

Teoría General de las Obligaciones

SECCION SEGUNDA (*)

LAS OBLIGACIONES CONFORME AL OBJETO

CAPITULO I

OBLIGACIONES DE DAR

21.—*Su concepto.*—La obligación de dar, expresa RUGGIERO (1), consiste en la transmisión de la propiedad u otro derecho real, o en la entrega de una cosa en posesión, en uso o en depósito. Agrega que implica el deber de conservar la cosa hasta su entrega y entraña la responsabilidad del deudor por los riesgos y si incurriera en mora también sufrirá los riesgos, aunque la cosa se hallare a riesgo del acreedor. RUGGIERO (1 bis) añade que teniendo en cuenta el moderno principio por el que la propiedad y los derechos reales se transmiten por el simple consentimiento, sin que se requiera la tradición, el campo de las obligaciones *ad dandum* se ha restringido mucho y que la disminución se ha incorporado a las obligaciones *tradendi*; pero que no ha perdido completamente su importancia como se afirma, desde que hay casos en que el consentimiento no basta y la obligación *ad dandum* tiene por fin la transmisión de la propiedad. Por ejemplo, en el Perú, como habrá de comprobarse más adelante, los mue-

(*) Véase Nos. I, II y III del Año XIV de esta Revista.

(1) II, I, § 70, a), p. 34.

(1 bis) II, I, n. 2 de la p. 34.

bles no se transmiten en propiedad por el consentimiento; requieren de la tradición (2).

BONNECASE (3) advierte que la obligación de dar es la que tiene por objeto la constitución y transmisión de un derecho real, pero se pregunta si dentro de las obligaciones de dar no está comprendida aquella cuyo objeto es la transmisión de un derecho de crédito preexistente, como acontece en la cesión de derechos. Sin adelantar al respecto opinión alguna, continúa diciendo que las obligaciones de dar que constituyen y transmiten derechos reales implican dos obligaciones de hacer, ya que conforme a los arts. 1136 y 1137 del cód. francés, la obligación de dar comprende dos obligaciones: una, la de entregar, y otra, la de conservarla hasta la entrega. Anota, asimismo, que la obligación de dar puede absorberse en la obligación de hacer, desde que el *dare* supone realizar un servicio al transmitir la cosa; pero que el art. 1138 de su cód., que opera la transmisión de la propiedad *ipso facto*, opone la obligación de dar a la de hacer

Para DE DIEGO (4), el dar es en buena cuenta un hacer y agrega que la diferencia entre las dos clases de obligaciones reside en que el acreedor encuentra el interés, el beneficio de la obligación de dar en la cosa, en tanto que en la obligación de hacer lo encuentra en el hecho.

Resulta entonces que el concepto "*dar*" tiene varios sentidos:

1.º Cuando se entrega la cosa mueble en propiedad, como ocurre en los contratos de compra-venta, de permuta y de donación. La entrega no es necesaria para el desplazamiento del dominio del deudor al acreedor, si se trata de bien inmueble.

2.º Cuando se entrega la cosa para que se le tenga con posesión inmediata, como ocurre en la locación-conducción y en el usufructo, o sea cuando se transfiere su uso.

3.º Cuando se hace entrega de la cosa porque se está obligado a restituirla; así, cuando el comodatario la devuelve al comodante, o el depositario al depositante. La cosa se restituye a su dueño.

(2) Para el derecho extranjero, en que las obligaciones de dar no transmiten la propiedad, las mismas tienen por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño.

(3) II, No. 461, p. 402 s.

(4) II, p. 46.

De la obligación de dar, como de la de hacer, se dice que es positiva; y la de no hacer, negativa.

De conformidad con nuestro derecho positivo se puede afirmar que la obligación de dar es aquella cuya prestación consiste en la entrega de una cosa mueble para constituir un derecho real de dominio, de prenda, o en la promesa de entregar una cosa inmueble también para constituir el derecho real de propiedad (art. 1172 cód. civ.), como ocurre en los contratos de compra-venta y de donación de inmuebles (véase art. 1474 párrafo 1.º cód. civ.), para el cual la donación de muebles requiere la entrega simultánea, aunque el 2.º apartado de la misma fórmula no exige la entrega no obstante referirse también a la donación de bienes muebles (5).

Asimismo, la obligación de dar supone la entrega en el contrato de mutuo a fin de que las cosas mutuadas se adquieran en propiedad por el mutuuario (art. 1577 cód. civ.).

Hay obligaciones de dar que se cumplen haciendo y otras de hacer que se cumplen dando y de no hacer que se cumplen no dando. GIORGI (5 bis), anota que las diferencias entre las obligaciones de dar y de hacer son inciertas y confusas y que la importancia práctica es escasísima, por lo que no es menester preocuparse de determinarlas claramente.

Nuestro cód. civ., dentro del mismo título de las obligaciones de dar, regula, en sus arts. 1173 y 1174, hipótesis de obligaciones de entregar que, lógicamente, deben entenderse por obligaciones de dar, ya que de lo contrario habrían sido instaladas las fórmulas legales dentro de las obligaciones de hacer.

La obligación de dar no sólo importa la de transferir la propiedad, sino también otros derechos reales, a la vez que puede consistir en entregarla en uso, en posesión inmediata o en res-tituirla. Como informa ZACHARIAE (5 ter), si el contrato trans-

(5) Aún cuando la obligación de dar un inmueble no se hubiere ejecutado, deberá reputarse que la propiedad inmobiliaria se ha transferido, si es que dicha obligación tuviere por objeto la enajenación de la cosa a título oneroso. Empero, si la obligación de dar tiene por objeto transmitir el dominio sobre bienes muebles, el acreedor de semejante obligación no es propietario aunque se trate de bienes muebles determinados, en tanto la obligación no hubiere sido cumplida con la entrega.

También deberá tenerse presente que la obligación de dar una cosa inmueble determinada si es a título gratuito no transfiere *ipso facto* el derecho de propiedad sobre la cosa al acreedor, a no ser que esa obligación conste en escritura pública.

(5 bis) GIORGI, I, No. 231, p. 205.

(5 ter.) III, § 531, tex. y n. 4 y 5 de la p. 364. Véase, asimismo, BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, I, No. 344, p. 391 s.

fiere la propiedad, la entrega de la cosa, que es posterior, no puede volver a transferir el dominio. Para nosotros, el contrato sólo habrá de transferir la propiedad de cosa cierta y determinada si ésta es inmueble.

La entrega de la cosa puede ser exigida como derivada de una obligación de dar emergente del contrato de locación-conducción, aun cuando este contrato queda perfeccionado sólo con el consentimiento.

La obligación de dar puede ser de dar cosa cierta o incierta. La obligación de dar cosa cierta puede ser fácilmente distinguida de la de restituir cosa cierta. En la primera el acreedor recibe la cosa que no era suya para constituir sobre ella un derecho real o un derecho de uso; y en la obligación de restituir el acreedor es el dueño de la cosa que se encontraba en poder del deudor que restituye, sea por efecto de un contrato de préstamo (comodato), o de depósito, o de prenda, o de locación.

En la mayoría de los derechos contemporáneos se observa con fidelidad el principio romano que exige la tradición para la transferencia de la propiedad, principio que ha evolucionado hasta condensarse en la institución del registro para los inmuebles, en que la inscripción representa la tradición.

De conformidad con ese principio, antes que el enajenante cumpla con la obligación que asume entregando la cosa, ningún derecho de propiedad habrá de tener el adquirente sobre dicha cosa. El enajenante continúa con el dominio del objeto enajenado y con su libre disposición. El adquirente no viene a ser sino un acreedor que tiene acción personal contra el enajenante para que le entregue la cosa que éste se obligó a darle, o, en su caso, para recobrar el precio que le diera.

La obligación de dar una cosa cierta comprende también la de dar las partes integrantes y los accesorios de la misma, aunque éstos no hubieren sido mencionados en el contrato. Para hacer esta afirmación se tiene en cuenta lo prevenido en el art. 817 cód. civ.

La obligación de dar puede consistir en enajenar la propiedad de una cosa o de un derecho; en enajenar temporalmente el uso de una cosa; en el goce de una cosa; en la restitución de cosa ajena; y en el pago de la cosa debida.

Tratándose de obligaciones de dar inmuebles el acreedor de éstas se convierte en propietario de esos bienes por efecto de dichas obligaciones.

En el derecho francés no es la tradición la que transmite la propiedad de las cosas. Dicha tradición sólo tiene por objeto poner al adquirente en estado de poder servirse de la cosa.

No debe olvidarse, sin embargo, que la obligación de dar supone la obligación de entregar desde que el consentimiento de las partes se ha producido.

No exento de críticas es el sistema del derecho francés, en que la propiedad se transmite sólo por el consentimiento expresado en el contrato, y que nosotros hemos conservado para los bienes inmuebles únicamente. Se dice que ese sistema desconoce el derecho de los terceros y que refleja un concepto egoísta e individual (6).

22.—*Si la obligación consiste en dar una cosa cierta no puede darse otra sin consentimiento del acreedor.*—Dispone el art. 1171 del cód. civ.:

“El acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra”.

A este respecto, si la cosa que debe darse es cierta, el deudor no podrá quedar desobligado dando otra, aunque fuere más valiosa, agrega el art. 863 del cód. civ. del Brasil. Ello obedece a que ninguna persona está facultada para mudar, en forma unilateral, el objeto de la prestación. Para que tal ocurra se requiere que deudor y acreedor acuerden esta sustitución del objeto. Se debe dar única y exclusivamente lo que se ha convenido.

Inversamente, el acreedor no puede exigir del deudor un objeto distinto de aquel en que consiste la prestación pactada.

Cómo expresa BEVILAQUA (7) “si esas sustituciones fueran permitidas, la obligación no sería de dar cosa cierta”.

PLANIOL-RIPERT (8), refiriéndose al principio de que el acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir, otra, puede quedar descartado si concurre el consentimiento del acreedor; así acontece con la dación en pago.

Se afirma sin razón, a nuestro juicio, que del principio enunciado por el art. 1171 cód. civ. fluye otro principio importante: el de la indivisibilidad del pago; quien tiene derecho a recibir exactamente aquello que la obligación ordena, es evidente —se afirma— que tiene el derecho de recibirlo en su totalidad. Si no

(6) CARVALHO DE MENDONCA, I, No. 52, p. 157; GIORGI, IV, Nos. 225 ss., p. 237 ss.

(7) IV, p. 8.

(8) VII, No. 1157, p. 493.

se le da íntegramente lo que se le adeuda, parece ser que no se le está dando la cosa que se le debe (9). El error es patente; quien debe dar 2 cosas ciertas no puede cambiar una de ellas; y tampoco puede dar sólo una. Existe diferencia entre dar una cosa por otra y el darla por partes.

Consideramos indispensable hacer saber que, igualmente, la prestación habrá de ser la misma que fué objeto del compromiso en las obligaciones de hacer; contra la voluntad del acreedor no puede sustituirse un hecho por otro.

No se autoriza entre nosotros el beneficio *dationis in solutum* introducido por JUSTINIANO, con el objeto de remediar la situación de los deudores de dinero que no lo tuviesen y que al pretender vender sus bienes inmuebles sólo se les ofreciera precios irrisorios; dicho beneficio permitía a los deudores en tales casos entregar a sus acreedores sus mejores inmuebles. Sólo concurriendo la voluntad del acreedor puede actualmente darse una cosa por otra (*dare aliud pro alio*).

23.—*La transferencia de propiedad en los bienes.*— En el art. 1172 del cód. civ. se previene:

“La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”.

Esta fórmula decide con claridad la consensualidad en la transferencia del dominio de los bienes inmuebles. No ocurre lo mismo en cuanto a los bienes muebles; no existe precepto alguno a este respecto.

La doctrina que ha seguido el legislador en el art. 1172 cód. civ. es la misma que la del cód. de Napoleón (art. 1138) en cuanto a todas las cosas, fueren éstas muebles o inmuebles. Pero por lo que hace a nosotros sólo en lo que se refiere a los inmuebles basta el consentimiento para la constitución y transmisibilidad del derecho real de propiedad.

Esta no es la doctrina que impera en otras legislaciones. Así, en el cód. civ. alemán su art. 925 declara que el acuerdo entre el vendedor y el comprador necesario para la transmisión de la propiedad de un predio deberá declararse en la oficina del Registro en presencia de las dos partes, o sea que en cuanto a los predios la inscripción es indispensable para la traslación de la propiedad. Por lo que toca al derecho argentino, su cód. con-

(9) PLANTOL-RIPERT, VII, No. 1163, p. 501; y, además, VII, No. 1249 ss., p. 587 ss.

tiene el art. 577, por el cual "antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real", o, lo que es lo mismo, la obligación de dar la cosa no importa la transferencia del derecho real de propiedad. Idéntica solución se encuentra en la legislación española, como se comprueba en el art. 1095 de su cód. civ., por el cual el acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa en tanto no le hubiere sido entregada.

Para el derecho patrio, la obligación de dar no siempre comporta la constitución de un derecho real; esto ocurre sólo cuando se trata de dar cosas inmuebles y no en todos los casos, desde que se puede pactar en contra del efecto que produce la obligación de dar inmobiliaria, o sea que la misma no importa la transferencia del derecho de propiedad.

Por lo expuesto, tratándose de obligaciones de dar cosas inmuebles, no se debe entender que se cumple con las mismas entregando dichas cosas inmuebles, sino que basta contraerlas para que comporten la adquisición por el acreedor de un derecho real, generalmente el derecho de propiedad.

Dentro de nuestra legislación, en las obligaciones de dar inmuebles, no hay—como en el derecho alemán—dos momentos: uno por el cual se constituye la obligación de dar (compra-venta o donación), y otro por el que se cumple dicha obligación, que es el de la tradición. Esos dos momentos existen en el Perú en las obligaciones de dar cosas muebles; pero en las obligaciones de dar cosas inmuebles éstas se cumplen tan pronto como nacen; en este campo de los muebles tenemos el mismo concepto que tenían del *dare* los romanos (10).

Conviene saber, asimismo, que hay hipótesis en las que se dan los dos momentos en las obligaciones de dar inmuebles. Así, si no se ha determinado el inmueble que habrá de darse, o si sólo se dice que se venderán tantas hectáreas de campo en región predeterminada.

(10) Los romanos siempre observaron este principio: la obligación no puede transmitir ni constituir derechos reales. Pero en el derecho francés basta el simple consentimiento para adquirir derechos reales en los llamados "contratos alienativos". Esta doctrina es exacta para el derecho peruano en cuanto se refiere a cosas inmuebles (Véase RUGGIERO, II, I, § 69, p. 78). Los romanos decían que por el nudo pacto no se adquiere el dominio de las cosas, sino por la tradición o la usucapción. *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferentur*. L. 20, C. De pactis, II, 23.

Tratándose de bienes muebles los dos momentos aparecen con más nitidez si se trata de dar cosas *in genere* o cosas futuras.

PLANIOL Y RIPERT (11), refiriéndose a la compra-venta en el derecho francés, dicen que ella supone la transmisión de la propiedad de la cosa vendida al adquirente. Para nosotros, repetimos, este efecto sólo lo produce si se perfecciona un contrato de compra-venta de inmuebles, no de cosa mueble.

La norma cuyo comentario venimos haciendo sienta el principio de que *la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada hace nacer el derecho de propiedad, que es real*; y esa obligación puede constar en instrumento público o privado, como se desprende del examen del art. 1174 del cód. civ.

El acreedor del inmueble no es un mero acreedor; es un propietario. Por ejemplo, el comprador, el donatario, no son sólo acreedores que pueden exigir la entrega; son dueños y pueden, por tanto, reivindicar, no obstante no haber tenido nunca la posesión.

Por el contrario, tratándose de cosas muebles, el comprador o el donatario a los que no se les hubieran entregado no son dueños. Así resulta de las siguientes fórmulas:

Art. 1412 cód. civ.—“En la venta de cosas muebles que no se han entregado al comprador, si éste no paga ni otorga la garantía cuando a ello se hubiese obligado, puede el vendedor disponer de la cosa sin pedir la rescisión”.

Art. 1474 cód. civ.—“La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente cuando versare sobre objetos de pequeño valor, pero requiere la entrega simultánea de la cosa donada”.

“.....”

En nuestro derecho, para que el adquirente a título oneroso o gratuito se convierta en propietario del inmueble, no es necesario que hubiere inscrito su adquisición en el registro o que se le hubiera entregado el inmueble. El comprador sólo inscribirá para que su adquisición surta efectos contra terceros. Igualmente, la doctrina del registro no protege al adquirente a título gratuito, sino oneroso, por lo que al donatario de nada le serviría inscribir (art. 1052 cód. civ.).

Tratándose del contrato de compra-venta, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de la cosa que enajena; esa obli-

(11) X, No. 9, p. 8.

gación la cumple en los bienes muebles, con la tradición; y siendo inmuebles el consentimiento opera la transferencia de la propiedad. La obligación de transferir el dominio en la compra-venta la exige el art. 1383 cód. civ., pero ningún precepto del título que regula en el cód. el contrato de compra-venta revela que la venta de inmuebles sea consensual; esa afirmación deriva del art. 1172 cód. civ. que se encuentra bajo nuestro examen.

Es suficiente su lectura para caer en la cuenta que no comprende los bienes muebles; si el legislador hubiere pretendido lo contrario no habría utilizado la expresión limitativa "cosa-inmueble", sino tan sólo "cosa", en cuyo caso debería entenderse que se refería a cosa mueble o inmueble, porque a nadie le está permitido distinguir donde la ley no distingue.

La teoría que se pronuncia porque la transferencia de propiedad en los bienes muebles requiere la tradición, la entrega, choca con las ideas que mantienen nuestros abogados educados y formados en el clima jurídico que irradiaba del cód. civ. de 1852.

Para mentalidades formadas de acuerdo con otros presupuestos legales, es difícil sino imposible concebir que la transferencia de propiedad en los muebles se opera no por el contrato, como en los inmuebles, sino por la tradición.

El cód. abrogado contenía el art. 1306, que preceptuaba: "Desde que los contratantes convienen en la cosa y en el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquélla no haya sido entregada, ni éste pagado". Esta fórmula comprendía bienes inmuebles y muebles, porque no había ninguna otra que excluyera a estos últimos.

La compra-venta es uno de los contratos por los que se trasfiere el dominio de los inmuebles; constituye uno de los modos de adquirirlo. El comprador, por efecto del contrato, adquiere la propiedad del inmueble vendido, que radicaba antes de dicho contrato en el vendedor. Empero, si se tratare de la compra-venta de bienes muebles el contrato no produce el efecto de transferir el dominio sobre los mismos; es indispensable la tradición, la entrega, para que el derecho de propiedad se desplace del vendedor al comprador.

Conviene advertir que la traslación de propiedad se produce en la venta de los inmuebles por efecto del contrato, cuando se ha pactado una venta simple (véase art. 1308 cód. del 52).

No si se ha contratado una operación condicional o una venta con pacto de reserva de dominio, en la que la propiedad sólo se entenderá desplazada cuando el comprador hubiere pagado íntegramente el precio (art. 1426 cód. civ.).

El mismo legislador opina porque la transferencia de propiedad en los muebles no se opera por el simple contrato, verbi-gracia: por la compra-venta, sino que se exige la tradición. Así lo manifiesta en la exposición de motivos del nuevo cód. civ. (12).

El expositor fué Manuel Augusto OLAECHEA, quien expresó las mismas ideas en un memorándum leído en la 120 sesión de la Com. Ref. del Cód. Civ. (13), en que a la letra dice: "Tratándose de cosas muebles el dominio de ellas se adquiere por la tradición". Y las repitió en la Cátedra, al enseñar "Obligaciones y Contratos" en la Facultad de Derecho de la U. N. M. de S. M. (14).

OLIVEIRA (15) aceptaba que la propiedad mobiliaria se transfería bajo la vigencia del cód. civ. de 1852 por efecto del consentimiento; pero que no faltaban preceptos en dicha legislación que limitaban los efectos del consentimiento, como ocurría en el art. 1388 cuya fórmula es la que sigue: "En la venta de cosas muebles que no se hayan entregado al comprador, si éste no paga ni otorga la fianza, cuando a ella se hubiese obligado, puede el vendedor retener y disponer de la cosa sin pedir la rescisión". Dentro de un sistema espiritualista como el del cód. derogado, esta fórmula resultaba extraña, rompía con la teoría de los modos de adquirir el dominio. Por el contrario, su presencia en el nuevo cód. es comprensible y por eso es que el legislador ha cuidado de repetirla bajo el número 1412.

El mismo OLIVEIRA en otro memorándum (16), y CALLE Juan José, también en un memorándum (16 bis) expresaban con claridad que tratándose de las cosas muebles su dominio debía adquirirse por tradición. Hemos examinado el pensamiento de los legisladores del 36; investigaremos ahora lo expresado por

(12) Véase APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ G., Cód. Civ., III, p. 412 § 2.º *in fine*.

(13) ACTAS, V, p. 8.

(14) Copias mimeografiadas de sus lecciones, p. 20, § III.

(15) ACTAS, V, p. 36.

(16) ACTAS, V, p. 72.

(16 bis) ACTAS, V, p. 71.

nuestros civilistas. Han hurgado en este campo el incomparable Angel Gustavo CORNEJO, para quien la transmisibilidad de la propiedad se producía por efecto de la entrega en lo que a los muebles se refiere (17). Y en cuanto a José LEÓN BARANDIARÁN, su opinión es idéntica a la anterior (18).

Sin embargo, el profesor Fernando TOLA, sólido romanista, al enseñar "Obligaciones y Contratos" en la Facultad de Derecho de San Marcos, ha considerado que el nuevo cód. no difiere del antiguo en cuanto a la transmisión de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria.

Conviene exponer otros argumentos en favor de la realidad; no sólo el contrato de compra-venta de muebles, no transfiere el dominio del enajenante al adquiriente; tampoco el contrato de donación, como se infiere del primer párrafo del art. 1474 cód. civ., en que para que se perfeccione la liberalidad se requiere la entrega simultánea de la cosa mueble. Asimismo, en el título de las obligaciones de dar ha sido instalado un artículo que lleva el número 1173 en el cód., en que se analiza la hipótesis de que la cosa mueble se hubiere prometido a varios acreedores y el legislador decide que prevalecerá el derecho de aquel a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título fuere posterior, o sea que la propiedad no se adquiere por el consentimiento, ya que pueden existir otros títulos que son anteriores al de aquel que tiene la cosa mueble en su poder, sino por la entrega. Por último, el mismo art. 1412 cód. civ. al que ya se ha hecho referencia, porque no hace sino reproducir la doctrina del art. 1388 cód. civ. prevé el supuesto de que las cosas muebles aunque vendidas no fueron entregadas, por lo que se puede disponer de ellas sin pedir la rescisión de la compra-venta; es decir, quien no las entregó conserva todavía el derecho de propiedad sobre las mismas y que el contrato en sí mismo no ha tenido la virtud de transferir el dominio al comprador. Lo contrario importaría aceptar que el enajenante está disponiendo de lo que ya es de otro. Además, el texto del art. 1172 es revelador; no comprende bienes muebles. Dentro del área de la ley mercantil la teoría de los riesgos asume ciertas particularidades. Para discriminarlas deberán examinarse los arts. 326 y 328 del cód. de com. En general, se puede afirmar, que la transferencia del derecho de

(17) Consúltese Cód. Civ., Exposición sistemática, III curso, II, I, p. 92.

(18) II, art. 1172, p. 11; y también II, art. 1173, p. 20.

propiedad en las mercancías exige para la ley mercantil, la entrega, la tradición. O sea que desde el 15 de febrero de 1902, fecha de promulgación de nuestro cód. de com. existían en el Perú dos regímenes para la transferencia de la propiedad de bienes muebles: uno consensual conforme al cód. civ. de 1852, y otro real, que sólo se aplicaba a los bienes muebles mercaderías, mercancías o, como también se les llama, efectos comerciales. Expresado lo anterior resulta que en ciertas hipótesis era conveniente que los tribunales consideraran que, v. gr., la compra-venta que se había efectuado sobre bienes muebles era comercial y no civil, ya que conforme a ésta bastaba el consentimiento para perfeccionarla y operar la traslación del dominio, en tanto que si se reputaba compra-venta mercantil no bastaba el consentimiento sino que se requería el desplazamiento de la posesión del vendedor al comprador. He aquí entonces una de las razones medulares por las que era explicable que se controvirtiera el carácter civil o comercial de una compra-venta de bienes muebles, no obstante no existir fuero comercial. Por ej., en cuanto a las tercerías excluyentes de dominio de bienes muebles, el documento, aunque se comprobare su autenticidad por el tercerista no demostraría que el derecho de propiedad se hubiere desplazado del deudor embargado a dicho tercerista, si dicho documento contuviera una compra-venta, una permuta, una adjudicación en pago, etc. porque todavía las mercancías (o los bienes muebles, actualmente) se encontraban en poder del deudor y la tradición no se había operado, por lo que resultaba evidente que el derecho de propiedad todavía lo tenía el vendedor deudor a pesar de que se presentara un instrumento comprobativo de la venta.

El análisis del art. 326 del cód. de com. nos llevaría a atribuir carácter real a la compra-venta comercial de mercancías, ya que la pérdida de los efectos sin culpa del vendedor antes de su entrega hace recaer el riesgo en éste, porque se entiende que aún conserva la propiedad de dichos efectos.

Habíamos expresado que para los abogados formados en la atmósfera jurídica de nuestro código abrogado tenía que repugnar el nuevo sistema por el cual la compra-venta de bienes muebles es real y no consensual. La razón la encontramos en la diversa manera como regulan ambos códigos, el antiguo y el nuevo, el contrato de compra-venta: para el de 1852, la compra-

venta era un contrato en que uno se obligaba a entregar una cosa y otro a pagarla; este es el texto del art. 1305 de ese cód. La venta no generaba en el vendedor sino la obligación de dar. Empero, con el cód. de 1936, la obligación del vendedor es más intensa, más profunda, como lo comprobamos al examinar la doctrina de su art. 1383 (19), por el que el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa; la obligación de darla es 'consecuencial, no esencial. Resulta entonces que si por la compra-venta ahora no sólo se entregan las cosas, sino que se transfiere la propiedad de las mismas, es incuestionable que tratándose de cosas muebles habrá que entregarlas, que tradirlas, porque para esta clase de cosas la única manera de transferir su propiedad no reside en el consentimiento, sino en la tradición. Si la compra-venta de muebles no es seguida de la tradición, no habrá compra-venta, porque como es contrato que se define por la transferencia de propiedad de la cosa vendida, siendo ella mueble, si no hay entrega no habrá trasmutación del dominio. Ahora, no hay compra-venta por la sola entrega de la cosa; se requiere transferir su propiedad (20).

Resumiendo, para transferir el derecho de propiedad sobre bienes muebles es necesario entregarlos. El contrato de compra-venta es por definición traslativo del dominio sólo cuando lo vendido es un inmueble.

(19) Para ser completamente lógicos, los legisladores debieron decir, en el art. 1383 cód. civ., que el contrato en cuanto a los bienes inmuebles transfiere la propiedad; y no, como ahora dice, o sea que por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad, sin distinguir entre bienes muebles e inmuebles. Con un concepto semejante parece que la transmisión de la propiedad es sólo una consecuencia del contrato; que es un acto de ejecución y no de formación del contrato. Resulta entonces que no es un efecto del consentimiento transmitir el dominio inmobiliario; porque el vendedor sólo se obliga a transferirlo.

(20) Se objeta, sin embargo, que ahora la venta de cosa ajena no es nula *ipso iure*. No obstante de que la venta no transfiere el dominio, porque el enajenante no lo tiene, el contrato sólo es anulable (art. 1394 cód. civ.). La transmisión de la propiedad no es entonces un requisito esencial del contrato de compra-venta.

Por lo demás, el contrato de venta de cosa ajena no es ni nulo, ni anulable. Y ello obedece a que la prestación por el vendedor de la cosa ajena no es absolutamente imposible. En cuanto al verdadero dueño, el contrato es inexistente, *res inter alios acta*. Ese contrato no lo perjudica, ni le impide reivindicar el bien. Por lo mismo, no tiene por qué demandar la nulidad de la venta. Para el *verus dominus* no produce ningún efecto. Por eso decimos que no es anulable. Pero tampoco es nulo, porque produce efectos entre el vendedor y el comprador y debe estimarse que constituye justo título, que es uno de los elementos de la usucapión decenal.

Sin embargo, el dueño auténtico puede perder su cosa por prescripción decenal, ya que esa venta otorgada por un *non domino* constituiría justo título.

Pero si bien es cierto que la propiedad mobiliaria no se entiende transferida sino con su tradición, parece ser la mejor doctrina la que enuncia que el contrato de compra-venta, sea de inmuebles o de muebles, es siempre consensual. Aceptar la consensualidad de la venta mobiliaria no importa rechazar los efectos que han sido apuntados, sobre todo con respecto a los riesgos.

La única y sustancial diferencia entre las ventas de cosas inmuebles y las ventas de cosas muebles, es que mientras las primeras constituyen contratos de enajenación, en el sentido restringido que este vocablo tiene, o sea que importan la transferencia del dominio del vendedor al comprador por sólo el efecto del pacto, en cambio las ventas de cosas muebles no obstante ser consensuales no transfieren el dominio, sino que la entrega, que puede venir después, es la que produce este efecto.

Por lo tanto, comprar no siempre es adquirir. Se entenderá que el comprador adquiere si la materia de la venta es cosa inmueble. La venta inmobiliaria no sólo produce obligaciones, sino que traslada el derecho de propiedad del vendedor al comprador. Este se transforma en dueño sólo por efecto del contrato. Por el contrario, el comprador de cosa mueble sólo será el acreedor de una obligación de hacer que es la de entregar la cosa mueble, y el vendedor de la misma tendrá la calidad de deudor de dicha obligación.

Vender no siempre importa enajenar. La venta producirá enajenación si lo vendido es inmueble. Nótese que el vocablo "enajenación" tiene el sentido restrictivo de sólo significar transmisión de la propiedad.

La venta de muebles no produce enajenación.

La fórmula que se comenta termina con la frase "...salvo pacto en contrario", porque puede convenirse que el derecho de propiedad sólo se entienda transferido cuando por ejemplo, se ha pagado el precio (art. 1426 cód. civ.), o cuando se ha llenado una formalidad determinada como la de la escrituración o la de la inscripción.

24.—*Obligación de dar el mismo bien mueble a varios acreedores.*—Si el deudor se hubiere obligado a dar la misma cosa mueble a diversos acreedores, la preferencia la determina el art. 1173 cód. civ., que preceptúa:

“Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público”.

Su fuente, como expresa APARICIO y G. S. (21), es el art. 593 del cód. civ. argentino el cual dispone:

“Si la cosa fuere mueble y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior”.

Consideramos que la complementación efectuada en la fórmula de nuestro cód. la hace más perfecta, por cuanto no existiendo en ninguno de los acreedores la posesión de la cosa mueble, la ley prefiere al que exige su entrega provisto de instrumento público en que conste la obligación de dar dicha cosa mueble, no obstante que el instrumento público haya sido otorgado en fecha posterior a la de un instrumento privado que contiene la obligación de dar la misma cosa mueble. Y esta es la solución aún cuando el instrumento privado ostente fecha cierta y la misma sea anterior a la del instrumento público. La preferencia que la ley concede al documento público no admite excepciones.

La posesión del acreedor le atribuye el derecho de propiedad, no obstante que el título de su contrario conste de instrumento público y el suyo sólo fuere privado, o no tuviere más título que su posesión.

No existiendo posesión, la preferencia se establece de conformidad con la máxima romana *prius in tempore potior ius* salvo que hubiere título que constare en instrumento público; y hay que agregar algo que no está contenido en la ley, pero que es conforme con los principios generales: si existieren dos documentos privados y en uno de ellos se probare la certeza de su fecha, prevalece sobre el otro documento aunque éste fuere de fecha anterior (22).

Además, el juez no deberá preferir al acreedor a título one-

(21) Código Civ., XIII, p. 135.

(22) Cf. SALVAT, Obl., No. 326, p. 147 s.

roso al que sólo lo es a título gratuito, si ninguno está en posesión de la cosa, sino al acreedor que presente instrumento de fecha más antigua aunque lo fuera a título gratuito.

Doctrina semejante mantienen para el supuesto de venta de la misma cosa mueble a dos compradores el art. 1817 del cód. civ. de Chile, el art. 1473 párr. 1.º del cód. civ. de España y el art. 1141 del cód. civ. de Francia. No sólo se requiere que sea de buena fe el acreedor a quien se hizo tradición de la cosa, sino al acreedor que tiene título en instrumento público, o el acreedor cuyo título sea de fecha anterior.

En cuanto a los efectos de la posesión en los bienes muebles es innecesario extenderse, porque han sido estudiados en el Curso de los Derechos Reales. En buena doctrina, el acreedor que tiene la posesión de los bienes muebles por habersele hecho tradición de los mismos, es evidentemente su propietario por aplicación del art. 890 cód. civ., siempre que sea de buena fe y los hubiere adquirido a título oneroso.

25.—*Obligación de dar el mismo bien inmueble a varios acreedores.*—Provee a solucionar la hipótesis de que el mismo inmueble se haya comprometido el deudor a entregarlo a varios acreedores, el art. 1174 del cód. civ.:

“Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquel cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento público” (23).

Señala APARICIO y G. S. (24) como fuente de este precepto el art. 596 del cód. civ. argentino. Este dato es inexacto; la fuente auténtica es el art. 1473 del cód. civ. español, que previene:

“Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

“Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya ins-

(23) Un caso de aplicación del precepto que soluciona el supuesto de la venta del mismo inmueble a dos o más personas, se encuentra en la sent. de 23 de noviembre de 1939, inserta en R. de los T., 1939, p. 433.

(24) Cód. Civ., concord. XIII p. 136.

cripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe”.

Es obvio que para nosotros, la posesión—tratándose de bienes inmuebles—no decide que tendrá el derecho de propiedad quien la demuestra, aunque esta conclusión es exacta tratándose de bienes muebles, por lo que todo lo que se refiere al *status* posesorio inmobiliario carece de relevancia en nuestro derecho. Vale expresar, sin embargo, que la posesión inmobiliaria además de la trascendencia que tiene como demostrativa del dominio en ausencia de títulos, sirve para otorgar la preferencia al locatario que usa de la cosa a pesar de que hubiere otro arrendatario que tuviere contrato constante en escritura pública más antigua (art. 1505 cód. civ.). Es con esta atingencia que debemos aceptar como antecedente de nuestra fórmula la del cód. civ. español.

También conviene fijarse que del art. 1174 cód. civ. fluye la afirmación de que los inmuebles pueden venderse por simple instrumento privado, ya que el cód. otorga a éste la virtualidad de transferir el dominio en ausencia de la inscripción registral o del instrumento público.

En otras legislaciones, como la argentina, la compra-venta de inmuebles debe reducirse a escritura pública, por lo que la ley no admite más instrumentos que los de carácter público para decidir a cuál de los acreedores corresponde el inmueble (Véase arts. 596 y 1184 inc. 1º del cód. civ. argentino).

La norma en examen resuelve claramente estas cuestiones: Vendido un mismo inmueble a diversas personas habrá que dar preferencia a quien primero ha inscrito su derecho, importando poco saber que el derecho inscrito nació con posterioridad al derecho no inscrito. Sin embargo, la inscripción no es obligatoria, sino facultativa (24 bis), por lo que la transferencia inmobiliaria de la propiedad se perfecciona sin necesidad de registrar el acto que la produce.

Asimismo, si la misma cosa inmueble la reclamasen un donatario y un comprador, no debe preferirse a este último, aunque su título sea posterior. La doctrina del *damno vitando* y del *lucro captando* no es observable.

(24 bis) MANRESA, X, p. 154 ss.

No habiendo inscrito ninguno de los compradores su derecho, la preferencia la otorga la ley a quienes lo tienen contenido en instrumento público. Y no existiendo instrumento público goza de preferencia el que tiene título más antiguo entre los que constan en instrumento privado.

No habiendo registro ni instrumento público, se sacrifica al acreedor posterior en tiempo.

Sin embargo, los jueces deben tener en cuenta las siguientes consecuencias:

Habiendo varios instrumentos públicos en que aparece la obligación de entregar la misma cosa inmueble a diversos acreedores, la preferencia se determina atendiendo a sus respectivas fechas. Y habiendo varios documentos privados no se aplicará mecánicamente la regla de otorgar la preferencia a quien exhiba el documento de fecha más antigua, si alguno de ellos, aunque fuere de fecha posterior, tuviera fecha cierta. Es obvio que aquel que ostenta fecha cierta es el que deberá prevalecer.

Pueden, asimismo, existir instrumentos públicos de la misma fecha otorgados por ante el mismo notario, en que la preferencia se resuelve por el orden en que han sido extendidos conforme al art. 1116 de la ley No. 7566, de 2 de agosto de 1932. Pero la cuestión es insoluble si son de la misma fecha y otorgados por ante notarios diferentes; nos inclinamos por el condominio como solución equitativa.

La solución resulta contraria al principio de que la obligación de dar un inmueble transmite su propiedad al acreedor, porque con la fórmula del art. 1174 el verdadero dueño no será siempre el que primero compró.

26.—*Pérdida de la cosa mueble determinada sin culpa del deudor, antes de cumplirse su tradición o pendiente una condición suspensiva.*—La regla que a continuación se reproduce, persuade que la transferencia del derecho de propiedad en las cosas muebles no es consensual, como ocurre con los inmuebles, sino real.

Art. 1175 cód. civ.—“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”.

Los antecedentes de esta regla los encontramos en los arts. 578 y 584 del cód. civ. argentino; 865 del cód. civ. brasileiro; 1122 I.º y 1182 del cód. civ. español; 1182 § II del cód. civ. francés; y 1486 del cód. civ. chileno.

La cosa puede perderse no sólo de hecho sino de derecho. En este último caso, por ej., por efecto de la prescripción, por ser irreivindicable, por haber sido puesta fuera del comercio (25).

La pérdida se produce sin culpa del deudor y antes de haber sido constituido dicho deudor en mora (art. 1256 cód. civ.). El deudor responde aunque la cosa se pierda por caso fortuito si dicho deudor se encuentra en mora. El caso fortuito, así habremos de comprobarlo, es una de las causas que excluyen de responsabilidad. La prueba de la culpa no corresponde al acreedor, no obstante que podría engañar el principio de que quien afirma un hecho debe probarlo, y aquel otro de que la culpa no se presume. De otro lado, si la cosa mueble no es entregada se presume la culpa del deudor; esta es la doctrina que fluye del art. 1326 cód. civ.

Como expresa DE DIEGO (26), la culpa no es una relación jurídica nueva, independiente y principal, sino una derivación de la relación obligatoria existente entre acreedor y deudor. El acreedor que exige el cumplimiento de la obligación deberá demostrar la existencia de ésta y es al deudor a quien corresponde probar que la obligación se cumplió, o si no llegó a cumplirse que no fué por su culpa. En el mismo sentido COLIN y CAPITANT (27), quienes expresan que el deudor incurre en culpa y es responsable del perjuicio causado al acreedor desde que la obligación no ha sido cumplida.

Anota agudamente BEVILAQUA (28), con respecto al art. 865 de su cód. civ., que comprende cosas muebles e inmuebles y no como nuestra fórmula legal que sólo se refiere a cosas muebles, que el precepto se funda en una distinción fundamental entre el *jus in re* y el *jus ad rem*. Antes de la tradición, el acreedor no ha adquirido la cosa mueble o inmueble en el derecho brasileiro y sólo la cosa mueble en el derecho peruano. Resulta la tradi-

(25) Véase MANRESA, Comentarios, VIII, p. 317 ss.

(26) II, p. 27.

(27) Cours élémentaire, II, p. 9 y 12.

(28) IV, p. 10.

ción acto esencial para asumir el dominio de la cosa mueble dentro de la legislación del Perú. Si no hubo tradición, es obvio que la cosa mueble se perderá para el enajenante, que todavía es su dueño, por aplicación del apotegma *res perit domino*. (Más adelante se examina la teoría de los riesgos en las obligaciones de dar).

Es entonces el deudor de la cosa mueble aún no entregada quien puede reivindicarla; es también éste quien puede constituir un derecho real sobre la misma, porque todavía se le reputa dueño. Y, sobre todo, lo que es más importante en la práctica, si la cosa mueble es embargada antes de la tradición, el acreedor a quien el deudor se obligó a entregarla no puede invocar que tiene derecho de propiedad sobre ella y triunfar en la tercería excluyente de dominio que interpusiera; a lo más, puede interponer tercería preferencial de pago o de igual derecho según la naturaleza de su crédito. Es obvio que el acreedor a quien se le prometió dar la cosa mueble tiene sólo un derecho personal, por lo que concurrirá con los otros acreedores.

Verificada la tradición de la cosa mueble, su pérdida por caso fortuito o fuerza mayor la sufrirá el acreedor, que es su dueño.

Si la cosa mueble que debe entregarse fuera incierta, debe estar indicada por lo menos en su especie y cantidad, conforme al precepto del art. 1178 cód. civ. Si tanto la especie como la cantidad son indeterminados, la obligación es nula por falta de objeto.

Acaecida la pérdida de la cosa sin culpa del deudor, la obligación tendrá necesariamente que resolverse por falta de objeto (29).

“Pendiente una condición suspensiva” agrega el precepto.

(29) Si nos atenemos a que el acreedor ya es propietario de la cosa materia del contrato por la simple conclusión de éste, es obvio que deberá soportar los riesgos de dicha cosa desde ese momento; y ello se da en los inmuebles, pero no en los bienes muebles.

La pérdida de la cosa encierra todos los casos en que exista una imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento de la prestación, sin culpa del deudor. Tampoco cabe distinguir entre pérdida total o parcial, porque aún la pérdida parcial determina la imposibilidad.

Sobre la pérdida de la cosa véase:

DEMOLOMBE, XXVIII, V, No. 745 ss., p. 575 ss.; LAURENT, XVIII, No. 519, p. 527 s., examina la pérdida por culpa del deudor; GIORGI, VIII, No. 133, p. 200 s., trata de que la imposibilidad no debe depender del hecho del deudor; cf., así mismo, VIII, No. 122 ss., p. 183 ss.; AUBRY et RAU, IV, § 331, p. 362 ss.

La razón es clara: en tanto no se hubiere cumplido la condición no se puede decir que la obligación ha nacido, conforme a la teoría general de las condiciones. Y no existiendo obligación es lógico que el deudor bajo condición suspensiva sufra la pérdida, porque en buena cuenta no es tal deudor.

27.—*Pérdida de la cosa mueble por culpa del deudor.*—Contempla esta hipótesis el art. 1176 del cód. civ., sea que la cosa mueble hubiere o no sido entregada al acreedor:

“Si la cosa mueble se perdiese por culpa del deudor será éste responsable al acreedor por su precio y por los daños y perjuicios”.

La misma doctrina sustentan los arts. 579 del 'cód. civ. argentino; 865 § II del cód. civ. brasileiro; y 1122 2.º del cód. civ. español.

Al hacer la exégesis del art. 865, parágrafo 2.º, del cód. civ. de su país, que legisla sobre cosas en general y no sobre cosas muebles como la regla de nuestro cód., BEVILAQUA (29 bis) hace notar que existiendo culpa del deudor responderá éste no porque tuviera un derecho real sobre la cosa el acreedor, no porque dicho acreedor fuera propietario de la cosa mueble, sino porque el deudor tiene la obligación de conservarla cuidadosamente hasta su entrega al acreedor. Si infringe esta obligación, la ley ordena que resarza los daños causados lo más completamente que fuera posible. El precio será aquel que la cosa debiera tener al tiempo de la entrega, siendo de observar el art. 1388 del cód. civ., cuya aplicación procede por analogía. Además véase el art. 842 del cód. civ. que establece la obligación del poseedor que no pudiere devolver la cosa mueble, de pagar su valor estimado al tiempo que debió restituirla.

El deudor tiene dos obligaciones: una es la de entregar la cosa; y otra la de conservarla intacta hasta el tiempo de la entrega.

Lo expuesto es teniendo en cuenta la pérdida de la cosa antes de la tradición. Si cumplida ésta, se produjera la pérdida por culpa del deudor, se observará la misma solución.

La pérdida de la cosa no sólo importa su perecimiento, sino cuando ha sido puesta fuera del comercio, o cuando no se podrá recobrar jamás, o porque se ignora su paradero.

Si la obligación es de restituir cosa cierta y ésta se pierde sin culpa del deudor, la pérdida la sufrirá el acreedor y la obligación se extinguirá liberándose el deudor. En la obligación de restituir la regla es *res perit creditor*.

28.—*Deterioro de la cosa mueble sin culpa del deudor.*— De esta cuestión trata el art. 1177 del cód. civ.:

“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”.

El acreedor tiene un derecho de opción, que habrá de ejercerlo cualesquiera que fuere la importancia del deterioro, desde que la ley no establece limitación alguna al respecto.

Llámanse “deterioro” al desperfecto material que disminuye el valor de la cosa.

En el supuesto que el acreedor optara por recibir la cosa con disminución proporcional del precio y no existe acuerdo entre ambos acerca de dicha disminución, es obvio que tendría que acudirse en este punto a la decisión judicial, la que habría de producirse después de un dictamen de peritos.

Conviene advertir que el acreedor no tiene el derecho de optar por una cosa equivalente, sino el derecho de disolver la obligación, o el derecho de recibir la cosa en el estado en que se encuentre con disminución del precio en proporción al deterioro sufrido.

También debe tenerse presente que al acreedor no puede obligársele a recibir una cosa deteriorada, si el deterioro se produjo en el intervalo en que la obligación se formó y en que ella debe cumplirse. Si el acreedor quiere la acepta; si no quiere, resolverá la obligación; y ello obedece a que, como estatuye el art. 1171 del cód. civ., “el acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra”. Es incuestionable que con el deterioro sufrido no se puede estimar que la cosa es la misma que se debe. De otro lado, el deterioro podría ser de tal naturaleza que hiciera a la cosa impropia para el fin a que el acreedor tenía el propósito de destinarla, o que disminuyera sensiblemente su valor.

No contempla nuestro cód. la hipótesis de que el deterioro obedeciera a culpa del deudor. Teniendo en cuenta las anteriores disposiciones legales podría ensayarse una solución adecua-

da. En el derecho comparado, el art. 867 del cód. del Brasil dispone que si el deterioro se debe a culpa del deudor, podrá el acreedor exigir el equivalente de la cosa o aceptar ésta en el estado en que se halla, con derecho a reclamar, en uno u otro caso, indemnización de daños y perjuicios. Conforme a los preceptos anteriores, nos parece que el acreedor en lugar de exigir una cosa equivalente, debe optar por el precio de la cosa deteriorada, como ocurre en el art. 1176 cód. civ., que trata de la cosa mueble que se pierde por culpa del deudor, o recibirla tal como se encuentre, pero exigiendo en uno u otro caso la indemnización de daños y perjuicios; y en el segundo caso la disminución proporcional del precio, si lo hubiere.

Si el deterioro de la cosa ocurre por culpa del deudor, el cód. argentino, en su art. 581, no concede al acreedor el derecho de exigir su precio, sino una cosa equivalente más los daños y perjuicios.

Si la cosa que debe restituirse se deteriorara sin culpa del deudor, el acreedor puede recibirla en el estado en que se encuentre, sin que tenga derecho de recibir indemnización alguna.

Si el deudor que debe restituir la cosa es un poseedor de buena o de mala fe, tendrá derecho a ser indemnizado de las mejoras necesarias y útiles existentes al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, si el dueño no opta por pagar su valor (art. 835 cód. civ.).

CAPITULO II

LA TEORIA DEL RIESGO EN LAS OBLIGACIONES DE DAR

29.—*Noción general.*—Esta teoría aparece cuando la cosa debida en el intervalo que transcurre desde que la obligación es contraída hasta que ella es cumplida, o sea hasta que la cosa es entregada, puede haberse perdido o sufrido deterioros que disminuyan su valor. El riesgo es el peligro que corre el bien por su pérdida o deterioro por causa de la fuerza mayor o del caso fortuito.

30.—*Principio uniforme.*—El deudor no responde del incumplimiento de la obligación cuando ésta se produce por caso fortuito o fuerza mayor.

Cuando el deudor no cumple la obligación por caso fortuito o fuerza mayor nada debe; la inexecución de la prestación por esta causa no es imputable al deudor. Aparece entonces la teoría de los riesgos y peligros por oposición a los *commodos* de la cosa.

GIORGI (29 ter) da las siguientes reglas para la atribución de los riesgos:

1) Soporta el riesgo el contratante que puede gozar de las eventualidades del lucro;

2) En la duda soportará la pérdida aquel en cuyo provecho se concluyó el contrato;

3) En los no previstos, las partes son libres de pactar los riesgos.

La doctrina de que el deudor no responde del *casus* está contenida en el art. 1319 cód. civ.:

“El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación”, (por ej., el poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien por caso fortuito, conforme al art. 840 cód. civ.; asimismo, el acreedor prendario responde de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito, si retuvo la prenda después de cumplida la obligación principal (art. 995 cód. civ.))

Concurre en el mismo sentido el art. 1318 cód. civ.:

“La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor”.

Si estos principios se aplican a las obligaciones de dar cosas ciertas es incuestionable que el deudor no tendría responsabilidad alguna.

Veamos la hipótesis que se ofrece en el contrato de compraventa: X, vendedor, antes de entregar la cosa vendida la pierde por fuerza mayor o caso fortuito. Z, el comprador, debe el precio. La cuestión a dilucidar es la de saber si Z deberá pagar el precio de venta no obstante que X no está obligado a entregar la cosa que se ha perdido sin su culpa.

En nuestro derecho deberá hacerse una distinción previa: si la cosa es mueble o inmueble.

Si se trata de cosa mueble y se pierde sin culpa del vendedor es aplicable el art. 1175 cód. civ.:

“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”.

Esto significa que ni X ni Z deberán entregar nada; la obligación queda disuelta para ambas partes. X sufrirá la pérdida de la cosa mueble porque antes de su entrega X conserva la propiedad de la cosa: continúa siendo su dueño.

Una solución idéntica ofrece el cód. civ. cuando sólo se trata del deterioro del bien mueble, en el art. 1177, aunque permite que el adquirente pueda recibir si le conviene la cosa:

“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”.

Tratándose de bienes inmuebles el cód. nada dice; empero, como la compra-venta de estos bienes es consensual, ya que “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de ella.....” (art. 1172 cód. civ.), es evidente que, volviendo al ejemplo anterior, X aunque no viniera obligado a entregar el inmueble porque se destruyó, tiene derecho a exigir el precio del contrato y Z la obligación de satisfacerlo, aunque nada recibiera, o solo le fuera entregado suelo vacío cuando lo que Z había comprado fuera un edificio.

La solución del cód. es conforme con el principio *res perit domino*, o sea el de que las cosas perecen para su dueño. La compra-venta de bienes muebles no transforma al comprador en propietario de los mismos, en tanto no le hubieren sido entregados. Por el contrario, tratándose de inmuebles desde que mediere el consentimiento el comprador es propietario, aunque el precio no hubiere sido pagado ni el inmueble entregado. Cada cual soporta las pérdidas y las depreciaciones de aquello que le pertenece.

Esta consecuencia en cuanto al problema de los riesgos obedece a nuestro sistema de transmisión de la propiedad inmobiliaria. Para que ella se produzca no es necesaria ni la tradición, ni la inscripción en el registro. Por lo mismo, el nuevo dueño soportará la pérdida del inmueble aún cuando todavía no lo tuviere en su poder.

Precisa advertir que por deterioros deberán tenerse todos aquellos desperfectos que disminuyen el valor pecuniario de los bienes. V. g., si se desploman los muros de un edificio por efecto de un movimiento sísmico, si el ganado enflaquece por causa de una enfermedad. Se trata de hechos que afecten la materialidad de los bienes; no de aquellas depreciaciones que se produzcan a causa de otros acontecimientos, como si al lado del inmueble se instala un grifo de sustancias inflamables, o se le priva de una avenida. Para estos deterioros en las cosas muebles el art. 1177 cód. civ. concede al acreedor un derecho de opción: puede disolver la obligación; o recibir la cosa en el estado en que se encontrare, disminuyendo proporcionalmente la prestación que le incumbe. Si no existiere acuerdo para la disminución, habrá que acudir al juez, quien decidirá previo dictamen pericial.

Conviene tener en cuenta que quien se exonera de la prestación está obligado a probar su inculpabilidad conforme al precepto del art. 1326 cód. civ.

Finalmente, una aplicación de los principios generales de responsabilidad contenidos en el art. 1320 del cód. civ. es la que se establece en el art. 1176 del mismo código.:

“Si la cosa mueble se perdiese por culpa del deudor será éste responsable al acreedor por su precio y por los daños y perjuicios”.

Aquí se responde no porque el acreedor sea dueño, sino porque el deudor tiene la obligación de conservar hasta la entrega.

No obstante lo expuesto, el legislador no ha mantenido una línea clara sobre esta materia, ya que cuando se trata de la venta de cosas por peso, número o medida, que son inobjetablemente cosas muebles porque los inmuebles no son susceptibles de estas operaciones, declara en el segundo párrafo del art. 1385 cód. civ., que “Si al contrario estas mismas cosas se venden en conjunto, pasa desde luego el riesgo al comprador”.

Esta anomalía sólo es explicable debido al apresuramiento que hubo para la promulgación. Cabe advertir que excepcionalmente, los inmuebles pueden enajenarse con arreglo a su medida (cabida).

30a.—*Nociones adicionales.*—Parece ser la mejor doctrina que los riesgos no se sujetan a una regla única, sino que funcio-

nan diversamente en cada contrato. Hagamos su examen en los contratos unilaterales:

Por ejemplo, tratándose del depósito el depositante responde con arreglo al art. 1610 del cód. civ., del deterioro o la pérdida de la cosa sin culpa del depositario, o sea si esos acontecimientos hubieren sobrevenido por caso fortuito o fuerza mayor. Y esta fórmula es aplicable a hoteleros y posaderos, ya que el depósito es en provecho exclusivo del depositante. Aquí la cosa se perderá para el acreedor, que es el depositante.

En el comodato, si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor no la perderá su dueño, o el acreedor, si es que ha sido tasada; así lo declara el art. 1590 del cód. civ. También habrá de responder el comodatario si la cosa perece por caso fortuito del cual podía salvarla, o si en la necesidad de perder una cosa propia del comodatario o la prestada, prefirió que se perdiera ésta (art. 1596 cód. civ.). Igualmente, debe tenerse en cuenta que el contrato se realizó en beneficio del comodatario. Funciona también el principio *res perit creditori* en otros casos.

Si el contrato es de prenda, el acreedor pignoraticio responderá de la pérdida o deterioro de la cosa por culpa; no por caso fortuito. Lo dispone el art. 994 cód. civ. Y agrega el art. 995 del mismo código. que el acreedor responderá de la pérdida que sobreviene por caso fortuito o fuerza mayor, cuando ha retenido el objeto prendado sin justa causa, a no ser que pruebe que se habría perdido por la misma causa encontrándose en poder del deudor. Asimismo, es aplicable el *res perit creditori*, porque el deudor prendario es acreedor de la cosa.

Tratándose del mutuo la cuestión de los riesgos carece de interés, ya que el mutuario no debe cosa cierta y determinada, sino algo de la misma calidad y cantidad que lo que recibió, pero es evidente que el contrato aprovecha al mutuario.

Para COLIN y CAPITANT (29 quater) son los contratos bilaterales, o sea aquellos que producen obligaciones a cargo de cada una de las partes, es decir, obligaciones recíprocas, como por ejemplo, el contrato de compra-venta, en que el vendedor se obliga no sólo a transferir la propiedad de la cosa que enajena, sino a entregar ésta, y el comprador, a pagar su precio en dinero, los que dan lugar a la llamada teoría de los riesgos.

(29 quater) III, p. 746, ed. castellana, 1943.

Por la misma, si uno de los contratantes se encuentra en la imposibilidad de cumplir su prestación, por virtud del caso fortuito o la fuerza mayor, o sea por un acto independiente de su voluntad, en realidad queda liberado; pero el otro contratante, asimismo, se libera del cumplimiento de la prestación que le respecta. Ello deriva de la interdependencia, de la vinculación que existe en las obligaciones recíprocas que emergen de los contratos bilaterales (30).

En nuestro derecho sin embargo, esta regla sufre una derogación importante cuando se trata de un contrato bilateral que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de un cuerpo cierto inmueble, como ocurre en la compra-venta inmobiliaria. Ello se debe a que el carácter predominante de este contrato es el de la consensualidad, ya que por virtud del simple consentimiento, sin necesidad de que la cosa inmueble haya sido entregada, ni el precio pagado, la propiedad se ha transferido del vendedor al comprador. Por lo mismo, no obstante que el vendedor de la cosa inmueble se ha liberado de la obligación de entregarla a causa de un acontecimiento imprevisto (*casus*), existe en el comprador la obligación de satisfacer el precio. Este debe el precio a pesar que nada habrá de recibir, ni siquiera la indemnización de daños y perjuicios desde que el vendedor no ha incurrido ni en culpa ni en mora. Dicho comprador no entrega la cosa simplemente porque ésta ha perecido por causa independiente de su voluntad.

(30) Para los romanos existía la misma solución del derecho francés, o sea que el comprador no obstante quedarse sin la cosa a que tenía derecho, conforme al contrato, no se eximía de pagar íntegramente el precio convenido: o sea que los riesgos pesaban sobre el comprador: "*emptoris est periculum*".

SOHM, p. 392, hace notar que esto es una verdadera anomalía en el contrato bilateral.

Asimismo, en el derecho romano, si la cosa vendida no había sido individualizada hasta el momento de la prestación, y si antes de esa individualización que hacía el deudor — es decir, el vendedor —, se perdían las cosas que destinaba a pagar la prestación, el derecho del acreedor, o sea el comprador, quedaba indemne, ya que no recaía sobre cosas determinadas, v. g., cien sacos de arroz con tales marcas y tal clase, sino sobre un género, el arroz. Por lo mismo, los riesgos corrían a cargo del vendedor, quien no se eximía de su responsabilidad por la pérdida de las cosas.

En la venta de cosa futura, llamada *emptio rei speratae*, como la venta de cosecha futura, la venta dependía del hecho eventual de que la cosecha se produjere; si no se producía ambas partes quedaban libres del contrato.

Era distinta la solución si se trataba de la venta de una esperanza, o *emptio spei*, en que no se contrataba sobre cosa futura sino sobre una expectativa existente al tiempo del contrato, por ejemplo, la compra de un billete de lotería o la compra de una redada al pescador; el comprador se obligaba a pagar el precio aunque se frustrara la esperanza, aunque el número no resultara premiado o la redada nada produjera. Este era un contrato aleatorio.

Esta solución, que parece reñida con la equidad y que viola el principio de que una obligación es causa de la otra, se afirma que se apoya en que una vez celebrada la venta, los aumentos que la cosa experimente cuando todavía se encuentra en posesión del vendedor corresponden al comprador, sin que éste se encuentre obligado a pagar mayor precio por tales aumentos. Inversamente, es comprensible que soporte dicho comprador el riesgo de la disminución del valor o la pérdida total de la cosa.

Otros pretenden justificar tal solución en que como la transmisión de la propiedad se opera en los inmuebles sólo por efecto del contrato (art. 1172 cód. civ.), o sea, que es consensual, aún cuando el inmueble no se hubiere cumplido con entregarlo ya es del comprador, éste es su dueño y la pérdida que sobreviniere deberá sufrirla, en virtud del aforismo *res perit domino*. La obligación a cargo del vendedor, que es la de transferir la propiedad, ya ha sido cumplida por éste, por lo que resulta lógico que el comprador cumpla la obligación que le corresponde, que es la de pagar el precio.

Puede, empero, pactarse que la propiedad no se entenderá transmitida al comprador por efecto del contrato, sino que es necesaria la tradición, la entrega. En este caso, sobrevinida la pérdida por caso fortuito, el comprador nada debería si tal pérdida se experimentó antes que le fuera entregada. Ese convenio es lícito desde que el principio que impone los riesgos a cargo del comprador no es de orden público.

En el derecho francés tal solución se extiende a bienes muebles y a bienes inmuebles (30 bis).

Tratándose de la venta de cosas fungibles, de cosas *in genere* la transmisión de la propiedad no se produce por efecto del contrato de venta; pero en nuestro derecho no sólo por ésto, sino porque son cosas muebles. Esta cuestión se habrá de examinar más detenidamente. En las cosas muebles, para nuestro derecho, el dominio no se transfiere por efecto del contrato, sino que es necesaria la tradición, aunque fueren muebles ciertos y determinados.

La solución que pone a cargo del comprador los riesgos de

(30 bis) Véase COLIN y CAPITANT, III, p. 749 ss., ed. castellana, 1943; PLANIOL y RIPERT, VI, No. 414, p. 586 ss. Y sobre los riesgos de las ventas sujetas a ensayo, consúltase LAURENT, XVI, No. 205 ss., p. 266 ss.

la cosa inmueble por efecto del *res perit domino* sólo se circunscribe a las obligaciones de dar que producen la transmisión de la propiedad. No se extiende a otros contratos bilaterales en que es inaplicable el principio de que la cosa se pierde para su dueño, como ocurre en el contrato de locación-conducción. En todos los otros contratos sinalagmáticos cada una de las dos obligaciones es causa de la otra (30 ter).

Así, el arrendamiento se rescinde si se destruye la cosa por caso fortuito; el locador no tiene ya la obligación de mantener al conductor en el uso de la cosa arrendada, ni éste se encuentra obligado a continuar pagando la merced. Tal se infiere del art. 1533 del cód. civ.

Entonces, se tiene que en los contratos sinalagmáticos la regla es la de que el riesgo lo soporta el deudor (*res perit debitor*). Las excepciones se encuentran en la venta, en la permuta, en la adjudicación en pago y en la donación con cargas inmobiliaria. La cosa se perderá, en los contratos bilaterales, para el deudor, sin que éste pueda exigir el cumplimiento de la obligación asumida por el otro contratante.

En la donación pura, que es un contrato unilateral translativo de dominio, no se necesita mayor esfuerzo para concluir que el riesgo lo soporta el donatario, aún cuando por pacto se hubiese convenido que la propiedad de la cosa donada, aunque fuere inmueble, no se entendería transferida sino con la entrega que se realizara después de concluido el contrato.

Se puede también plantear el supuesto de un contrato de compra-venta de un inmueble contraído bajo condición suspensiva y el inmueble perece antes de que la condición se cumpla. En este caso, el riesgo corre a cargo del vendedor, es decir, del deudor. No ha habido transferencia de propiedad en tanto esa condición no se hubiere realizado, por lo que el comprador no tendría que pagar el precio.* De otro lado, sabemos que la condición no opera retroactivamente con arreglo al art. 1110 del cód. civ., a no ser que se hubiese establecido lo contrario.* Si nuestro derecho aceptara la doctrina de que la condición opera retroactivamente, realizada la condición es claro que el comprador habría sido considerado como propietario del inmueble desde el día de

(30 ter) En tal sentido, COLIN y CAPITANT, III, p. 753, ed. castellana, 1943.

la venta y se encontraría obligado a soportar el riesgo de la pérdida por aplicación de la máxima *res perit domino*.

Asimismo, en la venta de inmueble bajo condición resolutoria el riesgo lo soporta el deudor de la cosa, en este caso, el comprador, desde que la condición no funciona retroactivamente. De lo contrario, se podría decir que el vendedor no dejó nunca de ser propietario y le correspondería el riesgo en virtud del *res perit domino*. La venta bajo condición resolutoria es una venta pura y simple, cuya resolución se encuentra subordinada a una condición suspensiva; de donde resulta que el vendedor es acreedor a que se le entregue o restituya la cosa y el comprador es deudor de esta obligación de restitución.

En las dos hipótesis examinadas no se aplicará la regla *res perit domino*, sino la regla *res perit debitor*, es decir que los riesgos corren a cargo del deudor, o sea del vendedor o del comprador.

Sólo en los contratos de compra-venta, de permuta o de adjudicación en pago de inmuebles juega el principio de que la cosa se pierde para su dueño, que es el comprador, atendida la consensualidad de esos contratos, en que la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de ella (art. 1172 cód. civ.). Pero hay además otros contratos bilaterales, como el de seguro, el de sociedad, el de locación-conducción, que no tienen por objeto la transferencia del dominio, en los que si la obligación de una de las partes fuere incumplida debido a la fuerza mayor, la obligación de la otra parte tampoco deberá ser satisfecha, ya que ésta última carecería de causa.

Si el contrato no es bilateral, sino unilateral, o sea que impone una única obligación para una sola de las partes, si su cumplimiento se hace imposible, sin responsabilidad del obligado, la pérdida se imputa al acreedor; el riesgo lo soportará dicho acreedor (arts. 1318, 1319, 1326 y 1327 del cód. civ.).

La pérdida la soportará el comprador del inmueble aunque se hubiere pactado un plazo para la entrega, porque la transferencia del dominio se produjo con el perfeccionamiento de la venta.

La solución del cód. civ. alemán a esta teoría de los riesgos es distinta, en cuanto a la compra-venta, a la que sigue el derecho francés y el nuestro en cuanto a la compra-venta inmo-

biliaria. Un dispositivo de carácter general contiene esa codificación en el § 323:

“Si la prestación que incumbe a una de las partes por virtud de un contrato sinalagmático, se hace imposible por consecuencia de una circunstancia de que no deba responder ninguno de los contratantes, perderá esta parte el derecho a la contraprestación; en caso de imposibilidad parcial, se reducirá la contraprestación según lo dispuesto en los § 472 y 473”.

Y el § 324 preceptúa:

“Si la prestación que incumbe a una de las partes por virtud de un contrato sinalagmático se hace imposible por consecuencia de una circunstancia de que debe responder la otra parte, conservará la primera su derecho a la prestación.”.

Como anota certeramente GIORGI (30 quater) existe imposibilidad de reducir la teoría de los riesgos a un único y supremo principio que comprenda todos los contratos, desde que la naturaleza de éstos es diversa.

Es necesario hacer el examen cuidadoso de esta teoría de los riesgos en el contrato de locación de cosas. El precepto del art. 1533 cód. civ. dispone que el arrendamiento no se extingue si la pérdida o destrucción de la cosa no obstante ser por caso fortuito, no es total, sino de parte de ella. Lógicamente, si es completa, el contrato deberá extinguirse.

Agrega esa regla que el conductor o inquilino puede pedir, en caso de destrucción parcial la rebaja de la renta, o la rescisión, pero que si el locador prefiere esta última se disolverá el contrato.

La rescisión por destrucción parcial, o la rescisión por destrucción total, es evidente que hace cesar para el conductor o inquilino la obligación de pagar la merced o alquiler.

Asimismo, el art. 1518 cód. civ. responsabiliza al arrendatario del incendio, a no ser que provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción.

La pérdida o destrucción de la cosa locada por culpa del arrendatario lo obliga a indemnizar los daños y perjuicios.

En el arrendatario sólo existe la obligación de pagar la renta en tanto usa de la cosa. Destruída ésta la obligación desaparece.

Resulta entonces que el riesgo es contra el locador, si no existe culpa del arrendatario.

Si el arrendatario tuviere que dejar el uso de la cosa a fin de que se hicieren reparaciones en la misma para evitar que se arruine, no pagará la renta correspondiente al tiempo que no la usó. Regula esta hipótesis el art. 1516 cód. civ.

En los contratos de aparcería agrícola los riesgos son soportados en común por el aparcerero y por el dueño de la tierra (art. 1501 cód. civ.). En la aparcería pecuaria es el dueño del ganado quien soporta los riesgos.

Esta teoría de los riesgos sólo aparece cuando se trata de cosa cierta y determinada. Lo mismo el *commodum* sólo funciona en prestación de dar cosa cierta y determinada. Este último es el provecho o la mejora de la cosa desde que el contrato se perfecciona hasta que dicha cosa es entregada.

CAPITULO III

OBLIGACIONES DE DAR COSAS INCIERTAS

31.—*Concepto*.—Se trata de las obligaciones que en el derecho romano recibían el nombre de obligaciones de género (*obligatio generis*), por oposición a las obligaciones de especie (*obligatio speciei*), o sea, en buena cuenta, obligaciones de dar cosas ciertas y no obligaciones de especie.

En las obligaciones de género la cosa está determinada en relación con su especie y nada más; quedando pendiente su elección o individualización dentro de la especie. Por ej.: obligación de dar un caballo.

32.—*Limitación en la especificación*.—“Las cosas inciertas deben indicarse cuando menos por su especie y cantidad”, preceptúa el art. 1178 cód. civ.

O sea que debe indicarse la especie a la cual las cosas pertenecen y el número de ellas.

A la obligación de dar cosa incierta se le llama también obligación de género; en ella se debe un individuo indeterminado de una clase o género determinado; y debe determinarse por lo menos, por el género y la cantidad.

En las obligaciones de dar existe la división de obligaciones de dar cosas ciertas y de dar cosas inciertas, o, lo que es lo mismo, obligaciones determinadas y obligaciones indeterminadas.

En las obligaciones de dar cosas indeterminadas no sólo deberá determinarse la especie, sino también la cantidad, o, por lo menos, que el contrato contenga los elementos necesarios para que la cantidad sea determinada. Una obligación de dar arroz o algodón, en forma vaga, debe reputarse inválida, porque bastaría para cumplirla unos cuantos granos o unas pocas hebras.

Pero si el contrato dijera que la prestación comprenderá el arroz necesario para la alimentación de la familia durante un mes o un año, existiría evidentemente una base cierta para fijar la cantidad (31).

Si las partes designaran a un tercero para la determinación del valor por entregar en un contrato, ello importaría una obligación condicional.

La obligación es inválida si el objeto se indica sólo por un *genus generalissimum*, como por ej., si X se obliga a dar un mineral, o a dar unos árboles, sin determinar ni la clase de mineral o de árboles, ni la cantidad de los mismos.

También es inválida la obligación en los casos en que su objeto se indica con un *genus proximum*, como si X se obliga a dar una casa sin indicar sus características. Pero puede ser válida en otros supuestos; así, si X se obliga a dar un caballo.

33.—*Elección de la cosa*.— *Prima facie* la elección corresponde al deudor, conforme al parágrafo 1.º del art. 1179 cod. civ. “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”.

Este principio de origen romano, dispone que en el silencio de las partes, es decir cuando éstas nada hubieren convenido sobre quien habrá de elegir, se estará a lo favorable al deudor.

33 a).—*Calidad de la cosa elegida*.—Sea que se hubiere estipulado que la elección corresponde al deudor o que ésta la hará el acreedor, no se elegirán cosas de la peor calidad por el deudor, ni de la mejor por el acreedor.

(31) BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, I, No. 284, p. 326, para quienes la convención debe contener los elementos que permitan arribar posteriormente a una completa determinación.

La ley interpreta en el 2.º párrafo del art. 1179 cód. civ., la intención de las partes. Cuando nació la obligación, es incuestionable que el deudor no pensó en entregar una cosa de la mejor calidad ni el acreedor tampoco consideró que habría de conformarse con una cosa de la peor calidad. La solución legal intermedia reposa en la equidad y en lo que tuvieron en mente los sujetos. "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" (art. 1179 párrafo 2.º, cód. civ.).

33 b.—*Formas de designación de las cosas inciertas.*— Puede haberse indicado como objeto de la obligación un género simplemente; así, un caballo, diez caballos; o también un género determinado; v. g., un caballo de carrera, un caballo para la laboranza.

Puede también el deudor obligarse a entregar una de las cosas del conjunto o grupo que tiene. Por ej., A se obliga a entregar uno de los 10 caballos que tiene (*incertum ex certis*); o uno de los caballos que tiene en su fundo. En ambos casos, la elección deberá estar subordinada a la observancia del art. 1179, 2.º apartado del cód. civ.

Esta clase de obligaciones es susceptible de darse en los legados. Cuando la elección corresponda al legatario, al heredero o al albacea dichas personas cuidarán de elegir cosas de calidad intermedia, si se tratare de legados de cosa incierta; o también en la venta de cosas futuras.

34.—*Sus efectos.*—"Practicada la elección se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas"; así lo establece el art. 1181 cód. civ.

Uno de los efectos más importantes es el de los riesgos. Practicada la elección, conocemos ya los riesgos si se trata de cosas muebles o inmuebles (arts. 1175 y ss. cód. civ.).

Empero, si la elección no se ha realizado juega el art. 1180 cód. civ.: "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 fundamento de esta regla se halla en que tratándose de cosas inciertas el cumplimiento de la obligación, nunca habrá de

(32) Véase SALVAT, Obligaciones, No. 398 ss., p. 167 ss.

ser imposible. *Genus nunquam perit* (el género no perece nunca).

En este punto, conviene discriminar si la obligación de dar cosa incierta se refiere a un grupo predeterminado. Volviendo a uno de los ejemplos anteriores: X se obliga a entregar un caballo de los 10 que tiene o de los que tiene en su fundo; si todos éstos perecen la obligación se extingue, se disuelve; siempre que el perecimiento se debiere a fuerza mayor o caso fortuito.

35.—*Imposibilidad de sustitución*.—Una vez individualizada la cosa, o sea cuando se practicó la elección, la cosa no puede ser sustituida por otra, de conformidad con la fórmula del art. 1171 cód. civ.: “El acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra”. Si se hizo la elección ya existe cosa cierta.

JORGE EUGENIO CASTAÑEDA.

(Continuará).
