

«Genus nunquam perit»*

JORGE CAFFARENA LAPORTA

SUMARIO: Introducción.—«Genus nunquam perit»: alcance del aforismo en el estado actual de la doctrina.—Primera parte. Derecho romano. Derecho común y antecedentes en el Derecho español.—Segunda parte. I. Relaciones obligatorias unilaterales de carácter restitutorio: El mutuo. II. Relaciones obligatorias unilaterales no restitutorias. III. Relaciones obligatorias bilaterales: La compraventa genérica.

INTRODUCCION

El tema que a continuación se examina, el de la imposibilidad y riesgo en las obligaciones genéricas, no puede comprenderse con toda claridad, en nuestra opinión, a la luz tan sólo del Derecho actualmente vigente. El análisis de la evolución histórica sufrida por la cuestión aporta sin duda interesantes datos que pueden ayudar de manera decisiva para encontrar la regulación de este tema hoy. Por otra parte, creemos también que un estudio de esta cuestión de la obligación genérica como de todas las cuestiones que pertenecen a las partes generales del Derecho civil, debe hacerse en íntima conexión con el de las partes especiales, en este caso con el de aquellas instituciones en cuyo ámbito se producen obligaciones de este tipo. No tendría ningún sentido hacer una construcción de la obligación genérica que no se correspondiera, por ejemplo, ni con el régimen de una compraventa genérica, ni con el del mutuo, ni con el de un legado genérico. Y si así se hiciera parece claro que estaríamos «obligados» a explicar la falta de correspondencia existente, el porqué debe apartarse la regulación de estas figuras típicas de otros supuestos pensables que pudieran dar lugar a obligaciones genéricas, y que al no gozar de un régimen normativo expreso tendrían que seguir ese régimen general de las obligaciones genéricas. Y ello sería difícil, sobre todo si se piensa que precisamente aquellas partes generales nacieron como una abstracción de aquellas figuras más típicas.

* Este trabajo constituyó en su día una parte de mi tesina. Fue reelaborado en Frankfurt a. M. durante el curso 1980-81 gracias a una beca de la Fundación Juan March.

Estas preocupaciones, sucintamente expuestas, han motivado y quizá sirven para justificar la exposición que sigue a continuación.

En ella se comienza por exponer el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, con referencias al Derecho comparado, muy especialmente al Derecho alemán, cuya doctrina se ha preocupado de manera inusitada por el tema aquí estudiado, seguramente porque el BGB contiene un régimen mucho más completo que el de los Códigos latinos.

A continuación se procede a esbozar a grandes rasgos el tratamiento del tema en las etapas fundamentales de la historia del Derecho, sin olvidar el contexto en que aquél se mueve en cada momento. Así, el Derecho romano, punto de partida casi siempre obligado, el Derecho común, en el que nace y alcanza su esplendor el aforismo «genus nunquam perit», serán estudiados en esta primera fase del trabajo, si bien sólo desde un punto de vista general, partiendo ya en la medida de lo posible de la construcción de la obligación genérica (lo cual, por ejemplo, se hace difícil en el Derecho romano). Por supuesto que en esta parte se dedicará un tratamiento particular a nuestro Derecho histórico.

La segunda y última parte del trabajo consistirá en un «replanteamiento» del tema desde una perspectiva distinta: la imposibilidad sobrevinida y el riesgo de la obligación interesará verlos en una serie de relaciones obligatorias en particular. Distinguiremos éstos en relaciones obligatorias unilaterales (restitutorias y no restitutorias) y relaciones obligatorias bilaterales y dentro de cada una de ellas tomaremos aquellas relaciones en las que se insertan obligaciones genéricas y tienen una normativa más o menos clara sobre la cuestión. En cada uno de los casos se esbozará también, cuando se considere necesario, una breve evolución histórica. Así, el mutuo, el legado genérico y la compraventa genérica podrían ser, en nuestra opinión, las instituciones apropiadas para realizar este examen.

El resultado de todo lo hecho siguiendo esta sistemática me ha permitido vislumbrar algunas ideas que pienso pueden ser útiles para reconsiderar distintas cuestiones que afectan el tema.

Así, por lo que se refiere a la parte histórica, el examen del Derecho romano puede aportar alguna luz en cuanto a los presupuestos de la imposibilidad sobrevinida de la prestación en la obligación genérica, que repercute obviamente en el alcance del aforismo «genus nunquam perit». En efecto, se ha tratado de dejar claro que no cabe encontrar en los textos romanos apoyo para entender que existe un régimen jurídico diverso en este punto para las obligaciones genéricas respecto de las específicas. La lectura de los glosadores apunta, en cambio, aunque tímidamente, una nueva visión del brocardo, que ya no sólo se sitúa en el plano de la imposibilidad sino también en el del riesgo. Así, por ejemplo, Azón utiliza a veces el aforismo «genus nunquam perit» dándole el sentido aceptado hoy por la doctrina, para significar que el deudor de la obligación genérica no queda liberado en una serie de supuestos en los que en realidad no se ha producido una imposibi-

alidad sobrevenida. Pero en algún caso se sirve el autor citado de la máxima para justificar la imputación del riesgo a este deudor. Y es precisamente siguiendo el hilo de esta idea como se llega en la segunda parte del trabajo (la sistemática) a un replanteamiento de la cuestión, examinando a través de algunas instituciones la posibilidad de un régimen distinto en esta materia frente a las obligaciones específicas y las razones que lo justificarían. Resulta de este examen que, aunque pueda parecer extraño, el sentido del aforismo estudiado no será siempre el mismo. En unos casos (Vid. apartado referente a las relaciones obligatorias unilaterales no restitutorias) la regla muestra tan sólo lo improbable de una imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación genérica. En otros casos, en cambio (Vid. apartados dedicados a las relaciones obligatorias unilaterales restitutorias y a las bilaterales), el brocardo iría más lejos, tendría aquel sentido y además aludiría al hecho de que el «periculum obligationis» corresponde al deudor de la obligación genérica. Significado equívoco, por tanto, del aforismo «genus nunquam perit», que no se corresponde con el recogido por la doctrina, y que quizá pueda servir de alguna ayuda para la construcción de una teoría del riesgo en la obligación.

«GENUS NUNQUAM PERIT»: ALCANCE DEL AFORISMO EN EL ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA

En el artículo 1.182 de nuestro Código civil, entendido «a sensu contrario», encuentra nuestra doctrina y jurisprudencia de forma casi unánime la máxima «genus nunquam perit» (1).

Esta máxima habría que entenderla de la siguiente forma: en la obligación genérica, por su misma configuración, en la cual el acreedor ve satisfecho su interés recibiendo cualquier cosa que pertenezca al género y el deudor está obligado a entregar cosa que reúna las características establecidas, parece imposible en principio que surja la imposibilidad de la prestación, estadio previo al tema de los riesgos. Por lo tanto, con el aforismo «genus...» no se afirma que en las obligaciones genéricas es el deudor quien soporta el riesgo, entendido éste en un sentido técnico-jurídico, sino que lo que se trata de evidenciar es sencillamente que en este tipo de obligaciones no hay oportunidad siquiera de llegar a plantearse el tema del «periculum obligationis», en tanto en cuanto la prestación siempre es posible. Y todo ello hasta la especificación, pues al convertirse en específica la obligación genérica cabe que tenga lugar una imposibilidad de la prestación (2).

Por todo ello deben ser rechazadas, a mi parecer, en esta interpretación, aquellas opiniones, aún hoy mantenidas, que hablan de que en

(1) Véase a modo de ejemplo SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, en R-D.P., 1980, pp. 654 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1977, p. 48 y S.T.S. de 9-I-1951.

(2) Véase, por todos, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, 1980, pp. 48 y 49, que se preocupa de precisar el exacto significado del aforismo.

este tipo de obligaciones el deudor soporta el riesgo, frente a lo que ocurre en las obligaciones específicas donde el *periculum* es soportado por el acreedor (3).

Así entendida la máxima, como hemos visto se entiende por la doctrina, vendría a recoger un hecho de la naturaleza que incide, como otros muchos, en el mundo del Derecho. No iría más allá. Es más, no pasaría de expresar un principio normal («*id quod plerumque accidit*»), sin que constituya una verdad inderogable, que puede ser objeto de quiebra en numerosas ocasiones.

Así, según algunos, el brocardo se referiría sólo a las obligaciones de género ilimitado, donde el ámbito del género del que han de extraerse las cosas a entregar impide que tenga lugar la imposibilidad sobrevenida. Se excluye, reputándose incluso como falso, a la obligación de género limitado (ésta existe cuando el género del que se han de extraer las cosas a entregar consiste en un conjunto masa de éstas específica e individualmente determinado), donde cabe el perecimiento de todas las cosas pertenecientes al género (4). Lo cual, no parece del todo correcto, incluso siguiendo las directrices de la doctrina mayoritaria. El aforismo «*genus...*» tiene aplicación tanto en la obligación genérica pura como en la de género limitado. Lo único que ocurre es que en ésta es más probable que en aquélla que el cumplimiento de la obligación devenga imposible. Una vez relativizado el significado del aforismo, no tiene sentido afirmar que el mismo no se aplica a las obligaciones de género limitado. Porque en definitiva lo que se quiere expresar con el aforismo es que el deudor no se ve liberado si parte del «*genus*» se pierde, se piensa fundamentalmente en que han perecido las cosas que el deudor tenía ya en su patrimonio y con las que él pretendía cumplir la obligación. Y esto, parece evidente que se estima aplicable tanto a la obligación genérica pura como a la de género limitado (5).

Por otra parte, como Díez-Picazo dice, cabría la imposibilidad so-

(3) Así, por ejemplo, VATTIER FUENZALIDA, *Reflexiones en torno al problema de la determinabilidad de la prestación y las obligaciones específicas y genéricas*, en «Sobre la estructura de la obligación», Universidad Palma de Mallorca, 1980, pp. 132 y 133: «La disciplina del incumplimiento de las obligaciones genéricas presenta una particularidad importante, como sabemos, en materia de riesgos, la que consiste en que las consecuencias derivadas de la imposibilidad sobrevenida fortuita se imputan, pendiente la individualización, a la posición jurídica del deudor a base de constatar que los elementos del género que perecen o se hacen imposibles son, por definición, susceptibles de ser reemplazados por otros; de aquí la máxima "*genus non perit*" que una lectura del artículo 1.182, a contrario, según nuestra doctrina contempla».

(4) Esta afirmación, como se verá más adelante, era mantenida de forma casi unánime por los autores del Derecho común. Me remito aquí a lo que se dirá sobre la naturaleza de este tipo de obligaciones en sede de riesgos en la compraventa genérica.

(5) Véase SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 655.

brevemente extintiva de la obligación en supuestos distintos a los del perecimiento o pérdida de la cosa (6).

Y por último, aún habría que añadir la opinión de algunos autores de estimar aplicable en sede de genéricas la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación (7).

Esta interpretación, que la doctrina hace del aforismo «genus...» coincide fundamentalmente con la mantenida en el Derecho comparado. Y encontraría una consagración legal en el parágrafo 279 del BGB (8),

(6) La prestación puede devenir imposible, por resultar legal o físicamente imposible la entrega, aun cuando las cosas pertenecientes al género no hayan perecido, en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, p. 487.

(7) Así, por ejemplo, véase PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho civil*, I-2.º, p. 240; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 655 y 656; en contra de esta opinión parece manifestarse VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, p. 133.

(8) Véase también el art. 540 del C. c. portugués (V. MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, I, Lisboa, 1980). Así dice el parágrafo citado del BGB: «Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt». Para la comprensión de este artículo es fundamental remontarse a sus antecedentes en la pandectística. Y quizá haya que empezar aludiendo a la distinción formulada por Savigny entre dos tipos de imposibilidad: la objetiva y la subjetiva, a las que señala distintos efectos (*Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* I. Berlín, 1851, pp. 384 y ss.).

Pero sería sin duda Mommsen (F. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, en «Beiträge zum Obligationenrecht», I, Braunschweig, 1853), quien llevaría a cabo una construcción de estos dos tipos de imposibilidad y de su planteamiento en los distintos tipos de obligaciones cuya repercusión en el Derecho alemán todavía hoy se deja sentir. Y difícilmente podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que el B.G.B. no hizo en este punto sino recoger la doctrina de este autor. Siguiendo a Savigny distingue entre la imposibilidad objetiva y subjetiva de la prestación, según que aquella tenga su fundamento en el objeto de la obligación en sí o en las circunstancias puramente personales del deudor o en su relación con el objeto de la obligación (p. 5). Y refiriéndose a la obligación cuya prestación tiene por objeto cosa determinada específicamente, entiende que la imposibilidad subjetiva en general, al igual que la objetiva, origina la liberación del deudor («Aber auch die subjective Unmöglichkeit kommt im Allgemeinen dem Schuldner zu Statten», p. 27). Por supuesto que se refiere a una imposibilidad en la que no haya intervenido culpa del deudor. Alude Mommsen a la menor posibilidad de que una imposibilidad de este tipo pueda darse, sobre todo cuando se refiere directamente a la persona del deudor (enfermedad, ausencia necesaria del lugar del cumplimiento, etc...) (p. 28). Más probables son aquellos supuestos que hacen referencia a la relación del deudor con la cosa objeto de la prestación, casos en los que el deudor se ve privado de la fáctica disposición de las cosas («Raub, Dejection, Diebstahl, Wegnahme durch Feinde und bei Leistung von Slaven die Flucht derselben», p. 29) y para los que Mommsen entiende también, según su interpretación de los textos romanos, que dan lugar a una imposibilidad que libera al deudor de su obligación (p. 32). Esta regla de la eficacia liberadora de la imposibilidad subjetiva debe valer, según el autor alemán tantas veces mencionado, para todas las obligaciones cuya prestación sea una cosa determinada específicamente. Si bien reconoce que en las fuentes las decisiones se refieren casi siempre a obligaciones *bonae fidei*, no encuentra en ellas ninguna indicación que haga descansar este régimen de la imposibilidad subjetiva en la naturaleza de este tipo de obligaciones. Es más,

o, si se quiere, en el apartado segundo del párrafo 243 del mismo texto legal entendido «a sensu contrario» (9).

Tomando como punto de partida los preceptos transcritos, la doctrina alemana ha llevado a cabo un estudio riguroso del tema aquí tratado. Desde la entrada en vigor del BGB, el párrafo 279 ha provocado verdaderos ríos de tinta. Lógico que así fuera. Era necesario explicar el régimen distinto, al menos aparentemente, que en materia de responsabilidad se había dispuesto para el deudor de una obligación genérica frente a la regla general del párrafo 275.

En apretado resumen podríamos decir que el entendimiento del precepto citado ha pasado desde una interpretación literal, estricta, del mismo (responsabilidad del deudor hasta la material y física pérdida de todo el género) hasta otra en la que se restringe y se amplía a la vez su ámbito de aplicación (10). Se ha limitado su ámbito a través de

para Mommsen, esto se demuestra con el igual trato que recibía la obligación del legado *per damnationem*, que era una obligación *stricti iuris*, presentándose sólo dudas respecto a la *stipulatio*, que deben resolverse, según él, en favor de la aplicación de la regla general antes citada (p. 32 y 33).

Tan sólo en estos supuestos en que la cosa objeto de la prestación es ajena, establece Mommsen limitaciones a aquella regla en sede de obligaciones específicas (vid. pp. 34-37). Y es precisamente esta excepción referida a la obligación cuya prestación recae sobre cosa ajena la que le sirve para fundamentar el distinto régimen de las obligaciones genéricas en este punto, negando la eficacia liberatoria de la imposibilidad subjetiva (p. 47).

Las tesis defendidas por Mommsen recibieron fuertes críticas por parte de algunos autores desde sus comienzos. Brinz y Hartmann rechazaron ya muchos de los puntos mantenidos por Mommsen con argumentos que hoy se encuentran ampliamente desarrollados y aceptados. Basta leer la parte que en este trabajo se dedica al Derecho romano para hacerse una idea del contenido de estas críticas en el planteamiento actual del problema. El punto central es el siguiente: habiéndose producido un cambio profundo en el sistema procesal, en el que actualmente no tiene cabida la distinción entre acciones *stricti iuris* y acciones *bonae fidei*, no cabe desconocer la íntima conexión que las reglas del Derecho sustantivo guardaban con la misma a la hora de saber cuáles de estas normas podían seguir estando vigentes. (Véase para esta crítica LEMPPENAU, *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, Berlín, 1972; WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, pp. 159 y ss.; EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 1978, pp. 7 y ss.; y otra visión en JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969, pp. 112 y ss.).

No obstante las críticas surgidas, la tesis de Mommsen, con el apoyo de la autoridad de Windscheid, encontró acogida en el B.G.B., si bien con ligeros retoques. (Véase LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 42 y ss.).

(9) «Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache». Así, LEMPPENAU, *op. cit.*, 25 y ss., el cual critica a la doctrina dominante en este punto, que encuentra en el pár. 279 la sede legal del aforismo.

(10) No se crea, sin embargo, que esta evolución es uniforme. Aún hoy se discute el alcance y sentido del párrafo 279 del BGB. Sobre aquella evolución (en la doctrina y jurisprudencia alemanas) véase LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 47 y ss. Además es interesante tener en cuenta BERNDORFF, *Die Gattungsschuld*, Berlín, 1900, pp. 45 y ss.; WEISBECKER, *Die Gattungsschuld nach dem BGB*, Diss. Borna-Leipzig 1910, pp. 21 y ss.; OPPENHEIM, *Die Haftung des Gattungsschuldners*, Diss. Cassel, 1911, pp. 51 y ss.; KISCH, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, München-Leipzig 1918, pp. 75 y ss., especialmente pp. 87 y ss.; LIEBMANN, *Die Grenzen der Haftung des Gattungsschuldners auf die Erfü-*

una delimitación más estricta de los supuestos de la llamada imposibilidad subjetiva (Unvermögen) en favor de la imposibilidad objetiva que resulta sensiblemente ampliada. En este tema es fundamental la evolución que se produce en la doctrina, de la que se hace eco la jurisprudencia, desde no considerar en absoluto la conducta del deudor en la cuestión de la imposibilidad a entronizar a aquélla dentro de los elementos a tener en cuenta al examinar la imposibilidad considerada en sí misma. Se ha ampliado el ámbito de aplicación del precepto, por otra parte, al extenderse por analogía a casos de deudas específicas en los que la insolvencia del deudor fue la causa de la imposibilidad sobrevenida (11).

Todo ello ha llevado a un sector de la doctrina a proponer la sustitución de la clásica división obligación genérica-obligación específica por esta otra Beschaffungsschuld-einfach Leistungsschuld, que sería la subyacente en el parágrafo 279, sobre todo si se considera que algún tipo de las obligaciones genéricas (la obligación de género limitado) quedaría fuera del precepto (12).

Por lo que se refiere a la fundamentación del precepto, de la más fuerte responsabilidad del deudor de la obligación genérica se ve hoy en esto: que un deudor, que se obliga a una prestación determinada genéricamente, acepta con ello la garantía de poder procurarse las necesarias cosas del género (13). Este sería el fundamento, según una buena parte de la doctrina, para la mayor responsabilidad del deudor genérico; lo que se discute, en cambio, es si aquel deber de procuración (Beschaffungspflicht) deriva directamente del propio contrato (14), con lo que se puede poner en duda la utilidad del parágrafo 279 BGB, o si a este precepto le cabe al menos la misión de establecer el alcance de aquel deber de procuración del deudor en aquellos casos en los que la interpretación del contrato no puede responder con exactitud al tema (15).

llung, Diss. Borna-Leipzig, 1919, pp. 25 y ss.; BALLERSTEDT, *Zur Lehre vom Gattungskauf*, en «Festschrift für Nipperdey», 1955, en especial pp. 266 y ss.; RHODE, *Die Unmöglichkeit der Leistung bei Gattungsschulden*, Diss. Würzburg, 1972; KNÖRINGER, *Vertragsauslegung und gesetzliche Beschaffungspflicht*, Diss. München, 1973; GESANG, *Force-majeure*, Königstein/Ts., 1980, pp. 49 y ss., y BERGHOF, *Die Unmöglichkeit und ihre Rechtsfolgen nach dem BGB* Diss. Münster, 1980, pp. 86 y ss.

(11) Véase LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 48 y ss.; EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, München, 1978, pp. 55 y ss.; JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, 1969, pp. 150 y ss. comentarios de Staudinger (Werner) al BGB, II - 1, Berlin, 1967, pp. 397 y ss.

(12) BALLERSTEDT, *op. cit.*, pp. 265 y ss.; LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 71 y ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I*, München, 1979, p. 261; ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht I*, 1, «Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pp. 129 y ss.

(13) Véase autores y lugares citados en la nota anterior. Con independencia de ella o junto a esta fundamentación, en interpretaciones distintas del precepto, se ha visto una razón de ser en la idea de que el deudor ha de responder de las consecuencias de su propia insolvencia. Véase KISCH, *op. cit.*, p. 88.

(14) BALLERSTEDT, *op. cit.*, pp. 270 y ss.; LEMPPENAU, *op. cit.*, p. 95.

(15) LARENZ, *op. cit.*, p. 263.

PRIMERA PARTE

DERECHO ROMANO

Presupuesta la posibilidad y el reconocimiento de la obligación genérica en el Derecho romano, su estudio pasa necesariamente por el examen de aquellas instituciones, de aquellas relaciones, que daban lugar a este tipo de obligación, y como más adelante veremos, no puede olvidar el tratamiento diverso que recibe la imposibilidad de la prestación en el ámbito de las obligaciones de derecho estricto y en el de las de buena fe (16).

Dejando aparte la venta de género limitado, podemos decir que los demás supuestos típicos en los que se dan las obligaciones genéricas pertenecían en el Derecho romano al ámbito de las relaciones que daban lugar a acciones de derecho estricto.

En efecto, a este tipo de acciones daba lugar el legado «per damnationem», dentro del cual se incluiría el legado genérico (acciones «ex testamento») (17). Y lo mismo ocurría con el préstamo; ya se utilizara la «stipulatio» o el «mutuum» se daba lugar en cualquier caso a acciones de derecho estricto (18).

Y finalmente, otro tanto tenemos que decir de la compraventa genérica si seguimos la tesis, mayoritaria entre los romanistas (19), de que una tal compraventa era desconocida para el Derecho romano incluso en sus etapas últimas (20). Los intercambios con dinero que se referían a cosas determinadas genéricamente, que se dieron con frecuencia en el ámbito del comercio al por mayor con cereales y vinos, eran hechos a través de estipulaciones recíprocas (21). La idea imperante de una compraventa manual, real, efectiva, era al parecer un

(16) El presente apartado está basado siguiendo fundamentalmente las líneas generales de las siguientes obras: LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 30 y ss.; WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, en «Festschr für Nipperdey» (1965), pp. 783 y ss.; WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, Köln, 1970, pp. 7 y ss. y 35 y ss.; y MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, en SZ, 1969, pp. 67 y ss. También hay que considerar las críticas de Brinz y Hatmann a la monografía de Mommsen sobre la imposibilidad, a la que se hizo ya alusión.

(17) KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, 2.ª ed., München, 1971, p. 743; BRONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, (trad.), Barcelona, 1960, pp. 278, 279, 340 y ss., 446 y ss.

(18) MICHEL, *Gratuité en Droit romain*, pp. 103 y ss. (p. III y s.); HÜSCHKE, *Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehn*, Stuttgart, 1882, pp. 8 y ss., y pp. 196 y ss.

(19) Frente a la opinión de algunos autores como HAYMANN, *Haben die Römer den Gattungskauf gekannt?*, en «Jher. Jahrb», 1928, pp. 95 y ss., véase KASER, *op. cit.*, p. 548 y, fundamentalmente, SECKEL-LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en «S. Z. 47», pp. 122 y ss.

(20) Véase LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, p. 232.

(21) Véase KASER, *op. cit.*, *loc. cit.*, n. 31.

obstáculo insalvable para el reconocimiento de la compraventa genérica (22). Las necesidades del tráfico comercial se cubrieron entonces con la figura de la «stipulatio», esa forma de contrato que podía llenarse con cualquier contenido. Y como bien sabemos, la «stipulatio» daba lugar a acciones de derecho estricto.

Ahora bien, las consecuencias que producían este tipo de acciones en el proceso, a diferencia de las acciones de buena fe, influyeron de modo decisivo en el trato de la imposibilidad de la obligación. La diferencia fundamental de uno y otro tipo de acción estribaba en el distinto margen de discrecionalidad de que el juez gozaba en uno y otro tipo de juicio. Mientras que en las acciones «stricti iuris» al juez sólo le cabía decidir entre la absolución o condena del deudor según el deber de prestación fijado en la fórmula, en las acciones «bonae fidei» el juez decidía también sobre el contenido del deber de prestación del deudor (23).

Esto, llevado al tema que nos ocupa de la imposibilidad de la obligación, imponía el que en uno y otro tipo de acciones se requirieran unos presupuestos distintos para que el deudor quedara liberado en los casos de no cumplimiento de la prestación.

En las acciones de derecho estricto la existencia de la obligación y de la acción se encontraba conectada con la del objeto de la prestación. La existencia o inexistencia de éste implicaba la existencia o inexistencia de la obligación, de tal forma que si la prestación devenía imposible la obligación se extinguía; pero esta imposibilidad extintiva era una imposibilidad objetiva, no aquélla que tan sólo afectaba al deudor. Ahora bien, aquel principio que conectaba la existencia de la obligación con la de su objeto encontraba un límite a través de la llamada «perpetuatio obligationis», referida tan sólo, al parecer, a los casos de «mora debitoris» y de hecho positivo del deudor, que «fingía» la subsistencia de la obligación con la imposibilidad total y objetiva sobrevenida de la prestación. Por su parte, el principio de la condena pecuniaria obviaría las dificultades que podría provocar, en nuestro modo de pensar, la subsistencia de la obligación en los casos de «perpetuatio obligationis» o de imposibilidad subjetiva (24).

En cambio, las características de los «iudicia bonae fidei» llevan a un tratamiento distinto de este tema: los elementos que se introducen en este tipo de procesos llamados a producir un mayor ámbito de poder de decisión en el juez originan que, frente a esa conexión casi mecánica de la existencia de la obligación con la de su objeto, el eje central

(22) Véase autores, *cit. loc., cit.* en n. (19).

(23) Véase KASER, *op. cit.*, pp. 485 y ss.; BIONDI, *Iudicium bonae fidei*, en «N. N. D. I.» IX, pp. 339; véase también el tomo II de la obra de Kaser (München, 1975), pp. 333 y ss.

(24) En general, sobre la condena pecuniaria, véase VISKY, *Quelques remarques sur la these ipsam rem condemnare et ses rapports économiques*, en «R. I. D. A.», 1972, pp. 469 y ss.

Sobre la cuestión específica tratada en el texto, LEMPPENAU, a quien seguimos en este apartado, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

fuera aquí la conducta observada por el deudor en el no cumplimiento de la obligación en relación con el tipo de contrato de que se tratara en cada caso, que venía a determinar la conducta y la responsabilidad debida por el deudor. De ello dependerá la liberación o no del deudor. De todo lo anterior se desprende, de un lado la no necesidad aquí del mecanismo de la «perpetuatio obligationis», de otro lado la consideración de la imposibilidad subjetiva que liberaría o no al deudor según las circunstancias en que se hubiera producido (24).

Con todos estos datos habría que decir con Lemppenau que no había en el Derecho romano un régimen jurídico distinto, específico, para las obligaciones genéricas por lo que se refiere a la responsabilidad del deudor. La más dura situación de éste en el tipo de obligación examinado obedecería tan sólo al concepto de imposibilidad imperante en el Derecho romano, en relación con el ámbito de «iudicia» en los que tenía lugar aquélla (25).

Si la liberación del deudor sólo se producía por una imposibilidad (física o jurídica) objetiva de la prestación, es evidente que, por la propia configuración de la obligación genérica, el deudor difícilmente aquí quedaría liberado. Las probabilidades de una imposibilidad de este tipo en esta clase de obligaciones son mucho menores que en una obligación específica. Es la propia configuración del objeto de la prestación la que ocasiona esta más difícil situación del deudor de la obligación genérica, pero no es la existencia de un régimen diverso para ella que sea más estricto en cuanto a la conducta exigida al deudor, y en cuanto a la responsabilidad de éste.

El régimen diferente se referiría siempre a la distinción obligaciones de derecho estricto-obligaciones de buena fe y no a la distinción obligación genérica-obligación específica, que recibirían un mismo trato cuando se encontraran dentro del mismo ámbito.

Otro tanto ocurriría por lo que respecta a la «mora debitoris», no pareciendo que hubiera, frente a lo que algún autor opina, reglas distintas para las obligaciones genéricas (26).

De todo lo anterior se puede concluir que en el Derecho romano el deudor de una obligación genérica, salvo en los supuestos de una «mora accipiendi» del acreedor en los que correspondía a aquél una «exceptio doli» si las cosas ofrecidas perecían fortuitamente y éste reclamaba el cumplimiento; salvo en estos casos, repito, no quedaba liberado por una imposibilidad sobrevenida subjetiva (esto por las razones antes dichas), ni mucho menos por el perecimiento fortuito de cosas por él preparadas para la entrega o de cosas a él entregadas (caso del mutuo) de lo que debe devolver otro tanto de las mismas especies y calidad (27).

(25) *Op. cit.*, pp. 35 y ss.

(26) LEMPPENAU, *op. cit.*, p. 36, sobre la base de la obra de HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug*, Marburg, 1913, especialmente pp. 96 y ss.

(27) Véase DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt/M., 1960, p. 277.

DERECHO COMUN Y ANTECEDENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Parece que fue Azón quien por primera vez utilizó la fórmula que luego se convertiría en la conocida máxima «genus nunquam perit», o «genus perire non censetur», o «genus perire non potest». Tanto en su *Lectura super Codicem* (28) como en la famosa *Summa* (29) encontramos recogido el aforismo citado.

La formulación que hace el glosador en C. 4,38,3 del brocardo es sorprendente: «... quia si in genere sit facta, puta vendis mihi hominem, nunquam spectat periculum ad emptorem, etiam si omnes servi, quicumque sunt in mundo, perirent; quia quod in genere debetur, perire non potest».

Se trata de la compraventa genérica y frente a lo que afirma con la compraventa-específica se dice aquí que el riesgo no pertenece nunca al comprador, incluso si todas las cosas pertenecientes al género perecen y esto es así: «...quia quod in genere debetur, perire non potest». No hay que hacer un gran esfuerzo para darse cuenta de la diferencia sustancial que existe entre lo que en este texto entiende Azón por «genus nunquam perit» y el significado hoy admitido pacíficamente por la doctrina. Ésta, como ya se ha visto, interpreta el aforismo simplemente como improbabilidad de que el deudor se vea liberado en una obligación genérica por causa de una imposibilidad sobrevenida de la prestación, pues sería muy difícil que todas las cosas pertenecientes al género determinado perecieran. Azón, en cambio, va mucho más allá: aunque en la realidad perezca todo el género (aunque exista una imposibilidad sobrevenida) el riesgo no es del comprador (como ocurre en la compraventa normal) porque quod in genere debetur, perire non potest. Aquí el aforismo tiene un significado jurídico propio, podríamos decir que tiene el carácter de apotegma jurídico, se trata de una regla con sustantividad jurídica propia. La opinión de la doctrina contemporánea refiere el brocardo al campo de la imposibilidad de la prestación: es imposible que la imposibilidad sobrevenida acontezca. El texto de Azón se sitúa claramente en otro ámbito: el del «periculum obligationis,» porque con la máxima se quiere fundamentar que el comprador no debe pagar el precio o puede pedir una devolución si ya lo entregó en el supuesto de que la obligación del vendedor devenga imposible. Además, mientras que en la interpretación hoy imperante la máxima tiene un valor relativo y una conexión directa con la realidad extrajurídica (improbabilidad de que parezcan todas las cosas pertenecientes al género determinado), en el texto del glosador traído a colación la regla tendría un valor absoluto y se situaría ex-

(28) C.4,2,11; C.8,54,35 (*Augustae Taurinorum*, 1966, de la ed. de 1577).

(29) C.4,48,3 (*Augustae Taurinorum*, 1578).

clusivamente en el ámbito del Derecho (incluso si todo el género perece el riesgo no pertenece al comprador).

Los otros dos textos antes mencionados del mismo autor, en los que de una forma u otra se recoge el aforismo, no permiten en cambio llegar a las conclusiones antes citadas. De ellos lo único que se deduce como seguro es que el aforismo manifiesta la imposibilidad de la liberación del deudor, pero en ninguno de estos textos se hace referencia expresa, como ocurre en el texto que acabamos de examinar, al supuesto de que la prestación determinada como objeto de la obligación devenga imposible.

Así, el texto que se refiere a C. 8,54,35 (v.n. 2 y 3) parece, ciertamente, cercano a la interpretación hoy dominante: «Si verò centum corbes in genere promittantur, non demonstrato fundo, licet de praediis suis nihil percepit, debet tamen: quia genus nunquam potest perire». Aquí el brocardo se refiere a un supuesto en el que no se ha producido una imposibilidad sobrevenida, eso es cierto, pero nada dice del caso en que ésta se produzca respecto a la obligación genérica pura.

Bastante más problemático que los dos textos anteriores se presenta el que glosa la ley *Incendium* (C. 4,2,11). Al glosar las palabras «non exiit debitorem» nos dice: «Duplex est ratio, naturalis, et legis, naturalis ratio hoc non dictat, quia non tenebatur in specie, imo in genere: et genus non perit. Si enim ad speciem teneretur: si periret sine dolo et culpa sua, et ipse non existente in mora, interitu speciei liberaretur... per legem probatur, quia distinguit lex utrum in specie sit aliquis obligatus, an ad incertum, distingue, quia aut erat incertum de incertis, aut incertum de certis, si incertum de certis, ... si incertum de incertis (30), puta loricam in genere, ibi aliud effert, quia non liberatur...». En este texto de Azón parece considerarse, como en C. 4,48 n. 3, el supuesto de verdadera imposibilidad (31); sin embargo, aquí esto no se presenta tan claro como en el otro texto, y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar porque aquí el supuesto no se menciona de manera expresa como allí ocurría, y en segundo lugar porque tampoco aportan una ayuda decisiva los casos citados por Azón.

En este tema hay otros datos que también hay que tener en cuenta. Uno es que Azón trata siempre de separar de la obligación genérica pura la de género limitado (32), excluyendo del régimen de la primera a esta otra. En los tres textos examinados viene a manifestar el autor que en los supuestos de género delimitado (33), el perecimiento o

(30) El texto manejado dice «de certis», pero salta a la vista que se trata de una errata; basta para darse cuenta de ello leer el párrafo completo.

(31) Glosando las palabras «aere alieno» el autor dice: «aes alienum appellatur quod nos debemus».

(32) Incertum de incertis e incertum de certis.

(33) «Putat quia debebam unum de servis meis, aut unum de illis aureis». C.4,2,11.

pérdida de todo el conjunto del que había de extraerse las cosas a entregar supondrá la liberación del deudor (34). Otro dato a considerar aquí es el que el deudor de una obligación genérica podía liberarse (no ipso iure, sino ope exceptionis) en los casos de mora del acreedor si las cosas ofrecidas perecían sin su culpa (35).

Pasamos ya a Accursio, y al igual que hicimos con Azón, vamos a examinar tan sólo aquellos textos en que aparece el aforismo «genus perire non potest», tratando de buscar el sentido que el glosador dio al mismo, sin que por ahora se estudien otros textos que son importantes para el examen del riesgo y la imposibilidad en la obligación genérica pero que el autor no conectó con el citado aforismo. El examen de esos textos se hará en la última parte del trabajo.

Accursio menciona el brocardo tantas veces aquí recogido «genus perire non potest» con referencia a diversas instituciones: mutuo, compraventa, legado, stipulatio. Pero sólo en uno de los textos examinados se plantea directa y expresamente, como hacía Azón, la posibilidad de que todo el género se pierda. Fundamentalmente se quiere expresar con el aforismo que el deudor no se ve liberado por la pérdida fortuita de cosas pertenecientes al género (no se dice si algunas o todas), o que él debe soportar el «periculum obligationis». Esto último podría llevarnos a pensar que Accursio veía en el aforismo una regla de atribución del riesgo en sentido técnico jurídico al deudor de la obligación genérica. Sin embargo, pensar así sería demasiado aventurado. El concepto de riesgo («periculum») tal como se entiende hoy en sentido estricto en el campo del Derecho de obligaciones hace referencia al problema de qué patrimonio debe soportar el daño que supone la imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación (o de una de las prestaciones) en la relación obligatoria, si bien se plantea de forma diversa en las relaciones obligatorias bilaterales y en las unilaterales (36). En cambio, históricamente la palabra «periculum» tenía un significado plurívoco y mucho más amplio (37) y por lo que a nosotros nos interesa venía a comprender también lo que podríamos llamar riesgos económicos (por ejemplo, si se produce un alza de los precios de una determinada mercancía), y en general cualquier tipo de daño patrimonial.

Los textos romanos no eran en absoluto precisos al utilizar este término. Como Mommsen dice: «... das Wort periculum keine bestimmte technische Bedeutung hat, sondern nur im Allgemeinen einen

(34) «Si omnes amisit, liberatur». C.4,2,11.

(35) «Item et debiti, et principalis obligationis praestant liberationem ipso iure si tamen debitum oblatum et sine causa sit recusatum, et sine culpa debitoris debitam perierit, et hoc si debitum in specie sit. Nam si in genere, contingit non ipso iure, sed per exceptionem liberatio...».

(36) Aquí incluso se discute sobre la misma posibilidad de hablar de «periculum obligationis».

(37) Lógico que así sea teniendo en cuenta los textos romanos. Véase MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1853, pp. 237 y ss.; MIQUEL, *Periculum locatoris*, en «SZ», 1964, pp. 134 y ss.; y GORLA, *Del rischio nelle obbligazioni*, pp. 17 y s.

zu befurchtenden Schaden bezeichnete. In jedem einzelnen Fall mup nach dem Zusammenhang entschieden welche Bedeutung dem Worte beizulegen ist» (38). Hecha esta advertencia, podemos ya recoger las glosas en las que Accursio alude al brocardo «genus...». Así, la glosa «Aere alieno»: «sive sit pecunia, sive aliud genus quod enim in genere debetur, perire non potest» en C. 4,2,11 (1. Incendium). Pero en el caso puesto quizá por Accursio (39) en el comienzo de su glosa a esta ley Incendium se hace referencia a un supuesto que no es de imposibilidad sobrevenida total: «Mutuavi tibi decem. Post omnia bona tua per incendium perierunt: nunquid desinas mihi esse obligatus, quaeritur? Dicitur quod non».

Será de nuevo en sede de riesgos en la compraventa donde el aforismo tendrá en Accursio de manera clara y contundente un significado muy distinto al que actualmente se le da: así, en glosa venditoris a D. 18,6,15 (14) se nos dice: «Sed nonne post emptionem emptoris debet esse periculum? Responsio: dic quod si in specie facta fuit venditio, pacto suscepit venditor periculum. si autem in genere, tunc est planum, quia genus non perit». y en glosa «Periculum» a D. 18,6,8: «... Speciei ideo, quia si in genere vendo servum: licet omnes servi moriantur, tamen teneor: quia genus perire non potest». A pesar de la extraña formulación hecha por el glosador (teneor), que parece aludir a una imposibilidad transitoria de la obligación del vendedor de entrega de la cosa, del supuesto planteado (omnes servi moriantur) y del conjunto de las dos glosas no sería descabellado pensar que el autor da a la regla «genus...» el alcance de atribuir el riesgo al vendedor en la compraventa genérica. Mejor dicho, con este aforismo Accursio aludiría al hecho de que en la compraventa genérica (no perfecta la compraventa) el riesgo es del vendedor.

Con el resto de los textos en que Accursio menciona el aforismo «genus...» ocurre igual que con el primer texto aquí recogido, no se puede de ellos deducir que el autor tuviera in mente como presupuesto una imposibilidad absoluta (40).

Al igual que Azón, Accursio entiende que el deudor de una obligación genérica queda liberado, «ope exceptionis», si ofrecida y no recibida por el acreedor una cosa perteneciente al género, ésta perece después fortuitamente (41).

También Odofredo (42) se refiere al aforismo de forma clara. Así,

(38) *Op. cit.*, p. 240. Véase Loxgo, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, Napoli, 1893, p. 137. «Si tratta alcune volte nelle fonti di un periculum in un senso speciale, ma esso denota, di regola, un danno economico, che si rapporta giuridicamente ad una determinata persona».

(39) Quizá por VIVIANO, *Antuerpiae*, 1575 y *Lugduni*, 1569-1612.

(40) Así, glosa proficient a D.35,2,30,5, glosa certum a D.45,1,23, glosa Videmur a D.45,1,83,5, glosa Exceptione a D.46,3,72,pr., en glosa factum a D.12,1,5.

(41) Gl. mortis en C.4,48,6, gl. Si cui homo a D.30,84,3, gl. exceptione a D.46,3,72, pr.

(42) *Lectura super Codice*, Lugduni, 1552, reimpr. Bologna, 1968.

por ejemplo, en materia de riesgos en la compraventa dice en C. 4,48, 1-6: «Sed si vendis mihi hominem in genere, licet Stichus periret, non est meum incommodum: quia genera perire non possunt...». No parece en este texto considerar el supuesto de una imposibilidad sobrevenida a pesar de que más abajo diga que en los supuestos de compraventa genérica pura el «periculum» pertenece al vendedor siempre frente a lo que acontece con la venta de género limitado, donde no ocurre lo mismo (43). Y en C. 4,2,11,1 también recoge el aforismo «genus»: «cum tenearis ad genus, non liberaberis interitu generis: quia genera perire non possunt». Al igual que ocurría con el texto antes transcrito, no deja éste de presentar una gran ambigüedad. El texto, que habla de una pérdida del género, podría hacernos pensar en una imposibilidad sobrevenida; sin embargo, ocurre que poco antes el autor ha contemplado tan sólo el supuesto de que la cosa prestada («ex mutuo») haya perecido fortuitamente, caso en que indiscutiblemente el deudor no queda liberado pues su obligación no era la de entregar esa misma cosa que a él le fue prestada sino una cosa de la misma especie y calidad (44).

Finalmente, también cuando trata de la pérdida fortuita de las cosas ofrecidas «post moram creditoris», el aforismo sirve para justificar y explicar el diverso tratamiento de la obligación genérica y la específica (liberación «ope exceptionis» e «ipsu iure», respectivamente) (45).

Por lo que a los postglosadores se refiere, creo que podrían establecerse como líneas generales de su pensamiento en esta materia las siguientes:

— Excepto en algún autor, como en Cino, que sigue a Azón y Accursio, el aforismo «genus perire non potest» no se refiere, al menos de forma expresa y de modo general, a supuestos en que se produce una imposibilidad sobrevenida, y de alguna manera cabe deducir de sus comentarios que no piensan en una tal imposibilidad cuando citan el aforismo (46).

(43) «... aut vendis rem incertam de certis, aut incertam de incertis: si incertam de incertis, puta hominem in genere: tunc periculum erit venditoris... sed si rem incertam de certis, puta, si vendas unum de servis tuis: uno pereunte periculum erit tui vendentis. Sed si omnes pereunt, periculum erit mei emptoris...».

(44) «... in lege ista dicitur, mutuavi tibi res mutuatis tibi res portasti domi; est postea domus tua cum ista pecunia est combusta. nunquid liberaberis: certe non: quia in mutuo cum transferatur dominum in accipientem, non liberatur debitor incendi eris alieni hoc dicit ista lex».

(45) «illa pecunia perdita est casu: licet hic tu debitor non liberaberis ipso iure, quia genera perire non possunt ut dixi supra tamen tu liberaberis exceptione...» (C.4,2,11,2; véase también C.4,32,19).

(46) Esto, por lo demás, es evidente y claro en BARTOLO, en D.12,1,5,11, n. 6: «Ego dixi quod quantitas in genere non potest perire. Ponamus casum, quod pereat, v. g., debeo tibi libras X grossorum Perusinorum contingit, quod per statutum huius civitatis ista moneta est reprobata, ita quod non potest expendi, an debitor liberetur? videtur quod sic, quia eadem est ratio, quae est in debitore speciei», después de establecer que en la obligación genérica siem-

— Se establece una separación tajante entre la obligación genérica pura y la obligación de género limitado: mientras que a la primera se aplicaría el aforismo, la segunda recibe fundamentalmente el tratamiento de las obligaciones específicas (47).

— Constituido en mora el acreedor, el deudor se libera «ope exceptionis» si las cosas ofrecidas perecen fortuitamente (48).

pre que el acreedor no haya sido constituido en *mora accipiendi* «tunc periculum pertinet ad debitorem, quia quantitas in genere perire non potest»; y en C.4,2,11: «Casus fortuitus non liberat debitorem quantitatis vel generis...»; también véase BALDO, en C.4,2,11, C.8,37(38),8,2; CINO, en C.4,48,6, n. 1; es una excepción como ya he dicho en el texto: en él el aforismo aparece también, como ocurría en los glosadores, como una regla de atribución del riesgo, pues considera también de manera clara el supuesto de la imposibilidad absoluta y objetiva. También SALICETO recoge el aforismo en C.4,2,11-1: «Casus fortuitus non liberat debitorem quantitatis vel generis... Et est ratio quia genus non est quid materiale sed intellectuale tantum: ideo perire non potest. A debito autem certe speciei liberat... quia species est quid materia tum et formatum: ideo perit», véase C.4,48,5,4, donde el aforismo sirve para justificar que el «periculum» pertenezca al vendedor en la compraventa genérica. Por su parte, RAVANIS, en C.4,48,1 y 2, utiliza el aforismo para explicar que en la compraventa genérica el riesgo no es del comprador (C.4,48,1: «si esset contracta venditio in genere non esset periculum emptoris quia genus perire non potest»), porque en ella no se plantea el tema del riesgo (C.4,48,2: «... dico ego domine de tali vino ego vendo vobis c. amphoras. isto casu non est tractandum de periculo. genus enim perire non potest»). Los autores suelen extender esta interpretación del aforismo «genus...» a todos los autores del Derecho común; así, véase, por vía de ejemplo, ASTUTI, *Obbligazioni (diritto intermedio)*, en «Enciclopedia del Diritto», XXIX, p. 108, y DILCHER, *op. cit.*, pp. 278 y ss.

(47) BARTOLO, en C.4,2,11: «Item quod hic dicit de debitore quantitatis, fallit quando quantitas debetur respectu certe speciei», y en D.12,1,5, n. 8; BALDO, en C.4,2,11; CINO, en C.4,2,11: «... quando est debitor generis vel quantitatis, refert: aut est debitor generis generalissimi, ut quia est debitor hominis, tunc licet omnes homines istarum partium pereant, non liberatur.. Aut est debitor generis subalterni, ut quia debet unum ex servis suis in genere, vel unum ex equis suis, vel decem libras monetæ alicuius: tunc quia tale genus perire potest, si ante moram pereat, liberatur debitor, sicut et quando est debitor speciei: cum eadem ut ratio, ergo idem ius» y en C.4,48,6.

SALICETO, en C.4,2,11, n. 6 y 7: «... Iuxta hoc quero. pone totum genus pre-emptum nulla precedente debitoris nec creditoris mora an debitor liberetur. respondeo distinguendo interdum quis est debitor generis subalterni seu alicuius individui de genere subalterno. puta debet quis unum ex servis ius. tunc omnibus illis peresuptis ante moram liberatur: quia debitor est respectu certi corporis...», en el mismo sentido en D.12,1,5, n. 11.

BELLAPERTICA, también hace la distinción (en *Lectura institutionum* I. IV, 6,16, n. 14.

(48) CINO, D.12,1,5,2: «... dixi supra quando est debitor generis, quod non liberatur, verum, nisi fieret oblatio rei, et postea periret res oblata: tunc enim liberatio contingit ope exceptionis. Sed hic resultat unum quare, videlicet, debitor speciei per casum ante moram liberatur ipso iure... et debitor generis post oblationem, et sic ante moram liberatur, non ipso iure, sed ope exceptionis. Respondeo debitor generis non tenetur ad certum quid, sed obligatus est ad speciem indeterminatam: determinatam tamen per solutionem... et ideo ante solutionem non post apparet quæ sit species, quæ sit in obligatione: unde non liberatur eius interitu ipso iure, sed quando per creditorem stat, quo minus accipiat rem oblatam: et sic est æquum, quod tibi praeiudicet, consulitur debitori per exceptionis auxilium. Sed debitor speciei tenetur ad rem certam, et ideo casus ipsius rei ante moram suam

— El deudor de una obligación genérica no se ve liberado aunque tenga para él una gran dificultad el cumplimiento de la obligación. Parece que esa dificultad tampoco sería obstáculo para ser constituido en mora; sin embargo, esto último es más bien una opinión que distaba de ser unánime (49).

eum liberat ipso iure». BARTOLO, D.46,3,72, pr.a: BALDO (C.4,32,19, n. 3). SALICETO (D.4,2,11, n. 10).

(49) Véase la magnífica obra de HEYMANN, E., *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug* (Marburg, 1913), pp. 96 y ss. Así, CINO manifiesta en C.4,2,11, n. 1: «... aut est debitor generis generalissimi, sit quia est debitor hominis, tunc licet omnes homines istarum partium pereant, non liberatur...» (Véase, en el mismo sentido D.12,1,5, n. 2). BARTOLO, en D.12,1,5, n. 14: «Aut est obligatio quantitatis et difficultas non impedit moram. Licet enim in perpetuum debitor non possit congregare pecuniam quaru debet, tamen in mora constituitur... Si enim debitorem non excusat casus (remisión a la l. incendium) ... multominus difficultas...». (Véase también D.45,1,137,4 y 5; en este último número se dice expresamente que la dificultad no impide el cobro pues el caso fortuito no libera al deudor).

SALICETO, en C. 4,2,11, n. 7: «Iuxta hoc quero. pone totum genus peremptum nulla precedente debitoris nec creditoris mora an debitor liberetur. respondeo distinguendo interdum quis est debitor generis subalterni seu alicuius individui de genere subalterno. puta debet quis unum ex servis suis. tunc omnibus illis peremptis ante moram liberatur: quia debitor est respectu certi corporis ergo... Interdum quis est debitor generis generalissimi et hoc subdistingue aut illo perempto cessat omnis species et facultas humano generi illud genus reintegrandi vel restituendi: tunc debitor non morosus liberatur per ius interitum exemplum ubi fuisset debitor unius equi in genere tunc omni equo mundi perempto si foret possibile saltem nutu divino dico debitorem liberari: quia spes et facultas restituendi illud genus cessat. Aut haec spes et facultas non cessat in humano genere: et tunc debitor non liberatur. exemplum: ubi est debitor unius servi in genere, licet enim omnis servus periret adhuc spes est servos habendi per captivitatem hostium vel per venditionem liberi hominis ad pretium participandum ideo non liberatur cum non sit extincta obligatio: quia non ad unum ex tunc praesentibus tantum fuit restituta: sed ad unum servum simpliciter. Hinc est quod debitor unum ex his qui facti essent servi post obligationem solvere potest... Nec dicor hoc casu spectare fortunam adversam et casum certi hominis sed incerti quod licet... Concludo igitur istum passum cum quaeritur an debitor generis liberetur interitu aut creditor tunc erat in mora aut debitor aut neuter. primo casu liberatur... Secundo non liberatur... Tertio casu aut perit individuum generis et non liberatur quia supersunt alia de quibus solvere potest... aut perit genus totum et tunc distingue, aut erat debitor generis subalterni et liberatur... aut est debitor generis generalissimi et tunc aut non superest spes restituendi generis et tunc liberatur aut subest spes restitutionis et non liberatur quandiu spes illa durat sed exactum defertur. et haec de debito generis...».

Por lo que a la mora se refiere, mientras que para Accursio la dificultad del deudor no parece que fuera causa de excusa (V. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen...*, p. 41) en ningún tipo de obligación, para los comentaristas constituye ésta una causa que excusa al deudor generalmente (V. DILCHER, *op. cit.*, pp. 43 y 44). De ahí, seguramente, que el autor antes citado no haga ninguna alusión al tema en relación con la obligación genérica.

Entre los segundos, en cambio, y sobre todo desde Bártolo, preocupó la solución que en este tipo de obligación debiera darse a la cuestión.

Para Bártolo la «sedes materiae» se encuentra en D.12,1,5, que refiere el autor a la obligación específica y en el texto de D.45,1,137, y que trata, según él, de la obligación genérica (sobre las distintas interpretaciones que de estos dos textos hicieron glosadores y comentaristas, véase HEYMANN, *op. cit.*,

En cuanto a nuestro Derecho histórico hay que decir que a grandes rasgos valen las ideas expuestas acerca de los postglosadores (50).

pp. 93 y ss.). (Conviene saber también que en esta sede D.45,1,137-4, habla Bártolo no sólo de la «difficultas» referida al nacimiento de la obligación, sino que también alude a la misma en relación con el cumplimiento de la obligación, la mora y la pena (pena convencional).

Frente a lo que ocurre en la obligación específica, en la obligación de cantidad la «difficultas» no impide que se constituya la mora. (Véanse los textos en este mismo apartado). «Si enim debitorem non excusat casus multominus difficultas», argumenta el comentarista.

Con independencia del razonamiento hecho por Bártolo, que conecta la cuestión de la imposibilidad de la obligación-liberación del deudor con el tema de la mora del mismo, su apoyo en las fuentes romanas ha sido y es duramente criticado. Así, se entiende que ni los textos de Venuleayo y Pomponio (véase HEYMANN, *op. cit.*, p. 98) se refieren exclusiva y respectivamente a la obligación genérica y a la específica, ni era posible imaginar en el Derecho romano una mora absolutamente independiente y desconectada de la culpa (véase LEMPPENAU, *op. cit.*, p. 36; KASER, *op. cit.*, I, p. 515. Sin embargo, véanse las matizaciones de este último en *op. cit.*, II, p. 358, n. 9, a raíz de un trabajo de Jakobs de 1974). También creo necesario en este punto hacer constar con referencia al tema de la imposibilidad sobrevenida los importantes cambios que a raíz del Derecho postclásico se producen en relación a problemas como el de la condena pecuniaria o el del juego de la buena fe, entre otros, que constituyen el contexto fundamental del tratamiento de aquel tema. Véase para ello WOLLSCHLÄGER, *op. cit.*, pp. 18 y ss., y 38 y ss.; HORN, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Köln, 1968, pp. 162 y ss., y DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtslehre*, en «SZ 78».

(50) En la Quinta Partida, título V, ley XXIV («A quien pertenesce el pro, o el daño, en las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, o gustar, despues que fuessen vendidas») la glosa «Vino» de Gregorio López precisa el supuesto de hecho recogido en esta ley cuando dice: «Intellige, quando venditur in genere subalterno, ut in vino tallis cellae, vel dolii, nam si esset in genere generalissimo, non cadit tractatus de peremptione, vel deterioratione, quia genus perire non potest,...». Para el glosador, por tanto, el aforismo «genus...» sirve para poner de manifiesto la imposibilidad de que tenga lugar en una obligación genérica pura una imposibilidad sobrevenida. Precisamente por eso Gregorio López refiere la susodicha ley a la compraventa de género limitado. Por tanto, es también fundamental para el glosador de las Partidas la distinción que los glosadores y comentaristas hacían entre obligación genérica pura y de género limitado. (Véase también las glosas «cosa señalada» y «Fazer» a la ley XVIII, título XI de la Quinta Partida).

La misma idea es repetida por Hermosilla (Resoluciones ad leges Partitas; Notae, additiones et resolutiones ad glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii 1731 t. II, tit. V l. XXIV; add. gloss. I, 2); y también en sede de mutuo (t. 6, tit. I, l. X add. glossae II).

También Antonio Gómez se enfrenta con el tema aquí examinado. A continuación recogemos dos textos del autor que aluden al aforismo «genus...»: «...vere, et resolute dico, quod si quis vendat certas amphoras vini, vel olei, in genere, et simpliciter, non designato, vel determinato loco, ex quo debeat extrahi, et fieri solutio, damnum, et periculum erit venditoris, licet illud, quod haberet in suo patrimonio, pereat: quia genus perire non potest...». (Variae Resolutiones t. II, cap. II, n. 32 Venetis 1735). El texto se refiere claramente a las obligaciones genéricas puras y con el aforismo «genus...» parece aludirse tan sólo a la imposibilidad de la imposibilidad sobrevenida en este tipo de obligaciones (licet illud, quod haberet in suo patrimonio, pereat), y ello a pesar de que en el texto se diga «damnum et periculum erit venditoris». No se utiliza aquí el término «periculum» en el sentido que hoy

SEGUNDA PARTE

Como ya se advirtió en la introducción a este trabajo, la segunda parte del mismo, que ahora comienza, pretende hacer un recorrido por aquellas instituciones pertenecientes a la parte especial del Derecho civil en las que se insertan obligaciones genéricas. En cada una de

entendemos de riesgo de la obligación, sino en un sentido mucho más amplio.

Más interesante es, sin duda, el segundo texto, que a continuación se transcribe. Está el autor tratando de la naturaleza jurídica de la obligación genérica, y frente a la opinión que ve en ésta una obligación alternativa, entre otros argumentos expone el siguiente: «... quia peremptis rebus alterantive promissis perit et extinguitur ipsa obligatio, et debitor remanet liberatus... Confirmatur, quia sicut perempta sola re, quae simpliciter debetur, extinguitur obligatio, ... ita etiam peremptis rebus alterantive debitis extinguitur obligatio rerum. Si vero est promissio generica, peremptis rebus contentis sub genere, non perit ipsa obligatio, quia genus perire non potest... Quod ingeniose et speculative declaro isto modo, quod si omnes res illius generis pereunt, taliter quod sit spes et facultas in genere humano habendi illa res: ut si quis promisit servum in genere, et perirent omnes servi de mundo, tamen subest spes servus habendi per captivitatem hostium, vel per venditorem liberi hominis ad pecuniam participandam; unde debitor non liberatur, nec extinguitur obligatio, quia non fuit restricta ad unum ex servis praesentibus tantum, qui erant tempore contractus, sed ad unum servum simpliciter et absolute: si vero omnes illius generis perirent, taliter quod cessat omnis spes et facultas humano generi illas res habendi, et illud genus restaurandi, ut si quis promisit equum in genere, et nutu divino omnes equi de mundo perirent, et nobis fuisset possibile scire, debitor liberaretur, quia cessat spes et facultas illud genus restituendi, et in terminis istum passum declarat solus Salic in...» (*Variae Revolutiones*, tomo II, cap. XI, n. 49). Para Antonio Gómez, por tanto, el aforismo «genus...» viene a significar la gran dificultad para que el deudor de la obligación genérica se vea liberado por una imposibilidad sobrevenida: la propia configuración de este tipo de obligaciones impide en buena medida que se produzca una imposibilidad sobrevenida total y definitiva. Puede darse una imposibilidad transitoria, puede tener el deudor grandes dificultades para realizar la prestación porque (véase el texto anterior) las cosas del género «debito» que tenía en su patrimonio han perecido; pero todo ello no basta para que el deudor sea liberado de su obligación. Pero si se diera la improbable imposibilidad sobrevenida absoluta y permanente de modo fortuito el deudor quedaría liberado.

Sea como fuere, lo que sí parece claro es que ni nuestro Código, ni sus antecedentes más inmediatos, los Proyectos de 1836 y 1851 y el Anteproyecto (1882-1888), se preocuparon, como, por ejemplo, haría después el Código alemán, de dedicar algún precepto al tema aquí examinado. Quizá, luego se verá si así es, sólo en sede de riesgo en el contrato de compraventa. Pero de algún modo, implícitamente, se hace alguna referencia al problema de la imposibilidad en la obligación genérica en sede de obligaciones en general cuando se trata de la pérdida de la cosa debida. En efecto, el párrafo primero del artículo 1.160 del Proyecto de 1851, antecedente del actual 1.182, decía: «Cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada, y se perdieren sin culpa del deudor, y antes de constituirse éste en mora, la obligación queda extinguida». Glosa García Goyena las palabras «cosa cierta» y «determinada» del siguiente modo: «porque la cantidad y el género nunca perecen. Así, debiéndose genéricamente o en abstracto un caballo u otra cosa indeterminada, como en el caso del artículo 691, no tiene lugar este medio de extinción. Pero las mismas cosas fungibles pueden pasar a ser especies o cuerpos determinados por la designación del lugar; Pecuniae, quae

ellas se examinará el problema del «periculum obligationis». Se ha creído conveniente a tal efecto distinguir entre relaciones obligatorias unilaterales y relaciones obligatorias bilaterales y en las primeras según que tuviesen un carácter restitutorio o no. La razón de la sistemática seguida es que en uno y otro tipo de relaciones el tema del riesgo tiene un planteamiento diferente (51) y ofrece perspectivas distintas para su solución (52). Dentro de las relaciones obligatorias unilaterales, el mutuo y el legado de cosa determinada genéricamente constituirán el objeto de nuestra atención. Entre las bilaterales se estudiará la compraventa genérica.

I.—RELACIONES OBLIGATORIAS UNILATERALES DE CARÁCTER RESTITUTORIO: EL MUTUO

Sin ninguna norma en la regulación general de las obligaciones y, dicho sea de paso, no muy satisfecho ni del todo convencido acerca de las soluciones encontradas, nos vemos forzados sin duda alguna a indagar los preceptos que hacen referencia a los contratos en especial, con el expreso deseo de encontrar alguna información que dé alguna base mayor a lo anteriormente dicho o arroje alguna luz sobre el tema.

Encontrándonos ante obligaciones unilaterales y en sede de genéricas no dudamos en examinar los artículos que el Código dedica al mutuo o simple préstamo donde una parte entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1.740). Nos interesa detenernos en los artículos

in arca est, vel vinum quod in apothecis est, ley 30, libro 30 del *Digesto*. Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint: nihil nobis debetur, ley 37, título 1, libro 45 del *Digesto*». Como se ve, para García Goyena, en resumen, no cabe este medio extintivo de la obligación para las genéricas. Esta sería la razón de que en este precepto, como en el actual 1.182, el supuesto de hecho contemple sólo la obligación específica. Otros preceptos hay en el Proyecto de 1851 que interesa traer a colación, pero al igual que vamos a hacer con otros textos esta tarea será cumplida en la segunda parte del trabajo. (Véase el art. 1.987 del Proyecto de 1836). Véase también GUTIÉRREZ, *Códigos fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, p. 177, 2.^a ed., Madrid, 1871.

(51) Respecto de las relaciones obligatorias unilaterales se ha llegado a discutir incluso la posibilidad de hablar de riesgo. Véase sobre esta discusión BERTI, *Teoría general de las obligaciones*, I, pp. 173 y ss. En general, sobre el tema, ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 97 y ss.

(52) Se discute por algún autor la utilidad de la distinción entre obligaciones unilaterales y bilaterales en este tema. Gorla, por ejemplo (pp. 31 y ss.), que centra el problema sobre el carácter conmutativo o no de las obligaciones. Sin perjuicio de que nos sirvamos de la conmutatividad a la hora de resolver los problemas que se plantean, al igual que nos serviremos del dato de la titularidad dominical, y no aceptamos la regla «casum sentit dominus», preferimos seguir la distinción aquí propuesta, entre otras cosas porque al menos en nuestra doctrina tiene unos perfiles más claros que la que separa las obligaciones conmutativas de las que no lo son. Además, la subdivisión que se hace respecto a las relaciones obligatorias unilaterales puede servir para obviar los problemas que a aquella distinción se imputan.

1.753 y 1.754 del Código. Según el primero «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

Esta obligación de devolución del mutuuario se desenvuelve en el siguiente precepto: «La obligación del que toma dinero a préstamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170 de este Código. Si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio».

En el artículo 1.753 se nos dice por una parte que el mutuuario deviene propietario de las cosas que le han sido entregadas y por otra parte que queda obligado a restituir el «tantumdem», aunque sufra alteración en su precio, añade el artículo 1.754, con lo que se atribuye al mutuuario el aumento o la disminución del valor de las cosas prestadas a su riesgo o beneficio.

Ante estos preceptos se nos ocurre preguntar: ¿Sigue obligado el mutuuario a devolver el «tantumdem» si la alteración del precio de las cosas es exorbitante? Aún más, supongamos una imposibilidad absoluta y objetiva del mutuuario de entregar las cosas debidas. ¿Quedaría por ello liberado de su obligación?

Ninguna respuesta hallamos en el Código.

Precepto específico para esta cuestión contenía, en cambio, el Proyecto de 1851, que en su artículo 1.647 decía: «Cuando sea imposible restituir otro tanto de la misma especie y calidad, entregará el deudor su precio regulado por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior» (53).

El texto del Proyecto de García-Goyena es muy confuso y está necesitado de una interpretación que aclare su verdadero sentido; así lo exige su redacción ambigua y contradictoria. En efecto, en el artículo mencionado se establece la obligación del deudor de entregar el precio «que *tenía* la cosa prestada en el lugar y tiempo en que *deba* hacerse la restitución»; es indudable, en nuestra opinión, la defectuosa construcción de la frase, los tiempos de los dos verbos utilizados no se corresponden, no encajan en ella el pretérito imperfecto de indicativo con el presente de subjuntivo; uno y otro tiempo nos inducen a interpretar de diverso modo el precepto. El «tenía», por lo que implícitamente implica, nos hace pensar, en relación con el tiempo de la restitución, en una «mora debitoris», justificativa de una «perpetuatio obligationis» caso de imposibilidad sobrevenida fortuita, en la que se establecería por la ley la cuantía de la responsabilidad. El «deba», por su parte, parece, sin embargo, aludir a una verdadera imposibilidad sobrevenida, fortuita, extintiva de la obligación y liberatoria del deudor en la normalidad de los casos, pero que aquí, en el supuesto del mutuo, de manera excepcional, no llevaría aparejada esas consecuencias

(53) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 853.

normales dichas, sino que produciría una modificación objetiva de la obligación del mutuuario sustituyéndose la prestación inicial de entrega de una cantidad de cosas fungibles por otra cuyo objeto sería una cantidad de dinero, cuyo montante nos vendría dado por el precio de las cosas debidas. Sin embargo, así interpretado el precepto, encontramos para su aplicación una dificultad práctica importante y ésta sería el modo de saber el precio de la cosa cuando se debe, si realmente es imposible su entrega.

Por su parte, el mismo García-Goyena, comentando el precepto (54), nos dice: «El valor o precio de la cosa se ha de regular siempre por el del tiempo y lugar en que debió ser restituida: el acreedor no puede aspirar a más ni el deudor ofrecer menos: respecto de uno y otro, la cosa, cuya devolución es imposible, está representada por su precio, atendidos al tiempo y lugar en que debió ser restituida». Aquí el autor habla de «debió ser restituida».

No obstante, aunque se estimase que el artículo 1.647 del Proyecto de 1851 se estaba refiriendo al supuesto de que el deudor se haya retrasado en el cumplimiento de su obligación, esto no supone necesariamente que incurriera en mora, ya que el artículo 1.007 del mencionado Proyecto exigía, como exige nuestro artículo 1.100, el requerimiento del acreedor (55) y por lo tanto, siguiendo los preceptos generales de las obligaciones no alcanzarían los efectos de la mora (entre otros el de la «perpetuatio obligationis») al deudor que incurrió en mero retraso en el cumplimiento de su obligación, y en cambio quedaría cubierto este supuesto por el artículo 1.647 del citado Proyecto. De esta forma el precepto no sería inútil, sino que sería una forma de determinarse por la ley una mora automática, no necesitada de requerimiento por el acreedor, si bien aquí no se nos habla sino de la atribución al deudor de uno de los efectos de la mora: el de la responsabilidad por la pérdida o destrucción fortuita de las cosas debidas (56); y nada se nos dice del otro efecto: el de la responsabilidad por los demás daños y perjuicios que el retraso en el cumplimiento le ocasione al acreedor (57).

Cabría, finalmente, otra interpretación del precepto. Sin duda sería la que menos alcance daría al mismo. Según ella, el artículo presupone que el deudor se encuentra ya en mora y establece para el caso de imposibilidad la cantidad a indemnizar, atendiendo a un criterio objetivo y sin perjuicio de que el acreedor probando otros daños pueda reclamar más. La única finalidad del artículo sería establecer el tiempo y lugar respecto a los que hay que realizar la valoración del objeto de la prestación. Esta sería, como más adelante veremos, la interpretación más acorde con los antecedentes del artículo (58). Además, podría

(54) *Op. cit.*, p. 861.

(55) Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pp. 539 y 540.

(56) Artículos 1.096, tercer párrafo, y 1.182 actuales, correspondiente a los 1.006 y 1.160 del Proyecto de 1851.

(57) Artículos 1.101 del Código, 1.011 del Proyecto.

(58) En este punto conviene tener en cuenta que, al contrario de lo que

apoyarse en la propia lógica del sistema en la medida que respeta más que las otras interpretaciones la normativa general.

Después de todo lo anterior, queda sin responder si en el supuesto de imposibilidad fortuita sobrevenida anterior al tiempo en que la restitución debió llevarse a cabo habría que llegar a la solución del mencionado precepto 1.647 del Proyecto de 1851 en la primera de sus posibles interpretaciones. Si la respuesta fuera afirmativa, ello supondría la atribución al mutuuario (deudor) de los riesgos sin paliativos, y, consiguientemente, un caso tal vez especial, quizá meramente histórico (no tanto si el artículo 312, párrafo 3.º del Código de comercio recogiera la misma solución), en que el aforismo *«genus nunquam perit»* brillaría con todo su esplendor y pasaría a ser una máxima jurídica con el carácter de apotegma.

Ya hemos visto las dificultades que presenta el precepto del Proyecto de García Goyena. En principio la solución afirmativa parece la correcta, pues cuando el artículo habla de imposibilidad no distingue para nada entre la fase anterior y la posterior al tiempo del cumplimiento, pero la redacción confusa del precepto, así como el posterior comentario de García-Goyena, de alguna forma parecen contradecir esa inicial impresión restringiendo el supuesto de hecho tan sólo a los casos de retardo en el cumplimiento de la obligación de restitución. Además, existe otro dato, y es que en el artículo 1.647 del Proyecto se establece para el caso de imposibilidad de restituir el tantumdem la obligación del deudor (mutuuario) de entregar el precio de las cosas al tiempo en que deba ser restituida; y se nos hace difícil encontrar la forma de averiguar tal precio si resulta que ha devenido imposible la obligación de restituir el tantumdem con anterioridad a ese tiempo en que se debió entregar (por ejemplo, por extinción de la especie o por la prohibición de su tráfico). Distinto sería si la estimación se refiriera al momento de la constitución del préstamo, pues con ello se hubiera salvado indudablemente este difícil escollo. Si a todo ello se añade la oposición que supondría tal interpretación del Proyecto a la regulación general del Derecho de obligaciones en materia de riesgos, parece imponerse una respuesta negativa a la pregunta formulada.

Pero frente a estas consideraciones, cabe aún hacer otras, no menos importante, desde la puramente dogmática de que el mutuuario devino propietario de las cosas a él entregadas y *«res perit domino»* hasta la más contundente de que si el mutuuario se viera liberado por una imposibilidad sobrevenida se produciría un enriquecimiento del mismo (59). Sobre todo ello se hablará más adelante.

En esta tesitura, y antes de exponer otras consideraciones al respecto, estimamos conveniente tener en cuenta el artículo 1.903 del

el Proyecto dispone, en el Derecho romano, en nuestro Derecho histórico, al igual que en el Derecho común, no era necesario para la constitución en mora el requerimiento para las obligaciones a término.

(59) Sobre todo ello se hablará más adelante.

Código civil francés al que en buena medida, reconoce García-Goyena, siguió el Proyecto, y los precedentes del mismo.

Y el precedente más cercano lo encontramos en el Proyecto de 1836. Su artículo 1.342 dice así: «El prestamista (60) queda obligado a devolver otro tanto como recibió, de la misma especie y calidad; si no pudiere verificarse la devolución de las cosas en especie, cumplirá dicho prestamista pagando el valor equivalente en dinero, según las reglas que se expresan en los artículos 1.346 y 1.347». No parece discutible que el artículo contempla el supuesto de una imposibilidad total, sobrevenida y fortuita, sin que el deudor se encuentre constituido en mora. La clara redacción del precepto transcrito, los criterios de valoración establecidos en los artículos 1.346 (61) y el texto del artículo 1.344 (62) aportan argumentos que no dejan lugar a dudas. También en *Las Partidas* encontramos un claro precedente, en la Ley 85, título I, Partida Quinta, que, por cierto, no es recogida, ni siquiera citada, por García-Goyena. Dice así el mencionado texto: «Si alguna de las cosas que se pueden contar, pesar o medir, emprestasse un ome a otro, señalando día e logar, a que gela debía dar el debdor, tenuto es de gela pagar en aquel día, e en aquel logar que puso con él. E si por aventura no toviere de que le dé otro tanto atal, como aquello que le fue prestado, débele dar tanto precio porende, quanto montare, e valiere aquello que le presto. E debe ser contado según valiera otra tal cosa, como aquella que fue prestada en aquella sazón e en aquel lugar do la ovo pagar. E si non fue señalado día, sin lugar, en que oviese de ser fecha la paga, debe ser contado, e asmado, segund que valiere en aquel lugar do la face la demanda, a la sazón que gelo demandare después en juy시오».

Con el texto alfonsino nada se aporta al problema planteado. En todo caso apuntaría a la solución negativa del problema si tan sólo tuviéramos en cuenta este texto, pues según él la posición del mutuatario aparece en principio como privilegiada; en efecto, parece como si el deber de entregar el mutuatario la estimación de las cosas prestadas,

(60) Prestamista se llama al hoy llamado prestatario. Véase ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1876, voz «Prestamista», T. IV, p. 659.

(61) Estos no ofrecen ninguna dificultad de aplicación en el caso de imposibilidad sobrevenida. Art. 1.346: «si el préstamo hubiere consistido en cosas o especies, y éstas se hubiesen apreciado al tiempo de celebrarse el contrato, deberá el prestamista devolver tanta cantidad de las mismas cosas prestadas cuanta sea necesaria para cubrir el valor que se le dio, bien se haya disminuido o aumentado el precio de aquélla». Art. 1.347: «si en el contrato no se hubiere designado el valor de la cosa prestada, se regulará éste por el que tenía en el lugar donde se hubiere celebrado el contrato y al tiempo de su otorgamiento». En LASSO GATTE, *Crónica de la Codificación Española*, 4 «Codificación civil», II, Madrid, 1979.

(62) «El prestamista que no devolviera la cosa prestada o su equivalencia en defecto de aquélla, al plazo convenido, estará obligado a indemnizar al prestador de los gastos y perjuicios que haya sufrido por su morosidad, y deberá además abonarle el importe del interés legal de la deuda desde el día de la demanda».

más que un deber subsidiario de la obligación de restituir el tantumdem cuando ésta torne de alguna forma imposible, consistiera en una facultad del deudor al que se le da a elegir entre una u otra prestación, o el tantumdem o la estimación, tal es la redacción de la ley de Las Partidas «o si no toviere», que nos conduce a plantearnos estas dudas. Sin embargo, es claro que no es así, la rigurosidad con que se trata al prestatario en las otras leyes que el texto alfonsino dedica al mutuo nos demuestra a las claras que la situación de aquél es muy otra en el punto del cumplimiento de su obligación; así lo manifiestan las leyes 2.^a y 10.^a del mismo título y capítulo de la Quinta Partida (63).

Ahora bien, si esto parece cierto, que la citada ley no concede al mutuuario ninguna facultad de elegir para el cumplimiento de la obligación entre una cantidad de cosas de la misma especie y calidad y su estimación en dinero, no parece menos cierto otra cosa: los autores que comentaron o glosaron el texto lo refirieron siempre al supuesto en que el mutuuario estaba ya en mora (64). Así, el glosador de Las Partidas extracta la ley del siguiente modo: «Si in termino praefixo mutuuum non solvitur: post moram a esse estimatur quantum valet in loco ubi erat solvendum, sed non apposita die, nec loco, aestimatur secundum valorem tempore petitionis in iudicio factae, et loci ubi pretitur, hoc dicit». Y esta opinión está latente en las diversas glosas a la ley. También Hermosilla: «mutuum reddendum esse eiusdem qualitatis, et bonitatis in termino praefixo, et loco designato, alias ad aestimationem post moram, debitorem teneri... et si vult creditor potest ipsam rem persequi, et simul ad aestimationem damni sibi illati agere...» (65). El mismo autor, más tarde, parece plantearse el supuesto de la imposibilidad de la prestación sin que el deudor haya incurrido en mora: «et antequam debitor in mora solvendi sit constitutus, nec interesse damni emergentis, nec lucri cessantis peti potest (65); pero otra cosa se deduce de estos textos; que en el supuesto de «mora debendi» el acreedor tiene la facultad de elegir entre pedir la cosa o su estima-

(63) Ley 2.^a: «... Pero tenuto es de dar à aquel que gela prestó otra tanta, é atal, é tan buena como aquella que le prestó, maguer ningunas destas cosas non dixesse señaladamente el que la emprestasse. E devegela dar al plazo que pusieren entre si quando la cosa fue prestada. E si el plazo no fue puesto devegela dar á voluntad del que la prestó, diez días después que fue prestada». Ley 10.^a: «Tal fuerza ha el prestamo que los omes facen unos á otros, de las cosas que se pueden contar, ó pesar, ó medir, que luego que passa la cosa á poder de aquel á quien fue prestada, que maguer la queme fuego, ó la lleve agua, ó la furten ladrones, ó la pierdan por otra manera qualquier, por de aquel se pierde que la recibe presdada, é non por del otro que la prestó. Otrosi decimos, que aquel que toma la cosa prestada, si non la torna à la sazón que devia, que tenuto es de pechar aquella pena à que se obligó por esta razón. E si pena non fue puesta, deve pechar los daños, é los menoscabos que recibió el otro en demandar la cosa que se prestó. E para esto pagar, son tenudos también los herederos de los que tomaron el prestamo, como ellos mismos».

(64) Véase nota 58.

(65) Resoluciones ad leges Partitas D. Gregori Lopeti 1751, tomo I. add. glosae I, 1. VIII.

ción, facultad que no tiene en los supuestos en que el deudor no ha incurrido en mora. El texto de *Las Partidas*, estrechamente unido al de D. 12,1,22, se encuentra en conexión con el tema de la condena pecuniaria y el problema de la estimación del valor de la prestación.

El mencionado texto del *Digesto*, citado por García-Goyena, nada tiene que ver por tanto con el problema aquí planteado: el de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en relación con la obligación del mutuuario. El pasaje, tanto originariamente (66), como en la interpretación que de él hicieran glosadores y comentaristas (67), se refirió al problema del tiempo y lugar respecto de los que la valoración de la originaria prestación debía hacerse.

Por lo demás, ningún texto hemos encontrado en el Derecho romano, ni en los autores del Derecho común, que abordara el problema de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación del mutuuario de entregar otro tanto de la misma especie y calidad. Ni los textos recogidos en D. 44,7,1,4 y en Inst. 3,14,2, ni las glosas y comentarios que ellos suscitaron pueden conducir a pensar otra cosa (68).

De todo lo dicho hasta aquí se deduce con claridad una conclusión inmediata: los preceptos examinados, recogidos en los proyectos de nuestro Código civil y en algunos códigos extranjeros, obedecen seguramente a una errónea interpretación del texto de D. 12,1,22. Los principios «dies inter pellat pro homine» y de condena pecuniaria, que eran el contexto esencial de la solución romana, habían desaparecido en aquellos códigos. Posiblemente el legislador no se percató de ello, y se limitó a transcribir una regla que había sido indiscutida a lo largo

(66) Véase KASER, *op. cit.*, I, p. 500. El texto es el siguiente: «Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitus est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum petitum esset, interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat, respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum».

(67) Aunque no se refiere directamente al tema aquí estudiado, es interesante el trabajo de DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, cit.

(68) Así dicen los textos citados: D.44,7,1,4: «Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit nihilo minus obligatus permanet...» e Inst. 3.14.2: «Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur, et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latro-num hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet...». Los textos, ambos, hacen referencia a la distinción entre «mutuo» y «comodato». Entre otras diferencias se apunta que la destrucción... por causa de fuerza mayor de la cosa entregada, no libera al mutuuario, frente a lo que ocurre al comodatario. Ello es lógico si se piensa que aquél no está obligado a entregar las mismas cosas que recibió, sino otras de la misma especie y calidad. La Glosa remite a la ley incendium, cuyo contenido y comentario fueron ya examinados, para explicar la solución dada aquí para el «mutuo».

de la historia. Es precisamente este cambio contextual el que provoca las dificultades para llevar a cabo hoy una interpretación mínimamente satisfactoria de la misma (69).

Es sumamente extraño que los autores extranjeros, al comentar los respectivos preceptos de sus códigos donde se encuentra regulado el tema aquí planteado (70), no hagan alguna alusión a estos antecedentes. Extraño en la medida que estos preceptos recogen una regla excepcional, por lo menos en principio, en Derecho de obligaciones (la imposibilidad sobrevenida, total... y fortuita, no libera al deudor), y que además imponen la consideración de un supuesto de hecho casi imposible en la explicación del aforismo «genus nunquam perit» dada por aquellos autores. Más extraño resulta aún si se tiene en cuenta que un autor tan cercano a la codificación civil como Domat exponía la cuestión siguiendo las pautas del Derecho histórico (71).

Todo lo anteriormente dicho ha servido para explicar las razones de las existencias de unos preceptos de dudosa utilidad práctica y de un tenor ciertamente confuso. Pero el problema inicialmente planteado sigue en pie. ¿Queda liberado el mutuatario si su obligación deviene fortuitamente imposible?

Como ya hemos dicho, el tema no lo hemos visto planteado ni en el Derecho romano ni en los autores del Derecho común. Pero no ha faltado quien se haya enfrentado con la cuestión, si bien constituye una rara excepción a la regla, tratando de buscarle una solución en base a los textos romanos. Así, Huschke (72), tras exponer la posibilidad de que el problema se presente, rechaza de plano la idea de que el deudor quede liberado como ocurre en una obligación específica (en un comodato, por ejemplo) (73). A esta conclusión se opone, según el autor, el natural sentido jurídico. Dejando a un lado otras relaciones jurídicas y centrándose única y exclusivamente en el contrato mutuo entiende que la propia naturaleza de este contrato, las características que le separan de los otros contratos reales (74), lleva precisamente a la so-

(69) Así, por ejemplo, CARRESI: «Cio pro non esclude che la disposizione sia, oltreche di difficile giustificazione dogmatica, anche infelicitemente redatta e tale da dar luogo a gravi e motivati dubbi nella sua interpretazione.

(70) Véase más adelante el texto transcrito de dichos artículos.

(71) «Les loix civiles dans leur ordre naturel», tít. VI sec. III, núms. 4 y 5: «Si celui qui a emprunté d'autres choses que de l'argent, ne les rend pas au terme, ou ne les rend pas telles qu'il les doit, il en paiera l'estimation. 5. L'estimation de la chose empruntée que le débiteur est en demeure de rendre, comme du vin, du blé et autres choses se fait aux prix du temps et du lieu ou elle devait être rendue, parce qu'elle était due alors, et en ce lieu; et si le temps et le lieu n'étaient pas réglés par la convention, l'estimation s'en fera au prix du temps et du lieu où la demande est faite. Si ce n'est que le circonstances et les présomptions de l'intention des contractans obligent à régler cette estimation sur un autre pied». En cambio, es distinta ya la interpretación que hace POTHIER del citado texto del *Digesto*, en *Traté de contrats de bienfaisance*, I, París, 1807, pp. 102 y 103.

(72) E. HUSCHKE, *Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehn*, Stuttgart, 1882, pp. 221 y ss., especialmente interesan aquí pp. 233 y ss.

(73) *Op. cit.*, p. 236.

(74) Véase *op. cit.*, pp. 8 y ss.

lución contraria; que la pérdida del «genus», sobre el que se concertó el mutuo, no extingue la obligación de él nacida, sino que sólo supone que el acreedor debe contentarse con la estimación (75): el mutuuario, al recibir las cosas prestadas, ve de una manera efectiva aumentado su patrimonio, a la vez que en éste se produce una disminución a través de la obligación que ha venido a engrosar un pasivo. Ahora bien, para Huschke, mientras que el aumento patrimonial es real, el mutuuario queda obligado en su patrimonio sólo ideal o abstractamente, ya que debe otro tanto de la misma calidad que lo recibido, que como tal sólo existe en el intelecto. Y esta disminución patrimonial en forma de deuda no puede de hecho perecer, precisamente porque ella (en un objeto) no existe realmente. En esto es ciertamente verdadera la regla de que «genus» como «debitum interire non potest», según el autor.

Por lo que se refiere al Derecho moderno, es obligado una referencia a aquellos códigos extranjeros que se han ocupado del tema. El artículo 1.903 del Code napoleónico establece: «S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en payer la valeur en égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés le paiement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait».

Dos son las preguntas que se nos ocurren tras una rápida lectura del precepto: ¿De qué imposibilidad habla el artículo? ¿Qué debe pagar en tal caso el mutuuario? Por lo que a la primera pregunta se refiere, algún autor como Laurent, ha manifestado que la norma no se refiere a la imposibilidad absoluta: «une impossibilité pareille n'existe jamais en fait de denrées; il faudrait supposer, disent les auteurs, que les choses qui ont fait l'objet du prêt ont été mises hors du commerce; ce qui est une hypothèse d'école» (76). Pero esta opinión, así como otras que por distintos motivos excluyen de la aplicación del artículo a la imposibilidad absoluta son aisladas (77). La mayoría de los autores no dudan en incluir a la imposibilidad absoluta junto con la relativa en el supuesto de hecho del artículo 1.903 del Código. Lo único que se discute en si en el supuesto de que sobrevenga una alteración importante de los precios de las mercancías cabría aplicar también el precepto (78). En cuanto a la segunda pregunta se refiere, gran parte de los autores se limitan a transcribir las soluciones recogidas en el

(75) *Op. cit.*, p. 237. En la página anterior y en la última citada desarrolla Huschke los fundamentos de la tesis mantenida:

(76) *Principes de Droit civil*, XXVI, pp. 519 y ss. (4.ª ed., Bruxelles, París, 1887). Añade Laurent otro argumento a su tesis: el texto del artículo se refiere claramente a una imposibilidad relativa: «s'il est dans l'impossibilité...».

(77) Así, HUC, t. XI, núms. 175-176: «On a prétendu, toutefois, mais cette opinion est isolée, qu'en cas d'impossibilité absolue de restituer la chose en nature, l'emprunteur serait libéré, sauf à restituer la valeur de ce dont il s'est enrichi».

(78) Véase, por todos BAUDRY-LACANTINERIE (A. Wahl), *Traité Théorique et pratique de Droit civil*, XXIII, 3.ª ed., París, 1907. Conviene poner de manifiesto aquí con relación a lo dicho en el texto que no todos los autores entienden lo mismo por imposibilidad relativa.

artículo citado, sin enfrentarse a los problemas que éstas plantean. Porque, ¿qué ocurre si hay un pacto acerca del tiempo en que la devolución debe tener lugar y la imposibilidad sobreviene con anterioridad al vencimiento de la obligación? ¿Cómo se lleva a cabo la estimación? Hay casos en que la imposibilidad sobrevenida impedirá llevar a cabo la estimación de las mercancías, siguiendo al pie de la letra los criterios del legislador francés. Quizá, con la intención de salvar estas dificultades entiende Baudry que el mutuatario debe prestar la suma que probablemente hubiera debido desembolsar para adquirir las mercancías caso de no haber devenido la imposibilidad (79). Como se puede observar, el panorama que ofrece en este punto la doctrina francesa y belga es bastante desolador. Casi desapercibido ha pasado un precepto que, por su incidencia sobre algunos temas de la parte general del Derecho de obligaciones, debía haber despertado gran preocupación a los autores galos. Ciertamente alguno manifiesta que el mutuatario soporta el «periculum obligationis» por devenir propietario de las cosas a él entregadas (80), o que se trata de evitar un enriquecimiento del mutuatario (81), o simplemente se limita a considerar que la obligación del mutuatario es una verdadera obligación de resultado (82). Pero será difícil encontrar voces como la de De Page, que de forma clara expone que el precepto estudiado supone una derogación de los principios generales, según los cuales el deudor debería quedar liberado por la imposibilidad sobrevenida fortuita, derogación que trata de evitar un enriquecimiento ilegítimo del mutuatario (83).

También el Código civil italiano de 1942 (84) establece en su artículo 1.818 que «Se son state mutuate cose diverse dal danaro, e la restituzione é divenuta impossibile o notevolmente difficile per causa non imputabile al debitore, questi e tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui le restituzione si doveva eseguire».

(79) *Op. cit., loc. cit.* Para Laurent los criterios establecidos por el legislador para llevar a cabo la estimación de la prestación son inadmisibles: el criterio del primer párrafo no tienen ningún sentido desde un punto de vista lógico (hay que tener en cuenta que este autor refiere el precepto a la imposibilidad relativa, así como lo que entienden por ésta), el establecido en el segundo párrafo le parece al autor belga injusto.

(80) FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, París, 1965, p. 179.

(81) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *op. cit.*, p. 462.

(82) MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, P. III, Vol. IV, p. 442.

(83) *Traité élémentaire de Droit civil belge*. V. Bruxelles, 1952, pp. 142 y ss.

(84) El Código de 1865 podría encontrarse en la línea del Derecho histórico, así parecería desprenderse de sus artículos 1.828 y 1.223. Pero la doctrina italiana ha entendido aquel artículo o bien en el sentido de que no contempla el caso de imposibilidad sobrevenida (facultad atribuida al mutuatario de entregar el valor en vez del «tantundem eiusdem generis»), o bien en el de que comprende la imposibilidad sobrevenida fortuita sin que haya mediado culpa del deudor. Véase GORLA, *op. cit.*, pp. 275 y ss.; LONGO, por su parte, parece desconocer el artículo 1.828, al que, sin embargo, cita, *op. cit.*, p. 217.

A pesar de no haberse tampoco enfrentado con los antecedentes de la norma, ofrece la doctrina italiana, en nuestra opinión, un examen bastante más minucioso y certero de la misma que el de los autores galos.

Deteniéndose ahora tan sólo en los puntos que aquí interesan, se puede decir en apretado resumen lo siguiente: en primer lugar, que todos los autores están de acuerdo en que la imposibilidad de que habla el precepto es la que extingue la obligación (85), no aplicándose en los casos de mora o culpa del deudor (86). En segundo lugar, que no han dejado de reconocerse el carácter excepcional de la norma (no liberación del deudor por la imposibilidad sobrevenida) (87), encontrándose su fundamento en la conveniencia de evitar un enriquecimiento injustificado del mutuuario (88). Finalmente, por lo que al valor debido y a los criterios de estimación se refiere, se salvan los problemas que sin duda plantea el texto de la norma (fruto, como vimos de reminiscencias históricas), con diferentes interpretaciones: se debe pagar el valor que corresponde, teniendo en cuenta el lugar y tiempo de la restitución, al precio que las cosas tenían en el momento de la entrega (89); debe considerarse el valor de las cosas en el momento del vencimiento de la obligación y si esto no es posible el que tenían las cosas cuando ésta nació (90). Sobre las causas de las dificultades que presenta este precepto, así como el francés examinado y otros semejantes (91) para su interpretación, ya hemos hablado. Más adelante tendremos ocasión de hacer un comentario crítico de los mismos.

En cuanto al Derecho alemán, no recoge el B.G.B. ninguna norma semejante y cuando algún autor excepcionalmente se ha planteado el problema lo ha resuelto a través de la aplicación de las reglas gene-

(85) Por vía de ejemplo, véase FRAGALI, *Del mutuo*, Bologne-Roma, 1969, p. 407; GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, Milano, 1972, p. 96; CARRESI, *El comodato, il mutuo*, Torino, 1954, p. 143.

(86) FRAGALI, *op. cit.*, p. 432: «Le regole predette no valgono se vi è stata mora del debitore, il quale anzi è tenuto al risarcimento dei danni. Analogamente va risolto il caso in cui la situazione opposta dal mutuuario sia stata provocata da colpa di lui».

(87) Así, GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 96; CARRESI, *op. cit.*, p. 143 y p. 145 n. (2).

(88) FRAGALI, *op. cit.*, p. 407; GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 96; en cambio, CARRESI, *op. cit.*, mantiene al respecto una postura ambigua: la disposición es correcta desde el punto de vista de la oportunidad política, aunque difícilmente justificable desde el punto de vista sistemático (p. 143), es de difícil justificación dogmática (p. 145), establece una norma de indiscutible privilegio en favor del prestamista (p. 145, n. (2)).

(89) SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 181.

(90) FRAGALI, *op. cit.*, p. 430.

(91) Por ejemplo, el artículo 2.251 del Código civil argentino: «Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, el mutuuario deberá pagar el precio de la cosa o cantidad recibida, regulada por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitución».

rales: tratándose de una obligación genérica, el párrafo 279 del B.G.B. (92).

¿Qué pensar sobre el tema en nuestro Derecho? La ausencia en el Código civil de una norma al respecto hace particularmente difícil encontrar una respuesta a la cuestión. Veamos cuáles son los argumentos que cabe exponer en favor de las posibles tesis.

No cabe duda que una primera postura podría ser la de entender que el prestatario si sobreviene una imposibilidad total, definitiva y fortuita queda liberado de su obligación, que se ha extinguido. Esta tesis tendría un apoyo fundamentalmente en dos argumentos: en primer lugar en los antecedentes del Código civil; en segundo lugar en los criterios imperantes para la selección de la normativa aplicable a un determinado problema.

La evolución histórica de la cuestión tiene que tener en cuenta aquí dos datos importantes: la omisión por parte de nuestro legislador de los artículos de los Proyectos de 1836 y 1851 que trataban del tema y el significado de los precedentes de estos preceptos. Por lo que al primero de los puntos se refiere, cabe deducir de esta omisión la voluntad del legislador de rechazar las soluciones recogidas en aquellos artículos (93). No se quiso así establecer una normativa distinta a la general en materia de mutuo en los temas de «periculum obligationis» y de imposibilidad sobrevenida. En cuanto al segundo punto aquí aludido sirve para reforzar aún más esta opinión por cuanto que fue precisamente una interpretación errónea de estos precedentes la que dio lugar a los artículos que nuestro legislador decidió suprimir en el Código vigente. Por lo que la fuerza que podrían tener los antecedentes próximos al Código civil queda bastante debilitada.

La ausencia de una regulación del tema en sede de préstamo nos obliga a buscar la norma aplicable en las reglas que el Código dedica a la imposibilidad sobrevenida en la parte general del Derecho de obligaciones. Y con base en estas reglas habría que aceptar que la obligación del prestatario quedaría extinguida y éste quedaría liberado (94). Por otro lado, cabría aún añadir que los preceptos actuales

(92) Así, DITTRICH, J., *Der Darlehensvertrag in seiner rechtlichen Ausgestaltung*. Diss. Marburg, 1978, pp. 116 y ss., y BERNDORFF, *Die Gattungsschuld*, Berlín, 199, p. 132. Matizada es, en cambio, la opinión de BALLERSTEDT, *Zur lehre vom Gattungskauf*, en *Festschrift für Nipperdey*, pp. 269 y 270.

(93) Resulta sumamente extraño que si en el proyecto de 1851 había para los préstamos de dinero una igual remisión que la actual al artículo 1170 (que en el Proyecto era el artículo 1096) y se decía respecto a las demás cosas fungibles lo mismo que ahora se dice en el artículo 1.754, párrafo 2.º (art. 1.645 del Proyecto de García Goyena), se suprimiera un precepto como el 1.647 del citado proyecto, con rancia tradición, sin pensar en la derogación del régimen históricamente vigente.

(94) Así soluciona la cuestión la doctrina alemana. Véase nota (92). También ALBALADEJO, pero llegando a la solución opuesta, *DERECHO CIVIL II*, 2.º, Barcelona, 1975, p. 315: «al cumplimiento de tal obligación se aplican las normas generales de éstas. Si sin culpa del mutuuario es imposible devolver lo mismo, habrá de devolverse su valor en la época de la restitución...».

del préstamo, cuando de cosas fungibles diversas del dinero se trata, obligan al prestatario a devolver el tantumdem incluso si las cosas han sufrido alteración en su precio; no le obligan a menos pero tampoco a más; aplicar la analogía u otra vía para llegar a una solución excepcional, que pugna con la regulación general que el Código establece para el «periculum obligationis» parece criticable.

Sin embargo, a pesar de la aparente irrefutabilidad de los argumentos expuestos, nos inclinamos a creer que la tesis contraria se apoya en bases más sólidas. Comenzando por hacer unas consideraciones críticas de los argumentos esgrimidos en pro de la tesis anterior cabe decir lo siguiente: que por lo que se refiere a los antecedentes del Código civil, la supuesta voluntad del legislador de modificar el régimen de los proyectos en este punto deducida de aquéllos choca con un dato incontestable. Pocos años antes de la entrada en vigor del Código civil se produce la aparición del nuevo Código de comercio y en él se encuentra un artículo, el 312, en el que de manera clara se establece la no liberación del prestatario por la pérdida de la especie debida: «Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución, salvo si se hubiese pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o en beneficio del prestatario».

En los préstamos de títulos o valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario. Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o un equivalente en metálico si se hubiere extinguido la especie debida».

No existiendo ninguna razón que justifique un tratamiento diverso del tema en el préstamo mercantil frente al civil, el hecho de que el precepto no se recogiera en el Código civil debe encontrar un fundamento distinto a la existencia de una voluntad del legislador de establecer una solución diferente en el préstamo civil. Podría deberse simplemente a un deseo de economizar preceptos en materia que hoy día se desarrolla sobre todo en el ámbito mercantil (95) y que se encontraba suficientemente desarrollada en el Código de comercio.

(95) Conviene tener en cuenta que se suprimieron bastantes de los preceptos que los proyectos dedicaban al préstamo, el que a nosotros aquí nos interesa era uno más de aquéllos. Por otra parte, se podría ver una conexión en este punto entre la codificación civil y la mercantil. Pues el Código de Comercio de 1829 no se ocupaba del tema, como hizo el hoy vigente, lo cual podría justificar que de él trataran los proyectos del Código civil; al afrontarlo el nuevo Código de Comercio, el Código civil no abordó ya ésta como otras cuestiones. Sobre las fechas de redacción del anteproyecto de Código civil (1882-1888). Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto cit.*, p. 14, n. 28. En éste desaparece ya la prolija regulación de los proyectos.

De esta manera queda sin fuerza el primero de los argumentos esgrimidos en favor de la tesis anterior: el que hacía referencia a los antecedentes próximos al Código civil. Pero aún queremos añadir algo en relación con los precedentes históricos. El hecho de que los artículos recogidos en los proyectos y en los códigos civiles extranjeros que vimos en esta materia hayan tenido por base un entendimiento inexacto de la regulación del tema en el Derecho histórico no es un obstáculo para defender la tesis de la no liberación del prestatario, que aquí se propugna. En efecto, en el Derecho histórico no se decía expresamente que el prestatario no quedaba liberado por una imposibilidad sobrevenida, pero tampoco se decía lo contrario; simplemente el problema no se abordaba: quizá por entenderse que en la realidad la posibilidad de que se extinguiera la especie debida era remota. La incorrecta inteligencia de los textos históricos que quizá sirvió para establecer unos determinados preceptos no puede llevarnos a estimar que éstos no tienen ningún valor cuando éstos encuentran apoyos claros en fundamentos de justicia. Aquella errónea interpretación sería tan sólo la ocasión, el motivo si se quiere, de esta normativa, pero no el fundamento de su existencia.

Por otro lado, conviene también poner de manifiesto, por lo que se refiere a la aplicación de las reglas generales en ausencia de una regulación particular en sede de mutuo que se ocupe del tema, que ni en nuestro Código, a diferencia de lo que ocurre en el alemán, hay en la parte general de las obligaciones precepto que regule el tema (96), ni ello supondría tampoco la necesidad ciega de aplicar aquel precepto general. La primera constatación nos obliga a la búsqueda y elaboración de una regla sobre el riesgo y la imposibilidad en las obligaciones genéricas partiendo de los materiales de todo tipo que se encuentran a nuestra disposición, que es lo que se está tratando de hacer en este trabajo. La segunda afirmación nos pone en guardia frente a los peligros de un conceptualismo llevado a ultranza y nos obliga a meditar más detenidamente si a un determinado caso, a pesar de estar comprendido aparentemente en el supuesto de hecho del texto de una norma, debe aplicársele ésta, sopesando todos y cada uno de los criterios de interpretación de las normas y teniendo en cuenta sobre todo la finalidad de la misma.

Hasta aquí se han expuesto los argumentos que podían apoyar una liberación del prestatario por imposibilidad sobrevenida, así como algunas consideraciones crítica sobre los mismos que demuestra que no son irrefutables. Interesa ahora examinar cuáles son las razones de la solución contraria, aquí defendida.

(96) En mi opinión no cabe deducir otra cosa del artículo 1.182 del Código civil, ni siquiera entendido a *sensu contrario*, como algunos pretenden. Lo único que se deduce del precepto es que no se refiere a la obligación genérica, pero nada más. No creemos que las reglas de la lógica lleven a deducir del texto que la obligación genérica no se extingue por la pérdida de la cosa, ¿de qué cosa?, ni que en este tipo de obligación no cabe que se dé una imposibilidad sobrevenida de la prestación.

En primer lugar, hay que decir que la no liberación del deudor encontraría un fundamento en evitar un enriquecimiento injustificado del prestatario. En efecto, si se entendiera que la imposibilidad sobrevenida extingue la obligación de restitución y el prestatario queda liberado, éste se enriquecería a costa del acreedor, cuyo crédito se vería extinguido. El pasivo patrimonial de aquél se reduce, reduciéndose también el activo patrimonial de éste. Ahora bien, esto no basta. Si una persona dona a otra por escrito un determinado bien mueble, y, tratándose de una donación obligacional, deviene imposible fortuitamente la prestación del donante, no hay duda de que éste quedaría liberado (ex art. 1182) y no hay duda que con la extinción de la obligación (liberación del donante, pérdida del crédito por el donatario) no cabe observar un injustificado enriquecimiento de éste último. ¿Cuál es la diferencia entre un caso y otro? La diferencia se encuentra no en el momento en que la prestación deviene imposible, sino en el nacimiento de la obligación y más concretamente en la naturaleza que éste imprime en la relación obligatoria nacida. Es necesario considerar el hecho de la entrega y transmisión de la propiedad de las cosas por parte del prestamista al prestatario, origen de la obligación de restitución de éste. Es teniendo en cuenta este dato como se permite uno pensar que la imposibilidad sobrevenida de la prestación no sirve para justificar sin más la liberación del prestatario.

Veamos con despacio el curso de los distintos acontecimientos hasta el momento en que se produce la imposibilidad sobrevenida. Se produce un desplazamiento patrimonial del prestamista al prestatario; éste adquiere la propiedad de una cantidad de cosas fungibles a través de la entrega que aquél le hace de la misma «causa credendi». Con aquélla nace en el patrimonio del prestamista un crédito que tiene por objeto la prestación de otro tanto de la misma especie y calidad y para el prestatario surge la correlativa obligación de restitución. Nadie se atrevería a dudar que la atribución patrimonial producida tiene una causa que la justifica. Si después sobreviene una imposibilidad de la prestación con los requisitos que la ley establece, la obligación del mutuuario se extinguirá. Y aparentemente, desde un punto de vista técnico jurídico en sentido estricto, ningún problema debe plantearse: la situación debe permanecer como está pues no es sino el resultado de un proceso que se ha desarrollado en todo momento conforme a Derecho. Un desplazamiento patrimonial justificado y una obligación cuya prestación ha devenido imposible sin mediar culpa del deudor y que por tanto se ha extinguido y éste ha quedado liberado. Ahora bien, todo esto obedece a un análisis parcializado de los hechos: la realidad es que examinando el conjunto de todo el proceso se tiene la impresión de que si se entiende que con la imposibilidad producida el deudor queda absolutamente liberado se crea un desequilibrio patrimonial cuya justificación sólo es aparente. Y quizá sea la naturaleza real del contrato de préstamo o la peculiar conexión que se establece entre las obligaciones de las partes contratadas si aquél se configura como

consensual, la que dificulte la visión del problema. En efecto, el carácter unilateral de la relación obligatoria nacida en el primer caso, o el hecho de que en el segundo caso, la obligación del mutuuario sólo surja tras la entrega de las cosas por el prestamista excluyen que se pueda hablar aquí de una relación obligatoria sinalagmática (97). Y a la vez ello es lo que puede conducir a pensar que la suerte de la obligación del mutuuario no influye para nada en la atribución patrimonial que produjo la entrega de las cosas por el prestamista. Ahora bien, si por un momento apartamos la mirada de la propia estructura de la obligación y nos fijamos en las atribuciones patrimoniales que el mutuo lleva consigo quizá podamos encontrar la clave del problema. Con independencia de que el préstamo sea oneroso o gratuito encontramos siempre en él dos atribuciones patrimoniales: la que se refiere a la entrega y la restitución, que tienen carácter conmutativo (98). Y es en base a esta idea como se puede entender que se produciría un injustificado enriquecimiento del mutuuario si se cree que por la imposibilidad sobrevenida de la prestación queda liberada y ello a pesar de la regularidad y legitimidad del proceso seguido para llegar a este enriquecimiento (99). Pues la conmutatividad de la que hablamos responde precisamente al equilibrio patrimonial establecido entre las partes de la relación obligatoria (entrega-restitución), equilibrio que se quebraría si el prestatario quedare liberado por la imposibilidad sobrevenida y se mantendría si éste queda obligado a entregar (como restitución) el valor de las cosas que recibió. Precisamente, el fundamento de la solución propugnada sería establecer el equilibrio roto entre las partes o, si se quiere, evitar el desequilibrio producido por la imposibilidad fortuita de la prestación (100).

La tesis que se defiende podría también buscar fundamento, débil por cierto, en una presunta voluntad de las partes contratadas, deducida de la naturaleza de las cosas que son objeto del préstamo: de la exigible fungibilidad de las mismas se deriva que las partes en definitiva no están interesadas tanto por las mismas cosas como por el valor que ellas representan. Por su parte, Garrigues, comentando el artículo 312

(97) Véase ESSER-WEYERS, *Shuldrecht. Besonderer Teil I*, pp. 220 y 222; Díez-PICAZO, *Fundamentos cit.* pp. 546 y 547, y JORDANO, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, pp. 53 y ss., y 93 y ss.

(98) En el sentido que da GORLA (*op. cit.*, p. 41) a este término: «Chiameremo attribuzione patrimoniale commutativa quella che in tanto sta nell'un patrimonio, in quanto da questo, a titolo di reciprocità, sia uscita, con direzione inversa, un'altra attribuzione patrimoniale». Véase en la misma obra, p. 43, la definición de obligación conmutativa.

(99) Véase GORLA, *op. cit.*, pp. 167 y ss., sobre los presupuestos del enriquecimiento injustificado en general.

(100) No cabe duda de que de este modo se establece una cierta similitud con la idea del sinalagma genético y su juego en el desenvolvimiento de la relación obligatoria sinalagmática (Véase GIORGIANNI, *L'inadempimento*, p. 309). Por otra parte, no se puede dejar de reconocer que las ideas expresadas en el texto podrían encontrar un obstáculo en la regla «periculum est emptoris», pero creemos que puede ser salvado si se considera el carácter anormal de la misma.

del Código de comercio antes transcrito, dice: «Esta última disposición que transforma en deuda de dinero la deuda de cosas fungibles, tiene un fundamento en que la materia del préstamo es siempre un determinado capital, representando en dinero o en cosas fácilmente valorables en dinero. Las mismas cosas que se entregan no son el objeto del préstamo, puesto que se entregan para ser consumidas. Se presta el valor de esas cosas y se devuelve el mismo valor, sea en otras cosas de la misma especie y calidad, sea en dinero, que es la medida general del valor» (101). Ahora bien, esta opinión no parece del todo convincente sobre todo porque la ley obliga al mutuuario a restituir otro tanto de la misma especie y calidad y no puede aquél liberarse entregando el valor de las cosas prestadas; y cuando se ha hecho por el legislador referencia a esta posibilidad no ha sido como una alternativa en la que el deudor pueda optar, sino que aparece como prestación que éste debe realizar cuando devenga imposible restituir el tantumdem. Por ello creemos que es preferible ver en el mencionado artículo del Código de comercio el fundamento antes expuesto. Lo que aduce Garrigues como fundamento de la norma sería más bien, en nuestra opinión, una consecuencia de la misma y no su razón de ser.

En fin, cabría también añadir que alguno de los criterios, muy discutible sin duda alguno de ellos, que se han utilizado para la imputación del «periculum obligationis» apuntan sin duda hacia el prestatario: la regla «res perit domino» llevada al campo de las relaciones obligatorias (102), el criterio de percepción de los «commoda», el criterio de la utilidad (en el supuesto de préstamo gratuito).

Pero todos los argumentos hasta aquí expuestos, por sí solos, harían problemática la puesta en práctica, la aplicación de la regla que nos parece con mucho preferible: quizá nos veríamos obligados tan sólo a someter a una profunda crítica la regulación de nuestro Código, quizá nos cabría únicamente hacer una modesta propuesta para reformar éste en este tema, requiriendo un nuevo artículo semejante a los recogido en algunos Códigos extranjeros si bien tratando de superar la poco clara redacción de éstos. O, en el mejor de los casos, habría que intentar llegar a aquella solución a través de la doctrina del enriquecimiento, lo que en mi opinión sería viable. Sin embargo, creo que se pueden encontrar en nuestros textos legales apoyos suficientes para llegar a aquella solución: los artículos 482, 1.754, 1 del Código civil, así como el 312 del Código de comercio pueden constituir, quizá, ese apoyo legal del que hablamos.

En el primero de los preceptos citados, el artículo 482 del Código civil, referido al llamado *quasiusufructo*, se podría encontrar recogida la idea a la que hacíamos alusión algunas páginas atrás: la naturaleza fungible de las cosas hace que las partes estén interesadas no

(101) *Curso de Derecho Mercantil II*, p. 148.

(102) Aunque aquí, al no deberse por el mutuuario las mismas cosas a él entregadas, el susodicho aforismo tendría difícil aplicación.

tanto aquéllas en sí como el valor que representan. Esto se deriva de que se concede al usufructuario de cosas consumibles (fungibles) el derecho de restituir otro tanto de la misma especie y calidad o pagar su estimación. Con independencia de la teoría que se siga en la configuración de este tipo de usufructo, una vez que se entienda transcurrida la propiedad de las cosas al usufructuario, o, si se quiere, una vez perdida la propiedad de las mismas por el propietario, encuentra la idea expuesta aplicación. ¿Qué sentido tendría un régimen absolutamente distinto en sede de mutuo? Sin embargo, es cierto que en este contrato se establece la obligación del prestatario de devolver otro tanto de la especie y calidad sin que se le conceda la facultad de restituir su estimación como se le concede al usufructuario (103).

Y no es menos cierto también que a falta de una voluntad de las partes de algún modo manifestada podría alguien pensar que el artículo 482, en su última parte, no establece una obligación alternativa sino facultativa (104), con lo que el problema que está en el fondo seguiría en pie.

Pero en todo caso no se puede dejar de reconocer una cierta analogía entre los dos supuestos examinados que podría servir para apoyar la tesis de que el mutuuario no quedaría liberado por el hecho de que su obligación de restitución deviniese imposible fortuitamente (105).

Podría pensarse también que en el supuesto de que el mutuo recaiga sobre cosas fungibles distintas del dinero, en caso de que deviniera imposible la obligación de restitución del prestatario se aplicaría por analogía el artículo 1.754 en su párrafo primero (106), referido al préstamo de dinero, que nos remite al artículo 1.170. Este

(103) En este punto, conviene recordar aquí el rechazo de la doctrina francesa a entender que en su artículo 587 se concede al deudor en todo caso la posibilidad de liberarse, bien entregando el «tantundem», bien su estimación, a voluntad; si no ha habido estimación de las cosas al nacer el usufructo aquél debe según la mayoría de los autores restituir el «tantundem».

(104) Esta calificación es rechazada implícitamente por PUGLIESE (*Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1956) cuando afirma que en el supuesto de imposibilidad de restitución del «tantundem» el usufructuario deberá entregar el valor que las cosas tendrían si existieran en el mercado. Entiende que nos encontramos ante una obligación alternativa BIGLIAZZI, Milano, 1977, p. 295. De la misma opinión, ALBALADEJO, *Derecho Civil III*, 2.º, Barcelona, 1977, p. 67. En cambio, DORAL, *Comentarios al Código Civil*, VII, 1, Madrid, 1980, pp. 218 y 219, no lo entiende así. Sobre el significado de la alternativa en el Derecho romano, véase Grosso, *Usufrutto*, Torino, 1958, p. 415, que destaca cómo con el principio de la restitución de la estimación el concepto económico del goce y de la restitución para las cosas consumibles viene modificado y aplicado al valor de las cosas en dinero. En nuestra opinión, tanto el texto del precepto como sus antecedentes históricos abogan por la tesis de la alternativa.

(105) Las importantes similitudes entre el mutuo y el cuasiusufructo, han sido destacadas desde antiguo por los autores. Véase GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 310 y PUGLIESE, *op. cit.*, p. 80. También las consideraciones de JORDANO, *El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en A. D. C., 1948, pp. 1015 y ss.

(106) En este sentido, MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, XI, p. 623 y SCAEVOLA, *Código Civil comentado*, XXVII, p. 209.

precepto establece que «el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España». Con independencia de lo que haya de entenderse por especie pactada (107), con independencia de que por Ley de 20 de enero de 1939 se ha privado de curso legal a las monedas de plata, ordenándose su canje por billetes del Banco de España y de que por Ley también de 9 de noviembre del mismo año 1939, y 12 de marzo de 1975 se dispusiera que los citados billetes, así como la moneda metálica, serían, preceptivamente, medio legal de pago y tendrían en adelante pleno poder liberatorio; con independencia de todo ello es claro y patente que en el párrafo primero del artículo 1.170 se establece, con referencia a las llamadas deudas de especie monetaria, que el deudor no queda liberado por la imposibilidad de llevar a cabo la prestación en la moneda pactada, debiendo entonces realizar el pago en la moneda que tenga curso legal.

El problema que esta aplicación analógica plantea es sin duda la distinta naturaleza de los objetos de la obligación pecuniaria y la genérica, que viene dada por las funciones y características propias del dinero (108). Precisamente cuando se han esgrimido éstas para justificar este artículo y sus homólogos extranjeros (109). Porque es sobre las notas medio de cambio-medio de valoración sobre las que se monta y justifica el precepto en cuestión. Por todo ello habría que rechazar esta aplicación analógica del primer párrafo del 1.754 al caso ahora examinado, ya que la solución a que en él se llega parece fundamentarse más en el carácter pecuniario de la deuda del prestatario que en la naturaleza del contrato del que aquélla emana.

Por todo lo anterior, quizá sea el artículo 312, tercer párrafo del Código de comercio el texto legal donde puede encontrar un más fuerte apoyo la tesis que aquí se defiende (110). El hecho de que

(107) La interpretación del artículo 1170 en su primer párrafo ha suscitado en nuestra doctrina una gran polémica, sobre todo respecto a lo que deba de entenderse por especie pactada; sin embargo, ello no afecta a nuestro tema. Se discute también en nuestra doctrina si el artículo 1.170, primer párrafo, se establece una facultas solutionis al deudor, o si por el contrario éste sólo podrá cumplir con la moneda en curso legal cuando le sea imposible hacerlo con la especie pactada; la mayoría de los autores y la jurisprudencia se inclina por esta segunda tesis, de acuerdo con el texto del precepto. Véase sobre la problemática que plantea el párrafo primero del artículo 1.170, la monografía de BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, pp. 333 y ss., DÍEZ-PICAZO, *op cit.*, pp. 469 y ss., HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, pp. 413 y ss.

(108) Véase LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I* (München, 1979), p. 141, y la bibliografía por él recogida en la nota (2), especialmente los trabajos de LEMPPENAU y SIMITIS; también BONET CORREA, *Las deudas de dinero, cit.*, pp. 21 y ss. y pp. 237 y ss.

(109) Sobre la naturaleza de la deuda de especie monetaria, BONET CORREA, *op. cit.*, pp. 300 y ss. y LARENZ, *op. cit.*, p. 142.

(110) Poco ayudan en este tema las palabras de la exposición de Motivos del Código de Comercio: «Nada existe estatuido en el Código vigente acerca

se trate de un precepto contenido en una legislación especial no impide que pueda ser tenido en cuenta aquí, pues la solución que en él se da no descansa en el carácter mercantil del préstamo sino, como ya se vio, en otras razones que se dan también en el préstamo civil y que justifica que se aplique a él por analogía (111).

Por lo que a la valoración de las cosas se refiere, se podría pensar que si en el contrato de préstamo se estableció una determinada fecha para la devolución de lo entregado, será respecto de esta fecha que la estimación deba hacerse, si en ella aún era posible el cumplimiento de la obligación. Pues esta solución es la que, entre todas las posibles, parece estar más de acuerdo con la voluntad de las partes contratantes. Más difícil se hace encontrar una respuesta al problema en los demás casos. Se han defendido las tesis más variadas: estimación en el momento de la perfección del contrato, igual pero actualizando aquella valoración, valoración de las cosas en el momento de la reclamación suponiendo lo que las cosas valdrían de existir o ser posible su tráfico, etcétera (112)... Pero quizá lo mejor sea entender que la estimación debe ser hecha respecto al momento en que las cosas fueron entregadas al mutuuario y adquirió éste su propiedad, pues esta solución es la más acorde con el fundamento de la tesis defendida, amén de que supone una mayor seguridad.

II.—RELACIONES OBLIGATORIAS UNILATERALES NO RES- TITUTORIAS

Dentro de las relaciones obligatorias unilaterales, junto a las hasta aquí examinadas, que hemos llamado resitutorias, en las que el deudor se encuentra obligado a la devolución de una cantidad de cosas de la misma especie y calidad a las que a él le fueron entregadas, hay otras

de la manera cómo debe efectuarse la devolución de los préstamos consistentes en títulos al portador, valores o especies determinadas; omisión que si es disculpable atendida la escasa contratación que sobre estos efectos comerciales se hacía en la época en que aquél se promulgó, hoy no admitiría justificación alguna, pues negocios de esta índole no deben dejarse a la ilustración y conciencia de los jueces. Para que sirva de norma segura a los interesados, se declara que en los préstamos de títulos o valores, el deudor ha de devolver otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones a los que recibió, o sus equivalentes si éstos se hubiesen extinguido en su totalidad, y que en los préstamos en especie tienen que devolver igual cantidad de la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido o perdido la especie debida». Es curiosa la omisión de los respectivos preceptos de los proyectos de Código civil en que se regulaba el tema.

(111) Sobre la cuestión de la aplicación analógica de las normas del Derecho Mercantil a supuestos extraños a su ámbito, véase OSKAR PRSKO, *Handels-gesetze als Quelle des bürgerlichen Rechtes*, Wien, 1935.

(112) Véase supra texto y notas referidas a Derecho italiano. El hecho de que no estemos ante un caso de deudor moroso nos hace dudar de aplicar aquí el criterio del artículo 316 del C. de c., 2.º párrafo, en su última parte. Sobre todo, teniendo en cuenta el fundamento que en nuestra opinión, corresponde al artículo 312.

en las que el deudor no tiene que restituir nada (113). En este último tipo de obligaciones, el sujeto pasivo nada ha recibido que tenga que devolver, sino que simplemente está obligado a entregar una cosa o una cantidad de cosas determinadas genéricamente, sin tener derecho a recibir contraprestación alguna. Obligaciones de esta clase serían, por ejemplo, las insertas en una donación genérica o en un legado genérico.

No hay que hacer un gran esfuerzo para comprender algunas de las diferencias que «prima facie» presentan estas obligaciones frente a las antes examinadas, obligaciones restitutorias: así, y por vía de ejemplo, mientras que en éstas las cosas pertenecientes al género determinado ofrecen una homogeneidad absoluta (el deudor se obliga a la devolución de una cantidad de cosas de la misma especie y calidad que la entregada), que hace inaplicable el criterio de la calidad media, en aquéllas no ocurre eso necesariamente. Por otro lado, la falta del carácter restitutorio impide que puedan tenerse en cuenta las consideraciones que allí se hacían para justificar la imputación del riesgo de la imposibilidad sobrevenida al deudor.

Así, y dejando a un lado la interpretación que en cada caso quepa hacer de la respectiva fuente de la deuda para averiguar el contenido de la obligación del deudor, no se ve motivo alguno que sea lo suficientemente poderoso para entender que a estas obligaciones haya de aplicarse un régimen jurídico diverso en materia de riesgo al de las obligaciones específicas. En principio, debe regir aquí, por tanto, el principio «res perit creditori», que se encuentra recogido en el artículo 1.182 de nuestro Código civil. Y el deudor quedará liberado si la obligación genérica deviene imposible fortuitamente, quedando reducido el sentido del aforismo «genus nunquam perit» a constatar la improbabilidad de que el deudor quede liberado por imposibilidad sobrevenida, pues difícilmente ésta se producirá teniendo en cuenta cómo se ha determinado el objeto de la prestación. Sin que al deudor quepa alegarla por el hecho de que las cosas que él tenía para entregar, siempre que no haya habido «mora accipiendi», hayan desaparecido fortuitamente.

Sin embargo, hay que observar que podría ser un obstáculo a la conclusión aquí expuesta la constatación de que en las obligaciones ahora estudiadas, como en todas las genéricas, por la propia configuración del objeto de la prestación ni los frutos ni otros tipos de «commoda», pertenecen al acreedor. Y siguiendo la línea de atribuir los riesgos a quien correspondan los «commoda», debería imputarse el «periculum obligationis» al deudor. Pero se puede pensar, y hay preceptos en el Código que lo demuestran (114), que la percepción de

(113) Sobre la función traslativa o restitutoria de la prestación de dar, véase Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit. p. 437, si bien se refiere a obligaciones específicas. Véase también ZARRELLI, *Fungibilia ed infungibilia nell'obbligazione*, pp. 111 y ss.

(114) Así, por vía de ejemplo, véanse los artículos 1.120, primer párrafo, y 1.122, números 1.º y 3.º.

los frutos no constituye un criterio decisivo a la hora de atribuir los riesgos (115). Y por otro lado, cabe entender que la no percepción de los frutos se compensaría en estas obligaciones con el riesgo, entendido esta vez no en sentido jurídico, que ha asumido el deudor hasta la especificación. La pérdida o los deterioros que sufran las cosas tenidas por él para la entrega, serán por él sufridas (116). También se podría objetar a la conclusión antes establecida que aún hay otro dato en contra de la aplicación del principio de atribución del riesgo al acreedor: en efecto, no ha faltado quien hiciera de la obligación de custodia del deudor el eje a cuyo derredor gira el problema de la imputación del «periculum obligationis». Así, el cumplimiento del deber de custodiar la cosa por parte del deudor determina y fundamenta, en la opinión de esta tesis, que sea el acreedor quien soporte la pérdida de la cosa debida. En esta línea de cosas, si se pensara que tal obligación de custodia no existe en las obligaciones genéricas, habría que concluir que no existe razón para atribuir el «periculum» al acreedor. Pero, ni parece que sea correcto un significado tan estrecho de la obligación de conservación (117), ni se puede pensar que el citado deber constituya algo más que un presupuesto para el planteamiento del problema del riesgo (118). Tampoco sería obstáculo para la opinión mantenida, el hecho de que en estas obligaciones, el acreedor no sea propietario de las cosas (119).

Ahora bien, si todo lo hasta aquí dicho no plantea mayores problemas cuando de una donación genérica, por ejemplo, se trata, puede encontrar serios obstáculos, sin embargo, en el supuesto de un legado genérico.

Y las dudas surgen ante la presencia de un precepto, el 861 de nuestro Código. Se refiere al legado de cosa ajena y en su primer párrafo se dice que «si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido» y añade «el heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación». Con buenos argumentos han entendido algunos autores que antes de la adquisición de la cosa por el gravado no encuentra aplicación al nú-

(115) Véase una crítica al citado criterio de imputación del riesgo en LONGO, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, pp. 404 y s., y sobre todo en las páginas que ALONSO PÉREZ dedica al tema en su monografía *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 109 y ss., en la que se reconoce, sin embargo, que el legislador en sede de compraventa, «incide en el error fraguado a lo largo del Derecho común, de valorar por igual los *commoda et incommoda*», p. 114. También GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, pp. 91 y s.

(116) Este último argumento, sin embargo, es débil y se piensa que esa situación del deudor se compensa más bien con la mayor libertad y maniobrabilidad que tiene.

(117) Véase ZARRELLI, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

(118) LONGO, *op. cit.*, p. 405; ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 108.

(119) Véase ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 245 y ss., sobre el principio «res perit domino» (especialmente, pp. 256 y ss.) y GORLA, *op. cit.*, pp. 68 y ss. Además la propia determinación genérica del objeto de la prestación impide aquí hablar de propietario en la genérica pura.

mero 3.º del artículo 869 del Código civil, no quedando éste liberado si la cosa perece (120). Entre las razones que se han alegado en favor de esta tesis destacan las siguientes: la letra del artículo, el Código no distingue en el 861 entre imposibilidad objetiva y subjetiva; no hay motivo para que reciban un tratamiento diverso uno y otro caso de imposibilidad; la finalidad perseguida por el testador al hacer la manda que se proyecta más hacia el valor de la cosa que sobre esta misma; se respeta así el equilibrio patrimonial deseado por el testador entre el gravado con el legado y el legatario; en fin, que si los números 1.º y 2.º del artículo 869 se refieren sólo al legado de cosa propia del testador, ¿qué razón hay para justificar que sea distinto respecto al número 3.º?

Pues bien, si ello es así, no parece absurdo cuestionarse al menos la posibilidad de que otro tanto ocurra cuando de un legado genérico se trate y acontezca la improbable imposibilidad sobrevenida. De entrada, sin embargo, habría que excluir el supuesto en que el legado recayera sólo sobre cosas existentes en la herencia. En tal caso, faltaría a la obligación del gravado ese carácter de deuda de procuración (121) que, siguiendo la terminología alemana, cabría predicar tanto de la derivada de un legado de cosas ajenas como de otros casos de legados de cosas determinadas genéricamente, y que serviría precisamente para justificar un mismo régimen en este punto (122). En efecto, si el le-

(120) Así, MORENO QUESADA, *El cumplimiento del legado de cosas ajenas*, en A. D. C., 1961, pp. 635 y ss., LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, p. 569, Díez-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, IV, p. 608. Y últimamente, ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil*, XII-1.º, Madrid, 1981, pp. 65 y ss.

Véase en el primero las distintas posturas mantenidas por la doctrina italiana y por otros autores en España. Otra es también la tesis defendida en los comentarios de Staudinger (Senbold) al parágrafo 2.170 (V-1.º, Berlín, 1954, pp. 935 y 937), según el cual sólo en el caso de que a través de la interpretación del testamento se averiguará que otra era la intención del testador, exigirá la obligación del gravado de prestar la estimación. También en contra de la tesis aquí mantenida, HAEGELE, *Verschaffungsvermächtnisse*, en *Der Deutsche Rechtspfleger*, 1964, p. 140, n. 8, BÜHLER, *Das Verschaffungsvermächtnis, Inhalt und Durchsetzung*, en *Deutsche Nota-Zeitschrift*, 1964, p. 586, que aplican los preceptos de la teoría general de las obligaciones, y BROX, *Erbrecht* (6.ª edic., Köln, 1979), p. 238. A la tesis recogida en el texto, quizá podría suponer un obstáculo la consideración de los antecedentes de la norma en el Derecho romano si se tiene en cuenta el sentido de la misma dado el carácter de la «actio ex testamento». Véase GROSSO, *I legati nel Diritto Romano*, Torino, 1962, pp. 245 y ss. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación* (trad. esp. Barcelona, 1960).

(121) Aunque sean discutibles, en nuestra opinión, algunos de los razonamientos que el autor expone y no contempla directamente la cuestión que en el texto se plantea, es muy útil la exposición de LEMMPFENAU, sobre la obligación de género limitado, en *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, páginas 77 y ss.

(122) Amén de que en el supuesto que se quiere excluir no se daría el desequilibrio de intereses que, según se dice, se trata de evitar con la interpretación expuesta del artículo 861. Este me parece quizá el argumento más poderoso de la tesis mantenida por los autores citados en la nota (120). Ello está en relación con lo que aquí se dijo sobre el fundamento y la consecuencia del artículo 312 del Código de Comercio en el apartado anterior.

gado de cosas determinada genéricamente no recae sobre un género limitado o si, en caso contrario, éste no pertenece al patrimonio hereditario, pueden esgrimirse los mismos argumentos que se han utilizado para fundamentar la interpretación antes expuesta del párrafo primero del artículo 861. Dejando a un lado el hecho indiscutible de que el citado precepto contempla el supuesto de un legado de cosas determinadas específicamente, se puede decir que tanto la idea de la conservación del equilibrio de intereses como la de respeto a la presunta voluntad del testador, en las que se ha encontrado la «ratio» del artículo, podrían utilizarse para decidir en el mismo sentido el caso que nos ocupa (123). Pues qué duda cabe que el equilibrio patrimonial entre gravado y legatario se vería también roto si en un legado de cosas determinadas genéricamente se viera liberado aquél, sin que nada recibiera el legatario por el hecho de que sobreviniera una imposibilidad de cumplir la prestación. Y en cuanto a pensar que en el legado de cosas ajenas, la voluntad del testador va dirigida en último término al desplazamiento del valor de la cosa (124), examen de la cuestión desde la perspectiva de la situación del deudor, lo mismo cabe en el legado genérico (125).

Y también parece claro que ninguno de los tres números del ar-

(123) No creemos que a lo dicho pueda objetarse que ese equilibrio no se quebraría cuando, sin haberse producido la especificación, el deudor hubiera adquirido ya las cosas a entregar o él mismo tuviera en su patrimonio tales cosas antes de que se produjera la imposibilidad, pues hasta que la concentración no se produzca, no existe ninguna garantía sobre las cosas que definitivamente van a constituir el objeto de la prestación. En este punto son interesantes las conexiones que LACRUZ establece entre los dos tipos de legados aquí examinados (*op. cit.*, pp. 658 y 569).

(124) Aunque parezca curioso, esto es entendido así incluso por los partidarios de la tesis de que el gravado se ve liberado por la imposibilidad objetiva. Por ejemplo, DÍAZ-CRUZ, *Los Legados*, p. 166. Más congruente con esta postura, me parece la opinión de BÜHLER, *op. cit.*, p. 582. «Der Erblasser (mit ihm der Bedachte) hat besonderes Interesse, den wenn auch fremden Gegenstand selbst, nicht seinen wert und auch nicht ein ähnliches Objekt dem Bedachten zuzuwenden. Dass er nicht für sich selbst schon den Gegenstand beschafft und damit die Durchsetzung des Vermächtnisses erleichtert, liegt häufig daran, dass er die dazu nötigen Aufwendungen (da er gegebenenfalls seine persönliche Lebensführung einschränken müsste) scheut oder dem Gelingen der Verschaffung bessere Chancen gibt, wenn sie dem Beschwerten obliegt. Die letztere Erwägung ist regelmässig Motiv für das Vermächtnis eines Gegenstandes, der dem Beschwerten gehört».

(125) En este sentido, parece manifestarse un amplio sector de la doctrina francesa, así los MAZEAUD (*Leçons de Droit Civil*, IV, París, 1963, p. 821). «Elle (se refiere a la prohibición del legado de cosas ajenas que el Code establece) est, tout d'abord, limitée aux legs de corps certains: le legs de choses fongibles ne rendant pas légataire propriétaire, mais seulement créancier, il appartient à l'héritier de procurer ces choses au légataire ou d'en payer la valeur». Y PLANTOL y RIPERT en su *Traité pratique de Droit civil français*, V (París, 1957), dicen en la p. 758: «La prohibition (id.) ne porte que sur les corps certains. Les legs de choses de genre seramènent à des legs de sommes d'argent avec una affection déterminée». Véanse también los artículos 1.456 y 1.457 del Código civil chileno.

títulos 869 del Código civil se refiere a un legado de cosas determinadas genéricamente.

Todo lo anterior conduce a creer posible una aplicación por analogía del artículo 861 al legado de cosas determinadas genéricamente con la excepción antes mencionada (126).

Y no debe ser obstáculo el hecho de que el artículo 861 contemple tan sólo un legado de cosas determinadas específicamente, que precisamente es lo que determina que se hable aquí de aplicación analógica (127). La «ratio» del precepto hace pensar que su letra apunta más que a una exclusión del legado de cosas determinadas genéricamente a la lógica no consideración de un supuesto difícilmente planteable en la práctica.

De todo lo anterior se vuelve a llegar a la misma conclusión a que se llegó en el contrato de mutuo con la obligación del mutuuario: el deudor de la obligación genérica (el gravado con un legado de este tipo) soporta el «periculum obligationis» y no queda liberado por tanto si aquélla ha devenido imposible fortuitamente. Ahora bien, como se desprende de lo dicho al comienzo de este apartado y de lo expuesto a lo largo de todo él, no cabe una generalización de esta solución para las demás obligaciones genéricas. Los argumentos utilizados aquí no son susceptibles de ser aplicados sin más a otros supuestos. Nos sustraemos por tanto a la tentación de entender que en toda obligación genérica asume el deudor el riesgo de la obligación.

III.—RELACIONES OBLIGATORIAS BILATERALES: LA COMPRAVENTA GENERICA

El análisis de la imposibilidad y el riesgo en el tipo de obligaciones examinado referido a relaciones obligatorias bilaterales nos lleva a la compraventa genérica y en el Código civil al párrafo tercero del artículo 1.452 que así dice:

«Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

Inicialmente interesa de manera primordial precisar el modo en que se encuentran determinados los objetos de las respectivas prestaciones correspondientes a las obligaciones de vendedor y comprador.

(126) Pocos son los autores que se han planteado la cuestión de la imposibilidad sobrevenida de la obligación del gravado en un legado de cosas determinadas genéricamente. Los que lo han hecho abogan por la liberación del deudor recurriendo a la aplicación de las reglas generales ante la ausencia de normas que contempla el caso: BERNDORFF, *Die Gattungschuld*, p. 160 (que sólo excluye el legado de una suma de dinero en títulos valores), LONGO, *ibp. cit.*, p. 240.

(127) Sobre este modo de argumentar, véase LARENZ, *Metodología de la Ciencia de Derecho*, 2.^a ed., esp. pp. 383 y 384.

Respecto del precio la cuestión suscitada no parece plantear problemas, está haciendo mención el precepto a un «precio fijado con relación al peso, número o medida». Frente al supuesto contemplado en el párrafo anterior en que se habla de «un solo precio» y en que se dice respecto a aquella venta y tanto, a nuestro modo de ver, para el precio como para la cosa «sin consideración a su peso, número o medida» (129), ahora en el tercer y siguiente párrafo se contempla un precio que se fija precisamente en consideración al peso, número o medida de las cosas fungibles vendidas. La letra del precepto no parece dejar lugar a dudas sobre el respecto.

¿Y las cosas fungibles? ¿Cómo se encuentran contempladas en su determinación por el precepto en cuestión? ¿De manera específica o de manera genérica?

En principio podría pensarse que el párrafo tercero del 1.452 recoge el supuesto de venta genérica, en oposición al segundo párrafo del precepto que considera las cosas fungibles vendidas como específicas y por ello en él se dice «hecha aisladamente» y extrañamente podría referirse a ellas de otra manera pues en su caso difícilmente se podría pensar que se aplicaría la misma regla del párrafo primero; entonces, como decía, al suprimirse el «hecho aisladamente» en el supuesto del párrafo tercero podría pensarse, repito, que aquí las cosas se encuentran determinadas de modo genérico. Así lo entiende la mayoría de nuestros autores (130), estimando que el artículo 1.452, en su párrafo tercero, se refiere a la compraventa genérica en donde las operaciones de contar, pesar o medir tienen como fin primordial la especificación de las cosas vendidas, y dentro de su ámbito se encontraría el supuesto en que el precio venga dado de manera unitaria, total y global en un principio en el contrato, si bien es necesario realizar las operaciones de medida a fin de individualizar las cosas vendidas. Así, Scaevola dice, refiriéndose al precepto en cuestión (1.452, tercer párrafo).

(129) Hay aquí una venta de «cosa» determinada específicamente y por un precio absolutamente cierto. Lógico es por tanto que se aplique la misma regla que la establecida en el párrafo primero. El carácter fungible de las cosas vendidas no justifica por sí sólo la existencia de una regla distinta. El párrafo obedece a la fuerza de una tradición que se preocupó casi siempre de recoger la regla (D. 18,1, 35,5; Partida quinta, tít. V, 1, XXV; art. 1.374, 2.º párrafo del Proyecto de 1851) y ello seguramente porque se partía para este tipo de cosas, los fungibles, de la regla «periculum est venditoris» como correspondiente al modo en que normalmente se encontraban determinadas esas cosas a un precio cuando eran objeto de una compraventa. Se trataba de cosas que se suelen contar, pesar o medir que eran vendidas sin necesidad de que fueran contadas... Desde esta perspectiva se explicaba la presencia de una regla que de modo expreso contemplara el supuesto excepcional.

(130) SCAEVOLA, *Código civil comentado...*, cit. T. XXIII, vol. 1.º, pp. 581 y ss.; MANRESA, *Comentarios...*, cit. T. X, vol. 1.º, pp. 150 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español...*, cit. T. IV, p. 97; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit. T. II, vol. 2.º, pp. 179 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, pp. 34 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Tratado de Derecho Civil*, II, 2.º, primera parte de Ennecerus, p. 60; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa...*, cit., pp. 314 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil*. T. II, vol. 2.º, pp. 44 y ss.

«El caso más frecuente y de aplicación menos dudosa es aquél en que una persona vende a otra cierta cantidad, en peso, número o medida, de cosas fungibles a razón de tanto precio por unidad; la consecuencia natural, antes que legal, es esperar a saber el número de unidades vendidas (?), comprobarlas por medio del recuento, el peso o la medida y calcular por ellas el valor o precio que corresponde al comprador entregar. Mas no siempre se presentará el problema con esa claridad para serle aplicada sin vacilaciones la solución legal pertinente. Así, por ejemplo, en ocasiones, figurará un solo precio, expresándose, además, el número, peso o medida, diciéndose «vendo veinte arrobas de vino de mi bodega por doscientas pesetas». Parece éste, a primera vista, un caso de venta hecha alzadamente y por un solo precio; mas convendremos en que no habrá comprador con sentido común que se haga cargo de mercancía estipulada en esa forma sin que las referidas arrobas de vino se le midan a su satisfacción...» (131).

También nuestro Tribunal Supremo en las no muy numerosas veces en que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema ha incluido la compraventa genérica dentro del artículo 1.452, párrafo tercero (132).

¿Qué opinión nos merece este parecer mayoritario, casi unánime, de la doctrina y jurisprudencia que refiere el artículo 1.452, párrafo tercero, a la compraventa de género?

En principio, leyendo este párrafo tercero a renglón seguido de su anterior segundo nos da la impresión de que ese sentido, el mayoritariamente mantenido, parece ser el correcto. Esa interpretación no choca, en modo alguno, con los principios que rigen el tema de los riesgos en las obligaciones genéricas, sino todo lo contrario, los respeta y los aplica; y los antecedentes patrios, luego se verá, parecen apuntar en esa dirección. Sin embargo, no por ello tal tesis deja de plantear algunas dudas.

La primera dificultad que se puede plantear es la siguiente: si el párrafo segundo del artículo 1.452 para el supuesto de lo que llamamos venta en bloque exige el Código, y así lo entiende unánimemente doctrina y jurisprudencia, no sólo que la masa de cosas vendidas se encuentre determinada específicamente sino que también el precio esté establecido en el contrato de manera unitaria, total, alzadamente, o sea, como dice el mismo Código, «sin consideración a su peso, número o medida», y por otra parte mantenemos que el apartado tercero se refiere a la compraventa en que las cosas vendidas se encuentran determinadas genéricamente, nos preguntamos: ¿qué ocurre entonces en aquellos supuestos en que el contrato de compraventa se refiere a una masa de cosas determinada individualmente cuyo precio sólo ha sido dado por unidad de medida? Quizá no tendríamos más remedio, ante la laguna del Código en este caso, que englobar el supuesto en

(131) *Op. cit.*, pp. 581 y 582.

(132) Así, de una u otra forma, lo declaran sentencias como las de 1 de diciembre de 1953, 15 de abril de 1947, 23 de abril de 1970.

el párrafo segundo del artículo 1.452, pues dado el concepto de perfección del contrato de compraventa mantenido por nuestro legislador, dados los fundamentos aducidos por la doctrina tradicional para justificar la regla «periculum est emptoris» que dice regir nuestro artículo 1.452, párrafos primero y segundo, y teniendo en cuenta las razones que motivan que la compraventa genérica suponga una excepción a esta regla no equiparables ni mucho menos al supuesto de venta de masa determinada con precio sujeto a medida, nos resultaría difícil englobar el supuesto mencionado en el tercer párrafo del artículo 1.452. Y ello a pesar de un posible deseo nuestro de mermar la aplicación de la regla «periculum est emptoris» en favor de los principios derivados de la regulación general de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, que apuntarían más hacia el «periculum est venditoris».

Por otro lado, la citada doctrina mayoritaria que encuentra en el citado artículo 1.452, párrafo tercero, el supuesto de la compraventa genérica (133) podría encontrar un cierto obstáculo en la dicción del precepto. En efecto, si se lee con cierto detenimiento el mencionado párrafo parece que el legislador cuando ha hablado de peso, número o medida lo ha hecho pensando en el precio y no en las cosas vendidas; así dice el párrafo: «Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida...». Parece que las operaciones de medición miran al precio, no a las cosas; de diversa forma son tenido en cuenta en el contrato cosa y precio. Mientras que las cosas han sido objeto de la venta en sí mismas, específicamente por tanto, sin tener en cuenta la cantidad, lo cual difícilmente pueda entenderse respecto de una compraventa genérica; en cambio, el precio es fijado con relación al peso, número o medida. Ello no quiere decir que se trata de un precio determinado de acuerdo con la cantidad de cosas vendidas, lo cual será lo normal en todas las ventas, es lógico que aquél sea estipulado por los contratantes según la cantidad vendida, sino que significa que se trata de un precio por unidad de medida donde la cantidad de cosas vendidas no está precisada, y se requiere, por tanto, encontrar la cantidad de aquéllas a fin de saber el precio. En resumen, por el texto del precepto podría suponerse que se trata de una compraventa en la cual las cosas han sido consideradas en su

(133) Cfr. BÉRGAMO, *El riesgo en el contrato de compraventa*, loc. cit., pp. 173 y ss.; y ALBALADEJO, *op. cit.*, que son los que con mayor énfasis y claridad mantienen esta postura. Así, este último, dice entre otras cosas (p. 48): «El párrafo 3.º, contempla el caso de compraventa genérica: el vendedor contrae la obligación de entregar una cosa de ese género, pero no ésta o aquélla en contrato. Ahora bien, como hasta que no tenga lugar la especificación, se puede cumplir entregando cualquiera del género, el comprador no corre riesgo de que la cosa perezca («Genus nunquam perit») y la prestación se haga imposible, y tal riesgo «se le imputa» cuando nace, es decir, cuando tiene lugar la especificación (o sea —en expresión de la ley— cuando se pesan, cuentan o miden las cosas con las que se va a cumplir). O sea, ese párrafo 3.º, se limita a precisar que, por la propia naturaleza de la obligación genérica (de entregar un individuo —cosa— de entre los de una clase), el acreedor no soporta el riesgo (de que sufra daño) desde que nace la obligación, sino sólo a partir de la especificación, porque hasta entonces no hay riesgo...».

conjunto específicamente y el precio en cambio se consideró por las partes teniendo en cuenta la cantidad vendida. En definitiva, se trataría entonces de una compraventa «per aversionem» con precio «ad mensuram». De esta opinión es Cossío (134), quien estima que la doctrina con poca reflexión suele referir el párrafo tercero del artículo 1.452 a la venta genérica, y a su juicio nada tiene que ver con ésta, sino que más bien se alude a la venta con fijación del precio «ad mensuram», «... a esta clase de compraventa, que no debe confundirse con la compraventa genérica, ya que lo característico de ella no es que las cosas se hayan definido en el contrato como genéricas, sino que la venta se llevó a efecto con perfecta individualización del objeto, y únicamente se hizo depender el precio de la medida, número o peso de las cosas vendidas: te vendo todo el trigo que contiene este granero, a tantas pesetas la fanega. La cosa está determinada, y el precio, solamente es determinable». A continuación cita el profesor Cossío los antecedentes romanos que, según él, constituyen la base doctrinal del precepto que comentamos, trayendo a colación la opinión de los sabinianos recogida por Gayo. Por tanto, para Cossío, el artículo 1.452, tercer párrafo, contempla tan sólo una compraventa específica donde las cosas fungibles vendidas, al igual que en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.452, se encuentran individualmente determinadas, siendo el fundamento del artículo 1.452, párrafo tercero, el de que, hasta que se haya determinado el precio, no existe la obligación de entrega, ni es ésta posible, por tanto, hasta llevar a cabo la mensura, por lo que, aplicando la regla general, tampoco puede producirse, hasta ese momento, la transmisión de los riesgos al comprador. No regula, pues, según Cossío, el Código el supuesto de la compraventa genérica, cuya regulación en materia de riesgos habrá que encontrar de acuerdo con los principios reguladores de las obligaciones genéricas en concordancia con los que inspiran el régimen del contrato de compraventa.

Así las cosas, bueno será empezar a ordenar y clarificar algunas de las ideas expuestas.

En primer lugar, parece conveniente examinar los antecedentes romanos alegados por el profesor Cossío, y nuestros antecedentes legislativos, a fin de encontrar alguna luz en el tema.

Cossío trae a colación la opinión de Gayo recogida en Digesto (18, I, 35, 5 y 6). En los citados textos se recogía la distinción dentro de la compraventa de un conjunto de cosas, compraventa específica, entre el supuesto en que el precio hubiera sido designado globalmente para la totalidad de las cosas, y el supuesto en que éste se terminara por unidad de medida, siendo perfecta la compraventa en el primer caso desde el primer momento (135) y en el segundo desde la medida (136).

(134) *La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas*, en A. D. C., 1953, pp. 612 y ss.

(135) Y con la perfección pasa el riesgo al comprador. Véase KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, p. 552. Así dice el texto de D. 18, 1, 35-6.

(136) Ello según la opinión de los sabinianos que debió imponerse frente

Pero en Digesto (18, I, 35-7) se recoge ya un supuesto de compraventa genérica (de género limitado) atribuyendo los riesgos al vendedor: «Mas si se vendiese parte del vino de una bodega, por ejemplo, cien metretas, es muy verdadero (y parece que así consta) que todo el riesgo corresponde al vendedor, y no interesa si se estableció un solo precio para todas las cien metretas, de una vez, o por cada una de ellas...» (137). Como dice Arangio-Ruiz (138), aquí la medida sirve no para establecer o controlar la cantidad del vino que se ha querido comprar, sino para individualizar (especificar) el vino que el comprador debe tomar, y tanto los proculyanos como los sabinianos estaban de acuerdo en el sentido de que el «iter» de la convención no está todavía cumplido, de manera que el riesgo sea del vendedor. Se trata, como se puede apreciar fácilmente, de una compraventa genérica, aunque se trate de un género limitado, y las operaciones de medida tienen primordialmente el fin de determinar las cosas vendidas separándolas del resto, no siendo perfecta la compraventa en este supuesto en Derecho romano mientras no se realizara la medida (139).

Vemos, pues, como tanto en la venta «per aversionem» con precio «ad mensuram» como en la venta del género limitado, única venta genérica contemplada por los textos romanos, la perfección del contrato y el subsiguiente traslado de los riesgos al comprador sólo se produce con la medida (140). Sin embargo, hay una diferencia importante: en la primera ello es así sólo respecto de la pérdida de la cosa no del deterioro, cuyo riesgo es soportado por el comprador desde un primer momento (141).

Por lo que se refiere a nuestros antecedentes, se impuso claramente la opinión de atribuir los riesgos al vendedor «ante mensuram» tanto en la venta genérica como en la venta en bloque con precio «ad mensuram» (142).

a la contraria de los partidarios de Próculo. Véase KASER, *op. cit.*, *loc. cit.*, en nota anterior (n. 69) y ARANGIO RUIZ, *La compravendita en Diritto romano*, II, pp. 272 y 273. Así dice D. 18, 1, 35-5.

(137) Trad. cit., pág. 663.

(138) *La compravendita in Diritto Romano*, II, pp. 273 y ss.

(139) Por lo que se refiere a la compraventa genérica pura, véase lo dicho en la primera parte de este trabajo. En cuanto a la compraventa de género limitado es imprescindible el trabajo de SECKEL y LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.* 47, pp. 189 y ss. Véase también GROSSO, *Obbligazioni* (Torino, 1966), pp. 258 y ss.

(140) Salvo que el comprador se constituya en mora para realizar las operaciones de medida.

(141) Véase SECKEL y LEVY, *op. cit.* p. 199.

(142) En nuestro Derecho patrio, en las Partidas el antecedente habría que establecerlo en la Ley 24, Título V, Partida, 5.^a, que así dice: «El daño que acaesciere en la cosa después que la vendida es complida, diximos que es del comprador, maguer non sea la cosa que compro venida a su poder. Pero cosas y a que non seria assi, ca si alguno comprasse vino, o gingibre, o cinamomo, o alguna de las otras cosas semejantes destas, que han los omes por costumbre de las gustar antes que las compren, e si tales cosas como estas se vendiessen por peso, o por medida, e se perdiessen, o se empeorassen,

El Proyecto de 1851 (143) tiene en su artículo 1.374, tercer párrafo, redacción muy similar al actual 1.452, párrafo tercero: «Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, número o medida, no se trasferirá el peligro al comprador, hasta que se hayan contado, pesado o medido, a no ser que se hubiese constituido en mora». A pesar de la redacción del precepto en el Proyecto de 1851, nos fijamos, sobre todo, en el «trasferirá», que parece estar aún más que el actual a favor de la tesis de Cossío, ya que en él se destaca la posibilidad de un riesgo, peligro lo llama el Proyecto de García-Goyena a imagen del «periculum» romano, anterior a las operaciones de medida, lo cual, en rigor técnico jurídico estricto, choca con los supuestos de compraventa genérica, «de genus ilimitatum» por lo menos, en los que en principio, y siguiendo la tesis tradicional, este tema, el del riesgo, no llegaría a plantearse. Sin embargo, no parece conveniente aferrarse a rigurosidades técnicas en la terminología del Código siempre cuando se trate de encontrar el alcance y sentido de sus preceptos, ello amén

ante que fuesen gustadas, o pesadas, o medidas; entonces seria el peligro del vendedor, e non del comprador, maguer fuesen ambos avenidos en el precio... Pero si se aviniessen el comprador, e el vendedor, en el precio, e señalassen día, a que gustasse el comprador la cosa, e en que la pesassen, o en que la mediessen; si el comprador non viniessen aquel día que señalaron, o después desto se perdiese o se menoscabasse, entonces seroa el peligro del comprador. Mas si por aventura acaesciese, que el vendedor, e el comprador, seyendo avenidos en el precio, non señalassen día cierto en que gustasse el comprador la cosa, nin en que la pesassen, o la mediessen, segund diximos; estonce el vendedor puede fazer afruenta al comprador delante testigos, que vaya a gustar, o a pesar, o a medir la cosa que le vendió. E si non lo quisiere fazer, dende adelante, si la cosa se perdiesse, o se empeorase, es el peligro del comprador...».

Gregorio López opina que dentro de esta ley, con las consecuencia por ella recogida, entra no sólo la compraventa genérica donde la medida viene a cumplir una función de individualizar especificándose las cosas vendidas, sino también la compraventa «per aversionem, con precio «ad mensuran», donde estando las cosas vendidas individualmente determinadas la medida es realizada con el solo fin de encontrar el precio total, y esto así lo opina contra el parecer de Baldo, cuya opinión en contrario recoge, y apoyándose sobre todo en la ley siguiente 25, antecedente del artículo 1.452, párrafo segundo.

Además, pueden ser citados en favor de esta opinión, que apoyaba también Saliceto a A. HERMOSILLA, *Resolutiones ad leges Partitas*, 1751, I, XXIV, ad gl. II-27 y ss. D. COVARRUBIAS, *Opera omnia*, Francoforti ad Moenum, 1599, II, cap. III-7, y L. MOLINA, *Disputationes de contractibus*, II, Venetiis, 1601. Disp. 366-8.

(143) También el proyecto de Código civil de 1836 dedica algunos artículos al tema. Así, el artículo 1.016, dice: «En las cosas que se venden por número, peso o medida, o que según costumbre o uso común se prueban o gustan antes de comprarse, no hay venta hasta que se hayan contado, pesado, medido o probado, y conformándose el comprador». Y el siguiente artículo del citado proyecto establecía: «Se entiende haberse verificado las condiciones expresadas en el artículo anterior y aprobado la calidad de la cosa por el comprador, cuando éste no comparece en el día prefijado en el contrato, o a falta de designación, en el que señalare el vendedor. En tal caso tendrá éste el derecho de repetir contra el comprador el resarcimiento de los prejuicios que haya experimentado por la expresada falta».

de que se podía pensar que el legislador consideró el supuesto del C. 18.I, 35-7 de venta de cosas a extraer de una masa, «genus limitatum», donde el tema es planteable tanto a nivel teórico como práctico. En todo caso convendrá destacar que García-Goyena, con motivo de este precepto, nos dice que «lo cierto es que hasta que se mida, pese o cuente la cosa vendida, ésta permanece indeterminada; que el comprador no se obligó a pagar sino lo que se midiese, pesase o contase, y que hasta este momento no adquiere la propiedad (144). Pero aunque en este caso no se reputa perfecto el contrato en cuanto a transferir al comprador el peligro de la cosa, lo es, sin embargo, en cuanto a quedar desde luego obligados el vendedor y comprador; aquél a entregar la cosa por medida, peso o cuenta, y éste a recibirla y pagar su precio» (145). Engloba García-Goyena en la norma del artículo 1.374, párrafo tercero, tanto el caso de venta en bloque con precio «ad mensuram» como el de venta genérica.

Por su parte, el Anteproyecto del Código civil tiene idéntica redacción a la actual.

Sea como fuere la redacción del artículo 1.452, siempre desafortunada en sus tres párrafos, parece lógico pensar que recoge en el tercero los dos supuestos de venta de cosas «fungibles», sirva la medida para especificar las cosas vendidas, o, estando ya individualmente determinadas, sirva aquélla tan sólo para determinar el precio total, pues así se recogió en los antecedentes sobre los que descansa el precepto citado en los que a ambos supuestos se daba la misma solución: la atribución al comprador de los riesgos desde la medida (146).

Pero es que, además de los antecedentes, hay otros datos que nos llevan a pensar en la dirección apuntada. Así, la comparación con el párrafo segundo del mismo artículo: el hecho de que en el párrafo tercero no se repitan las palabras «hecha aisladamente» excluye la necesidad de referirlo tan sólo a la compraventa de un todo con precio «ad mensuram». La redacción del párrafo permite por el contrario la inclusión junto a ésta de la compraventa genérica. Y no debe hacernos creer otra cosa el hecho de que en él se diga «por un precio fijado

(144) Hay que recordar aquí que el Proyecto de 1851 establecía el sistema de transmisión de la propiedad por el sólo consentimiento.

(145) *Concordancias...*, cit., pp. 731 y 732. Que la opinión de García-Goyena es entronizar ambos supuestos (compraventa genérica y en bloque con precio «ad mensuram») en el citado párrafo del precepto viene abonado además por los comentarios que hace del párrafo anterior (antecedente del actual 2.º párrafo del 1.452 C. c.). Según el autor, en este último caso cosa y precio son ciertos y determinados.

(146) Nótese además que el párrafo tercero del actual artículo 1.452 C. c., con los cambios de redacción introducidos frente al Proyecto de 1851, admite en buena técnica jurídica los tres supuestos: compraventa en bloque con precio «ad mensuram», de género limitado, y genérica pura, incluso, partiendo de la opinión de que en ésta última no cabe hablar de riesgos antes de las operaciones de especificación. En efecto, en el precepto examinado no se dice que el riesgo sea del vendedor antes de la medida, ni que aquél se transfiera al comprador con ésta. Tan sólo se dice que no se imputará el riesgo al comprador antes de aquel momento.

con relación al peso, número o medida», porque ello no constituye una nota exclusiva de la venta de un todo con precio «ad mensuram» como se podría pensar tras una rápida lectura. También en la compraventa genérica el precio viene fijado con relación al peso, número o medida necesariamente. Aunque en ésta éste resulta cierto desde un principio, a diferencia de lo que ocurre en aquella venta, en la que sólo tras contar, pesar o medir se sabrá el precio a entregar. Por tanto, a pesar de las importantes diferencias que existen entre uno y otro tipo de venta respecto a la determinación de la cosa (genérica en una y específicamente en la otra) y el precio (cierto desde la perfección del contrato en una y no en la otra) ambas están dentro del supuesto de hecho del párrafo tercero del artículo 1.452 y no hay ninguna dificultad para por ello (147).

No obstante, esta reunión de supuestos dentro de este apartado tercero de 1.452 no supone ni mucho menos una total identificación entre unos y otros en el régimen de los riesgos que va desde la perfección del contrato (art. 1.450) hasta su misma consumación.

Habría que distinguir dos fases, a nuestro modo de ver: una primera que comprendería el período posterior a la perfección del contrato y anterior a la realización de las operaciones de medida, y una segunda fase que comenzaría con la medida y terminaría con la consumación del contrato.

La segunda fase, comprendida entre las operaciones de contar, pesar o medir, realizadas con los requisitos pertinentes, y la entrega de las cosas contadas, pesadas o medidas, no parece plantear problemas en el tema de los riesgos, sea cuál fuese el tipo de venta: sea genérica, de género limitado o ilimitado, sea específica con precio fijado en consideración al peso, número o medida los riesgos serán del comprador. En todo caso, los problemas se plantearán para determinar los requisitos necesarios para que las operaciones de medida, que unas veces cumplirá una función individualizadora y especificadora de las cosas vendidas y otra no, produzca el importante efecto de la atribución de los riesgos al comprador, pero este tema, el de la individualización, merece estudio aparte.

Distinta es la situación de la primera fase, entre la perfección del contrato de compraventa y las operaciones de medición, donde lo único que podemos deducir del artículo 1.452-3.º es que el riesgo no es del comprador, a no ser que éste se haya constituido en mora, pues hasta la medición no se le atribuyen los riesgos. Sin embargo, se hace necesario para esta fase distinguir en principio dos supuestos: el de la compraventa genérica y compraventa específica con precio por unidad de medida.

(147) Frente a quien pudiera pensar que sólo la compraventa genérica forma parte del supuesto de hecho del párrafo estudiado, se podría añadir a los argumentos expuestos en el texto que no tendría sentido entonces la exclusión que el párrafo segundo hace de la venta de un todo con precio «ad mensuram», exclusión que es cierta y no deja lugar a dudas. Es patente la voluntad del legislador de separar este caso de la regla general.

Si la compraventa es en bloque con precio «ad mensuram», ¿qué ocurre si «ante mensuram» perecen o sufren menoscabo las cosas vendidas? En el 1.452, último párrafo, se nos dice que los riesgos no son del comprador durante este tiempo, luego aquéllos gravitan sobre el vendedor, a él habrá que atribuírselos de tal forma que si deviene imposible el cumplimiento de la obligación por parte del vendedor de entregar la cosa, por la pérdida fortuita, por ejemplo, de la misma, habrá perdido el vendedor su derecho a exigir el precio, «periculum est venditoris», excepción a la regla de los riesgos en materia de compraventa, y aplicación de los principios reguladores del «periculum obligationis» en las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Ahora bien, por el hecho de ser fungibles las cosas vendidas no se le puede exigir al vendedor el que consiga otra cantidad de cosas de la misma especie y calidad para entregarla al comprador, sino que quedará liberado de su obligación de entrega de las cosas aunque pierda la contraprestación del precio, pues al ser específica la compraventa, siendo las cosas vendidas consideradas individualizadas, el vendedor estaba obligado a entregar aquellas cosas y no otras y el comprador tenía derecho a exigir la entrega de las cosas consideradas y no otras que ofrecieran iguales requisitos de calidad. En resumen, por la imposibilidad sobrevinida fortuita de entregar la cosa el vendedor quedará exonerado (art. 1.182 Código civil) y liberado de su obligación de entrega, pero perderá también el derecho a la contraprestación del precio.

Como este tipo de venta no entra dentro del tema que nos ocupa no vamos a detenernos más tiempo en ella. Pero bueno será, no obstante, decir que dados los fundamentos que se han esgrimido para justificar la regla «periculum est emptoris», las razones que generalmente han servido para apartar este tipo de compraventa de esa regla general no son absolutamente convincentes (148). Buena prueba de

(148) Y menos aún para no atribuir al comprador ni siquiera los riesgos de los deterioros sufridos fortuitamente por las cosas. La poco clara redacción de los artículos 1.585 y 1.586 del Código napoleónico ha ocasionado una gran disputa sobre el tema en la doctrina francesa, permitiendo una lectura de la misma hacerse una idea completa de la cuestión. La cuestión no es otra que la de decidir si la compraventa que estamos estudiando entraría dentro de la compraventa en bloque (art. 1.586) o «ad mensuram» (art. 1.585) con las consiguientes consecuencias. Entre los partidarios de ésta última solución (MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, VI, pp. 154 y ss., TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code: De la vente*, pp. 87 y ss., LAURENT, *Principes de Droit civil*, XXIV, pp. 139 y ss., éste último, a pesar suyo, impulsado por la autoridad de Pothier, etc.) se aducen razones de tipo dogmático y de orden práctico. Entre las primeras se trae a colación la autoridad de los textos romanos, y se afirma además que la incertidumbre del precio hasta la medida hacen la venta condicional. Entre las segundas estaría la pregunta que se formulan de qué precio habría de pagarse si se destruye el almacén, por ejemplo, cuyo contenido íntegro se había vendido. Y aún hay quien dice que en el caso contemplado ni siquiera es cierto que la cosa se encuentre lo suficientemente determinada, pues no lo está en cuanto a la cantidad que aquí sería condición decisiva. Sin embargo, ni parece correcto considerar que las operaciones de medición sean una condición ni un problema de prueba puede servir de fundamento para

ello es que algunos códigos civiles se han apartado de la solución tradicional (149). Por ello, se podría pensar en la conveniencia de una reforma de nuestro Código en este tema. Si bien, lo mejor sería probablemente modificar la propia regla adaptándola a las reglas generales.

Distinta es la situación de la compraventa genérica, en ella parece conveniente distinguir dos supuestos: la pura y la de género limitado.

Si se trata de una compraventa genérica sin más, lo que ocurrirá, mientras siga siendo genérica, o sea, antes de la especificación, es que difícilmente se planteará el tema de los riesgos cuyo presupuesto básico es, como ya vimos, la imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación, en este caso de la obligación de entrega de la cosa por el vendedor. Y, siendo genérica la obligación del vendedor, las posibilidades de una imposibilidad de ésta serán mínimas, pues él se obligó a entregar no unas cosas específicamente determinadas sino unas cosas de unas determinadas características, por tanto si el vendedor había una cantidad de éstas con intención de cumplir con ellas su obligación y éstas perecen fortuitamente, éste no se exonerará de cumplir su obligación sino que sigue estando obligado a entregar una cantidad de cosas que reúnan las cualidades pactadas. Por eso, y esto ya se dijo en el comienzo de este trabajo, en riguroso sentido técnico jurídico no parece correcto el decir que por ello el riesgo sea del vendedor

decidir la cuestión en uno u otro sentido. Tampoco es convincente la afirmación de que la cosa no está aún lo suficientemente determinada: vendedor y comprador acuerdan vender y comprar todo un conjunto de cosas que se encuentra perfectamente delimitado, con independencia de que la cantidad sea mayor o menor. En general, hay que decir que no obstante la autoridad de las opiniones de DOMAT (*Le Loix civiles dans leur ordre naturel*, I, 1, 2-IV (5, 6, 7) y VII (5) y POTHIER (*Traité du contrat de vente*, París, 1861, pp. 125 y ss.), se ha ido imponiendo en la doctrina y en la jurisprudencia francesa la tesis opuesta de conceder el mismo tratamiento a la venta en bloque con precio «ad mensuram» que a la venta «per aversionem» (Así véase GUILLOUAR, *Traité de la vente de l'échange*, I, pp. 39 y ss., PLANTOIS, *Traité pratique de Droit civil français*, X-1.º, pp. 371 y ss., los MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, parte tercera, vol. tercero, pp. 195 y ss., etc.). Para esta tesis lo único que es fundamental en este tema es el modo de determinación de la cosa.

Por nuestra parte creemos que las razones que se aducen para fundamentar la admisión del «periculum emptoris» como regla general (véase ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 299 y ss.) no son obstáculos para que la venta en bloque con precio «ad mensuram» siga la misma: la atribución del «periculum» al comprador en contraprestación a la obligación de custodia del vendedor, o el hecho de que le sean atribuidos a aquél, tanto el «commodum subrogationis» y los frutos. Y no creemos que sea correcto buscar un motivo en la conveniencia de reducir los supuestos de aplicación de una regla general. Pues en tal caso lo que habría que hacer es pedir que ésta sea modificada (si por ejemplo se piensa que la atribución de los riesgos debe ir conectada con la titularidad posesoria y, como parece lo más lógico, seguir aquí el criterio del artículo 1.124.

(149) Así, de forma clara los Códigos italianos (art. 1.451 del Código de 1865 y artículo 1.377 del Código de 1942). Véanse RUBINO, *La compravendita*, pp. 98 y ss. En cambio, mantiene otra opinión a la dominante respecto al Códice de 1865, LONGO, *Del caso fortuito o del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*, pp. 326 y ss.

en el período anterior a la medida, ya que lo que ocurre es que si no sobreviene la imposibilidad no existe riesgo y si no existe éste difícilmente existirá un titular del mismo. El vendedor por tanto no es en este sentido titular del riesgo «ante mensuram», sino que por la propia naturaleza y configuración de su obligación se encuentra en una situación más onerosa respecto a sus posibilidades de verse liberado de la misma. Por tanto, es clara la diferencia entre este supuesto y el anterior. En el supuesto de compraventa genérica lo que ocurre es que el vendedor no se liberará, como en el caso anterior, de su obligación de entrega de las cosas al ser éstas determinadas de manera genérica, ya que su obligación no ha devenido imposible y por tanto deberá procurarse las cosas acordadas a fin de entregarlas al comprador, quien por supuesto tendrá que pagar el precio correlativamente a la entrega por el vendedor de las cosas. Por tanto, el decir que, en virtud del tercer párrafo del artículo 1.452, los riesgos son del vendedor «ante mensuram» si bien no es del todo inexacto, sin embargo, tampoco acaba de ser totalmente correcto, pues mientras que en un supuesto se puede hablar de «periculum est venditoris» entendiendo «periculum» en sentido técnico jurídico, en el otro el término «periculum» atribuido al vendedor adoptará sobre todo y más bien un sentido económico de soportar el vendedor los posibles altibajos que los precios de las cosas vendidas puedan experimentar, amén de reflejar una situación más onerosa. Es importante en este sentido distinguir claramente estos dos tipos de riesgos: económicos y jurídico y hacer constar que a éste se refiere el artículo 1.452 (150).

(150) Así, la sentencia de 9 de junio de 1949, en su único considerando, nos dice lo que sigue: «Considerando que la teoría de los riesgos en su aplicación al contrato de compraventa tiene su expresión en el artículo 1.452 del Código civil, dentro del cual hay que distinguir los apartados primero y segundo, que rigen para las cosas no fungibles y para las fungibles cuya venta se hace aisladamente y que imputan los riesgos de la cosa vendida y no entregada al comprador, del apartado tercero que rige para las cosas fungibles que se vendieron por un precio fijado, con relación al peso, número o medida, respecto a las cuales no se le imputará tales riesgos hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que se haya constituido en mora, estimando el recurrente que la sala sentenciadora ha infringido tal artículo en cuanto tratándose de una cosa fungible vendida con relación al peso, como lo fue el esparto objeto de la venta, el riesgo consistente en el menor valor de dicho producto, no debe imputarse al comprador, toda vez que no había sido pesado el esparto, ni entregado a dicho comprador, en 13 de mayo de 1942, fecha de la Orden que produjo la depreciación de dicho producto, al tener que ajustarse su venta a los precios de tasa, pero el citado artículo del Código civil no ha podido ser infringido en el presente caso porque el supuesto de dicho precepto legal es que cuando el contrato de compraventa se ha perfeccionado y la cosa vendida no ha sido entregada y se pierde, destruya o deteriore por caso fortuito, las consecuencias de tal pérdida, destrucción o deterioro las deberá sufrir el vendedor en unos casos y el comprador en otros, pero tales riesgos que la cosa en sí misma considerada puede sufrir no pueden equipararse ni guardar relación con la disminución en el precio de la misma, sea cualquiera la causa que la motive, ya obedezca tal disminución al juego natural de la oferta y la demanda, ya a la intervención del Poder público en la regulación del precio y al haberse dictado dicho ar-

Lo que aquí se dice, que no viene contemplado por el párrafo tercero del artículo 1.452, deriva de la propia estructuración de la obligación genérica. El modo de determinar el objeto de la prestación de las partes supone o implica un determinado contenido en el contrato, que naturalmente incide en la conducta que el deudor debe llevar a cabo cuyos contornos en último término siempre vienen marcados por los distintos elementos a los que alude el artículo 1.258. Pues bien, es ese modo de determinar el objeto de la prestación en la obligación genérica la que implica esa mayor dificultad de que el deudor quede liberado por imposibilidad sobrevenida o mejor dicho de que sobrevenga una imposibilidad de la prestación. Y esa situación, que describe el aforismo «genus...», no responde a un distinto régimen jurídico, a una diversa normativa en sede de obligaciones genéricas, frente a las de las obligaciones específicas, sino a las consecuencias que lleva consigo la aplicación de unas normas a obligaciones cuya configuración es distinta.

Por supuesto, y aquí sí entra ya de pleno el artículo 1.452, que también se atribuye al vendedor los riesgos en sentido jurídico, pues caso de que se produzca una imposibilidad liberatoria, supuestos, por ejemplo, de imposibilidad legal, ocurrirá que no podrá exigir la contraprestación del comprador, quedando éste liberado de su obligación de pagar el precio, aquí sí podríamos decir «periculum est venditoris» sin ningún reparo de técnica jurídica. Como se puede ver otra vez más, como ocurría cuando examinábamos el préstamo simple o mutuo, parece que el aforismo «genus» adquiere valor y carácter de apotegma, desborda la visión que en principio habíamos dado de él, no se queda en una mera traslación de «id quod plerumque accidit» en la naturaleza llevada al campo de lo jurídico, sino que parece reflejar con propia autonomía una determinada situación jurídica. En efecto, frente al principio «periculum est emptoris» regla general del riesgo en materia de compraventa rige, cuando ésta es genérica, la regla «periculum est venditoris».

Y en este sentido del aforismo es el que expresaba claramente Azón en la *Summa Codicis* cuando decía: «... si in genere sit facta, puta vendis mihi hominem, nunquam spectat periculum ad emptorem, etiam si omnes servi, quicumque sunt in mundo perirent; quia quod in genere debetur, perire non potest».

Sin embargo, aquí se desdibuja un tanto la importancia del aforismo como base de la regla «periculum est venditoris», en primer lugar porque no debemos de olvidar que esta última regla, si bien es una excepción a la que entiende la mayoría como general en el contrato de compraventa «periculum est emptoris», ésta a su vez no sería sino otra excepción a la regla imperante en materia de riesgos cuando de relaciones obligatorias sinalagmáticas se trata, y en segundo lugar

titulo para regir situaciones jurídicas de distinto orden...». Véase también Cossío, *op. cit.*, p. 615 en el mismo sentido.

porque a su lado, junto a la compraventa genérica, se ha colocado otra compraventa, la de en bloque con precio por unidad de medida, netamente específica y que, sin embargo, recibe idéntico trato en materia de riesgos (151).

Ahora bien, lo normal será que no se plantee en este tipo de compraventa el tema del «periculum obligationis», y que el aforismo «genus...» no funcione como regla de atribución del riesgo, sino tan sólo para indicar que el deudor no se ha liberado de su obligación porque éste no ha devenido imposible (152).

(151) Y debe hacerse notar aquí que, frente a lo que dijimos en este tipo de compraventa, en la genérica la atribución del «periculum» al vendedor y no al comprador aparece congruente con el razonamiento que tradicionalmente se esgrime para justificar la imputación del riesgo en la relación obligatoria: porque ¿dónde está el deber de custodia del vendedor en estos casos? Si deviene una imposibilidad, ¿dónde estaría el «commodum representationis»? ¿A qué frutos tendría derecho el comprador? Por lo que se refiere al deber de custodia, véase ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, que matiza el sentido del mismo, pp. 141 y ss. En cuanto al «commodum representationis», ROCA JUAN, *Imposibilidad de prestación por pérdida de cosa debida*, pp. 533. Aunque lo cierto es que, como ya se dijo antes, todos estos argumentos no parecen servir como criterios de imputación del «periculum».

(152) Así ocurre por ejemplo en la famosa sentencia del 13 de junio de 1944, sentencia ya clásica en tema de obligaciones genéricas y en la cual se plantean y deciden los problemas fundamentales de este tipo de obligaciones: la imposibilidad, el riesgo, las incidencias que sobre ellas produce la fuerza mayor, los efectos que produce en ellas el cambio sobrevenido de las circunstancias, los requisitos de la individualización etc....

En esta sentencia hace nuestro Tribunal Supremo, entre otras y fundamentalmente, las siguientes consideraciones: «... se ha discutido en el pleito y se discute en el recurso, como problema jurídico, si la obligación de entregar la cosa vendida se ha extinguido por interferencia de la guerra en funciones de fuerza mayor —tesis que afirmativamente acoge la sentencia recurrida—, o si, por el contrario, se trata de obligación genérica en la que no repercute la fuerza mayor con efecto extintivo y, en consecuencia, subsiste y se debió de cumplir al cesar la actuación de la guerra —tesis fundamental del recurso».

«... la fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce, en principio, efectos extintivos por imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, en atención a que el género no perece, pero produce corrientemente imposibilidad con efectos meramente suspensivos en aquellos casos en que, al cesar la actuación de la fuerza mayor, revive la obligación contraída si llena entonces la finalidad buscada por los interesados al tiempo de la celebración del contrato, y en este aspecto bien se advierte que no hubo al producirse la liberación, obstáculo insuperable para la entrega del género vendido en las condiciones pactadas, salvo en la referente a la fecha de la entrega, que, en casos como el de autos, es requisito accidental, constitutivo de simple demora amparada con efectos liberatorios por la fuerza mayor, y no entra en juego como elemento esencial y determinante del contrato; como entraría en obligaciones a fecha fija, en que la prestación a destiempo contraría sustancialmente el fin perseguido y anula o resuelve la obligación en cuanto a su cumplimiento in natura».

«... en consecuencia, al ser planteado este litigio en julio de 1939 subsistía la obligación que Carbonell y Compañía contrajo por el contrario de compraventa mercantil de 27 de junio de 1936...».

Tras estimar el recurso de casación, el Tribunal Supremo, en su segunda sentencia, acogiendo la teoría de la base del negocio en su aspecto objetivo

Para acabar este apartado sólo decir que igual es la situación en cuanto a los riesgos en la venta genérica en derechos donde rige un sistema de transmisión de la propiedad distinto al nuestro, como ocurre en el francés (153) o italiano (154), o donde, más directamente, impera

y más concretamente teniendo presente la exigencia de la equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos, acaba por concluir «estimando procedente el cumplimiento de la obligación del vendedor, no en los estrictos términos convenidos, sino con la moderación referida...», repartiendo equitativamente entre vendedor y comprador las consecuencias del cambio de circunstancias habido para no cargar al vendedor con el perjuicio de los grandes cambios que sobre los precios de las cosas vendidas acontenció por consecuencia de la guerra. De esta suerte no cabe duda que la situación del deudor se hace mucho menos onerosa, reduciéndose los efectos de «genus nunquam perit», ya que con ello, con la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», se rebaja la asunción por parte del deudor de la obligación genérica de los riesgos económicamente entendidos.

Lo interesante de la sentencia es destacar, una vez estimada como genérica la obligación existente y como no producida la individualización de la misma, como el tema central del conflicto se plantea respecto a si se ha llegado o no a la imposibilidad de la prestación del vendedor de entregar la cantidad de aceite vendida, concluyendo el Tribunal de manera negativa, frente a la tesis afirmativa de la Audiencia, ya que la misma configuración de la obligación genérica, en la que el objeto de la prestación se encuentra determinado genéricamente tan sólo por la reunión de una serie de cualidades, hace que no se pueda aducir, como hizo el demandado, la pérdida de unas determinadas existencias que reúnan las cualidades y características descritas, ya que ellas sólo suponían una posibilidad más de prestación y no la única, como sería el caso de que la obligación fuera específica; y por otro lado, el término pactado no constituía un término esencial que exigiera necesariamente el cumplimiento de la obligación en dicho término.

Sin embargo, hay que poner de manifiesto que el T. S. en esta sentencia no tiene en nuestra opinión una idea correcta del problema de los riesgos. En efecto, «obiter dicta» declara nuestro más alto tribunal «que al mismo resultado se llega aplicando al caso del pleito la teoría de la transmisión del riesgo en la compraventa mercantil, ya que el artículo 334, número primero del C. de c., atribuye al vendedor los daños y menoscabos, aún por caso fortuito, de la cosa genérica vendida, lo que significa que mientras no se efectúa la entrega de la mercancía por tradición real o ficta o no se produzca el efecto de la mora del acreedor en la recepción de lo comprado, el vendedor asume el riesgo corrido y además debe cumplir el compromiso que lo vincula con el comprador, a diferencia de lo que ocurre en el caso que prevé el artículo 333 del mismo Código, alusivo a la venta de cosa específica, en que el riesgo de la mercadería, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenido, se transmite al comprador y queda el vendedor liberado, salvo si hubiere incurrido en dolo o negligencia», y como se desprende de lo dicho ya en el texto no se llega a un mismo resultado aplicando las reglas de atribución de riesgos, porque aplicando éstas lo único que ocurre es que el vendedor no puede exigir el precio, pero no sigue obligado a realizar una prestación que ha devenido imposible. Véase para los riesgos en la compraventa genérica mercantil Cossío, *op. cit.*, pp. 618 y ss. ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 444 y ss.

(153) Así, el artículo 1.585 del Código civil francés dice que «cuando unas mercaderías no son vendidas en bloque, sino según peso, cuenta o medida, la compraventa no es perfecta, en el sentido de que las cosas vendidas quedan a riesgo del vendedor, hasta que se hayan pesado, contado o medido; pero el comprador puede pedir o su entrega o el abono de daños y perjuicios, si ha lugar, en caso de incumplimiento de la obligación». Más extrema era la opinión de los autores franceses de antes del Código, así DOMAT (*op. cit.*, I, 2, VII) que estimaba, apoyado en el Derecho romano, que en la venta al peso,

un régimen diverso de atribución del «periculum» en la compraventa, como en el Derecho alemán (155); si bien en este último ello es cierto sólo con relación al tiempo anterior a la especificación.

número o medida todos los riesgos, tanto los referidos a posibles pérdidas como a menoscabos, pertenecen al vendedor en tanto las mercancías no sean pesadas, contadas o medidas y ello se justifica porque hasta ese momento no hay venta y ésta sólo será perfecta desde ahí, quedando aquélla hasta el peso, número o medida como sometida a condición suspensiva. Más explícito, POTHIER (*La vente*, p. 125) nos dice que si la venta es de cosas que constan en cantidad, y que se venden al peso, número o medida, la venta no es perfecta hasta que aquéllas hayan sido medidas, pesadas o contadas porque hasta ese tiempo «nondum apparet quid venierit», no es todavía fijo cuáles son las cosas que constituyen objeto de la venta, ya que éste será el que haya sido medido. Precisa POTHIER las anteriores afirmaciones siguiendo: es cierto que antes de la medida, peso o cuenta, y desde el instante del contrato, las obligaciones que de él nacen existen. El comprador tiene desde entonces acción contra el vendedor para hacerse entregar la cosa vendida, como el vendedor tiene acción para el pago del precio ofreciendo entregarlo. Pero aunque la obligación del vendedor subsista desde entonces, es cierto decir que no es del todo perfecta, en el sentido de que no tiene todavía más que un objeto indeterminado, y que no debe llegar a ser determinado más que por la medida, el peso o la cuenta. De ello se deduce que hasta que no se haya hecho la medida, peso o cuenta, no puede recaer sobre el comprador los riesgos de la cosa vendida, porque los riesgos no pueden recaer más que sobre una cosa determinada.

Con el Código napoleónico, como ya vimos, cayó en desgracia, a pesar de la defensa a ultranza hecha por Pothier, la venta obligatoria romana y en su lugar se consagró la venta traslativa, de la que fue causa, en gran parte, la regla «periculum est emptoris» y de la que pasó a ser efecto la misma regla formulada ahora en la forma «res perit domino», siendo a partir de entonces la propiedad el dato fundamental para regular el paso del riesgo. Con este bagaje no es difícil comprender la posición mayoritaria seguida por la doctrina francesa que, frente a un sector minoritario que opina que el artículo 1.585 debe entenderse restrictivamente y deciden que la venta «ad mensuram» no es imperfecta más que en cuanto a los riesgos de la cosa, pero no en cuanto a la transmisión de la propiedad que se opera en el momento del contrato como en la venta en bloque, estima que la venta «ad mensuram» no opera la transmisión de los riesgos precisamente como efecto de no operar la transmisión de la propiedad. Marcadé aducía ya a favor de esta tesis claramente mayoritaria, casi unánime, las siguientes argumentaciones:

1. Si la cosa no está determinada es imposible la transmisión de la cosa por la naturaleza misma de las cosas.

2. De otros artículos del Code, como los 938, 1.138, 1.583, se desprende que cuando éste habla de contrato perfecto alude a la producción de la transmisión de la propiedad.

3. Si examinamos los trabajos preparatorios, vemos cómo era ésta la intención de los redactores (*op. cit.*, t. VI, pp. 157 y ss.). De esta manera se entiende la venta «ad mensuram» no como contrato traslativo de la propiedad, sino como contrato obligatorio. Así los MAZEAUD (*op. cit.*, t. III-3.ª, pp. 191 y ss.) nos dicen acerca de la compraventa genérica que es válida, pues no es necesario que la cosa vendida esté individualizada en el momento de la compraventa, que constituya en ese momento un cuerpo cierto, es suficiente que esté determinada en su especie. Sin embargo, cuando la compraventa recae sobre una cosa genérica el derecho de propiedad, a falta de poderse aplicar sobre un objeto individualizado, no podría transmitirse inmediatamente. La propiedad no se le transmitirá al comprador, sino en el momento en que sea individualizada la cosa vendida, es decir, en que sea determinada en su individualidad, en el momento en que cese de ser cosa genérica para convertirse en cuerpo cierto. Por tanto, la compraventa genérica no transmite, pues, la

Queda por examinar un tercer supuesto. Se trata, como ya adelantamos, del caso en que la obligación del vendedor consista en una obligación de género limitado.

propiedad en el momento en que se perfecciona; crea, con cargo al vendedor, la obligación de individualizar la cosa vendida; y en el momento en que se efectúe esa individualización, se encontrará transmitida la propiedad. Ciertamente y hablando con exactitud —dicen los Mazeaud—, la individualización de la cosa vendida no es la que transmite la propiedad, sino que la transmisión de la propiedad se retrasa hasta la individualización de la cosa vendida. Ahora bien, una vez admitido que la transmisión de los riesgos va unida irremisiblemente a la de la propiedad y presupuesto, el que la compraventa genérica no produce la transmisión de la propiedad hasta tanto no se haya efectuado la individualización, es irremediable concluir que en este tipo de compraventa sólo pasan los riesgos del vendedor al comprador en el momento de la individualización de la cosa vendida como así la determina el artículo 1.585 del Código civil francés. Como vemos, la propiedad es el eje sobre el que gira el tema de los riesgos en el Derecho francés, y es ello quien no sólo decide, sino que explica y fundamenta la transmisión de los riesgos, confundiendo así los riesgos en los campos del Derecho real y Derecho obligacional decidiéndose el «periculum obligationis» por el «periculum rei». Sin embargo, algún autor como LAURENT (*op. cit.*, XXIV, pp. 139 y ss.) tras reconocer que tal es el espíritu que impulsó al legislador y que quedó plasmado en el Code, estima criticable esta unión de los riesgos a la transmisión de la propiedad, suponiendo en su opinión una errónea confusión entre el «periculum obligationis» y el «periculum rei». Para el autor belga el tema de los riesgos debe estar separado del de la propiedad, debiendo unirse, por el contrario a la cuestión que se refiere a la obligación de conservación que tiene el deudor de una cosa con la diligencia de un buen padre de familia; en la medida en que tal obligación no existe en las obligaciones genéricas, pues no hay cosas que el deudor deba conservar, ya que no han sido determinadas de manera específica, sino tan sólo genéricamente, debe por tanto corresponder al deudor, en este caso al vendedor, los riesgos.

(154) El Derecho italiano acogió en 1865 el sistema francés tanto de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento como de atribución de los riesgos unida al titular dominical; y en cuanto a la compraventa genérica se dicta un artículo casi idéntico en su redacción al artículo 1.585 francés (art. 1.450).

La misma línea de compraventa traslativa del dominio y de consagración de la regla «res perit domino» llevada al campo obligacional sigue el nuevo Código italiano de 1942. En lo que hace referencia a la compraventa genérica, siguiendo las ideas expuestas en cuanto a los principios rectores del tema, se dice por el legislador italiano del 1942 de un lado en el artículo 1.378, que en los contratos que tienen por objeto la transmisión de cosas determinadas sólo en el género, la propiedad se transmite por la individualización hecha de acuerdo entre las partes o en los modos por ellos establecidos. Tratándose de cosas que deben ser transportadas de un lugar de un lugar a otro, la individualización se realiza también mediante la entrega al porteador o al expedidor. Consecuentemente con este precepto, en el artículo 1.456 párrafo tercero, se establece que cuando el objeto de la transmisión sea una cosa sólo determinada en el género, el adquirente no es liberado de la obligación de ejecutar la contraprestación si el enajenante ha hecho la entrega o si la cosa ha sido individualizada. Por tanto, si el enajenante no ha hecho tal entrega o la cosa no ha sido individualizada será suyo el posible y difícil riesgo que se pudiera plantearse, caso por ejemplo de imposibilidad de cumplir con su obligación por obstáculos legales, y no podrá exigir la contraprestación del precio, pues al no ser una venta traslativa, sino meramente obligatoria se aplicaría, por tanto, el 1.463, que viene a establecer que en las relaciones contractuales con prestaciones correlativas, la liberación de una de las partes lleva consigo, como consecuencia, la liberación de la otra, regla

Y, antes de nada, convendría precisar, en la medida de lo posible, qué entendemos por obligación de género limitado, y más concretamente lo que nos interesa es, en definitiva, encontrar, si las hay, aquellas notas que de algún modo justifiquen el estudio separado de este supuesto frente al supuesto anterior en que hablábamos de que la obligación del vendedor era una obligación genérica sin más. Pues bien, partiendo de una definición aceptada de las obligaciones genéricas podríamos decir que son aquellas obligaciones en las cuales el objeto de la prestación se encuentra determinado únicamente a través de su pertenencia a un género (156); y que por género no es posible entender aquí lo que por tal se entiende desde un punto de vista rigurosamente filosófico o físico, sino que por género hay que entender cualquier categoría de cosas en la cual queda comprendida una pluralidad más o menos amplia (157).

Dejando a un lado otras definiciones, vamos a seguir aquí una que por una parte coincide con el concepto que de este tipo de obligación genérica se desprende de los textos romanos y de nuestros antecedentes históricos y por otra parte permite establecer una clara diferencia entre la llamada obligación genérica pura y la obligación de género

que se excepciona tan sólo para los contratos con efectos traslativos o constitutivos (artículo 1.465), derogación del juego del sinalagma funcional. (Para un análisis sobre el fundamento de los artículos 1.463 y 1.465 véase BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I, pp. 190 y ss.). Véase también para la venta genérica RUBINO, *op. cit.*, pp. 457 y ss.

(155) Así, ESSER/WEYERS, *Schuldrecht: Besonderer Teil* 1, 5.^a ed., p. 102: «Für den Gattungskauf ist daran zu erinnern, daß der Verkäufer nach der Konkretisierung nicht mehr die Leistungsgefahr, aber noch die Preisgefahr trägt, und zwar nach par. 446 bis zur Übergabe». Sin embargo, parece que al vendedor en ningún momento le corresponde el «Leistungsgefahr» (véase EMMERICH, *Das Recht der Leistungstörungen*, München, 1978, pp. 56 y 57 y FILIOS, *Die Gefahrtragung beim Kauf...*, Berlín, 1964, p. 4).

El sistema de atribución del riesgo en la compraventa del Derecho alemán, en el que se imputa al vendedor antes de la tradición, ha ocasionado lógicamente que todas las preocupaciones de la doctrina alemana se viertan en la responsabilidad del deudor (vendedor) antes de la concentración, y por supuesto también en ésta, y apenas si se hace alguna alusión al problema del riesgo. Véase BALLERSTEDT, *Zur Lehre von Gattungskauf*, en *Festschr. für Nipperdey*, pp. 266 y ss.

(156) Así, DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 483. Sobre la posibilidad de que el objeto de una obligación genérica sea una prestación de hacer, véase el mismo autor y obra, p. 484; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, p. 131; PANUCCIO, *Obligazioni generiche e scelta del creditore*, pp. 85 y ss.; ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, pp. 91 y ss. Comentarios de Staudinger, en par. 243, n. 13, estado de la cuestión en la doctrina alemana. Pero en todo caso parece claro que el legislador tuvo presente una prestación de dar y que históricamente ha sido sobre este tipo de prestación sobre la que se ha llevado a cabo la construcción de la obligación genérica.

(157) DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 483 y 484; COSSIO, *op. cit.*, pp. 597 y ss.: «el género es algo que no se encuentra en la naturaleza como tal género, ya que ésta únicamente nos ofrece objetos individuales, sino que constituye más bien un concepto puramente lógico, mentalmente construido, en cuanto aísla notas comunes a diferentes objetos, a los que, por un procedimiento puramente especulativo, reduce a una unidad, que se da en el plano del pensamiento, pero nunca en el de la naturaleza».

limitado. En nuestra opinión, esta última se presenta cuando de una masa o conjunto específicamente determinado de cosas que ofrecen unas características homogéneas, un alto grado de fungibilidad se debe entregar una determinada cantidad de éstas. Ahora bien, esta nota que sirve para distinguir a la obligación de género limitado de las demás obligaciones genéricas si bien puede servir para reconocer algunas diferencias por lo que se refiere a algunos de los deberes accesorios del deudor (así, por ejemplo, respecto al deber de custodia de la cosa, etc.) (158), no creemos sirva para hacer de aquélla un tipo de obligación diferente. En nuestra opinión, las tesis que han defendido que este tipo de obligación tiene una naturaleza distinta, asimilándola a otras especies de obligaciones como las específicas (159) o alternativas (160), o haciendo de ellas un grupo aparte (161) descansan en una visión superficial del problema. Se confunden con frecuencia planos diferentes. Y en ocasiones suelen descansar en un concepto físico o basado en las ciencias naturales de «género» (162). Así, se pretende excluir a la obligación de género limitado de la obligación genérica porque en aquélla, por ejemplo, es más concebible que se produzca una imposibilidad sobrevenida que en ésta, y existe por tanto una mayor posibilidad de que el deudor pueda verse liberado de su obligación por esta vía (163). Sin embargo, parece claro que ello no se deriva de un distinto régimen jurídico. Y lo mismo ocurre con la norma que establece el criterio de la calidad media: el hecho de que en este tipo de obligación las cosas pertenecientes al género ofrezcan normalmente una homogeneidad tal que haga inaplicable aquel criterio no conduce a entender que esta regla no sería aplicable, etc.... Y por lo que a riesgos se refiere, como se verá, y en tema de compraventa la solución, tanto históricamente como en la actualidad, es la misma en la compraventa genérica pura y en la de género limitado. Por ello, creo que no cabe en principio clasificar a ésta sino entre la obligación genérica, aunque sea conveniente aludir expresamente a la misma, en tanto en cuanto con relación a ella se plantean importante problemas

(158) Véase ZARRELLI, *op. cit.*, pp. 142 y ss.

(159) Si bien una deuda específica con características peculiares. Así, BRINZ, DERNBURG, BECHMANN, en ADAM, *Die Entwicklung der Gattungsschuld im Gemeinen Recht*. Dissertation. Würzburg, 1960, pp. 44 y ss. Un recorrido por la doctrina de los pandectistas permite ciertamente hacerse una idea bastante completa del tema de la naturaleza jurídica de la obligación de género limitado, a la vez que ofrece un ejemplo valioso para el estudio de los métodos empleados por aquellos autores. Sin embargo, en esta cuestión sigue siendo hoy imprescindible la obra de KISCH, *Gattungsschuld und Wahlschuld*, pp. 41 y ss.

(160) SAVIGNY y ZIMMERMANN, en ADAM., *op. cit.*, pp. 35 y ss.

(161) Que se situaría entre la obligación genérica y la obligación alternativa: WINDSCHEID y MOMMSEN, en ADAM. *op. cit.*, p. 43. O entre la obligación específica y la genérica: S. T. S. 3-5-1947.

(162) Véase KISCH, *op. cit.*, pp. 55 y ss., especialmente p. 57, n. (9).

(163) Esta opinión es casi una constante entre los autores del Derecho común.

prácticos (164). Pero, en definitiva, no se ven motivos serios que justifiquen un tratamiento jurídico diverso de la obligación de género limitado (165).

Por otro lado, es cierto que la obligación del deudor genérico, cuando hay «genus limitatum» queda extinguida liberándose aquél en el supuesto en que perezcan fortuitamente todas las cosas de la masa a extraer las mercancías a entregar.

El problema es, en el supuesto de la compraventa, si, no obstante la liberación del vendedor, seguirá éste teniendo el derecho a exigir la contraprestación del precio del comprador o, por el contrario, quedará liberado este último de su obligación de pagar el precio.

Pues bien, en la solución a este supuesto es casi unánime la doctrina patria (166) y extranjera (167) antes de la individualización

(164) Como puede verse, la cuestión del deber de custodia (v. n. 158), que no es que exista en la obligación de género limitado y no en la genérica pura, sino que el cumplimiento de este deber, que en ninguna de las dos se presenta en los mismos términos que en una obligación específica, se plantea de diversa forma. Véase, KISCH, *op. cit.*, pp. 65 y ss. Otra cuestión es la de establecer una delimitación precisa entre la obligación genérica y la alternativa: es precisamente con la obligación de género delimitado con la que lógicamente el problema surge. Partiendo de la hoy indiscutible opinión que la obligación genérica y la obligación alternativa cumplen funciones prácticas diferentes y tienen un distinto régimen jurídico se plantean supuestos sin embargos en los que se hace difícil decidir si nos encontramos ante un tipo u otro de obligación. Véanse los criterios apuntados por KISCH, *op. cit.*, pp. 123 y ss. RUBINO, *Della obbligazioni*, pp. 12 y ss. También se plantea a veces el problema de saber en algunos casos si el género del que han de extraerse las cosas a entregar se limita a una determinada producción o a unas determinadas existencias. Sobre el problema, que también es de interpretación del negocio constitutivo de la obligación, véase los Comentarios de STAUDINGER al par. 243, n. 19 y ss.; LARENZ, *op. cit.*, p. 130; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 489 y s.

(165) No obstante lo dicho en el texto, hay que decir que un sector de la doctrina alemana (véase LEMPPENAU, *op. cit.*, pp. 77 y ss. y BALLERSTEDT, *op. cit.*, pp. 265 y s.) a los efectos del párrafo 279 del BGB ha separado la obligación de género limitado de la obligación genérica, excluyendo a aquélla de la aplicación del citado párrafo. De esta manera, el término obligación genérica tendría distinto sentido en el párrafo 243 (= sentido normal) y en el 279 (= deuda de procuración). El problema radica en nuestra opinión en precisar los conceptos de imposibilidad e impotencia o imposibilidad subjetiva (Unvermögen). Así no nos parecen sostenibles los argumentos vertidos por LEMPPENAU en el primero de los casos expuestos por él, pp. 79 y ss., en los que se parte de unas premisas ya preconcebidas sobre la impotencia a las que acomoda el párrafo 279. Para hacerse una idea de las dificultades que encuentra la doctrina alemana para distinguir los supuestos de imposibilidad objetiva de los de imposibilidad subjetiva (Unvermögen) puede verse por vía de ejemplo ROHDE, *Die Unmöglichkeit der Leistung bei Gattungsschulden*. Diss. Würzburg, 1972, pp. 9 y ss. Siguen estando vigentes las palabras de RABEL (*Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis*, en *Gesammelte Aufsätze*, I, p. 69): «Was ist Unmöglichkeit und Unvermögen? Eine Wahre Cruix. Es sin alle möglichen Formeln versucht worden. Keine befriedigt».

(166) En lo que se refiere a nuestra doctrina, los autores están de acuerdo en que en la venta de género limitado caso de pérdida total de éste, si bien el vendedor queda liberado de su obligación de entregar las cosas, no teniendo que procurarse de otras de similares características, no podrá, sin embargo, exigir del comprador la contraprestación del precio. (Véase BÉRGAMO, *El riesgo en el contrato de compraventa*, en *Estudios sobre el contrato de*

«periculum est venditoris», después de haberse efectuado la especificación será el comprador el que cargue con los riesgos de la posible pérdida o menoscabo que las cosas vendidas pueden sufrir (168).

compraventa, Colegio Notarial de Barcelona, 1974, pp. 173 y ss.; Cossfo, *op. cit.*, pp. 616 y 617; ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 313 y 314). No obstante, BADENES (*El contrato de compraventa*, I, Barcelona, 1979, p. 279) entiende aplicable el régimen de la compraventa alternativa.

(167) De este modo piensa la totalidad de la doctrina francesa entronizando el supuesto dentro del artículo 1.585 francés sin mayores problemas, enlazando los riesgos del contrato a la titularidad dominical. Y sólo algún autor como Laurent critica con dureza esta solución: así, se pregunta el autor belga: «¿El riesgo sería aún para el vendedor si todo el trigo que se encuentra en el granero llegara a perecer?». Y responde: «según los principios que rigen las deudas de cantidad, sería necesario responder que el comprador soporta la pérdida. En efecto, la deuda tiene por objeto una cosa objeto de un género limitado; no es de 100 hectólitros de trigo «in genere» lo que yo vendo, son 100 hectólitros del trigo que se encuentra en tal granero; ahora bien, si el género no perece, un género limitado puede perecer. El motivo sobre el que se funda el principio de los riesgos conduce a la misma conclusión: ¿por qué el acreedor soporta el riesgo? Porque se supone que el deudor ha cumplido su obligación cuidando de la conservación de la cosa con todos los cuidados de un buen padre de familia, ahora bien, si es imposible vigilar la conservación de una especie, es muy posible conservar una especie limitada. Hasta aquí la opinión de Laurent, que, no obstante, no deja de reconocer que no ha sido el mismo el pensamiento del legislador, ya que los términos absolutos del artículo 1.585 del Código francés no permiten hacer estas distinciones, siendo igual la solución tanto para el género ilimitado como para el limitado.

A la misma postura que la doctrina francesa llega la italiana, que estima aplicable el artículo 1.403 si antes de la individualización deviene imposible la prestación de la obligación genérica limitada, no pudiendo el vendedor exigir el precio ya que el artículo 1.465 exige la individualización para que el riesgo sea del comprador en las obligaciones genéricas sin hacer distinciones en ellas. (Véase, por todos, RUBINO, *op. cit.*, p. 458).

(168) Y, sin embargo, en los antecedentes del problema no han faltado opiniones de todo tipo: amén de los defensores de la tesis recogida en el texto, hay quien sostuvo que el riesgo era del comprador (obligación de género limitado = obligación específica) o que debía distinguirse entre el riesgo de la pérdida y el del deterioro (de acuerdo con la solución romana de la compraventa de una masa con precio «ad mensuram», girando en torno también a la equiparación con la obligación específica). Véase, para el Derecho romano, bibliografía en n. 139 y, además, ARANGIO, *op. cit.*, II, p. 273; KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, en «SZ 59», pp. 12 y ss. En cuanto a los autores del Derecho común, véase DILCHER, *op. cit.*, pp. 195 y ss. Por lo que respecta a nuestros antecedentes, parece tener, en cambio, un sólido apoyo la tesis del texto; véase glosa «Vino» a ley XXIV, t. V, 5.ª Partida de GREGORIO LÓPEZ HERMOSILLA, en *Resoluciones ad leges Partitas...*, n. 1 y 2 de la add. a la gl. I antes mencionada; MOLINA, *Disputationes de contractibus*, Disp. 366, n. 8.

Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima (*)

V. JOSE CASTILLO TAMARIT
Notario

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

No es objeto del presente trabajo realizar un estudio en profundidad de las donaciones con reserva de la facultad de disponer, sino estudiar la posible relación, interferencia o colisión de tal instituto con las prohibiciones de disponer, las legítimas y con el régimen de los gananciales; claro está que para ello se hará necesario tocar algunos puntos concretos de tales figuras jurídicas, pero sólo en la medida necesaria para nuestros fines.

Es frecuente encontrar en las escrituras de donación cláusulas del siguiente tenor: «Los donantes se reservan la facultad de disponer conjuntamente por actos inter-vivos y por el título que fuese de las fincas donadas»; o bien: «Los donatarios, sin el previo consentimiento de los donantes, no podrán disponer por actos inter-vivos y título que fuese de las fincas donadas. Tal prohibición quedará extinguida al fallecimiento del cónyuge superviviente» (1).

(*) La Ley de 13 de mayo de 1981, que modifica el C. c. en tema de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, afecta en algunos puntos al contenido del presente trabajo; así, por ejemplo, en el tema de si en el ejercicio de la facultad de disponer reservada por los cónyuges es de aplicación el artículo 1.413, en la actualidad carece de virtualidad a la vista del artículo 1.377 C. c.; precepto que coincide con la solución que apuntamos en el texto, aunque nosotros no recurrimos a las normas sobre gananciales. A su vez, la problemática de la inclusión o no de la facultad reservada en la liquidación de gananciales se resuelve por el nuevo artículo 1.346.5 C. c., siempre, claro está, que consideremos al derecho reservado por los cónyuges como personalísimo e intransmisible.

Sin embargo, mantenemos la redacción originaria del trabajo en aras a su unidad, además de que nuestras conclusiones no se ven afectadas por la reforma.

(1) En ocasiones, la cláusula segunda es un complemento de la primera, y en otras son independientes.

Pues bien, lo que vamos a tratar de averiguar es hasta qué punto tales cláusulas —o análogas— no están en conflicto con el régimen de gananciales o con la legítima. Para ello, estudiaremos en primer lugar la donación con reserva de la facultad de disponer en relación con los gananciales y con la legítima, y por último las prohibiciones de disponer (2).

II. DONACION CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER, GANANCIALES Y LEGITIMA

El artículo 639 del Código civil dice que: «Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriese sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiere reservado».

Sobre la problemática que plantea tal precepto ya hemos adelantado que no vamos a entrar (3), pero si efectuar unas breves consideraciones que estimamos útiles a los fines de nuestro estudio. En primer lugar, sabida es la discusión suscitada con ocasión de si la reserva de la facultad de disponer puede abarcar a todos los bienes donados o sólo a parte de ellos. Al respecto señalaremos que el T. S., en Sentencia de 7 de julio de 1978, y por primera vez, que nosotros sepamos, se ha pronunciado al respecto entendiendo que: «el artículo 639 sólo permite la reserva de algunos de los bienes donados, existiendo incompatibilidad sustancial entre la reserva de todos los bienes con la institución de la donación» (4). Sobre tal postura jurisprudencial queremos tan sólo hacer unas breves observaciones. Por una parte, el argumento gramatical del «alguno» no es concluyente ni puede, por si, basarse en él una toma de postura; y, por otra parte, tenemos nuestras dudas sobre la afirmación de que la reserva total es incompatible con la figura de la donación, pues, en primer lugar, como ha señalado Lacruz (5), tal donación le es útil al donatario, pues retiene las cosas con sus frutos hasta que se resuelve, y, en segundo lugar, que no cabe decir, sin más, que en la reserva total no exista «animus donandi», pues es pacífico en la doctrina que el donatario, en la donación con reserva de la facultad de disponer, adquiere la propiedad de los bienes donados, además de lo dispuesto en el artículo 639 C. c., «in fine», con lo que nuestro Código se separa de los modelos francés e italiano, y fiel al no seguimiento de la regla «donner et retenir ne vaut».

(2) Se desprende de ello que el tema lo planteamos cuando los cónyuges donantes están sujetos al régimen de gananciales, y los donatarios son hijos o descendientes de aquellos. Y limitando el tema a la reserva de la facultad de disponer de los bienes donados.

(3) Vide, por todos, el, a nuestro juicio, magnífico trabajo de Antonio R. Adrados, A.A.M.N., tomo 16, pág. 419.

(4) Sobre el comentario a esta sentencia, vide R.C.D.I., núm. 540.

(5) Elementos de Derecho Civil, 2, pág. 64.