesen estado dispuestos a cumplir, que contribuyan a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les correspondía. La solución del artículo 1195, referente a las obligaciones solidarias, es distinta. En estos casos cada codeudor solidario responde por el íntegro del valor de la prestación debida, aun cuando no hubiera incurrido en culpa.

Expresados estos conceptos preliminares, y antes de seguir planteando algunas ideas introductorias respecto a las obligaciones divisibles e indivisibles, por un lado, y a las mancomunadas y solidarias, por otro, conviene referirse a ciertas nociones adicionales que no dejan de ser necesarias en cuestión tan compleja como la que se está comentando.

Las cuatro categorías de obligaciones citadas sólo se presentan cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores. Cuando ello no ocurre, es decir, cuando los sujetos de la relación jurídica son un solo acreedor y un solo deudor, las reglas enunciadas no tienen cabida. En estos casos, y salvo pacto en contrario, el deudor está obligado a cumplir el íntegro de la prestación y,

---

es superior a ella, considerada como garantía, para el acreedor, porque escapa al peligro de la división entre los coherederos de uno de los deudores. Por esta razón, en las obligaciones múltiples, en que el acreedor quiere adquirir el máximo de seguridad, tiene el cuidado de estipular que sus co-deudores se obligan solidaria e indivisiblemente (Colin et Capitant)."

correlativamente, el acreedor puede exigir el cumplimiento total. Aquí prevalece el principio de la indivisibilidad, consignado en el Código en una norma relativa al pago (artículo 1220). En ausencia de pluralidad de sujetos, no entra en juego la doctrina de la mancomunidad o solidaridad.

Como se ha indicado, la obligación donde se conjugan las características de la divisibilidad y mancomunidad sigue siempre el principio de la división del crédito o de la deuda, puesto que sus consecuencias jurídicas son idénticas. Esta es la obligación menos severa para los codeudores: cada uno responde tan sólo por su parte en la deuda y, a su vez, cada coacreedor sólo puede exigir a cada codeudor la parte en el crédito que le corresponda.

Cuando la obligación es indivisible y mancomunada, lo primero impide la división de la deuda y del crédito. Se aplicarán, por tanto, las reglas de la indivisibilidad.

En la obligación divisible y solidaria, el pacto de solidaridad o, en su caso, el precepto legal, evita la división. A las obligaciones de esta clase se aplicarán las normas de la solidaridad.

La obligación indivisible y solidaria, por último, impide la división, por la naturaleza de la prestación y porque las partes quedaron obligadas por el íntegro. Esta es la obligación más severa para los codeudores. Como contrapartida, aquí los acreedores obtienen la más eficaz garantía personal. Se aplicarán, en estos casos, las normas de la solidaridad, y las de la indivisión en lo que respecta a los herederos del acreedor o del deudor, con las reservas, respecto al texto legal, que luego señalaremos.

Un concepto final: la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación se determina por sus características naturales y no por abstracciones intelectuales. La obligación es indivisible cuando la prestación no puede cumplirse en forma parcial, porque así lo deciden su naturaleza, el pacto o la ley. Intelectualmente toda prestación es susceptible de dividirse. Esto explica que, en el ámbito de los derechos reales, sea posible enajenar o gravar acciones y derechos de prestaciones que son por naturaleza, y aun por

esencia, indivisibles. En el principio obligacional sólo interesa apreciar la prestación desde el punto de vista físico o natural -como será visto cuando analicemos el articulado del Código-, pues lo que se legisla en las obligaciones de dar es la entrega de un bien; en las de hacer, la ejecución de un hecho; y en las de no hacer, una abstención. La determinación de la divisibilidad o indivisibilidad surge de una cualidad real y no intelectual. Todo es susceptible de división intelectual sin destruir, deteriorar o hacer imposible la prestación.

Cabe observar que la apreciación de una obligación divisible o indivisible puede ser en algunos casos simple; pero en otros, revestir gran complejidad. Cuando la prestación recae sobre cuerpo cierto, que constituye unidad, y cuya división ocasionaría su destrucción o perecimiento, es evidente que la obligación tiene la naturaleza de indivisible; su cumplimiento parcial está descartado. Lo propio ocurre cuando la indivisibilidad se atribuye por pacto o por mandato de la ley. La apreciación es difícil si se trata de juzgar la divisibilidad o indivisibilidad en obligaciones de dar en las que existen, además de pluralidad de sujetos, pluralidad de prestaciones y donde el número de éstas no coincide con el de aquéllos. La decisión puede ser particularmente compleja en determinadas obligaciones de hacer y de no hacer, aunque las obligaciones de estas categorías tengan generalmente la calidad de indivisibles.

Reiteramos que para referirnos a las obligaciones divisibles e indivisibles, debemos señalar que resulta premisa fundamental de las mismas la existencia de pluralidad de acreedores o deudores, pues de lo contrario, vale decir, si existiese un solo deudor frente a un solo acreedor, y al tener dicho deudor la obligación de ejecutar íntegramente en favor de su acreedor la prestación a su cargo, no ingresa el supuesto de la división de la prestación. Como expresa el Doctor José León Barandiarán[4]: "Es evidente que la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones no brinda interés jurídico sino cuando hay pluralidad de acreedores o deu-

(4) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 102.

dores. Si hay un solo acreedor y un solo deudor, la obligación es, como antes se ha dicho, salvo estipulación contraria, indivisible: el acreedor no está obligado a recibir el pago por partes ni el deudor a hacerlo. En cambio, si son varios los acreedores o varios los deudores, surge el interés de determinar cómo se pagará por los últimos a los primeros una prestación indivisible. O sea, que si la prestación es divisible, desaparece también todo interés, así sean varios los deudores o varios los acreedores (...)."

Pero, ¿qué más ocurre cuando existe pluralidad de deudores o acreedores en una obligación?

Será necesario ver si se trata de una prestación susceptible de cumplimiento fraccionado por los deudores respecto del acreedor o los acreedores de la misma.

Debe desterrarse, por tanto, la confusión que existió en la antigüedad sobre los criterios de divisibilidad e indivisibilidad, pues resulta claro que la prestación puede ser divisible o indivisible, mientras que el derecho siempre será divisible. Por ejemplo, una persona puede enajenar parte de sus acciones y derechos (partes alícuotas propias de la situación de copropiedad o condominio) sobre un bien indivisible, en la misma medida en que no puede cumplir parcialmente una prestación indivisible.

Respecto de si la divisibilidad o indivisibilidad hace que la obligación debida tenga unidad o pluralidad de vínculos, debemos señalar que las obligaciones divisibles e indivisibles se caracterizan, precisamente, por ser obligaciones con pluralidad de sujetos y con la probabilidad de unidad o pluralidad de objeto.

Nos explicamos: cuando se habla de obligaciones divisibles o indivisibles, estamos en presencia del primer criterio clasificatorio de las obligaciones por pluralidad de sujetos. Sin embargo, el que una obligación tenga pluralidad de sujetos y sea divisible o indivisible, no es impedimento a que también pueda ser una obligación de objeto único o una de objeto plural (pluralidad de prestaciones). La obligación en cuestión podría ser una de prestación única o una que contenga varias prestaciones (dos o más de

ellas). Así, podríamos estar en presencia de una obligación divisible o ante una indivisible, que a la vez sea de prestaciones conjuntivas, alternativas o facultativas.

Dicha posibilidad de ejecución fraccionada se determinará si es que la naturaleza de la misma lo permite, si la ley no lo prohíbe o si el modo en que fue pactado su cumplimiento faculta a que ella se ejecute.

De ser así, estaremos frente a una obligación de prestación divisible.

Vamos a citar algunos ejemplos al respecto.

Si existe un deudor que se ha obligado frente a sus tres acreedores a la entrega de 30 toneladas métricas de arroz, es plenamente factible, en virtud de la naturaleza divisible de las 30 toneladas de arroz, que dicho deudor ejecute fraccionadamente su prestación, vale decir, que entregue a cada acreedor una cantidad determinada de arroz (que en caso de no haber pacto al respecto deberá ser proporcional al número de acreedores).

Si se tratase de una obligación en la cual el deudor se hubiese obligado a entregar a sus dos acreedores un vehículo determinado, no existe norma legal que prohíba ejecutarla fraccionadamente, pero dicho deudor deberá cumplir su prestación de manera indivisible, ya que así lo ordena la naturaleza de la prestación (un vehículo no puede dividirse para ejecutar la prestación, pues se destruiría) y la forma en que se pactó. Sería imposible que el deudor entregue medio vehículo a cada uno de sus acreedores; contrariamente a lo que ocurre en nuestro primer ejemplo, respecto al arroz.

En el segundo ejemplo, se tratará, sin duda, de una prestación indivisible por su naturaleza y por la forma como se ha constituido la obligación.

Pero vamos a citar un ejemplo en el cual la obligación po-

dría ser susceptible de cumplimiento fraccionado por su naturaleza, mas no por la forma como ha sido constituida.

Sería el caso de un deudor que se hubiese obligado a entregar dos vehículos idénticos a sus tres acreedores. Nadie duda que los dos vehículos son divisibles (uno y uno), pero, por otro lado, la manera como han constituido la obligación hace que resulte imposible la entrega de los dos vehículos a los tres acreedores por separado, ya que dos vehículos no son divisibles entre tres acreedores; el deudor no podría entregar una tercera parte de dos vehículos, ni dos terceras partes de un vehículo, a cada acreedor, a diferencia del deudor de nuestro primer ejemplo, en el caso del arroz.

Debemos señalar, además, que cabe la situación en la cual la prestación sea divisible por naturaleza, como en el ejemplo del deudor de las 30 toneladas métricas de arroz, pero que dicho deudor y sus acreedores hayan pactado que la prestación (lo reiteramos, divisible por naturaleza), se convierta en indivisible. En este supuesto, el convenio habrá destruido la divisibilidad natural de la prestación, y el deudor deberá ejecutarla íntegramente y no de manera fraccionada entre los acreedores, no porque la naturaleza de la prestación se lo impida, sino por la existencia del pacto.

– OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS [5].

En el caso de las obligaciones mancomunadas y solidarias, no resulta fundamental la naturaleza de la prestación (en el sentido de si resulta o no divisible), sino la manera en que las partes -acreedor(es) y deudor(es)- han pactado su cumplimiento y se han obligado entre sí y respecto de la otra parte.

(5) El Doctor Manuel Augusto Olaechea, sobre este particular, se expresaba de la siguiente manera (COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1852. Op. cit., Fascículo V, Páginas 132 a 136.):
"El Código Civil (de 1852) es sumamente pobre en materia de obli-

En tal sentido, una obligación en la cual exista pluralidad de acreedores o deudores será mancomunada, a menos que se pacte lo contrario, esto es la solidaridad, de manera expresa (artículo 1183); vale decir, que la prestación a cargo de los deudores será susceptible de cumplimiento fraccionado respecto de los acreedores, y la exigibilidad de la misma por parte de éstos a aquéllos también lo será, respondiendo cada deudor frente a cada acreedor por su fracción correspondiente en el cumplimiento total de la prestación, y pudiendo exigir cada acreedor a cada deudor sólo su participación en el total de la prestación. Es pertinente recordar que también podrá darse la solidaridad por mandato de la ley. Es el caso de los comodatarios (artículo 1752) o de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1983), sólo por citar dos ejemplos al respecto.

gaciones mancomunadas y solidarias. Hay algo más lamentable aún. El Código confunde reiteradamente la mancomunación simple y la mancomunación solidaria. Ello se puede apreciar comparando los artículos 1290, 1293, 1300, 2090, 2092 y 2093. El derecho histórico marcó siempre de un modo preciso la distinción entre la mancomunidad simple o a prorrata y la mancomunidad solidaria. A excepción de la ley 4a., Título XVIII, Libro III del Fuero Real, todos los demás preceptos legales del Derecho de Castilla, fijaron claramente la diferencia específica que separa la mancomunidad simple de la mancomunidad solidaria.
El Anteproyecto legisla por medio de Títulos separados sobre las obligaciones divisibles e indivisibles y sobre las obligaciones mancomunadas y solidarias.
Es evidente que hay afinidades entre las obligaciones solidarias y las indivisibles y existe también un Código moderno -el alemán- que legisla sobre estas dos formas obligacionales en un mismo Capítulo bajo el epígrafe: Pluralidad de deudores o de acreedores. Antes del Código alemán y después de él, todos los códigos, con rara uniformidad, han destacado las dos modalidades. El Anteproyecto sigue esta misma dirección que considero preferible desde el punto de vista de la claridad legislativa. Pero si es verdad que existen afinidades sensibles entre la obligación solidaria y la obligación indivisible, debe advertirse que en la primera forma prevalece el elemento intencional con entera independencia del elemento objetivo que caracteriza y define la segunda.
En efecto, la solidaridad no es la indivisibilidad, y pueden señalarse diferencias profundas entre ambas calidades jurídicas: mientras que la indivisibilidad cesa cuando por su incumplimiento la obligación se

Naturalmente la situación prevista para la mancomunidad sólo operará si la prestación resultase divisible por naturaleza o pacto. En ningún caso si ella es indivisible.

Para finalizar estas apreciaciones acerca de la divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad, debemos precisar que también puede presentarse una obligación cuya prestación es divisible, pero que, sin embargo, por haberse pactado la solidaridad, las consecuencias de su ejecución son distintas.

---

transforma en la de pagar daños y perjuicios, no ocurre lo mismo tratándose de la solidaridad, que no se extingue por esa transformación; y al paso que la indivisibilidad afecta a los herederos del deudor que quedan siempre obligados a la misma prestación, la solidaridad desaparece con la muerte de los primeros deudores o acreedores.

Podría verse acaso en las obligaciones divisibles o indivisibles una forma específica de mancomunación; pero este aspecto estrictamente técnico se supedita por la conveniencia práctica de distinguir, como pasa en la generalidad de los códigos, las obligaciones indivisibles y las solidarias.

Contempla el Anteproyecto los dos aspectos de la solidaridad, activo y pasivo. Aunque autores tan eminentes como Planiol (Planiol, Droit Civil, Tomo II, Página 230.) y algún Código como el japonés, consideran la solidaridad activa como una institución muerta, toda vez que sus efectos pueden obtenerse ventajosamente mediante el mandato, los Códigos más modernos y adelantados del mundo, como el alemán, el suizo y el brasileño, legislan con amplitud la forma activa de la solidaridad; forma que asume singular importancia en el orden comercial, y sobre todo desde el punto de vista de las relaciones bancarias; si bien esta importancia se atenúa grandemente, en el hecho, por la acción objetiva de la ley sobre impuesto a la herencia y por las dificultades que esta ley suscita respecto del pago de la obligación cuando fallece alguno de los coacreedores solidarios, por mucho que el derecho del sobreviviente sea personal y no solidario.

El Anteproyecto no mira la sentencia como manantial de solidaridad. Los jueces declaran el derecho controvertido por las partes pero no lo crean, y su esfera de acción se circunscribe a definir el verdadero carácter de la relación jurídica existente al tiempo de la demanda.

Imita el Anteproyecto los Códigos de Suiza, (artículos 143 y 150 del Código de las Obligaciones); Brasil, (artículo 896); Francia, (artículo 1202) e Italia (artículo 1188).

El Anteproyecto admite la eficacia de la prevención, en el evento de

Antes de concluir estas palabras preliminares sobre las obligaciones con pluralidad de sujetos, deseamos hacer un breve resumen de las consecuencias de la más común de las obligaciones en las relaciones contractuales comerciales, vale decir, la solidaridad pasiva.

Hay solidaridad pasiva cuando la prestación debida por varios deudores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos. Se trata, en consecuencia, de una obligación única a cargo

---

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

(Véanse los Códigos español, artículo 1142; francés, 1198; suizo, 150 **in fine**; italiano, 1185; argentino, 760; brasileño, 899 y otros).

Ocupándose de los efectos de la solidaridad el Código Civil establece (se refiere al Código de 1852):

a).- Que todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los coacreedores solidarios aprovecha a los demás (artículo 1292); principio que concuerda con el dispositivo simétrico del artículo 1299 referente a la solidaridad pasiva.

b).- Respecto de la confusión -artículos 1294 y 2250-, que no se extingue la obligación solidaria sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor entre quienes se opera el fenómeno de la consolidación.

(Aunque la solidaridad, como simple modalidad externa del vínculo jurídico, no puede ni debe confundirse con la obligación misma, entiendo que los artículos precitados tienen el alcance y sentido que les atribuyo).

c).- Relativamente a la condonación, el Código Civil admite que el perdón otorgado por el acreedor en favor de cualquiera de los codeudores solidarios (mancomunados dice el Código) extingue la obligación (artículo 2245); salvo cuando el acreedor se reservó el derecho de cobrar a los demás, en cuyo supuesto la condonación es sólo parcial.

d).- En orden a la compensación, el Código Civil prohibe que uno de los codeudores solidarios pueda reclamarla con lo que se debe por el acreedor o a otro codeudor solidario; pero no dice el Código si el codeudor requerido para el pago puede oponer la compensación al acreedor común, cuando él mismo sea acreedor de éste por una suma equivalente.

de varios deudores, de suerte que uno cualquiera puede ser obligado a efectuar un pago íntegro, liberatorio para todos con relación al acreedor.

La solidaridad pasiva tiene por objeto otorgar al acreedor la mayor seguridad: en lugar de un deudor único, habrá dos, tres o más; su derecho de prenda general, en lugar de estar limitado a un patrimonio, descansará sobre una serie de patrimonios.

Opino que sí puede oponerla, porque la compensación es un verdadero pago y por lo tanto debe funcionar análogamente al pago.
Sobre los efectos de la novación, el dispositivo del artículo 2268 es terminante. En las novaciones en que se substituya otro deudor, instituye el texto citado, todos los que estaban coobligados, aunque fuese como deudores solidarios, fiadores y codeudores de cosa indivisible, quedan libres de toda responsabilidad; a no ser que se obliguen en el mismo contrato.
El Anteproyecto consagra tratándose del pago, de la remisión, de la compensación y de la novación los mismos principios proclamados por el Código Civil vigente. El pago, la condonación, la compensación y la novación efectuada, en su caso, por cualquiera de los acreedores o de los deudores, extingue totalmente la obligación.
La doctrina jurídica que mantiene el Anteproyecto es también la que adoptan los Códigos Francés, Argentino, Brasileño y otros.
Respecto de la transacción establezco, como en el Código del Brasil, que este modo opera como causa de extinción total y completa de la obligación.
Y, respecto de la cosa juzgada, admito que debe tener virtualidad extensiva a todos los acreedores o deudores, cuando la sentencia se dictó por razones de carácter objetivo y comunes a todos los sujetos de la obligación y no en consideración únicamente a motivos de linaje personal que sólo afectan a éste o aquél de los acreedores o deudores. Esta tesis que es la francesa, me parece preferible a la solución legal alemana, que es contraria.
No terminaré esta breve exposición sin indicar que aunque el Proyecto de Código adoptará, sin duda, con más o menos amplitud, la tendencia contemporánea de multiplicar los casos de solidaridad legal, cediendo en ello al natural influjo del ambiente que impone liquidaciones prontas y seguras, rehuyo seguir el ejemplo sugerido por el Código alemán, al proclamar en sus artículos 427 y 2058, respectivamente, que cuando varios se obligan en común, mediante con-

La solidaridad pasiva aumenta considerablemente las probabilidades de cumplimiento de la obligación, puesto que en caso de insolvencia de uno de los codeudores, el acreedor podrá exigir la prestación a los otros; sólo la insolvencia de todos los codeudores hará imposible, para el acreedor, cobrar su crédito.

La solidaridad pasiva, en este orden de ideas, constituye la más sólida garantía personal. La solidaridad entre deudores, al lado de la fianza, representa la más eficaz garantía personal del pago y el más poderoso medio de crédito.

En la solidaridad pasiva es preciso estudiar sus fuentes, o sea las formas como se origina, y sus efectos, tratando en este último tema de las relaciones entre el acreedor y los codeudores solidarios y de las relaciones de los codeudores solidarios entre sí.

Generalmente la solidaridad pasiva nace en virtud del contrato, es decir, en mérito del acuerdo de voluntades entre el acreedor y los codeudores constituidos en solidarios. Por ejemplo, en un contrato de mutuo en que los codeudores se obligan a devolver el capital e intereses en forma solidaria.

Hay otros casos en que la solidaridad pasiva también nace de la voluntad: en los testamentos. Por ejemplo, cuando el testador establece la obligación a cargo de los herederos de pagar solidariamente un legado.

En la legislación peruana es indispensable que la solidaridad conste de pacto expreso. La última parte del artículo 1209 del Código Civil de 1936 prescribía que sólo había solidaridad cuando la ley o la obligación expresamente lo determinaban. Como se sabe,

---

trato, a una prestación divisible, deben considerarse, en caso de duda, como deudores solidarios; y que los herederos estarán sujetos, como deudores solidarios, al cumplimiento de las obligaciones de la masa hereditaria; principios que considero excesivos y que resultan contrarios al régimen imperante y preconizado en el Anteproyecto."

esta norma tuvo su correlato en el Código Civil de 1984, en el artículo 1183, cuando expresa que "La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen."

La solidaridad constituye pues una excepción al Derecho común: el principio general es la división de la deuda entre los que se obligan conjuntamente; pero, en virtud de la solidaridad, se impide la división de la obligación entre los codeudores. Ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse como mancomunada.

La doctrina del Código Civil Peruano se ha inspirado en el Código Napoléon.

En otras legislaciones, como en el Código Civil Español y el Código Civil Brasileño, el texto de la ley no exige que haya estipulación expresa, pero la doctrina en general asume esta posición.

En el Derecho Alemán la solidaridad, al menos en materia de obligaciones convencionales, se presume. Así lo establece el artículo 427, pero debe recordarse que la solidaridad en el Derecho Alemán es menos rigurosa.

La solidaridad pasiva también puede nacer de la ley. Se dice que la solidaridad es legal cuando existe de pleno derecho, en virtud de una norma jurídica. Esto se conoce con la denominación de solidaridad legal la que, como la convencional, no existe sino en los casos en que la ley expresamente la establece. Constituyendo la solidaridad una excepción al principio de la división de la deuda y obligando a cada uno de los deudores por el todo, es evidente que agrava la situación de ellos y, por tanto, sólo podía existir cuando la ley así lo estableciera expresamente.

En la legislación peruana hay numerosos casos de solidaridad legal. Por ejemplo, como antes lo indicamos, los diversos autores de un acto ilícito responden solidariamente por los daños y perjuicios, a tenor del artículo 1983 (1147 en el Código de 1936), que establece que "Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la

indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales."

Otro caso de solidaridad en la ley peruana es el contemplado por el artículo 1752 (1602 en el Código Civil de 1936), norma que establece que "Si el bien se ha dado en comodato a dos o más personas para que lo usen al mismo tiempo, todas son responsables solidariamente."

Por último, algunos tratadistas aceptan como fuente de solidaridad pasiva las resoluciones judiciales. Se afirma que la solidaridad también puede constituirse por decisión judicial que tenga fuerza de cosa juzgada. Savigny explica que, cuando en un mismo juicio varias personas son condenadas a pagar una suma en común, la obligación recae sobre cada una de ellas, por su parte; pero que la sentencia también puede obligar a cada una de ellas a responder solidariamente. La sentencia constituiría entonces -según Savigny- una verdadera fuente de solidaridad.

Pero quienes sostienen esta tesis olvidan que las resoluciones judiciales no son sino la aplicación del derecho a los hechos que alegan y prueban las partes; cuando una resolución judicial condena solidariamente a varias personas, no es porque ella cree solidaridad, sino porque ésta resulta de la voluntad de las partes, por los contratos o por la voluntad unilateral, o de la ley.

En conclusión, las únicas fuentes de la solidaridad pasiva son la voluntad y la ley.

Alguien podría pensar, como consecuencia de los desarrollos conceptuales antedichos, que la directa relación entre las obligaciones divisibles e indivisibles y las mancomunadas y solidarias, determine que se traten de conceptos similares pero con diferente nomenclatura. Ello, sin embargo, sería errado, pues si bien las consecuencias de las obligaciones divisibles son idénticas a las de las mancomunadas y las de las indivisibles se ase-

mejan a las de las solidarias, unas y otras están referidas a elementos distintos y recaen sobre conceptos disímiles, de modo tal que son conceptualmente términos diferentes unos de otros, independientemente de la similitud de sus consecuencias.

En este punto vale la pena recordar que en el seno de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, en una de sus sesiones, se planteó la idea de eliminar en el proyecto de nuevo Código, el tratamiento de las obligaciones solidarias, y regular todos los casos con las mismas soluciones jurídicas de las obligaciones indivisibles (vale decir, por las normas de la indivisibilidad). Sin lugar a dudas se trataba de un planteamiento interesante y novedoso. Pero nos opusimos a tal idea, y ella no prosperó, no sólo por tradición jurídica, sino porque la naturaleza de ambas obligaciones (las indivisibles y las solidarias) es distinta[6]. Como dice el Doctor Rosendo Badani Chávez[7]: "Tanto en las obligaciones solidarias como en las indivisibles se da la concurrencia de varios sujetos acreedores o deudores e igualmente tienen de común la exigencia del cumplimiento total de la prestación. Mas no por esto debemos confundirlas, pues siendo distinta la causa que las genera, se dan también consecuencias

(6) Sin embargo, dentro de la doctrina nacional, esa posición no es aislada. Coincide con ella la del Doctor Angel Gustavo Cornejo (CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 162 a 167.):
"La obligación simplemente mancomunada se caracteriza por el hecho de concurrir varios acreedores o varios deudores, y en consecuencia múltiples, de modo que su funcionamiento depende de que la prestación sea divisible o indivisible, rigiendo, en uno o en otro caso, los principios que en el capítulo anterior hemos establecido en relación a cada una de dichas obligaciones. De aquí que en buena cuenta no sea necesario que el Derecho positivo reglamente los efectos de las obligaciones simplemente mancomunadas. Los dos artículos que nuestro Código dedica a esta materia tienden únicamente a hacer resaltar la diferencia entre la manera de funcionar las obligaciones solidarias y las simplemente mancomunadas. En nuestro concepto, la mancomunidad tiene tipicidad sustantiva sólo en las obligaciones divisibles. La indivisibilidad se confunde con la solidaridad. La distinción es que refiere la indivisibilidad a la prestación u objeto y la solidaridad al título siendo meramente teórica."

(7) BADANI CHAVEZ, Rosendo. Op. cit., Página 58.

distintas en estas dos clases de obligaciones. Es por esto que el Código las reglamenta separadamente."

Por otra parte, recordemos que el Doctor Manuel Augusto Olaechea decía que la solidaridad y la indivisibilidad son las dos excepciones a la regla general de la simple mancomunación de las obligaciones. Y agregaba que todas las obligaciones no indivisibles y no solidarias son mancomunadas, y que por excepción las obligaciones podían ser solidarias o indivisibles. A estas palabras de Olaechea, podríamos sumar las de Eduardo B. Busso[8], cuando, apoyándose en el parecer de Demolombe, Aubry y Rau y Josserand, manifiesta que, en principio, las obligaciones son divisibles, y que la indivisibilidad es la excepción. Agrega Busso que Alfredo Colmo extrema el concepto, al decir: "Acúdase a la experiencia diaria y al consiguiente buen sentido y se hallará que todo en el mundo es divisible. El tiempo y el espacio que son respectivamente los padres de los hechos y de las cosas, son esencialmente divisibles. Y la divisibilidad de la materia, que es lo esencial en las cosas, lo es hasta el infinito"; añade Busso que, en realidad, esta argumentación no resulta apta para una tesis jurídica, porque no se ajusta al concepto jurídico de divisibilidad. Por otra parte, en opinión de Raymundo M. Salvat[9], la divisibilidad de las obligaciones constituye el Derecho común en materia de obligaciones conjuntas o con pluralidad de acreedores o deudores; agrega que la excepción, consistente en que ellas no se dividan, encuentra su origen, precisamente, en dos causas: una, relacionada con la forma de obligarse, es la solidaridad; otra, relacionada con la naturaleza del objeto o de la prestación debida, es la indivisibilidad; por lo que parecería racional, entonces, como medio de hacer aparecer cada teoría en su verdadero aspecto y de simplificar al mismo tiempo la explicación del Código, exponer primero la teoría de las obligaciones simplemente mancomunadas u obligaciones divisibles y después la de las obligaciones solidarias e indivisibles; por lo que estas últimas aparecerían así claramente como excepciones al principio de división. Recuerda Salvat

(8) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 547.
(9) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 3 y 4.

que es éste el método del Código Civil Alemán y el seguido también en algunas obras modernas de Derecho Civil Francés; pero señala que no obstante sus ventajas evidentes, para mantenernos en todo lo posible dentro del método del Código, se resolverá a seguir el trazado precedentemente. Agrega Salvat que se explica que la mancomunación y la divisibilidad se consideren la regla general en las obligaciones con sujeto plural, porque son las únicas que permiten a todos los obligados participar en la ejecución y a todos los acreedores beneficiarse con el cumplimiento; y añade la posibilidad de suponer que si varias personas se reúnen para participar en una relación obligacional, ha de ser para compartir todas ellas los efectos propios a deudores y acreedores; puntualiza Salvat lo excepcional del hecho de que, existiendo varios deudores o varios acreedores, sólo uno de aquéllos o de éstos cargue con el cumplimiento íntegro o reciba íntegra la prestación cumplida.

De lo hasta ahora expuesto, el lector ya habrá percibido, sin duda, que los conceptos de divisibilidad e indivisibilidad, por una parte, y los de mancomunidad y solidaridad, por otra, no resultan incompatibles, sino que, por el contrario, son perfectamente complementarios. Esto es ratificado por Eduardo B. Busso[10]. En opinión de Salvat[11], teóricamente podría pretenderse que existe una diferencia: que la teoría de las obligaciones divisibles se relaciona con la naturaleza de la prestación debida y la de las obligaciones simplemente mancomunadas con la manera de obligarse los distintos deudores o acreedores; pero la primera se aplica sólo en la hipótesis de pluralidad de deudores o acreedores y la segunda sólo en la de tratarse de una cosa divisible. Así, añade Salvat, unas y otras tienen como carácter común que el crédito o la deuda se dividen entre los deudores o acreedores conjuntos, y, por consiguiente, ningún interés práctico puede haber en distinguirlas; interesándonos, únicamente, saber cuándo hay indivisibilidad o solidaridad y sus efectos, porque son éstas las dos causas que pueden influir para modificar el principio de división.

(10) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 20.
(11) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 4.

En tal sentido, señalamos que la obligación, en los supuestos que hemos analizado, necesariamente es:

(1) Divisible y mancomunada; o

(2) Divisible y solidaria; o

(3) Indivisible y mancomunada; o

(4) Indivisible y solidaria.

Por tal razón y por la complejidad manifiesta del tema, hemos decidido efectuar el tratamiento de las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias, de manera comparativa; en primer lugar, comparando las obligaciones divisibles con las mancomunadas y, en segundo término, haciendo lo propio entre las indivisibles y las solidarias.

Debemos señalar, no obstante lo mencionado, que, a decir de Eduardo B. Busso[12], algunos autores, adoptando una clasificación más sencilla pero menos exacta, distinguen sólo tres grupos de obligaciones: las divisibles, las indivisibles y las solidarias; al pensarse que, siendo la solidaridad en sí misma causa de concentración del vínculo, no interesa -cuando ella existe- distinguir según que el objeto sea divisible o indivisible. En parecer de Eduardo B. Busso -que compartimos plenamente- en esto hay un claro error, porque si bien la solidaridad y la indivisibilidad producen ambas una concentración, no surten una y otra ese efecto exactamente en las mismas condiciones; agrega Busso que una deuda solidaria tendrá distinto régimen según que su objeto sea divisible o indivisible; y termina diciendo que los tipos de obligaciones solidarias divisibles y solidarias indivisibles, constituyen, por tanto, categorías jurídicas distintas.

(12) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 21.

(1) CONCEPTO.

Artículo 1172.- *"Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda."*

Se aplica el artículo 1172 en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182. Son mancomunadas las obligaciones en las cuales el crédito o la deuda se divide entre todos los acreedores y todos los deudores. Puede decirse, además, que las partes de los diversos acreedores o deudores se consideran como constituyendo otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros.

Artículo 1182.- *"Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles."*

– Fuentes nacionales del artículo 1172.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* se ocupó de la materia en el artículo 811: "La obligación es divisible o indivisible, según que ella tiene por objeto, o una cosa que en su entrega, o un hecho que en su ejecución es o no susceptible de división, sea material o intelectual."; mientras que el *Código Civil de 1852* no trató sobre el particular.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trató el tema en sus artículos 1522: "Las obligaciones se denominan divisibles, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial; e indivisibles, si las prestaciones sólo pueden ser cumplidas por entero, o si tienen por objeto una cosa, o un hecho que, aunque divisible por su naturaleza, deja de serlo, teniendo en cuenta el modo como lo consideraron los contrayentes."; 1523: "La indivisibilidad de una obligación no le da el carácter de solidaria, ni la solidaridad que ella comprenda, le da el carácter de indivisible."; 1524: "Las obligaciones de dar son divisibles, cuando tienen por objeto sumas de dinero u otras cantidades, o cuando siendo su objeto entregar cosas indeterminadas no fungibles y de una misma especie, comprenden un número de ellas, igual al número de acreedores o deudores, o a un múltiplo de este número."; 1525: "Las obligaciones de hacer son divisibles únicamente cuando tienen por objeto hechos determinados por cierto número de días de trabajo o cuando consisten en obras designadas por medidas expresadas en la obligación; como la de construir una acequia a razón de tanto por metro.- La obligación de construir una obra sin designar medida para cobrar su precio, y, en general, todas las obligaciones de hacer que no pertenecen a la clase de las precedentes, son indivisibles."; 1526: "Toda obligación de no hacer es indivisible, y en consecuencia sólo el deudor o deudores que han hecho lo que debieron omitir, son responsables al acreedor de los perjuicios que le hayan causado, quedando libres de toda responsabilidad los demás codeudores."; 1527: "Para calificar de divisibles o indivisibles las obligaciones alternativas que tienen por objeto prestaciones de naturaleza opuesta, debe preceder elección del acreedor, o del deudor, según el caso; pero debe darse aviso al acreedor de la elección del deudor."; y 1528: "Cuando la obligación divisible gravita en un solo deudor que no tiene más que un acreedor, debe cumplirse, como si fuese obligación indivisible. Ni el deudor, ni el acreedor pueden ser obligados, el primero a que cumpla la obligación por partes, y el segundo a que acepte semejante cumplimiento, salvo lo dispuesto en el título Del mutuo."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* reguló el particular en los artículos 156: "Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese estipulado."; y 155: "Aunque la obligación tenga por objeto una prestación divisible, no podrá el acreedor ser obligado a recibir el pago por partes, salvo estipulación contraria."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* lo hizo en los numerales 148: "Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese estipulado."; y 147: "Aunque la obligación tenga por objeto una prestación divisible, no podrá el acreedor ser obligado a recibir el pago por partes, salvo estipulación contraria."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* tiene al artículo 1191: "Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un sólo deudor, o entre varios deudores y un sólo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese establecido."; mientras que el *Código Civil de 1936,* al artículo 1201: "Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese establecido."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, encontramos a la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* con su artículo 43: "Si son varios los deudores o los acreedores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores puede pedir la satisfacción del crédito únicamente por su parte, y, cada uno de los deudores está obligado a pagar únicamente la parte de la deuda

que le corresponda."; al *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, con el artículo 50: "Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que los deudores únicamente se encuentran obligados a pagar su parte de la deuda."; al *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, con el numeral 1192: "Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que los deudores únicamente se encuentran obligados a pagar su parte de la deuda."; y, por último, al *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, con el artículo 1140: "Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

A pesar de resultar obvio, por ser regla general del tema de la divisibilidad e indivisibilidad -lo que será visto más adelante-, el Código Civil Argentino (artículo 673) establece que las obligaciones divisibles, cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, deben cumplirse como si fuesen obligaciones indivisibles. El acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni el deudor a hacerlos.

Coinciden con el artículo 1172 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 675), Italiano de 1942 (artículo 1314), Uruguayo (artículo 1379), Ecuatoriano (artículo 1569, primer párrafo), Chileno (artículo 1526, primer párrafo), Boliviano de 1976 (artículo 429), Paraguayo de 1987 (artículo 497, último párrafo), Argentino (artículo 675 -agrega que el deudor que hubiese pagado toda la deuda a uno solo de los acreedores no quedará exonerado de pagar la parte de cada

acreedor-), Alemán (artículo 420: Si varios adeudan una prestación divisible o si varios han de exigir una prestación divisible, en la duda cada deudor sólo está obligado a una parte igual y cada acreedor sólo está facultado a una parte igual.), Etíope (artículo 1918 -establece que: "Cuando ella no es solidaria y no tiene un objeto indivisible, la obligación se divide entre quienes están obligados a satisfacer la deuda. Cada deudor está obligado por su parte únicamente o por aquella que la ley y el contrato determinen. Se reserva el caso que, uno de los deudores establezca una garantía que garantice el pago de la deuda por el interés principal." - y el artículo 1919), y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 160).

Por otra parte, el Código Civil de la República de China de 1930, establece en su artículo 271 que cuando varias personas se obligan conjuntamente por una sola deuda, y la prestación es divisible, cada una de ellas debe soportar o recibir la prestación por una parte igual, a menos que sea dispuesto de otra manera por la ley o el contrato. Lo mismo ocurre cuando una prestación originariamente indivisible se convierte en divisible.

Por su parte, los Códigos Civiles Chileno (artículo 1524) y Ecuatoriano (artículo 1567) señalan que la obligación es divisible o indivisible según tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota; poniendo como ejemplos que la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, o de hacer construir una casa son indivisibles; y la de pagar una suma de dinero, divisible.

Adicionalmente, debemos mencionar que el Código Civil Argentino (artículo 669) establece que las obligaciones de dar son divisibles cuando tienen por objeto entregas de sumas de dinero o de otras cantidades, o cuando, teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma especie, que sea igual al número de acreedores o deudores o a su múltiplo.

Este Código agrega (artículo 670) que las obligaciones de hacer son divisibles cuando tienen por objeto la prestación de he-

chos determinados solamente por un cierto número de días de trabajo, o cuando consisten en un trabajo dado, según determinadas medidas expresadas en la obligación, como la construcción de un muro, estipulada por metros; pero cuando la construcción de una obra no es por medida la obligación es indivisible.

En relación a las obligaciones de no hacer, el Código Argentino (artículo 671) dispone que la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación se decide por el carácter de la prestación, en cada caso particular.

Este Código contiene otras normas referidas al tema, señalando (artículo 679) que toda obligación de dar un cuerpo cierto es indivisible.

El mencionado cuerpo legislativo agrega (artículo 680) que son igualmente indivisibles las obligaciones de hacer con excepción de las comprendidas en el artículo 670.

En su artículo 681 establece que la obligación de entregar es indivisible, cuando la tradición tenga el carácter de un mero hecho, que no fuese de los designados en el artículo 670, o fuese una dación no comprendida en el artículo 669.

Finalmente, el Código Argentino (artículo 683) establece que la obligación que tiene por objeto la creación de una servidumbre predial es indivisible.

– *Fuentes nacionales del artículo 1182.*

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a las *Partidas*, Ley 10, Título XII, Partida Quinta: "**Obligándose muchos omes de so uno, e cada uno por todo faziendose principales debdores de dar, o de fazer alguna cosa a otri, non deue demandar todo el debdo al uno. Ante dezimos, que deue ser apremiado cada uno de dar su parte, si todos ouieren de que pagar.**"

También debe mencionarse a la *Novísima Recopilación*, Ley 10, Título I, Libro 10. (Recopilación, Ley 1, Título XVI, Libro 5): "Establecemos, que si dos personas se obligaren simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se **dixere**, que cada uno sea obligado '**in solidum**', o entre si en otra manera fuere convenido é igualado."

El artículo 1182 del Código civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.*

Su primer antecedente nacional fue el artículo 1300 del *Código Civil de 1852:* "Si dos o más se obligan juntamente, sin mancomunidad expresa, y sin designar la parte de que cada uno se constituye responsable, quedan obligados por iguales partes."

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trató el tema en varias de sus normas, los artículos 1534: "Es mancomunada la obligación cuando hay más de un deudor, o más de un acreedor, y tiene por objeto una sola prestación. La obligación mancomunada puede ser o no, solidaria."; 1535: "En la obligación mancomunada no solidaria, el crédito o la deuda se dividen en tantas partes iguales, cuantos acreedores o deudores hay, si el título que la constituye, no ha establecido partes desiguales entre los interesados, o si de ese título no resulta que el crédito o la deuda se deben dividir a prorrata del interés que cada acreedor, o cada deudor tengan en el negocio, a que se refiere la obligación. Las partes de los diversos acreedores se consideran como otros tantos créditos y las de los deudores como otras tantas deudas, todas distintas entre sí."; 1536: "Cuando el objeto de la obligación simplemente mancomunada o no solidaria es una cosa divisible, cada deudor está obligado únicamente por su parte de deuda, y cada acreedor puede demandar sólo por su parte de crédito; y el deudor que paga la deuda íntegra a un acreedor, sin consentimiento expreso de los otros deudores, no se subroga en los derechos que contra éstos tienen los otros acreedores."; 1537: "La insolven-

cia de uno de los deudores mancomunados perjudica al acreedor, y no a los otros deudores."; 1538: "En las obligaciones simplemente mancomunadas cuyo objeto es divisible, los actos que interrumpen la prescripción, si emanan de un solo acreedor, no aprovechan a los demás, y si se dirigen contra un solo deudor, no pueden oponerse a los otros deudores."; 1539: "En las obligaciones no solidarias cuyo objeto es indivisible, la prescripción alcanzada por un deudor contra un acreedor aprovecha a todos los deudores; e interrumpida aquélla por un acreedor contra un deudor, beneficia a todos los acreedores, y perjudica a todos los deudores."; y 1540: "La culpa de uno de los deudores no produce efecto respecto de los otros."

El precepto no registra antecedentes en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; así como tampoco en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936;* ni en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973.*

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, reguló el particular en su artículo 61: "Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hizo en el numeral 1203: "Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1150: "Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1182 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículos 1090, 1091 y 1092) y Boliviano de 1831 (artículo 810 -que establece además que la mancomunidad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible-).

El Código Civil Panameño (artículos 1024 y 1025) establece que "la concurrencia de dos o más acreedores, o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a ésto cuando la obligación expresamente lo determine constituyéndose con el carácter de solidaria" y "si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de los otros."

Asimismo, el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1400) establece "en general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte de cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Por virtud de la convención del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, entonces la obligación es solidaria e **in solidum**. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley."

El Código Civil Argentino (artículo 690) dispone que la obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, y ésta puede ser o no solidaria.

Este mismo Código establece (artículo 692) que el título de la constitución de la obligación puede hacer que la división del crédito o de la deuda no sea en porciones iguales, sino a prorrata del interés que cada uno de ellos pueda tener en la asociación o comunidad a la cual se refiere el crédito o la deuda.

Por otra parte señala (artículo 693) que, siendo el objeto de la obligación simplemente mancomunada una cosa divisible, cada uno de los deudores está obligado solamente a su parte en la deuda, y cada uno de los acreedores puede sólo demandar su

parte en el crédito. El deudor que pagase íntegra la deuda no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores.

En el tema de las obligaciones mancomunadas, el Código Argentino prevé (artículo 694) que la insolvencia de uno de los deudores debe ser soportada por el acreedor, y no por los otros deudores; agrega (artículo 695) que los actos emanados de uno solo de los acreedores, o dirigidos contra uno solo de los deudores, que interrumpan la prescripción, no aprovechan a los otros acreedores y no pueden oponerse a los otros deudores.

En relación al tema de la suspensión de la prescripción en las obligaciones mancomunadas, el Código Civil Argentino dispone (artículo 696) que la suspensión de la prescripción que tenga lugar por parte de uno de los acreedores solamente, no aprovecha a los otros, y recíprocamente, cuando la prescripción es suspendida respecto de uno de los deudores solamente, la suspensión no puede ser opuesta a los otros.

Este Código señala, adicionalmente (artículo 697), que la mora o la culpa de uno de los deudores no tiene efecto respecto de los otros; añade, en fin (artículo 698), que cuando en la obligación simplemente mancomunada hubiere una cláusula penal, no incurrirá en la pena sino el deudor que contraviniese a la obligación, y solamente por la parte que le correspondía en la obligación.

– Análisis.

Nuestro Código Civil no contempla definición alguna para las obligaciones mancomunadas. Tampoco define a las obligaciones divisibles, sino que se refiere (a través de su artículo 1172) al crédito y al débito de la prestación. Por tal razón hemos consignado -al inicio del tema- una definición para las mismas, tomada del

Compendio de Derecho de las Obligaciones de los tratadistas argentinos Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[1].

A decir de los profesores franceses Alex Weill y François Terré[2], realmente el acontecimiento que con más frecuencia da origen a la variedad de obligaciones divisibles es la muerte, bien del acreedor, bien del deudor, luego de la cual el difunto deja a varios herederos. Así, tanto los créditos como las deudas se dividen entonces con pleno derecho entre los herederos del acreedor o entre los herederos del deudor. Agregan los profesores citados que, a partir de la muerte del acreedor, ya no hay un sólo crédito, sino tantos créditos distintos como herederos hay. Citan como ejemplo, si el crédito es de 3,000 francos y el acreedor deja a tres hijos, herederos en partes iguales; puntualizan que desde el fallecimiento e incluso antes de la repartición, cada uno de ellos se convierte en acreedor del deudor hasta por un total de 1,000 francos. Así, cada uno de estos créditos es totalmente independiente de los demás y cada acreedor debe demandar al deudor por su propia cuenta. Adicionalmente, Weill y Terré enseñan que si el deudor de una deuda de 3,000 francos muere dejando a tres hijos, la deuda se divide con pleno derecho entre estos últimos, y cada uno se convierte en deudor de 1,000 francos. De este modo, el único crédito que existía a favor del acreedor se ve entonces reemplazado por tres créditos de 1,000 francos cada uno, los mismos que son totalmente independientes entre sí, a tal punto que si uno de los herederos es insolvente, el acreedor no puede demandar contra los demás el pago de lo que no pudo recuperar del primero.

Debe repararse en lo prescrito por el artículo 1172 del Código Civil Peruano de 1984, en el sentido de que en la obligación divisible -no solidaria sino mancomunada- cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores única-

(1) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 648.
(2) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Página 921.

mente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Este principio es básico de las obligaciones divisibles y mancomunadas. Como dice el Doctor Rosendo Badani Chávez[3]: "La regla general de la pluralidad de partícipes en una sola obligación se compendia en la proposición siguiente: **concursus partes fiunt**. Cada acreedor no puede demandar más que su parte; cada deudor no debe pagar más que la suya. La obligación se entiende, pues, a prorrata o en partes viriles." Agrega el citado autor que "Como consecuencia de este principio de la división a prorrata resulta que la insolvencia de un deudor perjudica únicamente al acreedor y no a los demás deudores; que cualquier acto de un acreedor que interrumpe la prescripción, dirigido contra uno de los deudores, no favorece a los demás acreedores, ni perjudica a los demás deudores. Lo mismo puede decirse de la novación, de la compensación y demás medios por los cuales se extinguen las obligaciones, cuyo efectos no pueden hacerse extensivos de uno o varios a los demás acreedores o deudores."

Este principio básico de la divisibilidad tiene data muy antigua. En opinión de Marcadé, al comentar el artículo 1220 del Código Napoléon[4], las obligaciones sólo se distinguen en divisibles e indivisibles por los acreedores o los deudores múltiples; pues en tanto que hay un solo acreedor y un solo deudor, por muy divisible que sea la obligación siempre debe recibir una ejecución simple e integral, sin ser nunca susceptible de pagos parciales; de modo que ésta alcanza el mismo efecto que si fuese indivisible; agrega que sólo a la muerte de un deudor o de un acreedor que deja varios herederos se puede dividir la obligación existente originariamente entre un solo acreedor y un solo deudor, si tal obligación es susceptible a dicha división.

En palabras de los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas[5], en las obligaciones de sujeto múltiple conjunto, o sea

(3) BADANI CHAVEZ, Rosendo. Op. cit., Página 57.
(4) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 520.
(5) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 613.

en las que se presentan varios acreedores o varios deudores en situación concurrente, el principio general es que cada acreedor tiene derecho a exigir su parte proporcional en el crédito o cada deudor debe pagar nada más que su cuota proporcional en la deuda. En tal sentido, los mencionados tratadistas señalan que tiene importancia determinar cuándo la prestación es divisible. Citando a Von Thur, advierten que ello ocurre cuando puede hacerse efectiva en varias partes de igual naturaleza, sin detrimento de substancia ni menoscabo de valor; en caso contrario, la prestación será indivisible.

Del texto del artículo 1172 del Código Civil Peruano de 1984 se deduce, como ha sido señalado reiteradas veces, el principio básico de la divisibilidad. Pero podría ocurrir que, a pesar de este principio, a la hora de efectuar el pago, éste no se haga estrictamente de acuerdo con el mismo. En tal caso, a entender de los citados tratadistas de la Universidad de La Plata[6], la relación de los acreedores conjuntos, entre sí, después de que alguno o algunos de ellos hayan percibido la prestación y las relaciones de los deudores conjuntos entre sí, después de que alguno o algunos de ellos hubiesen efectuado el pago, tanto en las obligaciones divisibles, como en las indivisibles, puede obligar a que se haga un reajuste, que se conoce en doctrina con el nombre de cuestión de distribución o cuestión de contribución, según se trate de los acreedores o de los deudores. Este reajuste -continúan diciendo los profesores argentinos- debe someterse a las siguientes pautas: 1º) Cuando en los títulos de la obligación o en los contratos que dentro de cada grupo se hubieran formalizado, se hubiera establecido el alcance de la participación de los respectivos interesados, esta convención debe prevalecer y de acuerdo con ella deben reglarse las relaciones internas de los distintos sujetos del respectivo grupo. Así, en parecer de los tratadistas citados, los partícipes de cada grupo pueden estar vinculados en proporciones iguales o desiguales y aun es posible que alguno o algunos de ellos figuren en el crédito o en la deuda, sólo en apariencia, y

(6) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Páginas 642 a 643.

en la realidad se hayan limitado a permitir que se incluya su nombre, para facilitar el cobro, si se trata de un acreedor, o para garantizar el pago, si se trata de un deudor.

Agregan Cazeaux y Trigo Represas que, en las obligaciones divisibles, cuando la proporción establecida en las relaciones internas de las partes es igual y la faz externa o interna de la mancomunación coinciden, si cada interesado ha cobrado o ha pagado lo que en realidad le correspondía, no hay lugar a reajustes; precisan que en el supuesto de que las proporciones fueran desiguales, o cuando algún acreedor o deudor lo fuera sólo en apariencia, corresponderá hacer el replanteo consiguiente, de modo que ningún acreedor retenga más, o ningún deudor sufra una erogación mayor que su interés en la obligación. Agregan que a tal efecto el artículo 689 del Código Civil Argentino les provee de la llamada acción recursoria, para demandar los reajustes pertinentes a sus respectivos compañeros de grupo, a fin de restablecer el equilibrio entre los interesados.

Siguiendo siempre a Cazeaux y Trigo Represas, diremos que en las obligaciones indivisibles, si en los convenios internos de los respectivos grupos se asigna a las partes la proporción en que concurren en el crédito o en la deuda, el acreedor que ha cobrado la totalidad de la prestación debe dar a cada coacreedor su participación correspondiente, de acuerdo con su interés real en la obligación; precisan que, como hace notar la doctrina, para esta distribución son aplicables las normas relativas a la división de bienes en copropiedad; anotan que el deudor que hubiere pagado la prestación, puede ejercer acción recursoria para exigir de sus coobligados el pago de sus respectivas partes, en la medida de la proporción en que se hubieran realmente obligado, de acuerdo con las estipulaciones internas existentes en el grupo pasivo; y que si algún acreedor o deudor lo fuera sólo nominalmente y hubiera permitido ser incluido en la obligación por razones privadas existentes entre los cointeresados, se adecuará a esta situación las cuestiones que atañen a la distribución o a la contribución entre las partes; en tanto que, tratándose de un acreedor aparente que hubiera cobrado la prestación, debe entregarla íntegramente a los coacreedores reales. Agregan Cazeaux y Trigo Represas

que si se trata de un deudor que aparece en la obligación, pero que no lo es en la realidad íntima del grupo pasivo, y al cual se le ha exigido y ha tenido que efectuar el pago de la prestación, podrá ejercer acción recursoria para reclamar a los codeudores, en la medida de sus respectivas proporciones, que le satisfagan el valor íntegro de la prestación que se ha visto en la necesidad de cumplir. En cambio -agregan-, si la prestación ha sido cumplida por otro codeudor, nada podría reclamársele al deudor que, de acuerdo con las relaciones internas de los obligados, no participaba en realidad en la deuda y únicamente figuraba en ella como garantía de cumplimiento.

Por otra parte, Cazeaux y Trigo Represas analizan el supuesto de que en los títulos de la obligación no aparezca la proporción en que concurren los respectivos interesados, o asimismo, cuando no hubiera títulos, casos en que la ley argentina prevé que deberá atenderse a la causa de haberse contraído la obligación, a las relaciones internas de los interesados entre sí y a las circunstancias de cada uno de los casos; vale decir que en esta situación será menester remitirse a los antecedentes de los vínculos existentes entre las partes y entre los componentes de cada grupo. Así, según los profesores argentinos, deberá analizarse, pues, si dentro de cada uno de los sectores de la obligación, ha existido un condominio, una sociedad, etc., en cuya virtud se ha concertado el crédito o contraído la deuda conjuntamente. Recuerdan además que en esta búsqueda de antecedentes -como enseña Lafaille- "puede recurrirse a todo género de elementos."

Y por último -expresan Cazeaux y Trigo Represas-, si nada de esto permite descubrir en qué medida concurren los acreedores en el crédito o los deudores en la deuda, se entenderá que son interesados en partes iguales y que cada persona constituye un acreedor o un deudor -problema que en el Código Civil Peruano de 1984 está solucionado por lo dispuesto en el artículo 1173-.

Por otro lado, a decir de Luis de Gásperi[7], si la prestación

(7) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 16.

es de naturaleza divisible, lógico es que, concurriendo varios deudores y un acreedor o viceversa, la obligación se divida en tantas partes como deudores o acreedores haya; entonces la obligación se divide en partes viriles, determinadas **pro numero virorum**. Así, según De Gásperi, si me obligase a pagar S/. 10,000 a Primus y a Secundus, habría constituido dos créditos de S/. 5,000, distintos e independientes, a favor de cada una de estas personas, sobre las cuales se consideraría que han estipulado sólo su parte viril; agrega que lo mismo acontecería, por ejemplo, si dos o más personas se obligasen a mi favor a entregarme mil toneladas de trigo, caso en el cual se entendería que ellas no se obligaron sino por su parte viril, y correlativamente, que yo no puedo exigirles sino el cociente que resulte de la división de la cantidad de trigo por el número de deudores.

Cuando estemos en presencia de una obligación cuya prestación consista en la entrega de bienes fungibles o inciertos, se entenderá divisible la obligación, siempre y cuando cada uno de los deudores pueda cumplir frente al o a los acreedores comunes, un número igual de los bienes debidos. De lo contrario, estaremos en presencia de una obligación indivisible.

En cambio, cuando estemos en presencia de una obligación de dar bienes ciertos, esta obligación no será divisible, ya que, a decir de De Gásperi[8], la división sería impracticable en partes viriles, sin destruir la idea del todo de cada una de las cosas comprendidas en la prestación, no obstante la divisibilidad de la cosa.

Sobre este punto, queremos recordar la opinión del profesor paraguayo, cuando enseña -citando a Savigny- que en principio no hay cosa que no sea susceptible de descomposición en partes. Savigny expresa que, incluso respecto de los inmuebles, éstos son partes constitutivas de la superficie de la tierra, no pudiendo ser limitados, como unidades especiales, sino por la voluntad del hombre; pero es de la esencia de esa voluntad ser inconstante y variable. De allí que según De Gásperi sea posible, pues,

(8) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 18.

crear entre límites ya fijados, nuevos límites más estrechos o pequeños; fundándose esta facultad en la divisibilidad ilimitada del suelo; y, aunque las partes aisladas puedan diferir en bondad y valor, son siempre idénticas a sí mismas, y al todo original; anota De Gásperi que sólo el suelo sobre el que reposa una construcción no es divisible, porque forma un todo independiente, un todo artificial, cuya descomposición destruiría la idea de este todo.

Siempre siguiendo a De Gásperi, diremos que en cuanto a las cosas muebles, también ellas, por divisibles que sean en sí mismas, pueden ser indivisibles con respecto a la relación de derecho que las tiene por objeto, sobre todo y especialmente, cuando la división destruye la idea del todo, de modo que las partes no sean ya idénticas consigo mismas y con el todo, como en los animales vivos, en las obras de arte; cuando la división deja subsistentes partes idénticas, pero con una disminución de valor en el todo, como en el caso de dividir piedras preciosas, espejos, etc.

La divisibilidad en las obligaciones de hacer merece especial atención de De Gásperi. Nos dice el citado profesor paraguayo que esto nos trae, como de la mano al tema, las explicaciones con las que Savigny acabó con la falsa creencia de algunos romanistas que, fundados en una errada interpretación de los textos, sostuvieron por regla general la indivisibilidad de las obligaciones **faciendi**. Así, recuerda De Gásperi, que Rubo había dicho que todas las **sttricti juris obligationes** son indivisibles. Agrega que son, sin duda, indivisibles las obligaciones que tienen por objeto un **opus**, como la construcción de una casa, la erección de una estatua, la excavación de un foso y otros trabajos análogos, porque en la edificación de una casa se mira menos el hecho transitorio de la construcción que su resultado final y permanente: la casa misma. Así, señala De Gásperi, aun faltándole nada más que el techo, ella no sería habitable; y por consiguiente, no serviría al fin contemplado por su dueño. De este modo sería indiferente que la obra tal pida trabajos gradual y parcialmente hechos, y tiempo más o menos dilatado para su conclusión; circunstancia ésta, dice Savigny, que no permite vincularlos a relaciones numé-

ricas (partes intelectuales), lo que es indispensable para poder tratar la obligación como divisible.

Según De Gásperi, por oposición a este género de deuda, deben reputarse divisibles los siguientes casos de obligaciones de hacer: todo trabajo manual ordinario que, por implicar idea de cantidad, puede cumplirse en un número determinado de días de trabajo, o según ciertas medidas convenidas por anticipado, como la construcción de un muro; la conclusión de una operación jurídica, como por ejemplo, si habiendo el acreedor legado su liberación a su deudor, muriese el heredero de aquél sin antes haber hecho la aceptación, pero dejando él a su vez dos herederos, cada uno de los cuales, por suceder a su abuelo en la mitad del crédito originario, le sucederían igualmente en la mitad de la obligación de hacer, cuyo objeto es la aceptación; y la **tradendi obligatio**, obligación que tiene por objeto una tradición, evidente en el caso de muerte del vendedor antes de hacer la transferencia de la posesión, pero dejando dos herederos, cada uno de los cuales estaría obligado a hacerla por la parte que tiene en la cosa, o sea, por mitad.

Recuerda De Gásperi la advertencia de Savigny sobre la obligación que tiene por objeto una tradición, señalando la propensión de los autores modernos a ver en ella una obligación indivisible, circunstancia que le comunica importancia extraordinaria desde el punto de vista doctrinal. Cita De Gásperi a Savigny, cuando dice: "Yo, sin embargo, la considero sin vacilación y sin excepción alguna, como divisible." Según De Gásperi, la verdad es que la opinión de los autores es contradictoria, pues Maynz afirma, en principio, la divisibilidad de las obligaciones **tradendi** y admite por excepción su indivisibilidad en sólo los tres siguientes casos: las tradiciones y restituciones que tienen por objeto una cantidad de cosas fungibles (como en el depósito de sumas de dinero); los trabajos que tienen un carácter fungible; y ciertas estipulaciones pretorianas cuyo objeto parece ser un **facere**, pero cuyo verdadero objeto es obtener, en caso de inejecución, daños e intereses. Señala De Gásperi que Van Etter, por el contrario, se adhiere a la doctrina de Savigny, aun tratándose de la tradición de cosas que no admiten división física, siempre que se trate de

una dación, o sea, de transferir la propiedad (**dare**), o de hacer una simple tradición, es decir, de transferir sólo la posesión o la detentación de la cosa (**tradere**). Precisa el autor paraguayo que, de esta suerte, la obligación de dar un caballo o una estatua sería tan divisible como la de dar una finca rústica, a pesar de la indivisibilidad del caballo y de la estatua; agrega que del mismo modo la obligación de entregar una cosa corporal, en virtud de una venta o de una locación de cosas, es divisible. Precisa De Gásperi que en todos estos casos -según el romanista Van Etter- es posible el pago parcial; pudiéndose transferir una copropiedad, una coposesión, una codetentación. Señala, además, que si la obligación de dar o de entregar el caballo A, comprende dos deudores, cada uno de éstos pueden transferir al acreedor una mitad indivisa de la propiedad, de la posesión o de la detentación del caballo A, y el acreedor obtendrá por estos pagos parciales el caballo al cual tiene derecho.

Apunta el maestro De Gásperi que, entre los autores modernos, Cuq admite la indivisibilidad, por regla general, de las obligaciones de hacer, y su divisibilidad, por excepción, cuando la obligación tiene por objeto la tradición de cantidad o la ejecución de un trabajo **in pedes mensurarve**.

El ejemplo citado por De Gásperi, con el que, siguiendo a Dumoulin, Marcadé ilustra el artículo 1218 del Código Napoléon, aclarará mejor el concepto: "Un arquitecto -dice este autor- obligado a construirme una casa, contrata con un albañil, que a su vez se obliga respecto de él a edificar la casa que él me debe: la obligación contraída por el albañil a favor del arquitecto es 'divisible', porque tiene por objeto una serie de trabajos de albañilería. Estos trabajos pueden ser útilmente hechos por partes. El albañil que, por ejemplo, ha construído el primer piso, ha proporcionado útilmente a su acreedor 'una parte' de la casa que le debe. Por el contrario, la obligación a mi favor contraída por el arquitecto, es indivisible, porque tiene por objeto, no una serie de trabajos, sino un **opus perfectum**, una casa, una habitación. Desde este punto de vista, no existe una casa sino cuando todas las partes de que debe componerse se hallen terminadas. El arquitecto que ha hecho, por ejemplo, el primer piso, no me ha proporcionado ninguna

porción de la casa que me debe; porque, en tanto la casa no esté concluida, no puedo servirme de ella, no puedo habitarla."

Y, por último, en lo referente a la divisibilidad en las obligaciones de no hacer, De Gásperi precisa que, siguiendo a Dumoulin, Pothier, entre los antiguos, enseña que la obligación **in non faciendo** será divisible "cuando el no hacer a que me obligué, puede hacerse por una parte, y no hacerse por la otra; tal es la obligación **amplius non agi ad aliquid deviduum**, como si yo os hubiera prometido no inquietar al poseedor de una herencia a la que debéis garantía: es una obligación **in non faciendo**, que es divisible, porque puede ser satisfecha por parte. Podría yo contravenirla por parte reivindicando sólo una parte, de esa herencia, y satisfacerla en parte, absteniéndome de reivindicar la otra."

Recuerda De Gásperi que Savigny, por su lado, fundado en la distinción romana entre **factum individuum** y aquéllos **quod divisionem recipiat**, enseña que todo depende de saber si el acto a cuya abstención se obligó el deudor puede -igualmente- ser cumplido por cada uno de los herederos, o si, por el contrario, cada uno no puede cumplirlo sino por partes. En el primer caso, la obligación es indivisible, y en el segundo, divisible, o sea, según el carácter natural de la prestación.

Señala, asimismo, De Gásperi que Maynz, además de la promesa **amplius non agi**, presenta como obligación **in non faciendo** la **cautio ratam rem haberi**, estipulación exigida del **procurator** por el demandado, con el objeto de ponerse a cubierto de una nueva demanda que el verdadero **dominus** podría promoverle.

Precisa De Gásperi que no debe creerse, sin embargo, en una unanimidad, que no existe; recordando que ya Molitor, entre los grandes expositores de la legislación romana, expresó su discrepancia en este punto; señala que para este autor, todas las obligaciones de **non faciendi** son indivisibles. Adicionalmente hace notar De Gásperi que este pandectista agrega que si en la misma estipulación hay varios deudores, como la inejecución de parte de uno sólo sería igualmente perjudicial que la inejecución

de parte de todos, el impedimento causado por uno solo de los herederos produciría los mismos efectos que el impedimento venido de todos, y todos serían obligados a pagar perjuicios e intereses; apunta De Gásperi que esta discrepancia subsistió en el Derecho moderno. Así, informa De Gásperi, Marcadé había escrito "Si os habéis obligado a mi favor a no roturar las 50 hectáreas, de ellas, vuestra obligación es cumplida en parte y violada en parte; de donde viene que, no obstante de consistir **in non faciendo**, sea ella divisible". Señala el profesor paraguayo, en quien basamos estas ideas, que por referencia concreta a esta opinión, Molitor la había combatido en su "**Cours de Droit Romain Approfondi**", negando las consecuencias del incumplimeinto de la obligación de no roturar las 50 hectáreas del antecedente ejemplo, al señalar que "Se puede, sin duda, roturar sólo parte de un bosque, pero lo que Marcadé admite como consecuencia -dice Molitor- es discutible. Trátase siempre de saber si al roturar, aunque no sea más que una pequeña parte, habría cumplido el prometiente, y si podría exigir o retener una parte cualquiera del precio de concesión. Evidente es que no podría hacerlo. El prometiente que, en la hipótesis de Marcadé, hubiese de esta suerte infringido la obligación, sería juzgado de no haberla ejecutado toda entera, y sujeto a la demanda por resolución, de acuerdo con el artículo 1184 del Código Civil."

Puntualiza De Gásperi que quien conozca el espíritu polémico que animó la obra de Marcadé no se asombrará de su réplica a Molitor, corriente en el nº 635 bis del Tomo IV, página 519, en la que insiste sobre la propiedad del ejemplo con que pretende haber evidenciado la divisibilidad de la obligación **in non faciendo**.

Empero, agrega De Gásperi, Marcadé, a pesar de su culto a la verdad, víctima de su dogmatismo, no advirtió que ejemplificaba con la hipótesis de una obligación en que no concurren sino un solo deudor y un solo acreedor, caso en el cual, por aplicación del artículo 673 del Código Civil Argentino, aun siendo divisible la prestación, la obligación debe cumplirse como si fuese indivisible; circunstancia ésta, en el Derecho Moderno, señalada por Giorgi, quien dice: "Si el carácter principal de la divisibilidad

consiste en permitir a varios acreedores demandar cada uno su parte, y a varios deudores pagar cada uno la suya, y el carácter de la indivisibilidad, por el contrario, consiste en permitir a uno de varios acreedores demandar el total o en obligar a uno de varios deudores a pagarlo, ¿cómo puede este carácter manifestarse en la obligación de no hacer, donde el acreedor no tiene el derecho de pedir nada, y el deudor no tiene la obligación de hacer nada? Diez herederos del acreedor, en la obligación de no roturar cincuenta hectáreas de terreno, ¿qué pueden demandar a su deudor? Y diez deudores y diez herederos con la misma obligación, ¿qué pueden hacer en beneficio de sus acreedores? Nada. Sólo cuando la obligación haya sido violada con el roturamiento, nace un derecho en favor de los acreedores para pedir la reparación del daño y una obligación correspondiente para los deudores de repararlo. Pero, nótese bien, desde este momento la obligación se transforma. No es ya la obligación de no hacer; se ha convertido en obligación positiva de reparación del daño." Agrega De Gásperi que Freitas se adhirió a esta doctrina.

Por nuestra parte, aclaramos que el tema de las obligaciones divisibles respecto de las obligaciones mancomunadas no ofrece ningún obstáculo para su aplicación práctica, puesto que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil, ambas categorías de obligaciones tienen las mismas consecuencias jurídicas, ya que las normas de las obligaciones divisibles se aplican en su integridad a las obligaciones mancomunadas.

A decir deLuis de Gásperi[9], con la expresión "mancomún", preferida por los españoles, no se trataría de traducir tanto la idea de deudores unidos por el "título" para una prestación estipulada a favor de uno o de varios acreedores, o sea por la causa, como pretende Planiol, cuanto el supuesto de concurrir todos los deudores en una relación jurídica para un fin de la que es contenido la obligación común, según lo explica Felipe Sánchez Román y lo entiende Manresa y Navarro. Agrega De Gásperi que esta designación ha caído en el disfavor de Juan Antonio Bibiloni, quien la

(9) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 11 y siguientes.

tiene por "imprecisa", dado que sólo puede referirse al hecho originario, y no a las obligaciones resultantes; y bajo su influencia, y no poco, sin duda, por imitación del Código Civil del Brasil (artículo 890), del Esboço de Freitas (artículo 976) y otras obras legislativas, el Proyecto argentino de Reformas del Código de 1936 la presenta sólo como caso de obligación divisible con pluralidad de sujetos (en su artículo 647), borrando de esta suerte el epígrafe "De las Obligaciones simplemente mancomunadas" con que Vélez Sarsfield rotuló el Título XIII de la Sección I del Libro II del Código Civil Argentino. De Gásperi anota que, sin prejuzgar acerca del acierto de la reforma y en consideración al valor pedagógico de la tradición, seguirá adoptándola en la docencia. De este modo - agrega De Gásperi- la divisibilidad de la prestación en el caso de pluralidad de sujetos, no basta, desde luego, para que la obligación sea simplemente mancomunada, pues existen otros requisitos.

Añade el tratadista paraguayo que esta figura de origen romano, se dio en la estipulación plural, por el concurso a un mismo tiempo de dos o varios coestipulantes (**duo rei sttipulandi**) y de dos o varios coprometientes (**duo rei promittendi**), llamados cada uno de éstos a responder verbalmente a la interrogación, también verbal, aislada y sucesiva de aquéllos, de suerte que puedan formar tantos créditos y tantas deudas distintas cuantos contratos se habían así concluido. Según De Gásperi, por virtud de la unidad del acto derivado del concurso de intenciones, todas las promesas formaban de esta suerte un haz de donde resultaba que cada deudor no estuviese obligado sino a prorrata y cada acreedor no tuviese sino un derecho fraccionado correlativo a cada una de esas deudas; siendo tal la regla **concursu partes fiunt**. De este modo, a decir de De Gásperi, una, en apariencia, la obligación, se descomponía **ipso iure** por medio de un simple cálculo, en tantas obligaciones aisladas y créditos correlativos aislados como personas hubiese de cada lado; de donde se sigue que "si Cornelius había, por razón de un préstamo, prometido pagar cien a Julius y a Antonius, presentes en el acto, era absolutamente igual a que Cornelius hubiese prometido cincuenta a cada uno de ellos". Sostiene De Gásperi que en esto consiste la regla, la cual, por lo demás, supone una prestación susceptible de cum-

plimiento parcial; habiéndose, de tal suerte, impuesto ella, por ser conforme con la razón natural, que, luego, pasó a ser presunción destinada a resolver los casos de duda. En análisis de De Gásperi, en tales supuestos se presumía que las partes eran iguales, por lo que recibían el nombre de partes viriles, **pro numero virorum**. De esta forma, a decir del autor paraguayo, se entendía que cada acreedor había estipulado su parte viril, y por ende se explica que Papiniano dijese: "**virilem partem singuli stipulari.**"

Según De Gásperi, trasladada del Derecho Romano esta regla al antiguo Derecho Francés, fue, en las costumbres anteriores al Código Napoléon, mantenida sin alteración, según puede verse en Domat. Agrega De Gásperi que se consagró igualmente en España en las Leyes de Toro, en la Novísima Recopilación y en las Ordenanzas Reales de Castilla.

En relación a la construcción doctrinal que en Francia se hizo sobre las obligaciones mancomunadas, De Gásperi precisa que aunque estaba nítido el concepto de las obligaciones "mancomunadas simples" o "a prorrata", así llamadas por oposición a las solidarias, se dio en el Código Francés, por sus pormenores, comparables con un tratado práctico de Derecho, la singular omisión de aquella regla, no obstante lo cual, algunos de sus exégetas, como Demolombe, Aubry y Rau, Laurent, Larombiére, Huc y otros, dejaron acerca de ella muy rica doctrina, al punto de que sería aventurado prescindir de su enseñanza al tratar de esta materia en nuestros días.

Siempre citando a De Gásperi, diremos que la construcción doctrinal francesa es inferida de los principios consagrados por los artículos 1202 y 1220 del **Code Napoléon**, según Esmein, y por los artículos 1119 y 1162, según Demolombe.

A entender del tratadista paraguayo, este aparente vacío fue llenado en el Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y de los Contratos, cuyo artículo 160, destinado a reglar los efectos de la "obligación divisible", dispone: "Cuando hay varios acreedores o deudores de una obligación divisible, cada uno de

los acreedores no puede demandar el pago y cada uno de los deudores no está obligado a pagar sino su parte". Por el contrario, la mancomunidad simple ha recibido expresa consagración en el artículo 420 del Código Civil Alemán; 271 del Código Civil Chino; 890 del de Brasil; los artículos 1984 a 1986 del de México; los artículos 1137 y 1138 del Español; 1526 del Chileno; 1379 del Uruguayo, etc. A entender de Luis De Gásperi, el más frondoso de todos los Códigos antes mencionados es, sin duda, el Argentino, en el que se dan quince disposiciones, no pocas de las cuales repiten idénticos conceptos, explicándose así De Gásperi que tanto Bibiloni cuanto la comisión de Reformas (de 1936) hayan proyectado su refundición en una sola norma.

En lo referente a los requisitos constitutivos de la mancomunidad, De Gásperi enseña que esta forma de obligarse supone: una conjunta pluralidad activa y pasiva de sujetos, o una u otra, indistintamente; una prestación divisible; identidad de la cosa que constituye el objeto de la prestación; identidad del título por el cual la obligación se constituye; e identidad del tiempo en que las partes pactan la obligación.

En lo relativo a la pluralidad de sujetos, De Gásperi señala que ésta no es sino un elemento de la mancomunidad; agrega que fuera de este supuesto, o sea, habiendo un solo acreedor y un solo deudor, aunque la prestación sea divisible o susceptible de cumplimiento parcial, la obligación debe cumplirse "como si fuese indivisible"; sin poder obligar al acreedor a recibir pagos parciales, ni al deudor a hacerlos. En opinión de De Gásperi, viene de aquí que la indivisibilidad de la prestación no suscite problemas sino mediando pluralidad de sujetos.

Enseña el autor citado que la idea de "una sola prestación" corresponde al concepto de la "identidad de la cosa" debida. En adición a lo señalado, De Gásperi expresa que la conjunción de sujetos, característica de la mancomunidad simple, por oposición a la disyunción, se expresa en el título por el empleo de la copulativa "y". Además, si el nombre de una de esas personas empezase con I, se preferiría, por la ley eufónica, la e a la y, como cuando alguno se obligase a pagar $ 10.000 a Pedro e

Ireneo, por ejemplo. Señala también lo que acontecería si, por testamento, se legasen $ 10.000 a Titius y a Sempronius, caso en el cual no podrían estos legatarios pretenderse acreedores cada uno de $ 10.000, porque el legado no habría constituido sino "un crédito" de diez mil a repartir por mitad entre los dos; viniendo esta regla por aplicación del Derecho común, según el cual nadie puede estipular o prometer sino en su propio interés. Enseña De Gásperi que la regla expuesta sufriría modificación si, como enseñan Aubry y Rau, entre los acreedores o los deudores hubiese dos o más personas que deban ser consideradas como una sola; lo que acontece cuando son marido y mujer.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[10], al tratar acerca de las obligaciones que llaman "en mano común", lo exacto es decir que, en el caso de pluralidad de acreedores, el crédito mismo (y no sólo su ejercicio) no corresponde sino a todos ellos conjuntamente, no dirigiéndose, en el supuesto de pluralidad de deudores, sino contra todos los deudores conjuntamente y no contra el deudor singular como persona individual; agregan que esta manera de determinar el concepto no contradice en modo alguno la naturaleza de las normas jurídicas, pues el ordenamiento jurídico no consta solamente de mandatos a favor de individuos o dirigidos a los mismos, sino que aquellos pueden dictarse igualmente a favor de varios sujetos unidos en una cierta pluralidad, de manera que sólo surtan efecto a favor de todos.

En relación al tema de las obligaciones mancomunadas, se discute doctrinariamente si es que se trata de una obligación única, o si hay varias obligaciones; si se trata de un sólo vínculo, o si hay tantos vínculos como sujetos intervinientes. A decir de Eduardo B. Busso[11], algunos autores afirman que en la obligación conjunta hay siempre pluralidad de vínculos, en tanto que otros admiten esa solución solamente en los casos de obligaciones mancomunadas, en las que cada sujeto actúa independientemente, sin

---

(10) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen, Páginas 437 y 438.

(11) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 19.

que sus actos comprometan a los compañeros, pero la niegan en las solidarias, en las cuales, por regla general, los actos de un sujeto son oponibles a los demás integrantes del grupo acreedor o deudor a que pertenezca. Busso se adhiere a la tesis de la pluralidad de vínculos, porque considera que existe algo personal o propio en la relación de cada uno de los deudores con el acreedor común, o en su caso, en la de cada uno de los acreedores con el deudor; añade que la incorporación de cada uno de los sujetos al vínculo común ha constituido un acto personal de este contratante, independiente de los paralelos actos incorporativos otorgados por sus compañeros; pudiéndose inferir de ello, como legítima consecuencia, que el vínculo surgido de ese acto con relación a ese sujeto es también independiente de los otros vínculos que surjan de aquellos otros actos paralelos. Otro de los argumentos que inclinan a Busso hacia la tesis de la pluralidad de vínculos, es que esta teoría explica mejor el hecho de que cada uno de los participantes, aparte de los intereses comunes a los de sus compañeros, persiga otros intereses, derechos y prerrogativas personales frente a ellos. La tercera razón por la cual Busso se adhiere a esta tesis está constituida por una serie de textos legales de su país que confirman esa independencia de los distintos vínculos, tanto en las obligaciones simplemente mancomunadas como en las solidarias. La cuarta razón de Busso es que el hecho de que, en dichas disposiciones, los efectos de ciertos actos otorgados por un sujeto alcancen a los otros interesados, no constituye un argumento contra esta tesis; ya que esa propagación de efectos puede muy bien explicarse por razones referentes a la vinculación interna de los miembros del grupo entre sí, y que nada tienen que ver con la pluralidad de los vínculos que los unan a ellos con la otra parte. Como quinta razón, Busso señala que cada uno de los acreedores solidarios puede disponer de su derecho, sin que ello afecte a los otros acreedores, confirmando esto la independencia de los vínculos. Y como último argumento, Busso precisa que si muere un coacreedor o un codeudor solidario, cada uno de sus herederos sólo será acreedor o deudor por una parte, es decir, que se operará el fraccionamiento de ese derecho, el mismo que en cambio no alcanzará a los derechos de los otros compañeros del grupo.

El Doctor Jorge Eugenio Castañeda[12], en igual sentido, señala que son obligaciones mancomunadas aquellas en que habiendo varios acreedores o deudores y un solo objeto debido, cada deudor está obligado al pago de su cuota, y que cada acreedor no puede exigir sino la suya. Para el tratadista italiano Alberto Trabucchi[13], la obligación se llama mancomunada cuando todos tienen únicamente una obligación o derecho proporcional a su participación en el vínculo obligacional. Para Francesco Messineo[14], esta obligación comporta que, siendo varios los sujetos (activos o pasivos), cada uno de ellos puede pedir válidamente la propia parte de la prestación, o, respectivamente, realizar la propia parte de la prestación, en este último caso, con efecto liberatorio. A entender de Jorge Joaquín Llambías[15], en la obligación mancomunada, se produce un fraccionamiento del crédito o deuda entre los varios acreedores u obligados, de modo que cada sujeto está obligado, como deudor, y tiene derecho como acreedor, a una parte de la prestación total, en la que queda confinada la pretensión de cada acreedor o el deber de prestar a cargo de cada obligado. Llambías llega a decir que las obligaciones de esta naturaleza son las que no están afectadas por el principio de solidaridad, pudiéndose definir por exclusión. Llambías[16] entiende por mancomunación al fenómeno de estar constituida la obligación a favor de varios acreedores o a cargo de varios deudores, pudiendo ser esta mancomunidad simple o solidaria. La simple -que para el régimen peruano es la mancomunidad a secas- se da cuando el hecho de coexistir en la obligación varios acreedores o deudores no ha introducido asociación de intereses entre ellos, razón por la cual, la pluralidad de sujetos es extrínseca a la estructura de la obligación que sigue gobernada por el principio general de división o fraccionamiento.

Enseñan los tratadistas argentinos Pedro N. Cazeaux y Félix

(12) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo I, Página 221.
(13) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Página 29.
(14) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 416.
(15) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 371.
(16) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 451 a 453.

A. Trigo Represas[17] que, en las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito o la deuda se divide entre todos los acreedores y todos los deudores; considerándose las partes de los diversos acreedores o deudores, como constituyendo otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros. A entender de los mencionados autores, este fraccionamiento de la obligación sólo puede ser cumplido, en lo que concierne a las relaciones de los acreedores con los deudores, si la prestación es divisible, ya que cuando la prestación no es susceptible de fraccionamiento, el régimen aplicable es el de las obligaciones indivisibles, y en tal supuesto cualquiera de los acreedores tendría derecho a exigir o a cualquiera de los deudores podrá serle requerido el cumplimiento íntegro de la prestación. De ahí que en la doctrina haya surgido la interrogante acerca de si pueden existir obligaciones simplemente mancomunadas con objeto indivisible, o si por el contrario, es imprescindible que el objeto de las mismas sea susceptible de fraccionamiento; anotan Cazeaux y Trigo Represas que un sector de la doctrina, conformado por Aubry y Rau, Lafaille, Salvat y Galli, Busso, Rezzónico y Moisset de Espanés, admite aquella posibilidad, en tanto De Gásperi y Borda, en posición opuesta, exigen la concurrencia de una prestación divisible.

Para Alterini, Ameal y López Cabana[18], son obligaciones simplemente mancomunadas aquellas en las que cada deudor debe pagar su cuota-parte de la deuda, y cada acreedor puede reclamar sólo su cuota-parte del crédito. Este mismo criterio es seguido en el Perú por el profesor H. Gustavo Palacio Pimentel[19], al señalar que una obligación es simplemente mancomunada o a prorrata, cuando el derecho o el crédito es atribuido por partes o cuando la obligación, la deuda, es imputable por partes, es decir, cuando habiendo varios acreedores o deudores y un solo objeto, cada deudor está obligado al pago de su cuota y cada acreedor sólo puede exigir su parte; precisa que en estas obligaciones el

(17) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 648.
(18) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 183.
(19) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo I, Página 271.

crédito o la deuda se divide o distribuye entre todos los acreedores o deudores respectivamente.

La insolvencia de uno de los deudores de obligación mancomunada debe ser soportada por el acreedor, y no por los otros deudores. Busso fundamenta este principio en el hecho de que todo crédito -que en esencia es una espectativa- lleva en sí mismo la posibilidad de no realizarse por insuficiencia patrimonial del deudor, siendo ese evento un riesgo que jurídicamente incumbe al titular del derecho; indica que en los casos de mancomunidad no se establece entre los codeudores ninguna relación jurídica o económica que cree entre ellos una comunidad de intereses o justifique una recíproca garantía en favor del acreedor.

Por otra parte, resulta pertinente recordar lo señalado por Busso[20], al precisar una serie de actos que no constituyen supuestos de pluralidad de sujetos. Así, menciona, entre otros, a las asociaciones, en las cuales los miembros de la misma no están obligados por las deudas de la entidad ni son titulares de los bienes que a ella pertenezcan; a las sociedades, en las que cada socio no es acreedor ni deudor de su propia parte; a los titulares sucesivos, agregando que sólo hay pluralidad de sujetos cuando varias personas simultáneamente invisten el carácter de tales, no habiéndola cuando el crédito o la deuda pasa de una persona a otra, por lo que la sustitución que se produce impide la concurrencia; a la novación por cambio de acreedor o de deudor; a la cesión de créditos -en el Perú cesión de derechos-, a menos que la cesión fuese parcial; al pago con subrogación, a menos que fuese parcial; al derecho ejercido por cuenta ajena, precisando que, en general, falta la concurrencia de derechos en todos los casos en que una persona tiene la facultad de utilizar una potestad ajena sin tener ella misma una potestad o crédito distinto; a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero; a las acciones que afectan a terceros, no habiendo propiamente en este caso, pluralidad de deudores, aunque pueda haber pluralidad de personas afectadas, cuando las consecuencias de una acción personal

(20) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 41 a 43.

-como por ejemplo podría ser una acción de nulidad, una de rescisión, o una de revocación- permiten al titular perseguir una cosa en manos de terceros adquirentes; a las acciones reales, señalando que cuando un crédito, aparte de las pretensiones dirigidas contra el deudor y su patrimonio, contenga otras que se refieran a bienes que por cualquier circunstancia estén afectados a su garantía, en tal caso, las relaciones entre el acreedor y el propietario del bien dado en garantía, se rigen por principios especiales, no habiendo, en realidad, relación de sujeto múltiple; a las personas que intervienen en un contrato ajeno, ya que si bien, en principio, las relaciones de obligación no afectan sino a las partes, se admite que en algunos casos puedan terceras personas interferirse en la relación, pero no por eso se hacen parte acreedora o deudora, ni atribuyen a la obligación el carácter de relación jurídica con pluralidad de sujetos; al pago por tercero, pues el tercero que paga una deuda no se hace deudor de ella; a los colaboradores, ya que por lo general, el deudor de una prestación puede requerir la colaboración de auxiliares que intervengan en su cumplimiento; al tercero que interviene en la formación del contrato, pues no habrá pluralidad de deudores cuando por el título se prevea que una persona debe cooperar a la formación del vínculo o a su determinación, sin cooperar a su cumplimiento; al tercero que interviene en la aprobación del contrato, pues a veces el tercero no interviene ni en la formación del contrato, ni en el cumplimiento de la prestación, sino en una fase final vinculada a su aprobación, siendo éste el caso de obras que deben hacerse a satisfacción de determinada persona, en el supuesto que ésta última sea un tercero.

Por nuestra parte, debemos agregar que, si tuviésemos una obligación que reuniese a la vez las calidades de divisible y mancomunada, le serán de aplicación las normas de las obligaciones divisibles, porque las obligaciones mancomunadas carecen de normatividad propia, y las mismas se encuentran reguladas por las reglas que rigen a las primeras, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 citado.

Antes de continuar, queremos mencionar que existe entre algunos letrados la errónea costumbre de colocar en los contratos, supuestamente para otorgar mayor seguridad al acreedor o a los

acreedores, los términos "mancomunada y solidariamente", aludiendo a la forma como se obligan los deudores. Sin embargo, esto es una contradicción, ya que dos o más deudores no se pueden obligar simultáneamente de manera mancomunada y solidaria, pues ambas son formas totalmente opuestas de contraer una obligación. Este parecer es sostenido también por Colin y Capitant[21], cuando señalan la incorrección de una fórmula muy usual, empleada con mucha frecuencia en las escrituras, y en virtud de la cual, los codeudores declaran obligarse para con el acreedor conjunta y solidariamente, considerando a esta frase como absurda, porque la palabra "conjuntamente" significa no solidariamente.

Por nuestra parte pensamos que de ocurrir este absurdo, debemos concluir en que la obligación que prima es la solidaria, fundamentalmente por razones de costumbre y porque la mancomunidad se presume -y por tanto no había necesidad de pactarla-, mientras que la solidaridad no se presume y sí habría necesidad de manifestarla expresamente, en caso de desear un pacto de estas características.

Sin lugar a dudas la génesis de esta corruptela es bastante remota. Y su origen tiene como base la propia ley.

Nos explicamos.

Tanto el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, como el Código Civil Peruano de 1852, y el Proyecto de Código Civil de la Comisión que presidiera el Doctor Juan Luna, del año 1890, incurren en el error de confundir la terminología de las obligaciones mancomunadas con las solidarias. En tal sentido, podemos advertir los errores que seguidamente mencionamos.

En el Código Civil del Estado Nor Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, advertimos que en el Capítulo XVIII,

(21) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Página 433.

titulado "De las obligaciones **in solidum** o mancomunes", se encuentra el artículo 791, que define a la "mancomunidad entre los acreedores" de la siguiente manera:

Artículo 791.- "Hay mancomunidad entre los acreedores, cuando el título concede expresamente a cada uno de ellos el derecho de exigir el pago total del crédito, y cuando el pago hecho a uno de ellos libra al deudor, aun cuando el beneficio de la obligación sea partible entre los diferentes acreedores."

El mismo cuerpo legislativo definía la "mancomunidad de parte de los deudores" de la siguiente manera:

Artículo 794.- "Hay mancomunidad entre los deudores cuando están obligados a una misma cosa; de manera que uno pueda ser reconvenido por el total, y cuando el pago que hace uno, deja libres a los demás."

Después de analizar las normas transcritas, no nos cabe la menor duda de que ellas se refieren no a la "mancomunidad" sino a la "solidaridad", por cuanto los efectos señalados son propios de las obligaciones de esta última categoría.

Por otro lado, el Código Civil Peruano de 1852, aquel que más vigencia ha tenido en nuestro país, también incurría en el mismo error, al confundir la mancomunidad con la solidaridad en su artículo 1290 (referente a la solidaridad entre los acreedores), el mismo que establecía lo siguiente:

Artículo 1290.- "Es solidario o mancomunado entre varios acreedores el derecho de exigir el cumplimiento de una obligación, cuando cualquiera de ellos tiene la facultad de pedirlo."

Y también equivocaba conceptos en su artículo 1293 (referente a la solidaridad entre los deudores), ya que esta norma señalaba lo siguiente:

Artículo 1293.- "Es solidaria o mancomunada una obligación entre deudores, cuando puede exigirse su cumplimiento de cualquiera de ellos."

Por último, el Proyecto de Código Civil Peruano de 1890, intenta hacer la distinción, al regular, en el Capítulo 10, dentro del Título Segundo, relativo a las diversas clases de obligaciones, a las obligaciones simplemente mancomunadas o no solidarias, mientras que en el Capítulo número 11 trata sobre las obligaciones solidarias. Sin embargo, también incurre en error, ya que al referirse a estas últimas obligaciones señala, en su artículo 1541, lo siguiente:

Artículo 1541.- "La obligación mancomunada es solidaria, cuando en virtud del título que la constituye, o de disposición de la ley, cualquiera de los acreedores puede exigir de cualquiera de los deudores el cumplimiento íntegro de ella."

De los artículos transcritos, correspondientes a los dos Códigos y al Proyecto citados, podemos apreciar que la confusión en clasificar las obligaciones mancomunadas y solidarias es bastante antigua en el Perú.

Es de resaltar que fue el Doctor Manuel Augusto Olaechea quien se encargó de aclarar los conceptos, en su Anteproyecto de Libro V elaborado en el año 1925. Pero incluso después de la promulgación del Código Civil de 1936 se siguieron confundiendo ambos términos. Uno de los autores que incurrió en estas denominaciones impropias fue el Doctor Angel Gustavo Cornejo[22]. Para demostralo transcribimos un párrafo de su autoría:

"Dentro de la mancomunidad se distinguen dos especies: la mancomunidad simple a prorrata, que se da cuando el derecho viene atribuido o la obligación es imputable por partes; y la mancomunidad solidaria, en la que el derecho es atribuido o la obligación imputable total e íntegramente, a cada uno de los acreedores o deudores mancomunados."

Pero para resolver el conflicto que mencionamos en párrafos

(22) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 162 a 167.

anteriores, entre la indivisibilidad y la mancomunidad, y el absurdo que acabamos de mencionar, entre la mancomunidad y la solidaridad, contamos con un elemento adicional: las reglas de la lógica.

En lógica, podríamos establecer el siguiente esquema:

(a) Si tenemos una obligación mancomunada e indivisible, tendríamos que aplicar las reglas de las obligaciones divisibles y de las indivisibles; por tanto, se daría lo siguiente:

Divisible es lo contrario de no divisible.

No divisible y divisible:

$n(D) \wedge (D) = n(D) = I$

Es decir, se aplican solamente las reglas de las obligaciones indivisibles.

(b) Si tenemos una obligación mancomunada y solidaria (absurdo), tendríamos que aplicar las reglas de ambas; por tanto se daría lo siguiente:

Mancomunada es lo contrario de solidaria.

Solidaria es una obligación no mancomunada.

Mancomunada y solidaria; o lo que es lo mismo, mancomunada y no mancomunada:

$(M) \wedge n(M) = n(M) = S$

Es decir, se aplican solamente las reglas de las obligaciones solidarias.

– ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1182.***

Artículo 1182.- "Son mancomunadas las obligaciones en las cuales la deuda o el crédito se divide entre los deudores y acreedores, considerándose sus partes como deudas o créditos distintos, independientemente de la naturaleza de la prestación.

Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles."

– ***Fundamento.***

Proponemos la adición del primer párrafo antes transcrito, pues creemos conveniente que por razones metodológicas y didácticas, el Código Civil defina a las obligaciones mancomunadas.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1172.***

En relación al tema de las obligaciones divisibles, hemos hallado la siguiente Ejecutoria Suprema:

"La concurrencia de dos o más deudores en una obligación no los convierte en obligados solidarios, sino cuando así conste expresamente del contrato o de una disposición de la ley.

Fallecido uno de los deudores mancomunados son sus herederos quienes asumen la obligación y a quienes debe notificárseles con las providencias respectivas en el juicio que se seguía a aquél." Ejecutoria del 7 de junio de 1974. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 365, 1974, página 688. (Artículos 1201 y 1209 del Código Civil de 1936 y 1173 y 1183 del Código Civil de 1984).

– ***Concordancias nacionales.***

Obligaciones divisibles, artículo 1173 del Código Civil / Beneficio de la división, artículo 1174 del Código Civil / Obligaciones mancomunadas, artículo 1182 del Código Civil / Cláusula penal divisible, artículo 1347 del Código Civil / Responsabilidad en Sociedades en Comanditas por acciones, artículo 261 de la Ley General de Sociedades / Responsabilidad de los gerentes en Sociedades Comerciales de Responsabilidad Limitada, artículo 280 de la Ley General de Sociedades.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1182.***

En relación a este numeral, tenemos la siguiente Ejecutoria Suprema:

"El cónyuge supérstite no responde por el íntegro de una obligación que contrajo en forma mancomunada con el fallecido, salvo que se acreditara que ha sido instituido o declarado como heredero de éste." Ejecutoria del 20 de julio de 1963. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nº 239, 1963, Página 1631. (Artículo 1210 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Obligaciones divisibles, artículo 1172 del Código Civil / Presunción de divisibilidad del crédito o deuda, artículo 1173 del Código Civil / Inoponibilidad del beneficio de división, artículo 1174 del Código Civil.

La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo II*, se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 1994, en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A., (Reg. Ind. 16521) General Varela 1577, Lima 5, Perú.
La edición fue de 3,000 ejemplares.

PUBLICACIONES RECIENTES

ANITA G. COOK
Wari y Tiwanaku: entre el estilo y la imagen. 1994. 346 p.

OSWALDO HOLGUIN C.
Tiempos de Infancia y Bohemia. Ricardo Palma (1833-1860). 1994. 736 p.

HEYSUN KO Y FRANCISCO CARRANZA (Selección y traducción).
La Cárcel del Corazón y otros relatos (Narrativa Coreana). 1994. 272 p.

RAUL LEON CAPARO
Racionalidad Andina en el uso del espacio. 1994. 378 p.

OLGA LOCK DE UGAZ
Investigación Fitoquímica. Método en el estudio de productos naturales. 2a. ed. (corregida y aumentada). 1994. XX 300 p.

MERCEDES LOPEZ - BARALT
Guamán Poma: autor y artista. 1994. 214 p.

MANUEL MARZAL FUENTES
La Utopía Posible. Tomo II. 1994. 828 p.

AURELIO MIRO QUESADA
El Inca Garcilaso. 1994. 408 p.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE
El Contrato en General. Segunda parte. 3 Tomos. (Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol. XV). 1994. 1,648 p.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI
Código Didáctico de los Niños y Adolescentes. 1994. 510 p.

ENRIQUE ROJAS ZOLEZZI
Los Asháninkas. Un pueblo tras el bosque. 1994. 362 p.

IZUMI SHIMADA (Editor)
Tecnología y Organización de la producción de cerámica prehispánica en los Andes. 1994. 518 p.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
En el País de las Colinas de Arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho. 1994. 2 Tomo. 662 + 618 p.

DE PROXIMA APARICION

CARMEN JULIA CABELLO
Cincuenta años de divorcio en el Perú 2da. Ed.

ROSENDO F. CHAVEZ DIAZ
Hidrología para Ingenieros.

GUILLERMO LOHMANN L.
Derecho de Sucesiones (Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVII).

JOSE LUIS MARTINEZ CERECEDA
Autoridades en los Andes. Los atributos del Señor.

JUAN OSSIO A.
Las Paradojas del Perú Oficial. Indigenismo, democracia y crisis estructural.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI
Adolescencia, matrimonio y familia.

ANGEL SAN BARTOLOME
Construcciones de albañilería

FONDO EDITORIAL
Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Apartado 1761. Lima, Perú
Tlfs. 622540 (anexo 220) y 626390