

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

Doctor de Derecho (U. Complutense de Madrid)
Profesor titular de Derecho Civil
U. de Concepción
U.C. de la Stma. Concepción

OBLIGACIONES

TEORIA GENERAL Y CLASIFICACIONES
LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

© DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 137.039, año 2003
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de diciembre de 2003

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1511-0



“Con el tiempo, todos te olvidarán.
Te olvidarán tus parientes, tus vecinos,
tus amigos y hasta tus enemigos.
Pero nunca tu acreedor”.

ABREVIATURAS

art., arts.
CC
C. de A.
C. de C.
C. de M.
C. del T.
cons.
CP
CPC
COT
C. Pol.
CPP
D.
DFL
DL
D.O.
DS
edic.
Edit.
F. del M.
G.T.
inc., incs.
ob. cit.
p., pp.
RDJ

artículo, artículos
Código Civil
Código de Aguas
Código de Comercio
Código de Minería
Código del Trabajo
considerando
Código Penal
Código de Procedimiento Civil
Código Orgánico de Tribunales
Constitución Política
Código de Procedimiento Penal
Derecho
Decreto con Fuerza de Ley
Decreto Ley
Diario Oficial
Decreto Supremo
edición
Editorial
Revista Fallos del Mes
Gaceta de los Tribunales
inciso, incisos
obra citada
página, páginas
Revista de Derecho y Jurisprudencia

ABREVIATURAS

Regl.	Reglamento
Repert.	Repertorio
Rev.	Revista
secc.	sección
sem.	semestre
sent.	sentencia
sgts.	siguientes
T.	tomo
tít., títs.	título, títulos
trad.	traducción, traductor
Univ.	Universidad
v.	ver o véase
vol.	volumen

PRIMERA PARTE

TEORIA GENERAL

Sección Cuarta

EN CUANTO AL OBJETO

4. OBLIGACIONES DE DAR, HACER Y NO HACER

Esta clasificación no es formulada por el Código, pero aparece implícita. Por ej., en los arts. 1438, 1460 y, aun, 1461, 1548, 1553 y 1555.

Debido al contenido de algunos textos positivos chilenos, para la enunciación del concepto de cada categoría conviene distinguir aquí los planos doctrinario y legal.

A. EN LA DOCTRINA

Obligación de dar es la que tiene por objeto transferir el dominio de una cosa o constituir sobre ella algún otro derecho real. En un sistema de transferencia de bienes como el nuestro, en el cual para la transferencia se requiere de la concurrencia de dos elementos, el título y el modo, ella surge de los llamados títulos traslativos de dominio. Por ej., de la compraventa nace para el vendedor la obligación de dar la cosa vendida, efectuando su tradición (art. 1793).²⁶⁸

²⁶⁸ En el lenguaje corriente, dar equivale a transferir a título gratuito, a donar. El significado jurídico es, pues, bien diferente.

Por otra parte, surge esta otra observación: el acto de "dar" es un hecho; de esta manera, cuando alguien se obliga a "dar" algo, se está obligando a "hacer" y, así, la clasificación quedaría reducida a obligaciones de hacer y no hacer. Pero esta dificultad se resuelve explicando que cuando el hecho consiste exactamente en transferir el dominio o constituir otro derecho real, por su trascendencia y particular nomenclatura, la teoría jurídica lo separa de los demás hechos y le asigna una denominación particular: obligación de dar, con lo que se llega a la clasificación de tres miembros.

Como destacables efectos pueden mencionarse:

a) Para el deudor:

- Debe conservar la cosa hasta la entrega (art. 1548).
- Si se compromete a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas, asume el riesgo de la cosa (art. 1550).

b) Para el acreedor:

-Puede exigir la entrega de la cosa. Por regla general, inmediatamente (si es contractual, inmediatamente de celebrado el contrato); las modalidades (que pueden postergar la exigibilidad) son excepcionales (v. para la venta, el art. 1826).

-Cuando versa sobre especie o cuerpo cierto, por regla general le corresponden los frutos desde que se celebra el contrato, aunque no se haya efectuado la entrega, y ello como contrapartida de que asume el riesgo (arts. 1550 y 1820).

Obligación de hacer es la que tiene por objeto la ejecución de un hecho. La prestación consiste, pues, en una actividad del deudor. Por ej., construir un edificio, transportar una persona o cosa, defender a una parte en un litigio, celebrar un contrato (esta última al celebrar el contrato de promesa).²⁶⁹⁻²⁷⁰ Como se observa en los ejemplos, el hecho puede ser de variada naturaleza; material o intelectual.

Examinados los hechos en conjunto, entre otras distinciones puede destacarse la que atiende a la influencia que en el hecho tiene su autor. Y con ese criterio se distingue entre hechos que pueden llamarse fungibles y no fungibles. Los primeros son aquellos en que no influye la persona que lo ejecuta, de modo que al acreedor le es indiferente quien sea el ejecutante, si el propio deudor o un tercero.

²⁶⁹ Ejemplos pueden verse en *RDJ*, T. 16, p. 599; T. 23, p. 273; T. 63, sección 2, p. 67.

²⁷⁰ Puede aquí recordarse lo destacado al tratar el rol del derecho de obligaciones en general y su realización a través de estas dos clases de obligaciones: las de dar participan en la distribución de bienes entre las personas (primera de las dos etapas para el traslado, que se completa con el modo y se consuma al configurarse el derecho real); y en las de hacer se produce la prestación de servicios que cada individuo requiere de los demás.

El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) contempla una especial obligación de hacer: la de exhibir, que en general se exige por las de hacer, pero es ejecutable como las de dar (art. 730).

Para más antecedentes puede verse Moreno Quesada, Bernardo: "Problemática de las obligaciones de hacer", en *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1976, univ. pp. 467 y sgts.

ro. Los segundos son aquellos en que sí influye la persona quien lo ejecuta, al punto de que la circunstancia de que tal persona sea la ejecutante, integra la prestación (son *intuitu personae*). Por cierto, diversas consecuencias se derivan de esta circunstancia (que se irán viendo próximamente; por ej., respecto del cumplimiento forzado, de sus causales de extinción; v. desde luego, el art. 1572 inc. 2°).

Obligación de no hacer es la que tiene por objeto una abstención. También puede definirse como aquella en la cual el deudor debe mantener cierto comportamiento de abstención o negativo (por ej., no fabricar determinado producto, no instalar un negocio de cierta naturaleza; v. a este respecto el art. 404 del C. de C.).²⁷¹

Atendida la naturaleza de la deuda, conviene dejar constancia de que en el cumplimiento de la prestación de omisión la doctrina estima que carece de relevancia la permanente conciencia de que se está cumpliendo. Desde luego, ya ha existido tal actitud al convenirse la obligación y vuelve a tomar conciencia el deudor cada vez que surgen estímulos para ejecutar el acto vedado, pero no es necesario que se mantenga permanentemente lo que importa al derecho es que la prestación objetivamente se satisfaga.²⁷²

Se ha pretendido introducir una distinción entre obligaciones de no dar y de no hacer, que no ha sido unánimemente considerada y los textos positivos en general no consagran.²⁷³

Mayor interés ha suscitado la distinción entre obligaciones negativas de "no hacer" (de *non facere*) y de "tolerar" (de *pati* o *ad patiendum*). Las primeras imponen al deudor abstenerse de algo que de no mediar la obligación, podría hacer (por ej., no instalar cierto comercio en tal ciudad). Las segundas imponen al deudor tolerar cierta situación, que, de no mediar la obligación, podría repeler (por ej., no impedir que el vecino apoye un andamio en el patio del deudor, mientras aquel ejecuta una obra en el suyo). Puede verse que, desde el punto de vista del acreedor, en

²⁷¹ V. un ejemplo en *G.T.* de 1911, T. 2, N° 1100, p. 640 y N° 766, p. 13.

²⁷² Así Egusquiza, María Angeles: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Edit. Bosch, Barcelona, 1990.

²⁷³ Así, por ej., Messineo, que es uno de los autores que la menciona, termina concluyendo que las de no dar se resuelven en de no hacer (Messineo, *Francia*, Ob. cit., T. IV, p. 43).

las primeras tiene un derecho de abstención, que el deudor se abstenga de algo; en las segundas tiene un derecho de inmisión, de intromisión en la esfera jurídica del deudor. Con esta observación es posible percatarse de que, recordando la directa limitación que la obligación negativa implica para la libertad del deudor, cada una de estas categorías adquiere limitantes propias; es decir, surgen valores distintos que pueden impedir o limitar su libre contratación (por ej., la libertad de movimiento o de trabajo limita más bien a las primeras; el derecho a la vida privada, más bien a las segundas).²⁷⁴

Por otra parte, en general en las obligaciones negativas, pero especialmente en las de tolerar, pueden surgir actividades, conductas positivas, que por ser secundarias no alcanzan a alterar la naturaleza negativa de la obligación, porque la substancia fundamental de la prestación es de carácter negativo (por ej., que el deudor tenga que abrir la cerca o puerta para tolerar que transite el acreedor). Se trata de deberes anexos a la obligación para lograr que el acreedor satisfaga plenamente su interés o facilitar la ejecución de la prestación.

Constituyen, como puede apreciarse, una directa limitación de la libertad del individuo²⁷⁵ y, por lo mismo, su envergadura debe examinarse en cada caso, para concluir si se infringen o no la Constitución, leyes especiales e incluso normas civiles de orden público (como las relativas a la ilicitud de la causa y, sobre todo, del objeto). Pueden enfrentarse a garantías constitucionales, como la libertad de movimiento, de trabajo, de competencia económica, etc.

a) Por todo eso puede formularse la advertencia general de que la *magnitud* de la abstención debe establecerse con medida, considerando aquellas garantías (por ej., la obligación de abstenerse de ir a cierto lugar habrá de restringirse a cierta área precisa, por cierto tiempo, para evitar que se le impugne por violar la garantía constitucional de la libertad de movimiento).

b) Y recuérdese también, a este propósito, un elemento al que la jurisprudencia ha atribuido importancia en las obligaciones de

²⁷⁴ El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) reconoce expresamente la distinción (art. 725 inc. final).

²⁷⁵ Se dice una "directa" limitación, porque, como se dijo al comienzo, toda obligación constituye en definitiva una limitación de la libertad del individuo; sólo que en éstas de no hacer esa limitación surge de modo más ostensible.

no enajenar y que podría transportarse a algunas otras: la existencia de un *motivo justificable* en la creación de la obligación, que excluya motivos ilícitos y el mero capricho.

Esta obligación de "no enajenar" ha tenido especial aplicación práctica y, por lo mismo, atención de los autores. Su validez se ha debatido y en el debate intervienen, justamente, elementos de derecho público como los señalados (se trata en el capítulo de derechos reales).²⁷⁶

Conviene tener presente que en ciertas situaciones el resultado perseguido por las partes puede lograrse ya por el establecimiento de una obligación de no hacer, ya por la imposición de una servidumbre negativa (como la de no elevar un muro más arriba de cierta altura, ejemplo recogido en nuestro art. 823). Es importante la disyuntiva: por el primer camino surge un derecho personal (contrapartida de la obligación), y, por el segundo, un derecho real (el de servidumbre), con las consecuencias que esta diferencia trae consigo. Concretamente, al constituirse un derecho real, podrá ser perseguido (la servidumbre podrá ejercerse) sin importar en manos de quien se encuentre la cosa a la que el derecho se refiere; si se optó por la obligación negativa, sólo puede exigirse a quien la contrajo (o a sus herederos) (y no a quien se transfirió la cosa sobre la cual versa la obligación).²⁷⁷ Además, recuérdese el carácter básicamente temporal del vínculo obligatorio, en tanto que la servidumbre (con su carácter de derecho real) tiene una vocación de perpetuidad. El

²⁷⁶ En todo caso, alguna doctrina ha llegado a distinguir entre obligación de no enajenar y prohibición convencional de disponer, estimando que la primera impone una omisión concreta, en tanto que la segunda se refiere a un general impedimento de disposición. Asimismo, se estima que los efectos son distintos, porque si se infringe la primera, los actos infractores son válidos, en tanto que si se infringe la segunda, son nulos. Y se termina advirtiendo sobre la dificultad de distinguirlas en las redacciones concretas. V. a este respecto, Egusquiza, María Angeles. Ob. cit., pp. 61 y sgts. La autora trata esta obligación de no enajenar junto a otras convenciones (el principio de no dañar a otro, la prohibición legal de disponer y el pacto de no pedir) (al que hace referencia nuestro art. 1465) como un conjunto de figuras con contenido negativo que serían —estima— diferentes de la obligación negativa.

²⁷⁷ La confrontación de los dos conceptos crea dificultades y la celebración concreta de actos o contratos relativos a ellos puede también presentar dudas de calificación. V., al respecto, De Angel Yaguez, Ricardo: "Servidumbre negativa y obligación de no hacer", en *Rev. Crítica de D. Inmobiliario*, Madrid, 1976. N° 514, pp. 621 y sgts.

título constitutivo, con las demás particularidades del caso, será el elemento decisivo para decidir.²⁷⁸

Estas obligaciones de no hacer también tienen reglas especiales en diversos acápites, como en el incumplimiento, extinción, etc. (que se verán más adelante).

Cada una de estas obligaciones (de dar, hacer y no hacer) tiene reglas comunes a toda la categoría (v., por ej., los arts. 1549, 1553, 1555). Pero, además, hay reglas especiales para algunas determinadas (v., por ej., los arts. 1824 y sgts., 1996 y sgts.).

La obligación de entregar. Es la que tiene por objeto conferir la tenencia material de una cosa.

²⁷⁸ La doctrina también se ha preocupado de otros temas específicos de estas obligaciones, como si es o no divisible, si es de medio o de resultado, si es o no personalísima, si es o no fungible, si hay cumplimiento parcial, si se aplica a ella la noción de mora, las particularidades de sus efectos, el pacto de exclusiva como aplicación frecuente, etc. Para ellos puede verse, por ej., Egusquiza, María Angeles. Ob. cit., pp. 79 y sgts.

Especialmente interesantes son los temas de la divisibilidad y de la aplicación del concepto de mora.

En cuanto al primero, parece dominar la conclusión de que es indivisible. Y en cuanto al segundo, domina la conclusión de que la noción de mora es inaplicable a esta categoría de obligaciones. Pero en estos extremos, como en otros, surgen algunas discrepancias en base a las abstenciones duraderas (v. Moisset de Espanés, Luis: "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1975, N° 4 (abril), pp. 345 y sgts.).

En este último punto, el texto del CC chileno merece un breve comentario. El art. 1557 dispone que en las obligaciones de no hacer la indemnización de perjuicios se debe desde el momento de la contravención. Con este texto, generalmente la doctrina nacional afirma pura y simplemente que en estas obligaciones no hay mora. Pero con un examen cuidadoso del texto hay que reconocer que no es eso lo que el precepto ordena. Lo que allí se está regulando es la época desde la cual se debe la indemnización. No se dispone que en las negativas no haya mora. Bien podría estimarse que en ellas también hay mora, y que, por tanto, para pedir indemnización hay que constituir en mora al deudor, como requisito para la petición, sólo que la indemnización se deberá desde antes, desde la contravención. Con todo, atendidas las explicaciones que la doctrina general expone para concluir en la inaplicabilidad de la mora a estas obligaciones (salvo algunas disidencias, al menos de matices, que no pueden despreciarse), parece preferible entender al citado texto como que, sin decir directamente que no hay mora, es una manifestación de ese pensamiento (el art. 1222 del CC italiano, por ej., directamente ordena que "Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de éstas, constituye de por sí incumplimiento"). Aquellas explicaciones doctrinarias de por qué no procede la mora pertenecen más bien al capítulo en que ella es tratada, dentro de los efectos de las obligaciones.

Quando se analiza el modo de adquirir tradición, que se define como la entrega de una cosa con el ánimo de transferir el dominio (art. 670), se señala que la tradición y, más exactamente, la entrega en tradición, puede efectuarse real o simbólicamente. Aquí, al examinar la obligación de entregar, puede decirse otro tanto. Quando las características de la cosa (en volumen y peso) lo permiten, la entrega puede efectuarse físicamente (alzando la cosa uno y depositándola luego en manos del otro, o trasladándola el primero a un recinto del segundo; como un libro en el primer caso, un vehículo en el último). Como segunda alternativa en esas mismas situaciones y como única cuando la entrega física no es factible, tiene lugar la entrega simbólica (sin moverla, dejándola el primero a disposición o merced del segundo a través de algún gesto, actitud o circunstancia, como entregándole las llaves del lugar donde está). Para estas formas las legislaciones (entre ellas la chilena) no disponen reglas, como sí las tienen para la tradición.²⁷⁹ Pero éstas pueden aplicarse, por analogía integrativa.

Son ejemplos de obligación de entregar: la del arrendador (al inicio del arriendo, art. 1924), la del arrendatario (al término del arriendo, art. 1947), la del comodatario al término del comodato (art. 2180).

Una especie de obligación de entregar es la llamada obligación de "restituir". La obligación de entregar toma ese nombre (y suele usarse el corriente término "devolver"), cuando la entrega deriva de otra anterior inversa (por ej., la del arrendatario al término del arriendo, la del usufructuario al término del usufructo), o, sin haber mediado una entrega previa inversa, se entrega a quien legítimamente le corresponde (por ej., la del ocupante precarista, quien, vencido, debe entregar la cosa a su dueño).

La restitución por entrega anterior inversa tiene lugar luego de la extinción de contratos por terminación, sea que generen derechos personal o real (arriendo, comodato, depósito, prenda, usufructo, uso); resolución de los mismos o declaración de nulidad.

La restitución sin entrega previa inversa tiene lugar cada vez que alguien ha entrado a poseer o simplemente detentar, ya pacífica o violentamente, una cosa, y es condenado a poner término a esa situación, restituyendo la cosa al demandante (generalmente

²⁷⁹ En el contrato de arrendamiento (art. 1920), para determinar la forma de entrega de la cosa al arrendatario, el Código adoptó la decisión de remitirse, expresamente, a las formas de tradición.

el dueño), por una acción reivindicatoria, posesoria, de precario, etc., según corresponda.

En esta situación es frecuente que tengan lugar las llamadas prestaciones mutuas o indemnizaciones que recíprocamente se deben, por mejoras (indemnización a favor del restituyente) y por frutos y deterioros (indemnización a favor del que recibe). El CC chileno contiene reglas para esta materia a propósito de la acción reivindicatoria (arts. 904 y sgts.). En otros capítulos, el Código se remite expresamente a ellas (por ej., en la acción de petición de herencia, art. 1266). Y cuando no, asimismo se aplican porque se estiman de aplicación general a toda restitución, tanto por la doctrina²⁸⁰ como por la jurisprudencia.²⁸¹

Siempre en el ámbito doctrinario, en la trilogía de esta clasificación la obligación de entregar es, sin duda, obligación de hacer, la entrega es un hecho.²⁸²

B. EN EL DERECHO CHILENO

En general, los planteamientos anteriores son aplicables al derecho chileno.

Pero hay un punto determinado en el que ha surgido un problema debido, fundamentalmente, a una regla positiva: el art. 1548.

Por el alcance que se ha atribuido a este precepto, el problema consiste en precisar cuál es en Chile la calificación de la obligación de entregar; también puede reducirse a la siguiente pregunta: ¿en Chile, la obligación de entregar es obligación de dar o de hacer? Por cierto, la solución incide en los conceptos de obli-

²⁸⁰ Así, por ej., Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. II, N° 1.174, p. 843; Peñailillo, Daniel: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p. 377.

²⁸¹ Así, por ej., *RDJ*, T. 57, p. 367.

²⁸² En Chile siempre se ha dicho que estos son los conceptos de la doctrina universal, dando a entender unanimidad (y luego son contrastados con el derecho positivo chileno, como aquí también se hará). Pero hay varios autores extranjeros que no los narran de ese modo. Hay quienes incluyen en la de dar, a la que tiene por objeto la entrega de una cosa en mera tenencia, como lo sostienen para Chile algunos autores nacionales según se verá. Así, por ej., Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. III, p. 154, Hernández Gil, Antonio. Ob. cit., N° 35, p. 122; Messineo emplea una nomenclatura distinta, derivada de los textos del CC italiano. Ob. cit. T. IV, p. 36.

gación de dar y de hacer, que valdrían para el derecho chileno. Porque si se decide que en Chile la obligación de entregar es de dar, entonces para el ámbito nacional hay que enunciar el concepto de obligación de dar como la que tiene por objeto transferir el dominio, constituir otro derecho real o dejar a otro en posesión o mera tenencia de una cosa. Y obligación de hacer sería la consistente en la ejecución de un hecho cualquiera, que no sea la entrega de una cosa. En cambio, si se decide que en Chile, como en general en la doctrina, la obligación de entregar es de hacer, los conceptos postulados por la doctrina en general (y ya enunciados aquí), serían aplicables en Chile sin reformas.

a) Se ha sostenido por algunos autores, al parecer la mayoría, que, a diferencia de los conceptos doctrinarios, en Chile la obligación de entregar es de dar y se rige por las reglas de ésta. Se fundan en las siguientes explicaciones.

1ª) El art. 1548. Es el gran argumento. Dispone que la de dar "contiene" la de entregar. Cuando una cosa debe darse, no basta sólo la tradición o entrega jurídica, que frecuentemente es simbólica, sino que, además, debe entregarse físicamente; dar implica, o lleva consigo, la entrega material, quedando esta entrega sometida a las reglas de aquélla.

2ª) En la compraventa, el legislador, para referirse a una misma obligación, la llama indistintamente como dar o entregar. Así, en el art. 1793 define ese contrato como aquel en que una de las partes se obliga a "dar" una cosa; y luego, en el párrafo 6º del Tít. XXIII anuncia las reglas "de las obligaciones del vendedor, y primeramente de la obligación de entregar", y en los preceptos siguientes continúa llamándola obligación de entregar. Se agrega que en otros contratos se refiere también a la obligación de entregar, pero ahí como entrega material, como ocurre en el arrendamiento (art. 1924). Este uso indistinto para ambas se explica -dicen ellos- porque a la de entregar el Código la tiene como obligación de dar.

3ª) El art. 580 dispone que los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se deba. Y el art. 581 agrega que los hechos que se deben se reputan muebles. El primero da como ejemplo de acción inmueble, la acción que tiene el comprador para que se le entregue la finca comprada. Entonces, si en Chile la obligación de entregar fue de hacer, la acción para perseguir la entrega sería siempre mueble, conforme al art. 581. Si el 580 ya ha dicho que es inmueble, es porque la obligación de entregar no es de hacer.

4ª) Es difícil aceptar la calificación de mueble a pretexto de tratarse de obligación de hacer, para la obligación del arrendador de suministrar al arrendatario el goce de una casa o la del comodatarío de restituir un fundo.

5ª) En la historia fidedigna del establecimiento del CPC se dejó constancia de que las reglas del procedimiento ejecutivo para obtener el cumplimiento de las obligaciones de dar se aplican también a las de entregar.²⁸³⁻²⁸⁴

b) En contra, se ha sostenido que en Chile son plenamente aplicables los conceptos doctrinarios, antes expuestos, y que, por tanto, la obligación de entregar es una obligación de hacer. Por las explicaciones siguientes:

1ª) En cuanto al uso de los términos "entrega" y "tradición", que el Código emplearía indistintamente, llamando por ejemplo entrega a lo que es tradición, se explica porque el término entrega es genérico y, por lo mismo, incluye a la tradición, de modo que cuando llama entrega a la que es tradición podrá ser impreciso, pero no erróneo; simplemente en lugar de precisar la especie, menciona el género al que pertenece. La actitud inversa sí que es incorrecta; cuando emplea tradición para referirse a una entrega material sin transferencia de dominio; pero esos casos son los menos y pueden constituir sólo errores terminológicos, que no llevan forzosamente a concluir que para la ley no haya diferencias entre las obligaciones de dar y entregar.

2ª) En cuanto al argumento construido con los arts. 580 y 581, se responde con esta explicación: cuando el art. 580 dispone que cuando se debe una cosa el derecho y la acción es mueble o inmueble, se está refiriendo a los casos de obligación de dar, porque es entonces cuando se "debe una cosa", cuando se debe transferir la cosa, y es entonces cuando puede decirse indistintamente que "se debe dar la cosa" o que "se debe la cosa", y es lo que indica el

²⁸³ El Título I del Libro III se denominaba "Del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar o entregar". Y en las actas de la llamada Comisión Mixta se consignó: "El señor Vergara hace indicación para suprimir en el epígrafe de este título la frase 'o entregar', por cuanto la obligación de entregar está sin duda comprendida en la de 'dar', como lo dispone expresamente el art. 1548 del Código Civil. La Comisión aceptó esta indicación".

²⁸⁴ En este sentido, Alessandri, Arturo. Ob. cit., p. 18; Fuyo, Fernando, *Doncho Civil*, cit. T. I, N° 208, p. 236; Meza Barros, Ramón. Ob. cit., N° 33, p. 30; Sukich, David. Ob. cit. T. I, N° 51, p. 33; Abeliuk, René. Ob. cit., T. I, N° 346, p. 283, quien cita a Somarriva en sus clases.

ejemplo del art. 580; pero cuando se trata de la entrega, como ella es un hecho, está incluida en el art. 581; ahí no se debe la cosa, sino se debe la entrega, que es un hecho, y, por tanto, al deberse la entrega, el derecho y la acción serán siempre muebles.

3ª) En cuanto a que es difícil aceptar la calificación en el ejemplo del arriendo, no le era difícil aceptarlo a Pothier, quien expresamente menciona la situación del arrendatario que tiene el derecho de exigir la entrega de la casa, y lo califica de derecho mueble (aunque la casa es un inmueble), porque no es acreedor de la casa, sino de un hecho, en lo que difiere del comprador de la casa. Y se sostiene que Pothier es, en definitiva, el inspirador de los citados textos del Código chileno.

4ª) En cuanto al argumento de que la ejecución de la obligación de entregar se rige por las reglas del juicio ejecutivo de las de dar, eso no conduce a la identidad completa; simplemente se decidió que para ese efecto, y sólo para ése, se le asimila.²⁸⁵

c) Por nuestra parte, preferimos otra solución: distinguir las situaciones en que surge la obligación de entregar. Y así, en Chile la obligación de entregar está asimilada a la de dar, cuando la entrega deriva, o es consecuencia, de una obligación de dar (como en la compraventa) y hasta ahí llega el alcance del art. 1548; pero cuando surge autónomamente (como en el arrendamiento), recupera vigor el concepto doctrinario. Esto por las siguientes razones:

1ª) El gran argumento para una completa asimilación, el art. 1548, lo único que dispone es que la de dar contiene la de entregar (regla que es complementada por el art. 1526 N° 2); no califica a ésta como de dar; simplemente dispone que cuando alguien está obligado a dar, esa obligación implica o lleva consigo otra, aunque no se exprese, que puede llamarse complementaria: la de en-

²⁸⁵ En este sentido, Montenegro, María. Ob. cit., pp. 12 y sgts. Insistiendo en la destrucción de ese argumento procesal, esta autora añade que si en ciertos casos excepcionales se dispone que los particulares quedan sometidos a ciertos procedimientos y penalidad de la justicia militar, a nadie se le ocurrirá derivar que los particulares pasan a ser militares o una especie de ellos.

Tocante a la afirmación de que el antecedente de los textos proviene de Pothier, ella cita las *Oeuvres de Pothier* par M. Bugnet, T. 9 (*Traité des personnes et des choses*), Paris, 1861, p. 94, N° 254.

Para cualquier efecto, conviene agregar que en nota al art. 581, el señor Be-
llocita a Delvincourt.

Don Luis Claro no es terminante en este punto. Claro Solar, Luis. Ob. cit. IV, N° 614, p. 547.

tregar (en entrega física). Y eso es lógico, razonable, y no hace sino recoger un criterio elemental, cual es que cuando alguien, por ejemplo, compra una cosa, no sólo quiere incorporar jurídicamente la cosa a su patrimonio, sino tenerla físicamente bajo su señorío. De modo que este precepto no constituye un argumento substancial en favor de la tesis de la asimilación integral.

2ª) En cuanto al art. 580 en relación con el art. 581 y varios preceptos en que el Código, indistintamente, llama obligación de dar a la que es de entregar y viceversa, si se examinan atentamente se verá que se refieren a casos en que la de entregar deriva de la de dar; así el art. 580 da como ejemplo la entrega del vendedor; sin perjuicio de que pueda haber algunas impropiedades de lenguaje.

3ª) En cuanto al argumento de la historia del CPC, cuando allí se dijo que el procedimiento ejecutivo de las de dar se aplica también a las de entregar, puede restringirse su alcance diciendo que se aplica sólo a los casos en que se trata de obligaciones de entregar que derivan de una de dar, de modo que cuando haya que perseguirse ejecutivamente una obligación de entregar autónoma, se aplicaría el procedimiento de las de hacer. En todo caso, puede repetirse aquí la observación que al respecto formula la tesis de que nunca hay asimilación.²⁸⁶

La jurisprudencia no ha sido uniforme, aunque parece inclinada por la primera alternativa.²⁸⁷

Importancia

Es importante determinar si una obligación es de dar, hacer o no hacer, porque:

a) Como ya se dijo, hay reglas para cada clase.

b) Para perseguir ejecutivamente el cumplimiento existe un procedimiento distinto (para obligaciones de dar, arts. 434 y sgts. del CPC; para obligaciones de hacer y no hacer, arts. 530 y sgts. del CPC).

²⁸⁶ Las bases de esta posición fueron propuestas por don Urbano Marín, en voto disidente a dos fallos que acogieron la tesis de la asimilación: G.T. de 1933 2º sem., Nº 81, p. 263, y RDJ, T. 39, secc. 2ª, p. 37. Ver también Niño, Eduardo, "Clasificación de la obligación de entregar", en *Rev. de la Universidad Católica de Valparaíso*, IX, 1985, pp. 107 y sgts.

²⁸⁷ Por la asimilación, los citados en nota anterior. Por la posición de que rigen en Chile los mismos conceptos doctrinarios, de modo que la obligación de entregar es de hacer: RDJ, T. 3, secc. 2ª, p. 105.

Es fácil percatarse que el cumplimiento forzado en las obligaciones de dar es más factible que en las de hacer y no hacer. En las primeras, generalmente puede lograrse el cumplimiento fiel, con el auxilio del juez como representante legal del deudor (para la transferencia jurídica, con el art. 671) y de la fuerza pública (para la entrega física). En cambio en las segundas frecuentemente se requieren aptitudes insustituibles del deudor, y las terceras muestran también dificultad cuando se hace lo que no debía hacerse y la destrucción no es posible. Estas particularidades imponen normas diferenciadas (que justifican las distintas reglas procesales citadas y las de los arts. 1553 y 1555 del CC).

c) Para la calificación de la acción respectiva como mueble o inmueble. Si la obligación es de dar, será mueble o inmueble según lo sea la cosa... (art. 580); si es de hacer o no hacer, la acción será siempre mueble (art. 581; este texto está dirigido expresamente a los hechos, pero se puede aplicar también a las abstenciones, las cuales, como actitud, están más próximas a un hacer que a un dar). Y esta calificación (mueble o inmueble) importa, a su vez, para determinar la competencia de los tribunales (arts. 135 y sgts. del COT).

d) En caso de incumplimiento, en las de dar y hacer la indemnización se debe desde que se constituye al deudor en mora; en las de no hacer, desde el momento de la contravención (art. 1557).

Finalmente, aquí debe reiterarse lo expresado en otra ocasión en orden a que el enorme desarrollo de la actividad de servicios y de masiva construcción de objetos, cada vez con más sofisticada tecnología, multiplican incesantemente la aplicación de las obligaciones de hacer. De este modo, esta clasificación va adquiriendo cada vez más importancia y, por tanto, requiere de mayor atención doctrinaria y de un estatuto más cuidadoso y completo.

5. OBLIGACIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS

Es otra clasificación que considera el objeto de la obligación.

Examinada ya la distinción en obligaciones de dar, hacer y no hacer, ésta no presenta mayor novedad, como no sea la de que aquí no hay cabida para el destacado problema recientemente expuesto:

Obligación positiva es aquella cuya prestación consiste en una acción o actividad del deudor: dar o hacer algo. Negativa, la que consiste en una omisión o abstención: no hacer algo.

El Código reconoce esta clasificación y la aplica, al determinar la época desde la cual se debe la indemnización de perjuicios en caso de contravención (arts. 1557 y 1538).

Puede agregarse que en las obligaciones positivas el cumplimiento forzado es generalmente procedente, salvo situaciones excepcionales. En tanto en las negativas, la contravención generalmente da lugar a la indemnización de perjuicios y excepcionalmente al cumplimiento forzado (art. 1555).

6. OBLIGACIONES PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES

En esta clasificación hay poco más que remitirse a la distinción entre derechos patrimoniales y extrapatrimoniales (que fue descrita al comienzo).

Incide también en ella, decisivamente, el debate sobre la patrimonialidad de la prestación (asimismo ya relatada). La suerte de este debate decide la existencia de esta clasificación. Si se exige para que un vínculo pueda considerarse obligación ha de tener un contenido patrimonial, entonces esta clasificación desaparece. Si se admite la obligación con contenido no patrimonial y, por tanto, se contempla la clasificación, hay que agregar de inmediato que surge muy marcada. La profunda diferencia de objetos explica su bien distinto tratamiento. Más aún, debe advertirse que la generalidad de los principios y reglas que se examinan en este curso se refieren a las llamadas patrimoniales.

7. OBLIGACIONES PERSONALES Y REALES (O *PROPTER REM*)

Esta es una típica clasificación producto de la evolución del concepto de obligación de los últimos siglos, en el sentido del incremento de su flexibilización y, más concretamente, en la posibilidad de cambio de los sujetos.

En primer lugar, debe advertirse que el concepto y características de la obligación *propter rem* se encuentra todavía en proceso de elaboración. Esta constatación debe tenerse siempre presente al referirse a ella. Por lo mismo, la síntesis que aquí se formulará recoge lo que se estima hasta ahora como mayoritariamente acepta-

do, quedando algunos puntos ya en la controversia, ya en la imprecisión.²⁸⁸

Desde luego, para la denominación no se ha impuesto definitivamente un término. Y esa indecisión se comunica a la presentación de la clasificación, porque el nombre que se le asigne influye en el término que se elige para el ítem oponente. La opción que aquí se prefirió (y que es bastante usada) requiere una explicación: la expresión "obligación personal" es objetable, ya que toda obligación importa un vínculo personal (incluso la *propter rem*, como se dirá), pero se justifica por el nombre que se usa para el ítem oponente, de "obligación real" (y esta expresión a su vez se justifica porque el sujeto pasivo se determina por la relación con una cosa, como se dirá). En todo caso, aquí se emplearán también la igualmente usada expresión latina *propter rem* (sobre todo cuando se aluda a ella sola), y la descriptiva "de sujeto pasivo ambulatorio".

El aporte doctrinario inicial proviene de Italia y Francia, aunque pronto se ha nutrido de más amplia procedencia.²⁸⁹

Tocante a su origen, la indagación histórica concluye que fue desconocida en el derecho germánico antiguo, y aunque puede estimarse que hay raíces en Roma, esos antecedentes son escasos y confusos.²⁹⁰

Se entiende por obligación personal aquella cuyos sujetos no se vinculan a la titularidad de la cosa a la que se refiere la obligación; y por obligación real o *propter rem* aquella cuyo deudor es quien sea titular de un derecho real sobre la cosa que justifica la deuda, siguiendo la obligación la suerte del derecho real individualizador, y pudiendo el deudor liberarse mediante la renuncia o el abandono de aquel derecho.

²⁸⁸ Más aún, la existencia misma de esta categoría de obligaciones es discutida. Como se dijo al comienzo, hay quienes a lo que se califica de obligaciones *propter rem* las consideran derechos reales *in faciendo* o cargas reales.

En la doctrina nacional su desarrollo ha sido escaso. Ante los varios manuales generales de obligaciones que ni mencionan esta clasificación, al menos don Luis Claro Solar le dedica algunas líneas (ob. cit. T. V. N° 614, p. 546); don Antonio Vodanovic incorpora algo más, relacionándola con las cargas reales (ob. cit., p. 469).

²⁸⁹ V. las obras citadas al comienzo, al tratar los derechos real y personal y, en particular, las nociones de obligaciones *propter rem*, cargas reales y derechos reales *in faciendo*.

²⁹⁰ Según un autor, los romanistas citan una lista de alrededor de cinco situaciones en que aparecían obligaciones de sujeto pasivo variable, equivalentes o semejantes a lo que hoy se entiende por obligación *propter rem* (Hernández Gil, Francisco. Ob. cit., pp. 850 y sgts.). Y entre ellos, algunos son discutidos.

Así pues, en la *propter rem* el deudor aparece vinculado por la circunstancia de ser titular del dominio u otro derecho real de goce sobre una cosa; sobre la cosa debido a la cual surge la prestación, es decir, que justifica la deuda. El sujeto pasivo se vincula a la titularidad de un derecho real, es decir, el deudor se determina por esa titularidad, o, en otros términos, queda como deudor quien sea titular de la cosa (esta circunstancia justifica el nombre de "obligación real").

Por otra parte, queda dicho que así como va cambiando el titular de la cosa, va cambiando el deudor. Quien adquiere la propiedad u otro derecho real de goce sobre la cosa pasa a ser el deudor (esta circunstancia explica el nombre de "obligación de sujeto pasivo ambulatorio").

Con estos rasgos primarios ya puede comprenderse que constituye una categoría intermedia entre el derecho real y el personal y, por lo mismo, constituye una demostración de que esa escisión en los derechos patrimoniales no es tan profunda como aparenta.

Por cierto, facilitan la persecución del cumplimiento de la prestación que emerge del ejercicio de un derecho real, ventaja que importa especialmente cuando el interés en que se cumplan es colectivo.

Se dijo que la determinación del sujeto pasivo en base a la titularidad del derecho real es una característica de esta especie de obligaciones; incluso puede convenirse en que es la más tipificante; pero no es suficiente para describirla, porque también hay otras que presentan ese mismo rasgo (por ej., la obligación de indemnizar un daño cometido por una cosa, también se vincula al titular de la cosa y es deudor quien sea el titular de ella). Por eso es que para completar su imagen deben considerarse otros caracteres, como las que se agregan en la definición y las que se irán mencionando.

Debe evitarse calificarlas como de sujeto pasivo indeterminado, porque esa expresión induce al equívoco de considerarlo incierto (o confuso). El sujeto pasivo (al igual que el activo) está perfectamente determinado; lo es quien es el titular de un derecho real sobre la cosa, sólo que va cambiando con el cambio de esa titularidad.

Mayoritariamente, estas obligaciones surgen para el propietario; son de cargo de quien es dueño de una cosa, y frecuentemente es con ellas con las cuales se realiza el cumplimiento de los deberes que con la evolución del concepto de dominio se van imponiendo al propietario (especialmente en la propiedad inmueble), configurando la denominada función social de la propiedad.

Una precisión debe formularse en cuanto a la posesión. Ya se ha dicho que la conducta debida por el obligado (es decir, su carácter de deudor) se justifica por el ejercicio del derecho real del cual es titular; por el provecho que de él obtiene; ahí está la justificación de imponerle la prestación. Entonces, de esa circunstancia se deriva que ha de quedar como deudor no solamente quien es auténtico titular del derecho real, sino también quien se comporta como tal, quien a sí mismo se estima titular; es decir, quien sólo posee; y sea que posea la cosa o un derecho real de goce limitado sobre ella. De modo que cuando luego es demandado por el cumplimiento de la prestación, no puede excusarse acudiendo a su falta de titularidad efectiva (estaría contraviniendo sus propios actos).²⁹¹ Esto mismo explica que no se admita que la mera tenencia sea bastante para imponer una de estas obligaciones.

Como la titularidad idónea puede referirse al derecho de dominio o a otro derecho real inferior, emerge la duda sobre titularidades concurrentes (sobre una misma cosa, un dueño y uno o más titulares de derechos reales de goce limitados, o varios de éstos; por ej., un dueño y un usufructuario, o un dueño y el titular de una servidumbre, o un usufructuario y un titular de servidumbre). Nuevamente la respuesta está en la justificación de la obligación. En tales situaciones será deudor de la obligación *propter rem* quien esté ejercitando el derecho real respectivo, es decir, quien sea el titular del derecho real que justifica el nacimiento de la obligación *propter rem*. Y habrá que concluir que si dos o más derechos reales constituyen las contrapartidas o justificaciones de la obligación, todos serán deudores, a prorrata de la utilidad que cada derecho normalmente reporta.²⁹²

²⁹¹ Por ej., cuando alguien es demandado de una prestación que está en conexión con el derecho de usufructo que ha estado ejerciendo sobre la cosa, habiéndose comportado como tal usufructuario y exigiendo que se le respete como tal, ante la demanda no podría defenderse sosteniendo (revelando) que la verdad es que él no es usufructuario.

²⁹² Se ha dicho que si un derecho es más comprensivo que el otro, el único deudor es el titular de ese mayor, y se menciona el ejemplo del usufructo que concurre con la servidumbre, concurrencia en la cual el primero se presenta como más comprensivo. Pero estimamos más exacto guiarse por la magnitud del beneficio que para cada uno significa su respectivo derecho sobre la cosa, para concluir que deben contribuir en esa proporción.

En cuanto al sujeto activo, frecuentemente también se determina por una titularidad real, pero no es indispensable. La característica de estas obligaciones, en cuanto a los sujetos, radica en que es el deudor quien se determina por la titularidad real, no el acreedor. Por lo mismo, no hay obligaciones *propter rem* en los títulos de crédito, porque en ellos es el acreedor el que va unido al documento. Justamente, estos constituyen el otro modelo en la ambulatoriedad de los sujetos. En éstos es ambulatorio el acreedor, en la *propter rem* el deudor.

En cuanto al objeto, no hay gran diferencia con las obligaciones comunes. Pero hay una advertencia generalmente aceptada: la prestación no debe ser de tal envergadura que absorba o consuma íntegramente el contenido del derecho real que individualiza al deudor. De ser así, el sujeto sería deudor y no sería titular de un derecho real, sino sólo de una apariencia de derecho real y, en la realidad, sólo existiría una carga o gravamen.

Punto importante es el relativo a la responsabilidad. Se tiene establecido que el deudor *propter rem* responde de la obligación con todo su patrimonio, como en las obligaciones comunes. Pero puede liberarse mediante el abandono o la renuncia del derecho real que lo ha dejado deudor; mas el abandono o renuncia debe efectuarse antes del incumplimiento.²⁹³

Es asimismo importante el tema de la fuente de su creación. Considerando que basta adquirir el derecho real para convertirse en deudor, es explicable la discusión que se ha agitado.

Por una parte, acudiendo al principio de la autonomía de la voluntad y a otros fundamentos relacionados con la concepción de estas obligaciones, se ha postulado que los particulares pueden crearlas en sus relaciones jurídicas, al menos en ciertas circunstancias. En contra, y al parecer en posición dominante, se sostiene que la voluntad de los particulares no puede crearla en sus relaciones. Sólo lo son las que la ley impone directamente y también las que los particulares crean en sus relaciones con específica autorización

legal. Se acude al mismo fundamento con que se impide la creación de derechos reales por libre voluntad de los particulares: la trascendencia social del derecho de propiedad y su respeto por todos. Agregando concreción, puede puntualizarse que al imponerse obligaciones accesorias a los derechos reales, que continúan con ellos en manos de nuevos adquirentes, se puede llegar a entorpecer la libre circulación de los bienes. Se añade su carácter excepcional, ya que lo normal es que los contratos sólo obliguen a los contratantes y no a terceros que no han intervenido.

Incluso, se ha propuesto que podría admitirse la libre creación a condición de que se diseñe un mecanismo de publicidad que advierta suficientemente a los terceros —potenciales adquirentes del derecho real— que tal derecho va acompañado de cierta obligación que habrán de cumplir (lo cual es especialmente factible en los derechos inmuebles, por la existencia del Registro y, puede agregarse, aun sobre aquellos muebles que también se registran).²⁹⁴

En suma, como características de esta clase de obligaciones pueden mencionarse las siguientes:

- a) Son accesorias a un derecho real (aquí el término accesorio se emplea en el sentido de complemento y no de aseguramiento). La existencia y vicisitudes de la obligación dependen de la existencia y vicisitudes del derecho real. Por lo mismo, la extinción del derecho real determina la extinción de la obligación *propter rem* conexa a él.
- b) El sujeto pasivo se determina por la titularidad (aun de hecho) de un derecho real.
- c) El deudor tiene la facultad de liberarse de la prestación mediante la renuncia o el abandono del derecho real relacionado con ella.
- d) El traspaso (en transmisión *mortis causa* y por acto entre vivos) del derecho real trae consigo el de la obligación. Este traspaso se efectúa con dos particularidades: se prescinde de la voluntad del acreedor; y no se requiere especial manifestación de voluntad dirigida al traspaso de la obligación, bastando la voluntad en el del derecho real. En cuanto a la suerte de la prestación o parte de ella,

²⁹³ Hay sí algunos autores, como De Juglart y Claps, quienes estiman que la responsabilidad está limitada a la cosa o al derecho respectivo. El primero lo entiende así cuando el deudor dispone del efecto liberatorio del abandono o renuncia; el segundo siempre, porque en el conjunto derecho real-obligación *propter rem* parece ver un patrimonio especial (v. las obras citadas al mencionar estas obligaciones con motivo de la distinción entre derechos real y personal).

²⁹⁴ Se llega también a discutir la posibilidad de alterar mediante convención entre particulares los efectos que ya se tienen por normales de esta clase de obligaciones. Por ej., la posibilidad de eliminar, por convenio, la facultad del deudor de liberarse de la prestación mediante el abandono o renuncia del derecho que lo vincula.

adeudada hasta el instante del cambio, hay discusión doctrinaria (y suele simplemente omitirse el tratamiento del punto). Parece predominar la postura de que no es asumida por el nuevo titular.²⁹⁵

e) La magnitud de la prestación tiene un límite predeterminado, que se encuentra en la magnitud del derecho real al que accede, al cual no puede absorber íntegramente.²⁹⁵

En el derecho chileno pueden mencionarse algunas situaciones que podrían constituir obligación *propter rem* o, al menos, la evocar. Por ej., las contenidas en los arts. 2309 (obligación de cada comunero de contribuir a las reparaciones de la cosa común), 858 (obligación de cada vecino de contribuir al cerramiento), 797 (obligación del usufructuario de pagar al nudo propietario el interés por el dinero invertido por éste en reparaciones mayores de la cosa fructuaria).²⁹⁶

8. OBLIGACIONES DE OBJETO UNICO Y DE OBJETO MULTIPLE

Atendiendo al número de objetos que constituyen la prestación, las obligaciones pueden ser: de objeto único y de objeto múltiple. Y entre éstas se distinguen: obligaciones acumulativas, alternativas y facultativas.²⁹⁶

El Código no regula esta clasificación integralmente en un solo cuerpo normativo, ni la establece formalmente; segmentadamente, destinó dos títulos a ella, uno para cada uno de los dos últimos ítemes (tít. VI "De las obligaciones alternativas", arts. 1499 y sgts. y tít. VII, "De las obligaciones facultativas", arts. 1505 y sgts.).

Obligación de objeto único es aquella en la cual lo debido es una cosa. De objeto múltiple, aquella en la cual lo debido son dos o más.

Lo normal es que las obligaciones tengan objeto único.

Conviene advertir que la obligación de objeto único sigue siendo de esta clase cuando recae sobre un conjunto, pero considera-

do como única entidad, conformando una universalidad de hecho (como cuando versa sobre una biblioteca, un rebaño).

A. OBLIGACIÓN ACUMULATIVA

Es aquella en la cual la prestación está compuesta por varias cosas, en términos de que deben ejecutarse todas.

Nótese que aquí se trata de una obligación.

Cuando se deben varias cosas, ha de examinarse cuidadosamente si se está en presencia de varias obligaciones (cada una con objeto único) o de una obligación con pluralidad de objetos (acumulativa). La posibilidad de confundir se va fraguando cuando van confluyendo diversos factores: una misma fuente, los mismos sujetos, cada uno en la misma posición (acreedor y deudor), la misma categoría de prestaciones (dar, hacer o no hacer). Así, por ejemplo, en un solo contrato, un sujeto puede quedar obligado para con otro a dar dos cosas, o a hacer dos cosas o a dos abstenciones (incluso, es concebible una sola obligación, con objeto múltiple, acumulativa, en la cual confluyan prestaciones de dar, hacer y no hacer algo). Parece que en cada caso la solución se va a encontrar, aparte del tenor del acuerdo, en la naturaleza de la prestación y de las cosas de que se trata (así, si Pedro debe dar dos cosas a Juan, se tiende a concluir en una obligación, más que si debe darle una cosa y hacerle otra; y si Pedro debe dar a Juan una mesa y una silla, se tiende a concluir en que se trata de una obligación más que si debe darle una mesa y un camión).

Por cierto, es importante la conclusión. Si se trata de una obligación (acumulativa), mientras no se den todas las cosas no se ha cumplido la obligación, en tanto que si se trata de varias obligaciones, al dar una cosa la obligación respectiva está cumplida, y así sucesivamente.

Más aún, como es regla muy general que el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago por partes (arts. 1569 y especialmente 1591), en la acumulativa deben darse todas las cosas conjuntamente; con simultaneidad, configurándose una indivisibilidad del pago; y la divisibilidad, en cuya virtud se irán dando separada o paulatinamente, ha de admitirse solamente como resultado de las diferentes características de las cosas debidas, del diferente lugar en que se encuentren o en que deban ser entregadas y de otras circunstancias equivalentes, que permitan suponer una intención de las partes de

²⁹⁵ V. también lo sumariamente dicho al tratar la distinción entre derechos reales y personales y su frontera, en el cual la obligación *propter rem* aparece como uno de los conceptos que la debilitan. Allí también se hizo referencia a otras dos figuras semejantes: la "carga real" y el "derecho real *in faciendo*".

²⁹⁶ En esta clasificación y en la subclasificación originada en su segundo ítem existe una dispersidad de nombres. Así, en la primera se emplean otros términos, como "unidad" y "pluralidad" de objeto; en la segunda, a las acumulativas se les suele también llamar "de simple objeto múltiple" o "conjuntas" o "conjuntivas", y a las alternativas, "disyuntivas".

que el pago se efectuará separadamente (v. al respecto el art. 1594, que considera "diferentes deudas", lo que también podría considerarse una deuda con varios pagos periódicos).

B. 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" (art. 1499).

Aunque sus precedentes se encuentran en Roma (en fragmentos del *Digesto*), su desarrollo parece haberse iniciado durante la Glosa, hasta llegar a su plenitud en la pandectística (en el siglo XIX, con el desarrollo del conceptualismo, que, como ha observado alguna doctrina, encontraba aquí un campo propicio).

Su función económica —que resulta especialmente interesante como para al menos aludirle—, tal como frecuentemente ocurre, ha ido cambiando según las circunstancias. Se ha afirmado que originariamente se empleaba para permitir la elección al acreedor en el comercio de esclavos, y luego también como una garantía de cumplimiento de la obligación (configurando una especie de "solidaridad real").

Modernamente, en la sola posibilidad de elegir se encuentra un atractivo (para el contratante elector) que impulsa su desarrollo en variadas circunstancias. La titularidad de la elección constituye un elemento estimulante en la contratación de estas obligaciones. La posibilidad de elegir permite contratar cuando, por diversos factores, la voluntad no se ha decidido aun completamente y se mantiene la vacilación entre varias posibilidades. Es cierto que la promesa o alguna otra variedad de contrato preparatorio cumple también una función semejante, pero la obligación alternativa presenta la ventaja de que aquí ya se tiene un contrato definitivamente celebrado, lo que confiere más seguridad. Al menos en algunas ocasiones se preferirá esta obligación, cuando la alternativa menos deseada se estime preferible a no contratar o a sólo celebrar un precontrato.

Asimismo, la obligación alternativa puede ser empleada (principalmente por el contratante elector) en operaciones económicas especulativas, en las cuales durante el tiempo que transcurre entre el nacimiento de la obligación y la elección pueden provocarse cambios en los valores de las prestaciones, de los cuales aquél puede obtener provecho.

Por otra parte, la presencia de varias alternativas de objeto importa también mayores posibilidades de permanencia del vínculo

porque ante la imposibilidad de ejecución (por deterioro o pérdida de una cosa), está la otra u otras; incluso, aunque la pérdida sea culpable, está la ventaja de pedir otra, que puede ser más satisfactorio que pedir indemnización.

Estas ventajas pueden aprovecharse también en la contratación masiva. Al deudor —generalmente el contratante poderoso— le interesa el amplio volumen, y puede estimular a los consumidores ofreciéndoles alternativas. Así acontece, por ejemplo, en viajes de turismo (a distintas comarcas dentro de una zona mayor), en el transporte de personas en zonas turísticas (que permiten diversos recorridos), en contratos de suministros (con diversas tarifas según formas de ejecutarlo), etc.

Como características pueden mencionarse las siguientes:

a) La elección es del deudor, salvo pacto en contrario (art. 1500, inc. final).²⁹⁷⁻²⁹⁸ Como la voluntad puede manifestarse de diversas formas (expresamente, tácitamente y aun mediante el silencio con requisitos), cualquiera de ellas basta para que quede configurado el pacto; lo pedido es pacto, no necesariamente expreso.

b) Los varios objetos son debidos bajo la condición de que sean elegidos para el pago. La obligación no es condicional, pero sí el carácter de debidas de las cosas es condicional; son debidas bajo la condición de que sean elegidas para el pago. Así, mientras no se elija, todas las cosas están debidas, todas están *in obligatione*. Efectuada la elección, respecto de las que no son elegidas es como si nunca hubieren sido debidas y la obligación se hubiere referido siempre únicamente a la elegida.²⁹⁹⁻³⁰⁰

²⁹⁷ Es regla muy universal, y se entiende que proviene del principio de que, en caso de duda, las estipulaciones se interpretan en favor del deudor. Cfr. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. 4, N° 426, p. 442.

²⁹⁸ Se ha propuesto que también puede pactarse que la elección quede entregada a la cooperación de las partes.

²⁹⁹ Puede advertirse que en los países en los cuales se ha optado por el régimen de transferencia del dominio mediante el solo título (Francia, por ejemplo), la doctrina tiene en estas obligaciones la tarea de responder a la pregunta de cuándo ha quedado transferida la propiedad.

³⁰⁰ La doctrina extranjera ha discutido con bastante atención la naturaleza jurídica de esta obligación, proponiéndose diversas respuestas (que pasan a ser llamadas —sobredimensionadamente— "doctrinas" o "teorías"). Como suele ocurrir, algunas intentan incluirla en otras categorías, y otras le conceden independencia (existencia autónoma). En otro sentido, algunas enfatizan el momento original, concibiéndola con pluralidad de prestaciones, y otras, el del cumplimiento, concibiéndola con unidad de prestación. Así, por ej., las doctrinas de las varias obligaciones condicionales, de las varias obligaciones modales, etc. Ac-

c) El derecho (y la acción respectiva) es mueble o inmueble, según lo sea la cosa elegida para el pago (arts. 1499 y 580).

d) Los objetos mantienen siempre su individualidad y no pueden mezclarse para el cumplimiento (art. 1500 inc. 1°; esta norma armoniza con los principios de unidad e integridad del pago, consagrado en los arts. 1569, especialmente inc. 2°, y 1591).

e) Se ha resuelto que no es necesaria, porque la ley no lo exige, una equivalencia entre las diversas cosas debidas.³⁰¹

Efectos

1. Cuando la elección es del deudor

Son los siguientes:

a) En este supuesto más la definición de esta clase de obligaciones, el efecto substancial básico es que el deudor debe elegir una de las cosas y cumplir con ella.

b) El acreedor tiene limitada su acción (art. 1501, el cual —es evidente— no constituye excepción al art. 1569 inc. 2°).

Constituye la natural contrapartida del punto anterior.

c) El deber de conservación del deudor es restringido (art. 1502 inc. 1°).

Se sabe que cuando la obligación es de dar y se refiere a dar una especie o cuerpo cierto, el deudor debe conservarlo hasta la entrega (art. 1548). Pero en las alternativas hay varias cosas, y entonces es natural la interrogante si debe conservarlas todas. Cuando la elección es del deudor, como es él el que elige con la que va a cumplir, es lógico que se le exija conservar sólo una (su actitud mental será una de éstas: la que conserva será la que va a elegir o la que elige será la que va a conservar).

d) Si hay pluralidad de deudores, la elección deben efectuarla de consuno (art. 1526 N° 6, que la consagra como un caso de indivisibilidad de pago) (el Código no avanza en este punto. Si la obligación es exigible y el acuerdo no se produce, tendrán que

tualmente parece tener destacada aceptación una noción unitaria, que la considera como una obligación perfecta desde su nacimiento, con una prestación única, integrada por varias posibilidades concretas, de modo que la concentración no elimina otras prestaciones, sino que sólo dirime la duda entre las varias posibilidades de concreción.

³⁰¹ Así, G.T. de 1878, N° 351, p. 159.

ser demandados. Y queda la duda si lo pedido será que el juez elija por los deudores, o desequilibre una igualdad de preferencias).

2. Cuando la elección es del acreedor

Son los siguientes:

a) En este supuesto más la definición de esta clase de obligaciones, el efecto substancial básico es que el acreedor debe elegir una de las cosas y con ella ha de cumplir el deudor.

b) El deber de conservación del deudor es amplio. Debe conservar todas las cosas que alternativamente debe (art. 1502 inc. 2°). Es explicable porque sólo así se puede hacer realidad el derecho de elegir que corresponde al acreedor.

c) Si hay pluralidad de acreedores, la elección deben efectuarla de consuno (art. 1526 N° 6, que la consagra como un caso de indivisibilidad de pago) (mientras no elijan, la consecuencia es que no podrán demandar el cumplimiento. Si la obligación del deudor no tenía plazo —ni expreso ni tácito— sólo quedará en mora cuando lo demanden —conforme al art. 1551—, para lo cual los acreedores tendrán que previamente elegir; y si tenía plazo, aun después de vencido el plazo el deudor puede sostener que no está en mora, porque los acreedores no han elegido y, por tanto, no puede cumplir; puede proponer que su mora está purgada por la de la otra parte —conforme al art. 1552— o que se encuentra en imposibilidad transitoria de cumplimiento).³⁰²

Efectos de la pérdida de las cosas alternativamente debidas

Los arts. 1502 inc. 2°, 1503 y 1504 tratan de la pérdida de las cosas que alternativamente se deben. En general, confirman las normas comunes. Pero deben efectuarse algunos distinguos, por demás muy justificados, que dejan al punto con cierta complejidad. Debe distinguirse por diversos factores que caracterizan la pérdida, aplicada a esta especie de obligaciones: la envergadura (total o parcial), la imputabilidad (fortuita o culpable) y la titularidad de la elección (del deudor o del acreedor).

1) Pérdida total

³⁰² Expresión que se puede incluir en un modo de extinguir las obligaciones que la doctrina denomina "imposibilidad de cumplimiento", que nuestro Código consagra en la fórmula de apariencia inconvenientemente restrictora de "pérdida de la cosa que se debe". Por cierto, se trata en el capítulo de los modos de extinguir las obligaciones.

Si todas las cosas se pierden fortuitamente, se extingue la obligación (art. 1504, inc. 1°).³⁰³

Si se pierden por culpa del deudor, éste queda obligado al precio de una de las cosas (de la que elija quien tenía el derecho a elegir para el cumplimiento) y a la indemnización de perjuicios (art. 1504 inc. 2°).

2) Pérdida parcial

Si una o varias de las cosas se pierden fortuitamente, subsiste la obligación aplicada a las otras (art. 1503).³⁰⁴

Si una o varias se pierden por culpa del deudor y la elección correspondía a él, elegirá cumplir con alguna de las que subsistan, y

³⁰³ Nótese que nada dispone el Código acerca de lo que ocurre en tal situación con la obligación (si la hay) de la contraparte. Tendría que aplicarse la regla general que en materia de riesgos se contiene en el art. 1550 (el cual consagra el poco apropiado principio de que la cosa perece para el acreedor (*res perit creditori*) en lugar de que la cosa perece para su dueño (*res perit domine*), y que se tratará en un capítulo posterior). Aplicando esa norma, la obligación de la contraparte subsiste y debe, pues cumplirla; así se realizará el principio de que la cosa pereció para el acreedor de ella porque él no recibirá la cosa y sí deberá cumplir su obligación convenida como contrapartida. Los manuales de doctrina nacional en general no tratan el punto. Un autor aplica esta regla a propósito de las obligaciones facultativas y no aquí, con el siguiente fundamento: en las facultativas debe aplicarse el art. 1550 porque allí el Código dice que el acreedor "no tiene derecho para pedir cosa alguna" (art. 1506) y no dice que "se extingue la obligación", como lo dice en el art. 1504; al decir que se extingue la obligación —dice—, la contraparte nada debe, en cambio en las facultativas, al decir "no tiene derecho a pedir cosa alguna", la obligación de la contraparte persiste, por aplicación del art. 1550 (Fueyo, Fernando. *Derecho Civil*, cit. T. I, p. 178).

Discrepamos. Estimamos que en ambos casos debe aplicarse el art. 1550, que es la regla general en materia de riesgos. Diciendo en el art. 1504 que "se extingue la obligación" y en el art. 1506 que el acreedor "no tiene derecho a pedir cosa alguna" igualmente se está decidiendo lo que ocurre con el deudor de la cosa siniestrada: queda liberado. Pero en ambas normas se omite un pronunciamiento sobre lo que ocurre con la obligación (recíproca) de la contraparte. Por lo mismo, tanto en una como en otra, surge la vigencia supletoria del art. 1550.

³⁰⁴ Cuando el Código se pone en la situación de que una de las cosas "no podía ser objeto" se refiere a defectos de la cosa en cuanto susceptible de ser objeto de obligación. Si se exige que se declare la nulidad por esa circunstancia para que la regla se aplique (en el sentido de que se siguen debiendo las otras) tendrá que tratarse de nulidad parcial, porque si se declara la nulidad total, nada se deberá. El problema podría presentarse, por ej., cuando siendo la elección del acreedor, éste demande justamente la cosa que "no podía ser objeto de la obligación"; entonces, el deudor opondrá esta excepción. En ese caso, el juez podría declararlo así, que esa cosa no podía ser objeto de la obligación, y el acreedor vería rechazada su demanda, pero podría demandar otra; y para evitar la dilación podría demandar, de una vez, la primera y, en subsidio, la segunda.

así evita pagar indemnización.³⁰⁵ Si la elección era del acreedor, éste puede pedir, a su arbitrio, alguna de las subsistentes o el valor de una de las destruidas más la indemnización (art. 1502, inc. 2°).³⁰⁶⁻³⁰⁷

Puede verse que en la aplicación de estas reglas la envergadura de la pérdida (total o parcial) se califica examinando el conjunto y no cada cosa particularmente. Es decir, si del conjunto se destruyó una o varias, hay pérdida parcial, prescindiéndose de la envergadura del deterioro de cada cosa. Sea que una cosa se destruya total o parcialmente, el conjunto se ha destruido parcialmente. La pérdida parcial de una de las cosas equivale a su pérdida total, porque esa destrucción parcial impide cumplir con ella.

Observaciones generales

a) Puede apreciarse que en la obligación alternativa, como que hay una sola obligación, existe una sola prestación, pero que tiene varias posibilidades de concreción. Es por lo que puede decirse que tiene una relativa indeterminación del objeto (relativa porque hay varias posibilidades, bien determinadas, y dentro de ellas no se sabe cuál se ejecutará), lo que importa una incertidumbre provisoria.

b) No se ve inconveniente para que a la indeterminación natural de estas obligaciones se añada otra, derivada del contenido de una prestación, como es la referencia genérica. Así, por ejemplo, la obligación puede consistir en dar cierta mesa o tres bueyes; dos caballos o dos bueyes. En otros términos, se puede yuxtaponer la obligación alternativa con la de género.

c) Tampoco se requiere alguna semejanza entre las alternativas; objetivamente pueden ser profundamente heterogéneas. Incluso cuando al definir las el art. 1499 emplea el término "cosas", tal vez debe entenderse en un amplio sentido, que incluye a los hechos³⁰⁸ y aun a las abstenciones.³⁰⁹ Debe reconocerse sí que las re-

³⁰⁵ Teóricamente tiene la posibilidad de expresar que había elegido la que se perdió por su culpa, y que, por tanto, pagará su valor, pero en tal caso deberá pagar también la indemnización, por el perjuicio que pueda sufrir el acreedor al recibir el valor de una cosa en lugar de una cosa.

³⁰⁶ El Código emplea el término "precio", que es propio de la compraventa; debe entenderse en el sentido de valor.

³⁰⁷ La doctrina suele ver en éste un ejemplo de un derecho absoluto, en el ejercicio del cual, por tanto, no sería admisible la moderación que introduce la denominada teoría del "abuso del derecho" o, mejor llamada, de "negación del abuso del derecho".

³⁰⁸ En este sentido, Alessandri, Arturo. Ob. cit., p. 207; Fueyo, Fernando: *Derecho Civil*, cit. T. I, p. 173.

³⁰⁹ En este sentido, Fueyo, Fernando: *Derecho Civil*, cit. T. I, p. 173.

glas de los arts. 1502 y sgts. se notan dirigidas a obligaciones de dar y, más aún, de dar cosas corporales.

d) En ellas aparecen dos extremos de interés en los que conviene fijar la atención: el de cuáles son las alternativas (que parece ser el más notorio) y el de quién elegirá (que puede pasar más inadvertido).

f) En cuanto a la elección:

Este capítulo presenta variadas cuestiones específicas, muchas interesantes. El Código omitió reglas al respecto (muchos contienen algunas, pero son tantas las que pueden generarse, que tampoco se puede pedir que todas sean legalmente abordadas; ni es necesario).

Se trata de una opción, que suele calificarse de derecho potestativo o de formación, en cuanto provoca una modificación jurídica.³¹⁰ No tiene la virtud de crear una relación jurídica (como si ocurre, por ejemplo, con el retracto), sino sólo de modificar una existente. Estando incluido en una relación que ya existe, al mismo tiempo que puede elegir, debe hacerlo y, según las circunstancias, al titular se le puede exigir que lo haga.

Ya se dijo a quién corresponde como regla general y la forma del pacto en contrario. También cómo se ha de proceder en caso de pluralidad de sujetos.

Puede efectuarse (expresamente) mediante una declaración emitida en tal sentido o (tácitamente) mediante una actitud inequívoca (si la elección es del deudor, cumpliendo u ofreciendo cumplir con una de las cosas; si es del acreedor, demandando una o aceptando un pago que espontáneamente le efectúa el deudor). La declaración puede emitirse en cualquier tiempo después de pactada la obligación y antes del cumplimiento. Puede efectuarse tan cerca del cumplimiento, que no quede prácticamente espacio de tiempo entre ambas actividades (elegir y cumplir), aunque siempre, racionalmente, la elección precede al cumplimiento.

Este derecho a elegir se ejercita mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia; para su eficacia se necesita el conocimiento del destinatario, pero no su consentimiento.³¹¹

³¹⁰ Debe recordarse que el "derecho potestativo" actualmente constituye toda una categoría dentro de la teoría general del derecho subjetivo; su estudio, por cierto, no corresponde en esta ocasión, pero al comienzo formulamos una síntesis.

³¹¹ Es ilustrativo el art. 1163 del nuevo CC peruano, según el cual "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".

Se ha propuesto que si se incurre en mora de elegir, el juez puede conferir la elección a la otra parte o elegir él.³¹²

Estrictamente, la elección viene a separar las dos fases de la obligación alternativa: la primera, en que existe aquella indeterminación relativa del objeto, y la segunda, en que se está en la absoluta determinación.

Este derecho a elección es transmisible a los herederos.

También es concebible su transferencia (por acto entre vivos) en la cesión de créditos y en la asunción de deudas (como en Chile esta última es discutida y generalmente negada, habrá que decir, "si es posible"). La transferencia del solo derecho a elegir, por un acto entre el titular y el adquirente, no es aceptable, porque ese acto implica entregarlo a un tercero, lo cual requiere de un acuerdo entre acreedor y deudor.

La elección produce lo que alguna doctrina denomina "concentración", por la cual se determina cuál de las alternativas debidas pasa a convertirse en la única debida.

Se ha discutido si la elección es revocable. No obstante la existencia de algunos antecedentes históricos que en ciertas circunstancias reconocen el llamado *ius variandi* (cuando la elección corresponde al deudor) parece preferible concluir en la irrevocabilidad (sin perjuicio de poder anular una elección en la que se padeció de error de hecho o que adolece de cualquier otro defecto conducente a nulidad). Cuando uno elige, el otro ya cuenta con esa elección y puede iniciar su preparación para los efectos: si la elección es del deudor y elige, el acreedor comienza a prepararse para recibir lo elegido y cuenta con ese objeto; si la elección es del acreedor y elige, el deudor comienza a prepararse para ejecutar la prestación. Es claro que —salvo que se haya convenido una elección con cierta antelación— el titular de la elección

El comentarista de la edición de este Código, señor Guzmán Ferrer, anota en este precepto un interesante alcance sobre la irretroactividad de la elección, que este texto consagra a diferencia del Código anterior (de 1936), decisión que el comparte; como nosotros.

³¹² V. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. 4, N° 426, pp. 443-4, con cita de doctrina. Puede verse también la detenida regulación que del punto efectúan el CC alemán (art. 264) y el CC italiano (art. 1287). V. también los arts. 1162 y 1144 (al cual se remite el primero) del CC peruano.

Esa actitud puede adoptarse también cuando la elección se retarda por falta de acuerdo de los varios acreedores o deudores o de sus varios herederos, sin que el juez necesariamente tenga que seguir la opinión de la mayoría.

puede evitar todo compromiso guardándose de declarar su elección hasta el último momento. Si la elección es del deudor, al tiempo de cumplir elige y cumple. Si es del acreedor, al tiempo de ser exigible, elige y reclama el objeto elegido. Entonces, el problema podrá plantearse cuando se ha impuesto una elección anticipada o cuando sin estar obligado a ello, de hecho se elige anticipadamente. Incluso más, puede dudarse también desde cuándo la elección es irrevocable, si desde que se acepta, o, antes, desde que se notifica, o, aun antes, desde que se emite.³¹³

En cuanto a la intervención de un tercero, ante el silencio del Código parece no haber inconveniente en que las partes entreguen la elección a un tercero.³¹⁴

En todo caso, si la elección se mantiene en una de las partes, (que será lo normal), esta categoría de obligaciones presenta una alteración a las reglas generales del pago. Conforme al art. 1572 del CC, un tercero puede pagar por el deudor; pues bien, si se trata de una obligación alternativa en que la elección es del deudor, un tercero no podría pagar por él mientras él no elija; menos será posible si la elección es del acreedor (a menos que el tercero cumpla con la que aquél elige).

El tema de la aplicación de la elección en el tiempo (si es o no retroactiva) ha sido también discutido en la doctrina.³¹⁵

³¹³ Entre nosotros, don Luis Claro Solar estimaba que la elección solamente queda irrevocable cuando la acepta el que no es titular de ella. Ob. cit. T. V. N° 300, p. 320. Parece que esta solución se afincaba antiguamente en el valor de novación que se asignaba a la elección, la cual necesitaba, así, de la aceptación del otro contratante. Estamos con Giorgi: desde que se notifica (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. 4, N° 431, p. 446. En páginas siguientes este autor trata también un problema relacionado con la retroactividad de la elección: la elección es del acreedor, antes de la elección el deudor enajena una de las cosas; más tarde el acreedor elige esa cosa, ¿puede reivindicarla contra el tercero?

³¹⁴ Se entiende que cuando la elección es entregada a un tercero, la obligación toma los caracteres de una obligación condicional y se rige por sus reglas. Así, Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. 4, N° 426, p. 442, con cita de doctrina y la salvedad de Ricci.

³¹⁵ Por cierto, se plantea con mayor agudeza en las legislaciones en las cuales el dominio se traslada por el solo contrato. Parece predominar la irretroactividad, con las explicaciones de que es el momento de la elección el instante en que se determina el derecho y por no estar hasta entonces conformada la prestación solutoria. Destacadamente, el CC alemán dispone la retroactividad de la elección hasta el momento en que la obligación se constituyó (art. 263 inc. 2°).

También puede plantearse el punto de la elección en obligaciones alternativas con prestaciones periódicas. Como principio, parece apropiado tomar como base la primera elección. El nuevo CC peruano al respecto dispone que "la elec-

C. OBLIGACIÓN FACULTATIVA

"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" (art. 1505).

La denominación, por lo demás bien difundida, es criticada, porque puede dar a entender que el vínculo es facultativo, contradiciendo la noción de obligación. Por eso suele emplearse la más explicativa expresión "obligación con facultad de sustitución".

Su origen también se encuentra en el derecho romano.³¹⁶

Puede verse que aquí hay un solo objeto debido, pero el deudor tiene aquella facultad que viene a constituir su rasgo distintivo (un solo objeto está *in obligatione*; el otro está *in facultate solutionis*). Por esto es que los autores discrepan al tiempo de atribuirle una calificación categórica como de objeto único o múltiple, aunque parece predominar lo primero.³¹⁷ Incluso, se ha propuesto que es una obligación de objeto múltiple, pero sólo para el deudor.³¹⁸ En todo caso, siempre es tratada junto a la alternativa, tradición justificada por la semejanza con ella, especialmente cuando en la alternativa la elección es del deudor.

Por lo mismo, el derecho (y la acción respectiva) será mueble o inmueble según lo sea la cosa debida, sin que importe en la cali-

ción 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" (art. 1164). Más antecedentes en De la Cuesta, José: "Las obligaciones alternativas", en *Rev. de Derecho Privado*, enero 1984, pp. 3 y sgts. (para el punto de la retroactividad de la elección, p. 24).

³¹⁶ Se relatan situaciones (de comprensión discutida entre los romanistas) como la obligación de indemnizar el daño causado por un animal, la cual se podía pagar entregando el animal productor del daño; la del delito causado por un hijo o por un esclavo, en la cual el padre o dueño estaba obligado a entregar al delincuente, pero podía liberarse de dicha obligación asumiendo la responsabilidad derivada del delito (y entonces, si el delincuente moría -la obligación principal se hacía imposible-, el padre o amo quedaba liberado). Más antecedentes en Martínez-Pereda, José: "Las obligaciones facultativas en el derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, Madrid, 1972, pp. 475 y sgts.

³¹⁷ Y por lo mismo hay quienes optan por considerarla en una situación intermedia (por ej., Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. III, p. 101).

³¹⁸ Aquí hay una alteración a la regla del art. 1569 inc. 2°, pero que nadie puede objetar, porque así se estableció al crearse la obligación.

ficación la naturaleza de la cosa con la que se termine pagando (arts. 1505 y 580).³¹⁹

La prestación facultativa, al igual que la principal, puede tener cualquier objeto (dar, hacer, no hacer; puede ser simple o compuesta, divisible o indivisible, específica o genérica, etc.; incluso, puede estar constituida por varias prestaciones).³²⁰⁻³²¹

En cuanto a los efectos, las particularidades se deben, precisamente, a su destacada característica.

1. El acreedor sólo puede demandar el objeto señalado como debido (art. 1506).³²²

2. En cuanto a la pérdida de la cosa debida:

a) Si es fortuita y ocurre antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor "no tiene derecho para pedir cosa alguna" (aunque subsista la cosa con la cual el deudor estaba facultado a pagar art. 1506).³²³⁻³²⁴

b) Si es por culpa del deudor o acaece después de estar el deudor constituido en mora, el Código omite norma. Parece razonable con-

cluir, aun en esa situación, que el acreedor no puede demandar la otra cosa.³²⁵ Pero sí puede, conforme a las reglas generales, demandar indemnización de perjuicios.³²⁶ Por su parte, es muy probable que en tal situación el deudor hará uso de su facultad y pagará con la otra cosa (con la designada), liberándose así de toda responsabilidad.³²⁷⁻³²⁸

Por último, el Código consagra una regla favorable a la eficacia de los actos creadores de obligaciones y en definitiva al acreedor (art. 1507). Se ha entendido que la facultativa importa una modalidad de la obligación, lo cual también justifica la citada regla.³²⁹⁻³³⁰

Para destacar los rasgos de cada una conviene confrontar la obligación facultativa con la alternativa.

La semejanza radica en que ambas pertenecen al género de obligaciones con pluralidad de objetos.

Pueden señalarse las siguientes diferencias:

a) En la obligación alternativa hay pluralidad de objetos para ambos sujetos, en cambio en la facultativa la hay sólo para el deudor.

³¹⁹ En este mismo sentido, Alessandri, Arturo. Ob. cit., p. 211; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 379, p. 321.

³²⁰ Avanzando en esta amplitud, suele agregarse que la facultad de sustituir puede referirse también a las modalidades o circunstancias de la ejecución, como optar entre pago al contado o en cuotas periódicas con intereses, entre uno y otro lugar, etc.

Si bien no se ve inconveniente en admitir estas posibilidades de opción que pueden añadirse a una obligación cualquiera, el concepto de obligación facultativa se refiere más bien a la posibilidad de sustituir "la prestación" debida "por otra".

³²¹ Como aplicaciones, la doctrina la menciona en los testamentos, en los cuales el testador suele instituir un legado, facultando a los herederos para que lo sustituyan por otra cosa o por dinero (si la cosa legada es especialmente estimada por ellos). Algunos autores mencionan también —con origen legal— las situaciones de la lesión enorme (v. nuestro art. 1890) y la del tercero que adquiere la finca hipotecada, quien, en lugar de pagar la deuda caucionada, puede liberarse abandonando la finca; pero estas situaciones son muy discutibles como configuradoras de esta especie de obligaciones.

³²² Sólo como ejercicio y relación de normas puede proponerse que cuando el deudor paga con la otra si quiere, respecto de ella no puede haber obligación, si se insistiere (siempre en un plano de ejercicio), habría que concluir que sería nula, porque se trataría de una obligación contraída bajo una condición potestativa que depende de la sola voluntad de la persona que se obliga, cobrando aplicación el art. 1478 inc. 1°.

³²³ Se ha sostenido (sin agregar fundamento) que si el deudor voluntariamente paga con otra, no estaría pagando una obligación natural (lo que implica concluir que podría pedir restitución), reconociéndose que el punto es discutible (Alessandri, Arturo. Ob. cit., p. 211).

³²⁴ La pérdida puede ser física o jurídica; esta última tiene lugar cuando después de constituida la obligación, una ley prohíbe celebrar actos sobre ese objeto.

³²⁵ Así se ha resuelto; G.T. de 1936, 2° sem., N° 106, p. 408.

³²⁶ Pero podría sostenerse que el deudor queda liberado, aunque esté en mora, si demuestra que la cosa habría igualmente perecido estando en poder del acreedor.

³²⁷ La doctrina (extranjera) ha discutido acerca de cuándo se perfecciona la opción del deudor: a) Se ha sostenido que sólo al momento del pago, porque la obligación facultativa autoriza al deudor para sustituir el objeto del pago, no el objeto debido, por lo que es necesario que haya pago para que haya legítimo ejercicio de la opción. b) En contra, se ha estimado que también podría optar antes, mediante una manifestación de voluntad en tal sentido, comunicada al acreedor. En fin, se ha introducido una distinción: la manifestación de voluntad sería idonea para desistir de la prestación facultativa, pero no para alterar el objeto debido, es decir, para dejar como debida a la prestación facultativa; el objeto debido se mudaría por esa declaración del deudor de pagar con la otra cosa. A su vez, esta última solución es objetada porque se dirigiría más bien a la renuncia anticipada de emplear en su momento la opción y no al perfeccionamiento de la opción que es de lo que aquí se trata. v. Llambías, Jorge; Raffo, Patricio, y Sassot, Rafael: *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Edit. Perrot, Buenos Aires, 1987, 8ª edición, p. 279.

³²⁸ La doctrina, especialmente alemana, se ha ocupado de la posibilidad de que la facultad se entregue al acreedor. Hay quienes entienden que la obligación deviene en alternativa. Pero también se ha advertido que surge una diferencia con ella: en materia de riesgos; si la cosa debida perece fortuitamente, aquí el acreedor no podría pedir la otra prestación, pues la obligación se ha extinguido.

³²⁹ Así, Stutchkin, David. Ob. cit. T. I, p. 38.

³³⁰ Entre estas obligaciones con objeto múltiple y otras categorías, como las obligaciones de género, la dación en pago y la cláusula penal, pueden surgir dudas de calificación. Hay fallos que demuestran la dificultad. Por ej., los de G.T. de 1936, 2° sem., N° 106, p. 408, y *RDJ*, T. 48, secc. 1ª, p. 62.

b) En la alternativa el acreedor no puede pedir determinadamente cosa alguna, salvo que la elección sea suya, en cambio en la facultativa el acreedor puede pedir determinadamente sólo la cosa debida.

c) En la alternativa la elección puede ser del acreedor o del deudor, en cambio en la facultativa la elección es siempre del deudor.

d) El derecho en la obligación alternativa (y la acción respectiva) será mueble o inmueble según lo sea la cosa finalmente elegida (y lo será—se ha dicho—retroactivamente desde que la obligación se contrajo),³³¹ en cambio en la facultativa lo será según la única cosa debida.

e) En la alternativa, perdida fortuitamente una o más cosas, la obligación permanece mientras quede una de las alternativamente debidas, en cambio en la facultativa la pérdida fortuita de la única cosa debida extingue la obligación (lo mismo ocurre si una de las cosas, o la cosa debida, no podían ser objeto de obligación).

9. OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

Esta es otra clasificación de doctrina relativamente reciente. La utilidad clarificante que justifica en general a las clasificaciones se presenta destacadamente en ésta.

La proposición inicial se debe a Demogue,³³² enriquecida con aportes posteriores, por ej., de Frossard, Tunc, Mengoni y también

³³¹ En este mismo sentido, Fueyo, Fernando: *Derecho Civil*, cit., T. I, p. 179.

Pero ya se ha dicho que la retroactividad de la elección es discutible.

³³² Demogue, René: *Traité des obligations en général*. Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, T. V.

Pero, como siempre ocurre, se mencionan precedentes en Roma; también en el antiguo derecho francés y en Domat; y en doctrina italiana y sobre todo alemana, de poco antes de su formulación por Demogue.

En cuanto al nombre, ha habido algunas dispersiones. Originalmente, Demogue empleó el primer término en singular ("de medio y de resultado"); luego se fue imponiendo en plural ("de medios y de resultado"); y ha solido emplearse la expresión "obligaciones generales de prudencia y diligencia y obligaciones determinadas" y, en fin, "obligaciones de diligencia y de resultado". Por otra parte, se ha reprobado que una obligación pueda ser descrita con un objeto "general", porque siempre debe tener uno determinado o determinable; y que tenga como objeto la "diligencia" porque la diligencia no es en sí un comportamiento, sino un modo de comportarse, una manera de ejecutar una prestación, no la prestación en sí misma. Y se propone, en reemplazo, la denominación de "obligación de comportamiento", que de paso resulta más adecuada que "obligación de medio", ya que el deudor en ella no se obliga a emplear mecánicamente los medios considerados más idóneos, sino se obliga a emplearlos con la debida diligencia y pericia y a desarrollar cualquier otra actividad complementaria tendiente al fin.

débilitada por diversas críticas, al punto de que, en general, el inicial entusiasmo³³³ fue declinando hasta dejarla en un estado de amplia difusión, pero de variada o desigual recepción. En otro sentido, como planteamiento general parece ser bastante aceptada en los países europeos cuyo derecho nosotros habitualmente consideramos, con reconocimiento jurisprudencial incluido,³³⁴ pero se mantiene permanente discusión en algunos extremos, especialmente en cuanto a su ámbito de aplicación.³³⁵

Se entiende por obligación de medio aquella cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado al acreedor.

Se entiende por obligación de resultado aquella en la cual el deudor se obliga a proporcionar, en forma directa e inmediata, la satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado, el cual integra la prestación.

En la obligación de medio, es una actividad o cierto comportamiento lo que constituye la substancia de la prestación. El resultado no está *in obligatione*, no forma parte directa de la prestación;

³³³ Encabezado principalmente por autores franceses y mostrado, entre otras formas, en que ha sido calificada como una nueva "*summa divisio*" (división máxima suprema) de las obligaciones, equivalente a la trascendental distinción en obligaciones contractuales y extracontractuales. Ello no obstante que se tiene entendido que Demogue la habría concebido sólo como un argumento en favor de la existencia de una general unidad de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual).

³³⁴ Algunos fallos interesantes de la jurisprudencia española pueden verse en Jordano Fraga, Francisco: "Obligaciones de medios y de resultado" (A propósito de alguna jurisprudencia reciente), en *Anuario de Derecho Civil*. T. 44, fasc. I. Madrid, 1991, pp. 5 y sgts. (especialmente p. 21, nota 32). V. también los principios de *droit*, que emplea la clasificación.

³³⁵ Por ej., se sigue discutiendo si se aplica solamente a las obligaciones contractuales o también a las extracontractuales. Se ha sostenido que en el ámbito extracontractual, en el que la generalidad de las situaciones presenta obligaciones de medio, es posible también que surjan de resultado, como la que incumbe al sujeto de una obligación de guarda (la que en Chile la doctrina denomina "responsabilidad del guardián", contenida en los arts. 2320 y sgts. del CC; en ella, el incumplimiento del guardián—hecho generador de la responsabilidad—quedaría probado estableciendo la existencia del daño, que no ha sido evitado por él). También se postula, sin plena certeza, de que donde la clasificación logra su mejor aplicación es en las de hacer; las de dar y no hacer generalmente son de resultado (v. parámetros puntos, Lobato Gómez, J. Miguel: "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", en *Anuario de Derecho Civil*. T. 45. Madrid, 1992, pp. 651 y sgts.; especialmente pp. 690 y sgts.).

decimos "directa", porque su presencia en la constitución de la obligación es necesaria en cuanto es el que otorga dirección a la actividad comprometida y permitirá evaluar su cumplimiento. En cambio, en la de resultado, éste está *in obligatione* y, por tanto, su cumplimiento dependerá de su producción; dependerá de si se produce o no³³⁶ (ejemplo de obligación de medio es la del médico al tratar una enfermedad de un paciente; y de obligación de resultado, la de transportar una mercancía).

Puede verse que esta clasificación se formula en atención a la substancia de la prestación, a la naturaleza de su objeto; y encuentra su mayor aplicación en las obligaciones de hacer (llegándose a sostener que las de dar y las de no hacer son siempre obligaciones de resultado). Y se considera fundamentalmente útil para explicar algunas diferencias en el régimen jurídico de la responsabilidad contractual (en la definición o precisión del incumplimiento o hecho generador de la responsabilidad, en la determinación de su prueba y aun en la exigencia del elemento culpa; así, por ej., mientras en una categoría debe establecerse la negligencia del deudor porque éste se obligó solamente a cierto comportamiento del cual es necesario establecer que se desvió, en la otra debe establecerse la falta del resultado prometido).

Las críticas han sido variadas; entre ellas pueden mencionarse:

a) Que, en examen más detenido, todas las obligaciones apuntan a un resultado, y en las denominadas de medio ese resultado es más estrecho; siempre la prestación tiende a satisfacer un interés del acreedor (no se concibe un medio hacia nada), de modo que en las de medio, el resultado se restringe al intento. Y así, por ej., en la obligación del médico, ambos, paciente y enfermo, se encaminan a la curación, al punto que si la curación se produce, no hay responsabilidad, aunque los medios empleados sean inadecuados. Por otra parte, toda obligación de medio supone al menos unos resultados intermedios (por ej., en la del médico, efectuar una intervención quirúrgica, prescribir un tratamiento, efectuar un examen) y así, la obligación llamada de medio no sería más que una sucesión de obligaciones de resultado.

³³⁶ No debe identificarse la obligación de dar con la de resultado. Son semejantes, pero la última supera a la primera. La de resultado puede referirse a dar una cosa, pero también a un hecho o situación que se crea, o a la producción de una cosa hasta ahora inexistente. Por ej., transportar una cosa o persona, construir un muro.

b) En el otro extremo se ha sostenido que toda obligación supone el empleo de ciertos medios, medios de ejecución, de manera que en definitiva toda obligación es de medio; un resultado no se puede obtener mientras no se desarrolle un determinado comportamiento; toda obligación siempre requiere de una conducta diligente del deudor, que permite calificarla de obligación de medio.

c) Por otra parte, muchos contratos implican, simultáneamente, obligaciones de ambas clases. Por ej., el médico se obliga a cierto comportamiento para curar y, al mismo tiempo, a emplear cierto instrumento o a efectuar cierta prueba; el abogado se obliga a prestar ciertos servicios con diligencia, sin prometer un resultado, pero está sujeto a una obligación de resultado en cuanto a la realización, dentro de cierto plazo, de ciertas actuaciones procesales.

Estas objeciones (al menos éstas) no parecen muy consistentes. Desde luego, la presencia de obligaciones de ambas clases en un mismo contrato no constituye defecto alguno. Se trata de obligaciones distintas, porque son distintas las prestaciones requeridas. En cuanto a que en las de resultado siempre hay una actividad o comportamiento para llegar a él, es cierto, pero en las de resultado no se piensa en los medios, sino en el resultado, el cual constituye el objeto directo de la obligación. También es cierto que al contratar las partes tienen siempre en cuenta un resultado, pero no hay inconveniente en excluirlo de la obligación; entonces, a veces el resultado está *in obligatione* y es lo requerido y otras ese resultado es solamente esperado, y se asume que puede producirse o no, con carácter aleatorio, como consecuencia de un comportamiento diligente. Así, en el contrato de servicios médicos, lo que se exige al médico no es la curación, sino la utilización diligente y correcta de los medios, que en el estado actual de la ciencia, de las técnicas y del ambiente en el que se desenvuelve la obligación, se consideran los más apropiados para la mejoría del paciente. Y en cuanto a la situación de que si hay mejoría del paciente con medios inapropiados o empleados sin la debida diligencia no hay responsabilidad, ello no es porque la obligación no fue incumplida; fue incumplida; lo que ocurre es que no hay responsabilidad porque no hay perjuicio.

En suma, puede aceptarse que hay inconveniente terminológico y que puede expresarse que siempre hay un resultado, pero el contenido de ese resultado es bien distinto en una y otra clase. En la de medio es un comportamiento diligente y en la de resultado —se ha dicho— es una alteración de la realidad física.

También se ha intentado convencer de que una de las dos categorías constituiría la regla general, y se han propuesto algunos criterios para que en los casos concretos una obligación pueda ser calificada como de una u otra categoría.

En cuanto al primer punto, se ha pretendido que las obligaciones de resultado son la regla general, considerando que son las más numerosas y que habitualmente las de medio son establecidas excepcionalmente por la ley o mediante disposición contractual expresa, pero la afirmación no ha logrado consolidarse, precisamente por la falta de comprobación efectiva de esos fundamentos.

En cuanto al segundo, como criterios para la distinción se han propuesto: a) la determinación de la voluntad de las partes; b) la ley; c) la naturaleza de la prestación; d) consideraciones de equidad. Para el examen de la naturaleza de la prestación se tiene considerado que son indicios de obligación de medio: 1º) el carácter aleatorio que pueda detectarse en la prestación; y 2º) el rol activo que en la ejecución de la prestación juega el acreedor (lo cual indicaría de su parte una asunción de riesgos que trae la ejecución), en tanto que una actitud suya absolutamente pasiva, impotente para sustraerse de las condiciones que va imponiendo el deudor, es signo de obligación de resultado.³³⁷ e) También se ha destacado como influyente el grado de precisión de la prestación prometida; su descripción con contornos precisos, en sus facetas jurídica y material, es también signo de obligación de resultado, en tanto que si se describe difusamente quedando el deudor con una amplia libertad de acción para la ejecución, es muestra de obligación de medio. f) También favorecerían la calificación de obligación de medio la gratuidad (en las obligaciones contractuales). g) Y las particulares dificultades de la actividad que el deudor debe desarrollar. En definitiva no se ha logrado imponer un criterio abstracto único para la calificación y lo más apropiado es conjugarlos frente a la situación concreta.

Desde otro punto de vista, frente a la infinita variedad de prestaciones y a la dificultad de calificar muchas obligaciones en una u otra categoría, se ha llegado a flexibilizar la distinción, introduciendo matices dentro de cada una, e incluso a proponer subcategorías.

³³⁷ Y se menciona, como ejemplo, la situación de los esquiadores, quienes usan ciertos medios mecánicos para ascender, que por sus características suponen una participación de su parte, con lo cual obligan a quien los explota sólo a una obligación de medio; en cambio, la situación del viajero en tren, que abandona su arbitrio y autonomía al otro contratante, impondría una obligación de resultado.

Así, en las de medio se puede observar una variedad que oscila entre algunas de cierta indulgencia para el comportamiento del deudor hasta otras de máxima severidad, que mueven a la duda si no se tratará de obligaciones de resultado. Por otra parte, en las de resultado se ha intentado subdistinguir la de resultado ordinaria, que cesa ante el caso fortuito, y la de resultado absoluta, en la cual el deudor permanece obligado aun ante el caso fortuito (como la de pagar una suma de dinero o la de entregar una cosa determinada sólo genéricamente).³³⁸ Por otra parte, no se ve inconveniente en que la convención de las partes agrave o atenúe la estrictez de la obligación de resultado.

Las obligaciones de medio, por su naturaleza, admiten una amplia graduación, según el grado de diligencia que deba desplegar el deudor al ejecutar la prestación y que dependerá de diversos factores, como la convención y las circunstancias de personas, tiempo y lugar, en las que se desenvuelve la obligación. Estas circunstancias concretas aparecen en toda su influencia en las típicas obligaciones de medio, como son las de prestaciones de servicios profesionales y generalmente en las derivadas del mandato.

Como ya se ha dicho, la principal función que se ha atribuido a la distinción se refiere al régimen de responsabilidad y, particularmente, a la determinación del incumplimiento de la obligación (o hecho generador de la responsabilidad).

Desde luego, en ambas el hecho generador de la responsabilidad es el incumplimiento. Pero para precisar qué se entiende por incumplimiento, o cuándo se incumple, es para lo que surge la utilidad de la distinción. La de resultado está incumplida cuando el deudor no ha proporcionado al acreedor el resultado al que se comprometió. En la obligación de medio la situación es más compleja. Como principio, la obligación está incumplida cuando el deudor no se ha comportado con la diligencia debida. Aquí la complicación surge cuando se trata de precisar cuál es ese comportamiento debido (no corresponde avanzar aquí en este terreno; pertenece al capítulo del efecto de las obligaciones, que se trata más adelante).³³⁹

³³⁸ Pero, en realidad, parece que lo que ocurre en las llamadas absolutas no es que esté excluido el caso fortuito, sino que es imposible o difícil que el caso fortuito llegue a aplicarse. En el ejemplo, porque "el género no perece".

³³⁹ El problema consistirá en determinar el grado de culpa del que responde y los caracteres de su apreciación (si la diligencia exigida será la de un modelo—como el buen padre de familia—o la que resulte de una apreciación en concreto, en base a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar).

A este respecto (y tratando conjuntamente los temas de incumplimiento y culpa), en la doctrina extranjera surgen discusiones debido principalmente a los textos legales de los respectivos países. Así, en las de medio se ha discutido si es el acreedor quien debe probar que el deudor fue negligente o es el deudor quien debe probar que él fue diligente (todo debido a que en ellas el deudor se obligó sólo a desarrollar una actividad con diligencia), en tanto que en las de resultado basta probar que el resultado no se produjo y eso hace presumir la culpa del deudor. Incluso, se ha sostenido que en las obligaciones de resultado queda configurada una responsabilidad sin culpa (objetiva); establecida la ausencia del resultado prometido, surge la responsabilidad del deudor (con prescindencia de que haya sido culpable o diligente); sólo que no fatalmente, porque él podría exonerarse probando que la falta de resultado se debió a una causa extraña para él inevitable.³⁴⁰

Para abordar la materia en el derecho chileno, es útil distinguir la prueba del incumplimiento y la de la culpa.

Para la prueba del incumplimiento conviene considerar estos dos elementos de juicio:

a) Por una parte, el art. 1698 de nuestro CC, conforme al cual la existencia de la obligación debe ser probada por el que la alega y la extinción de la obligación debe ser probada por el que la alega.

b) Por otra, en el derecho nacional se viene considerando al cumplimiento (ejecución de la prestación, pago) como una causal de extinción de la obligación, con lo cual, técnicamente, la prueba del cumplimiento cae en la segunda parte de la regla probatoria del art. 1698; el cumplimiento (extinción) de la obligación debe ser probado por el que lo alega.

Con lo dicho resulta que:

En la obligación de medio, si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor el que debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido).

En la obligación de resultado, si el acreedor alega que el resultado no se produjo (que el deudor incumplió) y el deudor alega

que el resultado se produjo (que cumplió), es el deudor el que debe probar que el resultado se produjo, en los términos en los que se convino, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de obtener el resultado.

En suma, en ambos casos es el deudor quien tiene el peso de la prueba; sólo que el contenido de la prueba es distinto.

Nótese que esas conclusiones se refieren al cumplimiento o incumplimiento (al llamado hecho generador de la responsabilidad). Capítulo aparte es el relativo a la imputabilidad, es decir, a la existencia y prueba de la culpa como elemento de la responsabilidad (alternativo del dolo). Lo que ocurre es que en la obligación de medio este elemento viene a identificarse con el incumplimiento.

Abordando el punto de la prueba de la culpa, debe recordarse que en Chile se entiende que en la responsabilidad contractual, establecido el incumplimiento, la culpa se presume (por lo dispuesto en el art. 1547 inc. 3° del CC). Entonces, con esta regla, entre nosotros la conclusión es que la distinción entre obligación de medio y de resultado no tiene conflicto con la citada regla probatoria de culpa: en ambas, sea de medio o de resultado, la culpa se presume, y quien alegue diligencia (el acreedor) debe probarlo. Sólo queda una diferencia de consecuencia final: si la obligación es de medio, y se prueba la diligencia, al probar diligencia el deudor, quedó definitivamente liberado, porque al probar diligencia eliminó la culpa y junto con ello probó el cumplimiento. En cambio si la obligación es de resultado, si el deudor prueba diligencia, es decir, ausencia de culpa, y está establecido que el resultado no se ha producido, es decir, que hay incumplimiento, al probar la ausencia de culpa en el derecho chileno no está claro si ello libera al deudor. Con este planteamiento, desde luego estamos aminorando un problema existente en el derecho nacional: el de si la ausencia de culpa (sin caso fortuito) libera o no al deudor. Lo estamos restringiendo y, por tanto, resolviendo parcialmente, del siguiente modo: si la obligación es de medio, es claro que la ausencia de culpa libera al deudor (porque con ello demuestra que cumplió); si la obligación es de resultado, es admisible la duda (y así, el problema lo vemos reducido a esta categoría de obligaciones; la solución o, al menos, los términos del debate, se verán más adelante, al tratar los efectos de las obligaciones). Por último, recuérdese aquel postulado doctrinario conforme al cual en la obligación de resultado la responsabilidad prescinde de la culpa; para nuestro conflicto (de si la ausencia de culpa libera o no al deudor, en la

³⁴⁰ V. al respecto Larroumet, Christian: *Teoría general del contrato*. Trad. de Jorge Guerrero. Edit. Temis, Bogotá, 1999, vol. I, N° 51 y sgts., pp. 37 y sgts.

obligación de resultado), por cierto esa afirmación fortalece la solución de que la sola ausencia de culpa no libera al deudor.

Desde otro punto de vista, si en la obligación de medio el deudor no prueba diligencia, queda como incumplidor e imputable. Si la obligación es de resultado, y quedó establecido el incumplimiento, el deudor todavía puede quedar liberado demostrando caso fortuito (y, discutiblemente, ausencia de culpa) (esta diferencia se produce porque en la obligación de medio incumplimiento y culpa se acercan hasta prácticamente identificarse).³⁴¹

10. OBLIGACIONES ESPECIFICAS Y GENERICAS

La obligación de dinero

Esta clasificación se formula atendiendo a la determinación del objeto.

Como se sabe, el objeto debe estar determinado o, al menos, debe ser determinable; puede consistir en un género, pero con cantidad (10 manzanas); y ésta también puede ser determinable (las manzanas que quepan en tal cajón) (art. 1461).

Entonces, más exactamente, es el *grado de determinación* del objeto de la obligación lo que decide su calificación como de especie o de género.

La determinación del objeto se justifica por diversas explicaciones. a) Desde luego, si es indeterminado (se vende trigo), sobrevendrá una dificultad y, más aún, imposibilidad en el cumplimiento. b) Por otra parte, jurídicamente infunde, a lo menos, sospecha de falta de seriedad de la voluntad en orden a obligarse. c) Por último, la noción de obligación cumple la función de posibilitar o comprometer la satisfacción de necesidades humanas, rol que no cumpliría si no hay determinación del objeto, porque ni el deudor estará seguro de que podrá cumplir ni el acreedor estará seguro

de que obtendrá lo que necesita (¿cuánto trigo implicará la obligación: un grano, mil toneladas?).

Los conceptos parecen simples. Habitualmente se entiende por obligación de especie aquella en que lo debido es una o más especies determinadas de cierto género (para lo cual debe describirse suficientemente) (este perro, el cual se describe); y obligación de género, aquella "en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado" (art. 1508) (un perro).

Pero la determinación del género es graduable. Partiendo del más estrecho de los géneros posibles (supóngase que sea: un galgo blanco) se puede ir avanzando por el camino de los géneros hasta llegar a cierto grado en que podría dudarse si el objeto está determinado. Ya un considerando que siempre debe consignarse cantidad (un galgo, dos perros, tres mamíferos, un animal, dos seres vivos...). En todo caso, en la práctica pueden presentarse dudas, que generalmente se reducen a un problema de interpretación del contrato.³⁴²

La opinión más frecuente en la doctrina es que si el género es muy amplio, el objeto estaría indeterminado (aunque se le agregue cantidad; suele darse, como ejemplo, la venta de 3 animales). Y no precisan (y es difícil) cuál es el grado de amplitud hasta el que sería jurídicamente tolerable. En la misma dirección, don Luis Claro Solar avanza algo en este punto: "El género ilimitado, en absoluto, no permitiría la formación de la obligación, porque comprendería individuos sin valor cierto; así, en la convención de entregar un animal, o aun con menos vaguedad un vertebrado, un mamífero, la obligación no tendrá valor".³⁴³ No compartimos del todo este planteamiento. El grado de amplitud del género lo concebimos muy elevado. Son conceptos distintos la amplitud y la vaguedad. Un género puede ser muy amplio, pero no vago; a la inversa, puede ser restringido y vago. Y lo

³⁴¹ Además de las obras ya citadas puede verse: Yzquierdo Tolsada, Mariano: *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Teoría general. Edit. Reus. Madrid, 1989. Plancqueel, André: "Obligations de moyens, obligations de résultat", en *Revue trimestrielle de Droit Civil*. Paris, 1972, pp. 334 y sgts. Con opinión discrepante entre nosotros, sobre el punto de la prueba, puede verse García González, Alejandro: *Responsabilidad civil contractual* (obligaciones de medio y de resultado). Edit. Conosur, Santiago, 2002; Cabanillas Sánchez, Antonio: *Las obligaciones de actuación y de resultado*. Edit. Bosch, Barcelona, 1993.

³⁴² Al respecto es ilustrativo el caso que debió resolver, el Tribunal Supremo alemán: un agricultor se obligó a entregar diariamente cierta cantidad de leche a un comerciante. Sobrevino una epidemia y los animales de su fundo no alcanzaron a proporcionar la cantidad de leche acordada. El comerciante pretendió que el agricultor debía obtener de otros productores el faltante para cumplir íntegramente. Interpretando el contrato el Tribunal estimó que el pacto se refería sólo a la leche proveniente de la explotación del agricultor (de modo que en el faltante quedaba liberado).

En todo caso, la cosa que sea objeto de la prestación genérica debe ser extraída del género; si lo comprende totalmente, entonces la obligación es de especie (por ej., todas las copas de cierta vitrina).

³⁴³ Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 346, p. 348.

objetable es la vaguedad, no la amplitud. El ejemplo del vertebrado nos parece útil para explicar la discrepancia. Si se conviene en dar un cuadrúpedo grande, allí hay vaguedad, porque es muy impreciso el adjetivo grande. No hay reproche por lo amplio (es más restringido que vertebrado), sino por lo vago. Si se conviene entregar un vertebrado, podrá ser muy amplio, pero es un género determinado; la zoología puede responder con bastante precisión cuáles seres vivos quedan comprendidos en esa categoría y, entonces, se cumplirá entregando cualquiera (de calidad mediana). En caso de duda, el juez resolverá teniendo presente las justificaciones para exigir la determinación del objeto, antes enunciadas (en el ejemplo, tal vez para una finalidad docente o de investigación, el acreedor puede necesitar 3 vertebrados, o 3 mamíferos, etc., y le basta que sean vertebrados, sin importarle cuáles dentro de la enorme variedad existente).

Conviene reparar en que aunque el Código destinó un título especial (el VIII del libro IV) a las de género, son las de especie las efectivamente reguladas, ya que la generalidad de las normas sobre clases y efectos de las obligaciones están construidas considerando que lo debido es un cuerpo cierto. El referido título VIII sólo contiene tres preceptos (arts. 1508 a 1510; aunque deben tenerse presente también algunos otros, como los arts. 1114 y sgts. sobre el llamado legado de género).

Aquí (solamente) recordamos la observación formulada al comienzo (en la parte general) acerca de la conveniencia de actualizar el Código en este capítulo, justamente para dedicar mayor regulación a las obligaciones genéricas, que han ido adquiriendo destacada importancia, por el desarrollo del tráfico económico masivo.

La clasificación presenta interés en temas como el deber del deudor de conservación de la cosa debida y en la aplicación del modo de extinguir obligaciones que el Código llama "pérdida de la cosa que se debe" (más propiamente denominado "imposibilidad de ejecución").

a) Si es de especie, debe pagarse exactamente con ella; no con otra, aunque sea de igual o mayor valor, y en el debido estado (arts. 1569, 1590); y siendo varios los deudores, surge entre ellos una indivisibilidad de pago (art. 1526 N° 2). Si es de género, el deudor elige (generalmente), pudiendo pagar con cualquiera, con tal que sea de calidad a lo menos mediana (art. 1509).

b) Por lo mismo, si la obligación es de *dar* una especie, lleva consigo la de *conservarla* hasta la entrega (art. 1548) (es lógico, atendido el carácter de irremplazable que tiene el cuerpo cierto).

En síntesis, el art. 1548 dispone que la obligación de dar contiene la obligación de entregar y si lo debido es una especie, contiene además la de conservarla hasta la entrega. Puede verse que la redacción induce a pensar que este deber de conservar existe sólo cuando la de entregar una especie deriva de una de dar (por ej., en la venta) y no cuando va sola (por ej., en el arriendo). Pero es enteramente lógico aplicarlo en ambas situaciones. Entonces, si la obligación es de dar una especie, debe darse, entregarse y conservarse hasta la entrega; si es de entregar una especie, debe entregarse y conservarse hasta la entrega.

La conservación implica custodia jurídica y material. Por tanto, el deudor la infringe cuando enajena la cosa, o constituye sobre ella un derecho real limitado o respecto de ella un derecho personal, que impida o dificulte el posterior disfrute por el acreedor. Y también cuando materialmente la destruye, deteriora o altera en algún sentido que vaya a afectar aquel disfrute. En todo caso, estas infracciones pueden deberse a hechos o a omisiones. Por cierto, en todo aquello deberán considerarse los términos en que se contrajo la obligación.

En la conservación debe emplearse el *debido* cuidado (art. 1549). El debido cuidado es el que corresponda según la clase de contrato (art. 1547). Y es el deudor quien debe probar que fue cuidadoso, y en el grado en que debe serlo. Producido el incumplimiento, se le presume negligente (arts. 1547, 1671).

Producido el incumplimiento (el deudor no la entrega o la entrega en condiciones inferiores a lo convenido), si el deudor se excusa aduciendo caso fortuito, debe probarlo (arts. 1547, 1674), y probado, queda liberado (arts. 1547 inc. 2° y 1670 y sgts. a contrario sensu), salvo excepciones. Si sin existir caso fortuito aduce que fue cuidadoso, el Código expresamente también le impone la prueba: debe probar su diligencia (arts. 1547 inc. 3° y 1671 a contrario sensu), pero no hay regla expresa que en tal situación lo libere. Y esta falta de norma entre nosotros ha conducido a una intensa discusión (ya antes aludida): si la *ausencia de culpa* libera o no al deudor. Según dijimos, estimamos que para la solución debe relacionarse el punto con la clasificación de obligaciones en de medio y de resultado (más adelante, cuando en los efectos de las obligaciones se traten precisamente las causales de inimputabilidad, abordará completamente esta importante controversia).

Por otra parte este tema, propio de las obligaciones de especie, es conocido con diversas expresiones ("conservación" de la

cosa; "pérdida y deterioros"; "pérdida total y parcial"; "destrucción total y parcial"). Puede ser examinada en diversos capítulos de la disciplina, como se verá a continuación.

Los principales textos son:

- a) El art. 1550 (base de la llamada teoría del riesgo, que establece una regla general y excepciones);
- b) El art. 1590 (en el pago);
- c) Los arts. 1670 y sgts. (que tratan del modo de extinguir las obligaciones llamado en nuestro Código "pérdida de la cosa que se debe").

d) Además, las normas especiales consignadas en algunos contratos en particular (que aumentan las excepciones al art. 1550): por ej.: arrendamiento (art. 1950), confección de obra material (arts. 1996 y 2000).

e) Y las de algunas modalidades (por ej., art. 1486, sobre obligaciones condicionales, con problema de alcance; y compraventa y permuta condicionales, arts. 1820 y 1900).

Quedan, en fin, a salvo las estipulaciones de las partes.

Si la obligación es de género, el deudor no tiene el deber de conservación ni, por lo mismo, se aplica el modo de extinguir por pérdida de la cosa debida; no tiene vigencia, pues, al menos en principio, el problema del riesgo, ya que "el género no perezca" (*genus nunquam perit*) (art. 1510).

Estimamos que esa afirmación, con forma de adagio, no debe ser entendida con absoluta certeza. Es preferible proponer que el género normalmente no perezca. Es difícil que perezca. Pero puede ocurrir, especialmente cuando por el contrato se ha estrechado el género, exigiendo numerosas características (por ej., se acuerda entregar diez botellas de vino de tal marca, de tal tipo y de tal año). Además, puede presentarse la situación señaladamente en la actualidad, respecto del avance en la extinción masiva de ciertos sectores de la flora y la fauna, y es bien difundida la expresión "especie (en el sentido de grupo definido) en peligro de extinción". Allí aumentan las posibilidades de que todas las especies perezcan: Entonces podrían aplicarse por analogía las reglas dadas para la obligación de especie (ver art. 1821; también arts. 142 y 143 del C. de C. para la compraventa mercantil). El Código admite implícitamente la posibilidad de que perezca todo el género, (cuando en el art. 1510 expresa "mientras subsistan otras...") (nótese que en tales situaciones podrá aplicarse el modo de extinguir "pérdida de la cosa que se debe", pero eso no significa necesariamente que el

deudor quede liberado; pudiera ocurrir que, extinguiéndose la obligación por ese modo, quede sin embargo obligado a indemnizar; por ej., si incurrió en culpa dejando perecer las especies; el punto ya es materia del capítulo de la responsabilidad contractual, que se tratará más adelante).

Cuando el género tiene pocos individuos, puede surgir duda si se trata de una obligación de género o alternativa. Y es importante dirimirla, por los diversos efectos que cada una produce. Desde luego, en la alternativa, cuando elige el deudor podría elegir la cosa peor, en cambio en la de género, debe elegir una de calidad no menos mediana. Se trata, en definitiva, de un problema de interpretación del contrato.

En la elección se aplica, en general, lo ya dicho para la opción en las alternativas, con las debidas adaptaciones.

Puede ser expresa o tácita.

La doctrina (extranjera) ha discutido cuándo ya está irrevocablemente hecha, lo cual también tiene importancia (por ej., para el riesgo de la cosa). Se han sostenido diversas soluciones: cuando el deudor ha "apartado" la cosa para más tarde entregarla; cuando la entrega efectivamente; cuando la parte que elige *declara* que tal cosa será y la otra lo *acepta*; cuando la parte que elige *declara* que tal cosa será y tal declaración la pone en *conocimiento* de la otra. Esta última parece predominar.³⁴⁴ Con ella, hasta el instante en que la elección se pone en conocimiento de la otra parte, el elector puede retractarse, cambiando de elección (para la compraventa, ténase presente el art. 1821).

Se produce elección espontánea o automática cuando perecen todas las especies del género, menos una.

Aunque habitualmente esta clasificación es aplicada en obligaciones de dar, estimamos que es aplicable también a las de hacer (por ej., el deudor puede obligarse a cantar, o a cantar cierta canción en determinadas condiciones y circunstancias; y esto sin perjuicio de que las de hacer son generalmente obligaciones *in personam*).

³⁴⁴ Es cierto que luego de que la elección es puesta en conocimiento de la otra parte, ésta pueda impugnarla ante el juez, con lo que hasta ese momento aparece como provisoria, pero esa circunstancia no afecta a la bondad de la tesis. En efecto, si el juez la declara ajustada a derecho, por el efecto declarativo del fallo, habrá de tenerse por efectuada cuando se puso en conocimiento de la otra parte, y si la reprueba, tendrá que efectuarse una nueva elección.

La especificidad de la obligación puede derivar de la naturaleza del objeto (por ej., se vende el campanil de la ciudad); o de los términos como se pacta (cierto computador que se individualiza, aunque hay muchos iguales debido a su fabricación en serie).

Las obligaciones genéricas generalmente recaen sobre cosas fungibles, pero no siempre. La fungibilidad (objetiva) deriva de la naturaleza de las cosas, en tanto que las genéricas más bien de los términos en que se incorpora la cosa a la obligación. Y así, por ej., los objetos que produce cierta máquina pueden no ser fungibles (fabrica insignias y cucharas), pero puede convenirse —como obligación de género— que se den diez de los objetos que produce dicha máquina; otro ejemplo: se debe dar un cuadro (cualquiera) de cierto pintor; y aun este otro, que extiende el que podríamos llamar originario concepto de género: se debe dar cualquier objeto (un lápiz, un anillo, una mesa) que haya pertenecido a cierto personaje. Por esto es que el concepto objetivo de género (como lo entenderían las ciencias naturales o la filosofía) no coincide exactamente con el concepto jurídico; el concepto jurídico sólo se aproxima al que podría llamarse genuino concepto de género.

Por otra parte, esta observación conduce a acercar a las obligaciones de género a las alternativas, pero tampoco deben confundirse. La pertenencia al género confiere *homogeneidad* a la obligación de género; y esto aunque se trate de cosas no fungibles, en las que la base es más bien el modo de incorporarse a la obligación (como en el reciente ejemplo de la máquina; insignias y cucharas tienen el rasgo común de provenir de la misma máquina), en tanto que en las alternativas esa unidad puede ser inexistente o, en todo caso, más lejana (como si se debe cierto automóvil o cinco millones de pesos).

Finalmente, no es simple lo que debe entenderse por calidad mediana. Desde luego, debe definirse qué ha de entenderse por "calidad", porque el término puede dirigirse a diversas bondades de la cosa. Por ej., un objeto puede estar construido de un metal más valioso que otro, pero éste puede contar con un mejor trabajo artístico que el primero. Cuál factor es el que debe destacarse (el de valor del mercado, el artístico, el histórico) puede ser discutido. Otros valores, como el artístico o el histórico, cuando se presentan, habitualmente influyen en el valor económico, con lo cual frecuentemente la discusión se reducirá a éste, pero puede no ocurrir así. Será el juez quien debe resolverlo, considerando lo que las

partes tuvieron en vista. En definitiva, se tratará, una vez más, de un problema de interpretación del contrato.

Ubicados en el criterio puramente económico, matemáticamente la calidad "mediana" se determina asignando un valor a cada objeto del género, luego sumándolos y por último dividiéndolos por el número de individuos. Pero es muy probable que ninguno de los individuos tenga exactamente el valor promedio; y, aunque haya uno; no parece armónico con la naturaleza de la obligación de género el que deba entregarse sólo ése, o el más cercano al promedio. Lo razonable es admitir que pueda ser cualquiera de los cercanos al promedio, y, en caso de discusión, el juez decidirá. Y ha de servirse de elementos como que el cumplimiento debe efectuarse de buena fe y, por lo mismo, hay que suponer que al convenirse la obligación se pretendía satisfacer una necesidad del acreedor, de modo que la cosa debe serle útil.

¿Y quién elige? En la doctrina prevalece la respuesta de que el deudor, salvo pacto en contrario (en el se puede convenir que elegirá el acreedor o un tercero que se designe). Primero, porque es principio el no hacer la obligación más gravosa para el deudor (*favor debitoris*), principio que es especialmente aplicable aquí, en que el acreedor tiene la ventaja de que no hay imposibilidad de ejecución o es muy poco probable que se presente. Segundo, porque tal es la regla en las alternativas; su semejanza justifica la analogía. El Código chileno no responde expresamente, pero lo da a entender del mismo modo (arts. 1509 y 1510).

Eligiendo el deudor, puede éste enajenar o destruir muchas especies del género, mientras subsistan otras (art. 1510). Pero debe tener cuidado. En efecto, en géneros muy restringidos, puede ocurrir que él destruya o enajene cosas, quedando aun menos para cumplir y, a última hora, la única o las pocas que dejó, pudieran destruirse fortuitamente; entonces él alegará caso fortuito para liberarse, pero el acreedor pudiera pedir indemnización sosteniendo que debe responder, porque adoptó una actitud temeraria que implica —dirá— falta de cuidado, al dejar tan pocas para cumplir.

Si se pacta que elige el acreedor, entonces el deudor debe cuidarlas todas, hasta que la elección se efectúe.

En cuanto al tiempo, salvo pacto en otro sentido, si la elección corresponde al deudor, puede hacerlo en cualquier tiempo, antes de la mora; desde entonces, el acreedor podrá pedir autorización al juez para efectuarla o que la efectúe éste. Si la elección corres-

ponde al acreedor, podrá hacerla desde que la obligación se haga exigible.³⁴⁵⁻³⁴⁶

Pudiera ocurrir que el deudor cumpla con una cosa creyendo que ésa es la debida (cree que la obligación es de especie). En tal caso es justificado que pueda dejar sin efecto ese pago, para proceder a elegir otra cosa dentro del género debido, de calidad al menos mediana. Deberá probar su error. De no ser así, si lo que había pagado pertenecía al género, ha de entenderse que eligió aquella y en esas circunstancias no puede revocar su elección, y si lo que había pagado no pertenecía al género, habiéndolo aceptado el acreedor, ha de entenderse que se produjo una dación en pago, que tampoco podría dejar sin efecto unilateralmente.³⁴⁷

Las *obligaciones de dinero*, por las muchas particularidades de éstas, conforman una categoría especial de obligaciones de género. Se tratarán tratadas más adelante.

³⁴⁵ Cfr. Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., p. 231.

³⁴⁶ Es discutido (desde Roma) si es necesario o no que la cosa finalmente entregada haya podido ser objeto de la obligación al momento de contraerse. Por ejemplo, A es dueño de cierto caballo. En esa situación, pacta con B que éste le entregará un caballo. Más tarde, A enajena su caballo, que llega a adquirirlo B. Al cumplir, B le entrega aquel mismo caballo (al tiempo de contraerse la obligación, ese caballo no podía ser objeto de la obligación, porque a ese tiempo era de A, quien no podía comprar válidamente cosa propia). El debate puede verse en Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 350, p. 349.

³⁴⁷ Cfr. Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., p. 232. Otros antecedentes en Sánchez Calero, Francisco: "Las obligaciones genéricas", en *Rev. de Derecho Privado* Madrid, 1980, junio, pp. 644 y sgts.