

En defensa del criterio de especificación unilateral notificada

JOSE LUIS MOREU BALLONGA

Profesor titular de Derecho civil

SUMARIO: I) Delimitación previa.—II) La cuestión en el legado genérico.—III) La cuestión en la compraventa de cosas fungibles con precio fijado *ad mesuram*: a) Aplicabilidad del artículo 1.452, párrafo 3.º, a las ventas genéricas. b) Investigación sobre el criterio contenido en el artículo 1.452, párrafo 3.º.—IV) El artículo 1.133 y la duda sobre su aplicabilidad por analogía en nuestro tema.—V) Especificación y novación.—VI) Conclusión y valoración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

I) DELIMITACION PREVIA

Las dudas sobre el momento preciso en que se especifica una obligación genérica constituyen un tema ya con cierta tradición en Alemania y los países latinos desde que lo planteó la pandectística germana del siglo pasado. En nuestra doctrina existe sobre el asunto una cierta reflexión a nivel de manuales pero pienso que faltaba hasta ahora, en el tema, una reflexión global y detenida y que tuviese a la vista el conjunto de los datos legales que parece aportar nuestro Código: ésta es la reflexión que he pretendido realizar y que ofrezco al lector, previéndole ya desde ahora de la dificultad de este tema y de la complejidad de sus conexiones con puntos delicados de la teoría de la obligación; complejidad que, por mi parte, no desconozco, y que muy especialmente me aconseja en esta ocasión ampararme en la fórmula ritual del sometimiento gustoso de la opinión aquí defendida a cualquier otra más autorizada y razonada.

Nuestra doctrina admite que existe una especificación simultánea al pago o por pago (1), incluso realizado por un tercero (2), que no

(1) Véanse, por ejemplo, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 3.º, 13.ª edición, 1983, pág. 170; ALBALADEJO, *Derecho civil, Derecho de obligaciones*, II, vol. 1.º, 7.ª edición, 1983, pág. 47; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, CEURA, 1983, pág. 136; Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., 1983, pág. 208; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. II, 1976, pág. 241; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 6.ª edición, 1983, pág. 60. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad de Palma de Mallorca, 1980, págs. 128 a 132.

(2) Así, PUIG BRUTAU en el lugar indicado en la nota anterior.

plantea problema especial. La opinión común suele explicar también que el deudor puede especificar unilateralmente la obligación genérica si se pactó esa posibilidad expresamente al constituir la obligación (3), y que también a un tercero o al azar se podría dejar la elección o especificación por esta misma vía del pacto expreso de las partes (4). Finalmente, sentado todo lo anterior, se aborda el caso difícil de la admisibilidad o no de una especificación unilateral y previa al cumplimiento realizada por el deudor, para terminar casi siempre rechazando la posibilidad de una tal especificación (5).

Creo que es indudable que las normas que regulan la especificación de las obligaciones genéricas son dispositivas y que habrían de quedar excluidas incluso por una voluntad tácita, pero parece útil señalar también que la usual forma de exponer y abordar nuestro tema a que acabo de referirme puede ocultar en algún caso una cierta toma de postura previa. En efecto, nótese que si se interpreta nuestro Derecho en el sentido de admitir la posibilidad de una especificación por el deudor unilateral y previa al cumplimiento, deviene ya innecesaria la afirmación de que dicha posibilidad cabe por pacto expreso entre las partes: presupuesta aquella interpretación, un tal pacto expreso entre las partes resultaría innecesario y, aunque siempre produciría el desplazamiento de la equivalente norma dispositiva, prácticamente irrelevante. Incluso, presupuesta aquella interpretación, que es la que en efecto se acepta en este trabajo, se invierten los términos y pasan a ser las diversas formas de «separación bilateral» o intervención del acreedor en la especificación las que resultan necesitar un pacto expreso de las partes para que puedan ser exigidas al deudor (6).

También merece alguna puntualización la opinión de Larenz, que Díez Picazo parece introducir y aceptar para nuestro Derecho (7). Según aquel autor, y puesto que en el Derecho alemán el deudor especifica la obligación genérica cuando hace «lo necesario por su parte

(3) Vid. SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, junio 1980, pág. 658. Véanse también, por ejemplo, de entre los citados en la primera nota, ALBALADEJO y Díez PICAZO y GULLÓN, en esos mismos lugares.

(4) Véase, en este sentido, PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, tomo III, 2.ª ed., 1972, pág. 114. Véanse también, por ejemplo, PUIG BRUTAU y Díez PICAZO y GULLÓN en los lugares citados en la primera nota.

(5) En tal sentido, todos los autores citados en las notas anteriores, y en esos mismos lugares, salvo PUIG PEÑA que, aunque parece inclinarse también en ese sentido, no llega a pronunciarse con claridad. Vid. además la opinión de mi maestro, el profesor LACRUZ, en *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, 1977, págs. 48-49. Y asimismo: DÍAZ PAIRÓ, Antonio, *Teoría general de las obligaciones*, volumen II, 3.ª ed., La Habana, 1954, págs. 63 a 66; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 318 a 323.

(6) La precisión tiene su importancia porque, si se prescinde de ella, cabe equivocarse con los mismos argumentos sustantivos de la polémica: véase la crítica que hago a mi maestro, el profesor Lacruz, al principio del epígrafe VI de este trabajo.

(7) Vid. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, tomo I, versión española de JAIME SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, págs. 164-5; Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, 1972, pág. 488. Véase recogida también la idea de LARENZ en SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, junio 1980, página 657.

para cumplir la prestación» (8), debe distinguirse según se trate de una deuda de entrega, de remisión o de puesta a disposición. En el primer caso, basta que el deudor lleve y ofrezca la cosa de modo efectivo al acreedor; en el segundo, basta que se la haya enviado; en el tercero, basta la puesta a disposición del acreedor de los objetos por aquél determinados, o de la cantidad por el mismo individualizada, y notificándolo al acreedor o invitándole a que los recoja.

Pero parece que en nuestro Derecho criterios como éstos podrán aceptarse y valer en tanto en cuanto puedan entenderse contenido de la voluntad tácita de las partes al constituir la obligación (normas dispositivas) o, en su caso, por constituir un uso, ya integrador de la voluntad negocial (art. 1.287), ya propiamente normativo (artículo 1.258) (9). En otro caso, falta toda base normativa para pretender resolver con criterios como los propuestos por Larenz el problema de la determinación del momento de especificación de una obligación genérica (10).

Por lo demás, en las páginas que siguen me ocupo del problema de la especificación de una obligación genérica cuando la elección corresponde en ella al deudor, lo que, según se suele afirmar (11), ocurre siempre que no ha sido expresamente atribuida al acreedor. Tal es el supuesto a la vez más importante y más difícil. Cuando la elección o especificación está reservada al acreedor expresamente, creo, con todo, que la solución no debe ser diferente a la del caso normal de elección por el deudor, y que cabe resolver la cuestión por una aplicación analógica del artículo 1.136, párrafo 1.º, cuyas razones se entenderán mejor al leer las consideraciones que sobre el artículo 1.133 incluyo en el cuarto epígrafe de este trabajo.

(8) Tal es la fórmula (traducida) del párrafo 243-2.º del BGB, que según Enneccerus presenta un carácter intermedio entre la teoría de la separación de *Thöl* y la teoría de la entrega de Ihering. *Vid.*, del primero, *Derecho de obligaciones*, traducido de la 35 edición alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER. Barcelona, 1933, pág. 32.

(9) La diferencia entre ambas funciones del posible uso es, como notan Díez Picazo y Gullón, que en el caso del uso integrativo de voluntad, a diferencia de en el uso propiamente normativo, su actuación podría quedar excluida demostrando la inexistencia de una voluntad en ese sentido. *Vid. Sistema de Derecho Civil*, vol. 1.º, 4.ª ed., 1981, pág. 166.

(10) Un caso un tanto peculiar es el de las ventas a distancia o ventas de plaza a plaza, para las que dice Díaz Pairó que existe una regla universalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, según la cual la traslación de los riesgos sucede desde que el vendedor entrega la cosa al transportista. Sin embargo, como objeta Puig Peña, la sentencia del Tribunal Supremo del 13 de noviembre de 1924 no sigue dicho criterio. *Vid.*, respectivamente, *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, La Habana, 1954, pág. 66; y *Compendio de Derecho civil español*, tomo III, 2.ª ed., 1972, pág. 116. La citada sentencia del Tribunal Supremo está comentada al final de este trabajo, en el epígrafe VI. Véase también sobre el tema el artículo 1.378 del vigente Código civil italiano.

(11) Por casi todos nuestros autores, que suelen razonar convincentemente su afirmación recordando que el deudor se obliga a lo menos posible y la analogía con los artículos 875 y 1.132. Véanse, por ejemplo, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1977, pág. 48; y ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, 7.ª ed., 1983, pág. 46.

Finalmente, la reflexión realizada en las páginas siguientes se circunscribe al ámbito del Derecho civil, aunque el tema interesa también al Derecho mercantil, de cuya diversa e interesante regulación en este punto (12) el Derecho del Código civil es supletorio (arts. 2 y 50 del Código de comercio y art. 4-3 del Código civil). Las principales sentencias del Tribunal Supremo referidas a este problema, a las que me refiero sobre todo al final de este trabajo, han sido dictadas, como veremos, sobre supuestos de obligaciones surgidas de contratos mercantiles, mezclando en ellas el Tribunal Supremo de modo generalmente poco cuidadoso invocaciones de preceptos del Código de comercio con otras de preceptos del Código civil (13).

II) LA CUESTION EN EL LEGADO GENERICO

La regulación de los legados genéricos del Código civil ofrece algunos de los datos más importantes para la determinación en el mismo del momento preciso de la especificación de las obligaciones genéricas. Sin embargo, resulta curioso observar cómo en nuestra doctrina, al tratar dicho problema general en el régimen de las obligaciones genéricas, se da un olvido casi absoluto de esta significativa regulación de los legados genéricos, y, en general, una considerable falta de conciencia sobre la inevitable conexión entre ambos temas (14).

(12) Véanse los artículos 327 a 340 y la regulación del contrato mercantil del transporte terrestre de los artículos 349 y siguientes del Código de comercio. Adviértase que esta regulación, en particular, parece considerar excepcional en la venta de géneros mercantiles que el comprador tenga la facultad de examinar previamente los objetos que se le entregan y «rescindir» la compraventa si no le conviniere (arts. 327, 328 y 334, apartado 2.º). Sobre la especificación de la obligación derivada de compraventa mercantil, en general, decía Garrigues que lo corriente es que se realice unilateralmente pero que el comprador tiene derecho a intervenir en dicha especificación. *Vid. Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, vol. 1.º, 1964, núm. 1.104, pág. 427; y *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, 6.ª edición, 1974, págs. 74-75, 83 a 86 y 92.

(13) Calificada la venta como mercantil con arreglo a los artículos 325 y 326 del Código de comercio, éste, y subsidiariamente, los usos de comercio de cada plaza, deben siempre anteponerse al Código civil. Criterio claro en su formulación pero ciertamente difícil de concretar en materia tan espinosa como la de especificación y riesgos de la compraventa.

Por lo demás, la actual regulación del Código de comercio en el tema procede sustancialmente de la contenida en los artículos 361 y siguientes del Código de comercio de 1829, pese a lo cual esta regulación no influyó para nada en el Proyecto de 1851, ni en los posteriores anteproyectos de Código civil, ni en éste mismo: existen en el tema dos tradiciones paralelas —la mercantil y la civil— que hasta ahora no se han conectado.

(14) Conexión que, por lo que conozco, nadie ha señalado claramente en nuestra doctrina. Curiosamente, Díez Cruz, que acaso presupone esta conexión, parece inclinarse, contra el claro tenor de los artículos 875 a 877, por una idea de «separación bilateral» en la entrega del legado genérico. *Vid.* del autor, *Los legados*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, págs. 111-112. Como muestra de la incoherencia de la doctrina en estos temas pueden verse las opiniones de ALBALADEJO y de Díez PICAZO y GULLÓN. *Vid.* del primero, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, 7.ª ed., 1983, págs. 46-47 y su comentario a los artículos 858 a 891 en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por él mismo, tomo

El artículo 877 del Código, en efecto, al declarar irrevocable la elección por quien pueda hacerla de la concreta cosa que va a ser legada y que sólo genéricamente se mencionó por el testador, presupone sin duda, siendo el heredero el elector, que, ya que éste no podría modificar voluntariamente la situación y cumplir el legado entregando cosa distinta (15), tampoco deberá poder obligársele a dicho diverso cumplimiento en el caso de pérdida fortuita de la cosa elegida que seguía en su poder (16). Y esto, ya se explique por considerar la elección como una «separación unilateral» suficiente para especificar la obligación genérica y excluir el juego de la regla *genus nunquam perit*, ya por la consideración de que, desde la elección, el legatario había adquirido la propiedad de la cosa (17).

Este precepto contenido en el artículo 877 no tiene, como tampoco el artículo 1.133, precedente en el Proyecto de 1851, y fue introducido, lo mismo que este precepto relativo a las obligaciones alternativas, por el Proyecto de 1882 a 1888: traducido aquél literalmente del artículo 1.830 del Código portugués antiguo, que tenía, a su vez, su antecedente remoto en las reglas de D. 33.5.19 y 20 (18).

Este es el origen del artículo 877, que es precepto decisivo en nuestro tema. Pero para justificar esto último, se hacen precisas algunas puntualizaciones sobre dicho precepto.

XII, vol. 1.º, EDESA, 1981, págs. 242-243. De los segundos, *vid. Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., 1983, pág. 208, y vol. IV, 3.ª ed., 1983, pág. 529.

En la doctrina italiana, ha señalado la conexión entre la regulación genérica de las obligaciones genéricas y la de los legados, GROSSO, Giuseppe, *Note in tema di obbligazione generica*, *Rivista di Diritto civile*, 1956, págs. 610 y 613. Y en la doctrina alemana *vid. KIPP, Derecho de sucesiones*, vol. 2.º, Barcelona, 1951, pág. 160.

(15) En esto está acorde la doctrina y lo ha declarado también la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1904, que comentaré en el último epígrafe de este trabajo. En cuanto a la doctrina, véase ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de EDESA, tomo XII, vol. 1.º, 1981, págs. 242-243 y 213 a 215.

(16) Esta conexión entre la irrevocabilidad de la elección y el momento de terminación del *ius variandi* ha sido señalada por RAMS ALBESA para las obligaciones alternativas. *Vid. Las obligaciones alternativas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, págs. 280 a 284.

(17) Vuelvo poco más abajo en el texto sobre esta doble posibilidad de explicación del legado genérico. Obsérvese que para la afirmación que hago en el texto nos basta considerar que del artículo 877 se deriva una irrevocabilidad de la elección desde que ésta haya llegado a notificarse o conocerse por el destinatario: acaso también pueda admitirse, con todo, que incluso existe irrevocabilidad de la elección desde el mismo momento en que ésta ha sido realizada. Sobre este último aspecto, que sí resulta dudoso, vuelvo también en el texto más adelante.

(18) Según el artículo 1.830 del Código portugués de 1867: «*Se o herdeiro, ou o legatário, não puder fazer a escolha, nos casos em que lhes é atribuída, passará este direito aos seus herdeiros; mas, feita ela, será irrevogável*». Utilizo la decimo-primer edición oficial de dicho Código, editada en Lisboa en 1924 por la «Imprensa Nacional».

Fuera de la noticia que sobre este precedente da PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, el mismo ha pasado totalmente desapercibido a nuestra doctrina. Véase la anotación de dicho autor al artículo 862 del Proyecto de 1882-1888, en *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, Centenario de la Ley del Notariado, pág. 265.

En efecto, nótese, en primer lugar, que podría parecer que el artículo 877 se refiere sólo a la elección realizada por los herederos del facultado para elegir, pero no a la de éste, quien, en la hipótesis del precepto, precisamente no podría hacer la elección. Incluso el adverbio «pero», utilizado por el legislador, podría pensarse que sugiere una interpretación *a contrario* del inciso final del precepto, según la cual se admitiría el paso a los herederos de la facultad de elegir, pero modificada: precisamente en cuanto irrevocable y porque la elección normal del facultado para elegir se presupondría revocable. O sea, según esto, se desprendería del artículo 877, interpretado *a contrario*, la normal imposibilidad de una especificación unilateral y previa al cumplimiento para las obligaciones genéricas originadas en un legado.

Pero dicha interpretación del artículo 877 tiene en contra la *ratio* de la irrevocabilidad de la elección, que concurre exactamente igual cuando hayan elegido los herederos del facultado para elegir que cuando sea éste mismo quien ha elegido, así como los antecedentes históricos y la misma interpretación gramatical.

En efecto, en cuanto a los antecedentes históricos, hay que recordar que la transmisión *mortis causa* de la facultad de elegir y la irrevocabilidad de la elección son dos ideas claramente distintas, recogidas, respectivamente, en los párrafos 19 y 20 del título 5.º del libro 33 del Digesto, y que el legislador portugués de 1867 refundió un tanto forzosamente en la fórmula del artículo 1.830 de aquel Código, que ha pasado, literalmente traducida, al artículo 877 de nuestro Código. Por lo demás, la irrevocabilidad va referida en el texto romano más bien a un legado alternativo (elección de los manteles que quiera el legatario, parece, de entre los que tenga el testador al morir), y también en el artículo 1.830 del antiguo Código portugués la irrevocabilidad se relaciona con seguridad con el legado alternativo, al que se refería el artículo 1.829, y sólo dudosamente con el legado genérico (arts. 1.827 y 1.828 de aquel Código). Como se ve, la situación se invierte en el Código español, en el que el artículo 877 sólo se puede referir con seguridad a los legados genéricos, y más dudosamente, en la sistemática del Código, a los legados alternativos (19).

En cuanto a la interpretación gramatical del artículo 877, también cabe defender —sobre todo a la luz de los antecedentes históricos que acabo de recordar— que, al aparecer los dos incisos del precepto separados por un punto y coma (no sólo por coma) e iniciarse el segundo con la palabra «pero», quiso en realidad decir el legislador que, una vez hecha la elección por la persona facultada para ello, dicha elección será irrevocable. Irrevocable, por tanto, para el mismo facultado para elegir que ha elegido ya, y, como consecuencia, también para sus he-

(19) Hay que advertir que en el antiguo Código portugués la irrevocabilidad de la elección realizada en una obligación alternativa se derivaba sólo del artículo 1830, pero no de los artículos específicamente dedicados a la obligación alternativa (arts. 733 a 738), a diferencia de en nuestro Código en el que contamos con el artículo 1.133.

rederos, a los que no pasa entonces el derecho a elegir, y por eso el «pero» de la frase final del precepto.

O sea, que, pese a la redacción oscura del artículo 877, parece que puede afirmarse que establece con generalidad la irrevocabilidad de la elección para todos los legados genéricos.

Otra posible objeción a dicha idea sería la de que, literalmente, parece el precepto vincular las consecuencias jurídicas que establece sólo a la hipótesis de «haberle sido concedida» (por el testador, habría que entender) la elección al facultado para realizarla; pero que quedarían fuera del precepto los supuestos de facultad de elegir atribuida por la ley (art. 875-3.º) a falta de atribución por el testador.

El que el anterior artículo 876 se refiera, en efecto, a elección de jada expresamente por el testador al heredero o legatario, parecería dar un cierto fundamento a esta posible objeción, que no lo tiene realmente, como ha puesto ya de relieve el profesor Albaladejo (20).

En efecto, como advierte este autor, no tendría sentido pensar que, en el caso de elección *ex art. 875-3.º*, los herederos del facultado para elegir que murió sin hacerlo pudieran perder ese derecho, ni tendría sentido pensar que en un tal supuesto el derecho a elegir pasase a la otra parte; además de que, aunque el artículo 877 no estableciera la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a elegir, dicha solución se derivaría igualmente de las reglas generales sobre transmisibilidad de los derechos (art. 1.112).

Y todavía podríamos añadir a estos buenos argumentos del profesor Albaladejo la invocación de la *ratio* de la norma, que no inclina a distinguir entre elección concedida por el testador y elección atribuida por la ley; y el precedente portugués del artículo 877, en el que se decía «nos casos em que lhes é atribuída» (art. 1.830), refiriéndose con toda seguridad también al supuesto de elección *ex lege*, precisamente recogido en el anterior artículo 1.829 de aquel Código.

Volviendo ahora a la incidencia del artículo 877 en nuestro tema de la determinación del momento preciso de la especificación de una obligación genérica, hay que considerar, como he adelantado poco arriba, que dicha incidencia resulta diferente según se admita el carácter obligacional o, por el contrario, real de la eficacia de un legado genérico.

En la doctrina italiana de los primeros años treinta, Gangi defendió, con extensas argumentaciones, la eficacia real de los legados genéricos y de los alternativos en el Código italiano de 1865, sin conseguir, en general, convencer a la doctrina italiana; y también para el nuevo Código italiano ha sostenido la misma opinión, aparte del propio Gangi, Enrietti, en 1964 (21).

(20) En su comentario a los artículos 875 a 877 en los *Comentarios de EDERSA* citados, tomo XII, vol. 1.º, 1981, págs. 241-242.

(21) Véase GANGI, *La successioni testamentaria*, Milano, 1952, vol. II, páginas 124 y ss.; también en «*I legati*», vol. II, Padova, 1932, pág. 11; ENRIETTI, *Le due categorie del legato di genere con particolare riguardo al legato di cosa generica da prendersi dal patrimonio del testatore*, en *Vita notarile*, 1964, páginas 477 y ss. Ambos autores citados por CRISCUOLI, Giovanni, *Le obbligazioni*

Para Gangi, cuya opinión ha sido minuciosamente criticada por Criscuoli (22), tenía eficacia real un legado genérico o alternativo, cuando el género o las posibles prestaciones alternativas hubieran de tomarse del patrimonio hereditario (no en otro caso). En dichos supuestos, según Gangi, en el momento de la apertura de la sucesión nacía para el legatario un «derecho real a la adquisición de la propiedad de la cosa legada», y, a la vez, un derecho de crédito a cuya prestación correspondía solamente la entrega de la simple posesión de la cosa; y en el momento de la individualización o especificación de la concreta cosa elegida se realizaba el resultado definitivo de la adquisición directa e inmediata de la propiedad sobre ella por el legatario, incluso con efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión.

En la doctrina española, aunque no falta algún autor que suponga realizada la adquisición de la propiedad para el legatario desde el instante mismo de la especificación (por elección unilateral) del legado genérico (23), la mayoría de los autores, aunque sin detenerse en la cuestión, afirman el carácter puramente obligacional del legado genérico (24), y suponen que el legatario sólo adquiere la propiedad de la cosa con la entrega de la misma (25).

En mi opinión, la remisión del artículo 874 al régimen genérico de las obligaciones alternativas hace necesario configurar, en principio, el legado alternativo como de eficacia obligacional (26). Pero, en cuanto al legado genérico, la falta de un precepto similar; el sentido del precedente romano del artículo 877 (D. 33.5.19 y 20, en que la causa de

testamentarie, Ristampa inalterata, Università di Palermo, Milano-Giuffrè, 1975, pág. 94, nota 6.

Una noticia incompleta sobre estas opiniones había dado ya entre nosotros GARCÍA CANTERO, en *Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil*, RCDI, 1973-2.º, pág. 801.

(22) Quien, con todo, recordando el artículo 1.378 del vigente Código italiano, admite que con la especificación se consigue siempre directamente el efecto real de la adquisición de la propiedad sobre la cosa individualizada, en el caso en que ésta pertenezca al patrimonio del gravado. Véase *Le obbligazioni testamentarie*, citado, págs. 93 a 103 y especialmente pág. 101. Véase también la explicación (diversa de la de GANGI) de GROSSO, *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ., 1954, pág. 8.

(23) Véase, por ej., TRAVIESAS, *Legados*, RDP tomo XVIII, enero-diciembre de 1931, págs. 179 y 184; también mi maestro, el profesor LACRUZ, en sus notas al *Derecho de sucesiones* de Binder, Editorial Labor, S. A., 1953, pág. 320.

(24) CRISCUOLI llega a presentar como segura esta opinión para el Derecho español, sin razón, en mi opinión, según explico en el texto poco más abajo. *Vid.* del autor *Le obbligazioni testamentarie*, citado, pág. 99. Véase también, en el sentido indicado, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, 1963, pág. 391; GARCÍA CANTERO, *Ensayo de una clasificación de los legados...*, RCDI, 1973, 2.º, pág. 801; ALBALADEJO, comentario a los artículos 875 a 877 en los *Comentarios* de EDERSA, citados, tomo XII, vol 1.º, 1981, pág. 240.

(25) Véanse las opiniones de GARCÍA CANTERO y ALBALADEJO en los lugares citados en la nota anterior. Por lo demás, como afirma DE LOS MOZOS, esa entrega al legatario no es propia tradición: *La adquisición de la posesión en los legados*, ADC, 1962, pág. 919.

(26) Nuestra doctrina no se ha ocupado de este interesante tema, sobre el que nada encuentro en las monografías de DÍAZ CRUZ sobre los legados y de RAMS ALBESA sobre las obligaciones alternativas.

la irrevocabilidad de la elección parece ser la adquisición de la propiedad por el legatario); el hecho de que en el Derecho romano, a partir de cierto momento, llegaran a existir legados genéricos no sólo *per damnationem*, sino incluso *per vindicationem* (Gayo; Inst. 2.196) (27); y el tenor de los artículos 609, 657, 882 y 877, acaso permiten cuestionar la solidez de esta afirmación de la opinión común de ser meramente obligacional la eficacia del legado genérico que pueda especificarse en una cosa del patrimonio hereditario. El tema merece una investigación, que no está hecha en nuestra doctrina, y que, por su considerable complejidad, he renunciado a realizar en este trabajo.

Sin embargo, sea cual fuere la explicación que se acepte sobre la eficacia del legado genérico, siempre quedará, y es lo que interesa en el presente trabajo, que del artículo 877 cabe deducir un importante argumento en favor de la normal posibilidad, para las obligaciones genéricas, de una especificación unilateral y previa al cumplimiento. Si se considera que el legado genérico tiene eficacia obligacional (o, aun en caso contrario, para cuando la tenga) hay que pensar que el propio artículo 877 establece, para el caso muy importante que regula, un supuesto de especificación unilateral —así se considera, sin duda, a la elección— y previa al cumplimiento. Si se considera, en cambio, que el legado genérico puede tener normalmente eficacia real, podría argumentarse que, puesto que una elección unilateral y previa a la consumación del legado puede transmitir no sólo los riesgos (28), sino propiamente la propiedad de la cosa, *a fortiori* (o, al menos, por analogía) también tendrá que ser posible para las obligaciones genéricas la normal posibilidad de una especificación unilateral y previa al cumplimiento.

En cuanto al momento preciso en que la elección produce la irrevocabilidad de la misma o, lo que verosímelmente viene a coincidir con esto, en que produce la especificación, cabe la duda de si es el momento mismo de realizarse la elección, o sólo el momento en que haya sido notificada eficazmente dicha elección a su destinatario (el legatario, para nosotros). La letra del artículo 877 («una vez hecha la elección») apunta a lo primero, pero Albaladejo ha defendido lo segundo (29), muy razonablemente en mi opinión.

(27) Véase la explicación al respecto de BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Seconda edizione riveduta, Milano, Giuffrè, 1955, págs. 434, 438 y 440.

En el Derecho romano clásico la elección correspondía al legatario en el legado *per vindicationem* y al heredero en el legado *per damnationem*, pero Justiniano refundió ambas clases de legados y atribuyó siempre la elección al legatario, salvo que otra cosa resultase de la voluntad del testador. Véanse: ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, 16 ed., 1981, núm. 354, pág. 806; GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, I, 2.ª ed., 1982, págs. 579-580; GROSSO, *I legati*, I, G. Giappichelli Editore, Torino, s. f., págs. 333 y ss.

(28) Sobre los frutos véanse artículos 884 y 1.095, cuya interpretación ha suscitado dudas a la doctrina. Véase la amplia explicación de ALBALADEJO sobre el tema, quien, con otros varios autores muy autorizados, considera que los frutos corresponden al legatario desde la especificación: Comentario al artículo 884 en los *Comentarios* citados de EDERSA, tomo XII, vol. 1.º, 1981, págs. 301 a 310.

(29) En los comentarios a los artículos 874 y 875 a 877 de sus *Comentarios*

Albaladejo invoca una consideración realista de los intereses en juego, el espíritu de la ley, y la naturaleza de la elección, que es una declaración unilateral y recepticia, a la que es razonable aplicar, por tanto, la solución de los artículos 1.133 y 1.136-1.º (30).

Me parece, en efecto, justificada la aplicación analógica de estos artículos al legado genérico, por las razones que se verán en el cuarto epígrafe de este trabajo; y todavía cabe recordar, en el mismo sentido, que el precedente portugués del artículo 877 (art. 1.830) sabemos que estaba pensado también para el legado alternativo, y quizá incluso sólo para éste, por lo que, aunque referido ahora el precepto al legado genérico en nuestro Código, parece que es razonable extender a este último el criterio de los artículos 1.133 y 1.136-1.º sobre obligaciones alternativas, criterio con el que no contaban en el Código portugués de 1.867 (arts. 733 a 738).

III) LA CUESTION EN LA COMPRAVENTA DE COSAS FUNGIBLES CON PRECIO FIJADO *AD MESURAM*

a) *Aplicabilidad del artículo 1.452, párrafo 3.º, a las ventas genéricas:*

Algunos de los autores que mayor esfuerzo han hecho por aclarar ya el problema de la especificación de las obligaciones genéricas, ya el significado del artículo 1.452, han defendido que este último artículo no se refería en realidad a aquel problema (31). Así lo han sostenido, en efecto, Cossío, desde una preocupación preponderante por el tema de los riesgos en la compraventa (32), y Díaz Pairó, en uno de sus intentos de explicación del tema de la especificación de las obligaciones genéricas (33). Voy a iniciar por esto mi explicación sobre el artículo 1.452 comentando y criticando estas autorizadas opiniones (34).

Según el citado artículo: «Esta regla —la regla *periculum est emptori* según la mayoría de la doctrina y nuestro Tribunal Supremo— se

de EDERSA citados, págs. 213 a 215 y 242-243. Invoca el autor en apoyo de su opinión, y explicando acertadamente las razones de esta alegación, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1904, a la que me refiero en el último epígrafe de este trabajo.

(30) La consecuencia práctica principal de dicha aplicación o solución es, naturalmente, la revocabilidad de la elección realizada hasta el momento de eficacia de la notificación; incluso, en su caso, si emitida ya la notificación de la elección es luego comunicada su revocación por un medio más rápido.

(31) Así, aparte de Cossío y Díaz PAIRÓ, citados a continuación, pueden verse: ESPÍN, *Manual...*, vol. III, 1983, pág. 62; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, CEURA, 1983, pág. 137; SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, pág. 658. A PUIG PEÑA, en cambio, le parece el artículo 1.452 del Código el único precepto que se refiere a nuestro problema: *vid. Compendio de Derecho civil*, tomo III, 1972, pág. 115.

(32) En su artículo *La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas*, ADC, 1953, págs. 597 a 621.

(33) *Vid.* su *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, 3.ª ed., La Habana, Editorial «lex», 1954, págs. 61 a 66.

(34) En esta explicación que propongo del art. 1.452 presupondré, siguiendo la opinión común entre nosotros, que *periculum est emptori*.

aplicará a la venta de cosas fungibles hecha isladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida». Y, en párrafo aparte, continúa diciendo el artículo: «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».

Como decía, contra la opinión corriente de nuestra doctrina y la opinión de nuestro Tribunal Supremo (35), Cossío ha sostenido que los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.452 no se refieren a la compraventa genérica, sino a ventas específicas con perfecta individualización del objeto y con fijación del precio *ad mesuram* (36). Según el ejemplo propuesto por García Goyena para el 2.º párrafo: te compro todo el trigo de tu granero o el vino de tu bodega por mil duros. Y según el ejemplo propuesto para el párrafo 3.º: te compro todo el trigo de tu granero o el vino de tu bodega a tanto la fanega de trigo o cántara de vino. Y lo mismo caería bajo el párrafo 3.º, según García Goyena, el siguiente ejemplo: te vendo veinte fanegas de trigo en mil reales. Aclaraba el autor que «aunque materialmente suene un solo precio... se reputa este precio como el total o suma del que se ha dado a cada fanega» (37). Y todavía cabe, como nota Cossío, otra posibilidad: te vendo (por precio cierto, se entiende) cien fanegas del trigo que se encuentra en mi granero. Este último ejemplo, según Cossío, constituiría un tipo especial a la vez distinto de la venta *ad mesuram* y de la venta genérica, y próximo a la venta alternativa, al menos a efectos de riesgos (38).

Pues bien, según Cossío, en ninguno de estos casos estamos ante ventas genéricas, por lo que el artículo 1.452 no es aplicable a éstas, que quedan sin una regulación directa en nuestro Código, tanto en cuanto al tema de transmisión de los riesgos, como en cuanto al tema de la especificación de dichas obligaciones genéricas. En particular, afirma el autor que ningún precepto exige la intervención del acreedor en estas operaciones de individualización, «aunque parece lógico exigir le sean debidamente notificadas» (39).

Según Cossío, en definitiva, nuestro Código, inspirado en una idea romana, se basa en el sistema o principio denominado de la perfección, y parte de la base de que los riesgos se trasladan al comprador a partir del momento en que nace la obligación de entregar la cosa vendida, obligación que ordinariamente es simultánea a la perfección del contrato, y así ha de presumirse, salvo prueba en contrario. Explica el autor que, como en el texto de Gayo contenido en D. 18.1.35.5 y 6, en el

(35) Véanse en CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, ADC, XXXV, abril-junio de 1982, págs. 335 y 336.

(36) En su *Transmisión de la propiedad...*, cit., págs. 612 a 617.

(37) Vid. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852 hecha en Zaragoza, 1974, pág. 731.

(38) A mí me parece que una venta así sería más bien, en principio, genérica limitada. Véase también CAFFARENA, parece que en esta dirección: *Genus...*, páginas 351 a 354.

(39) Vid. *Transmisión de la propiedad...*, pág. 617.

artículo 1.452 «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».

En las ventas genéricas, aunque admite el autor una individualización llevada a efecto por el vendedor (separación «unilateral» como punto de partida), piensa que no produce la misma automáticamente el desplazamiento de los riesgos al comprador, sino que habrá que atender, habiendo ya devenido específica la venta por la individualización, «a si ha surgido o no con la individualización la obligación de entrega, pues sólo en el primer caso habremos de estimar, según la general doctrina, tras pasados los riesgos al comprador». Como se ve, partiendo más bien de una idea de posible especificación unilateral de la obligación genérica, la explicación de Cossío tiene en realidad un carácter intermedio entre la formulación pura de aquella teoría y la teoría de la llamada especificación bilateral (40).

Caffarena (41), tras una consideración muy detenida de los argumentos históricos y de Derecho vigente ofrecidos por Cossío, ha criticado la idea de este autor de que el artículo 1.452, párrafo 3.º, no se pueda referir a las compraventas genéricas: en su opinión, por el contrario, la letra del precepto permite incluir en él tanto la compraventa de un todo con precio *ad mesuram*, como la compraventa genérica. Sin embargo, a la hora de determinar los efectos que según el artículo 1.452, párrafo 3.º, habría de tener la imputación de los riesgos al vendedor distingue entre venta en bloque por precio *ad mesuram*, venta genérica y venta de género limitado.

En el primer caso, según Caffarena, el perecimiento *ante mesuram* de las cosas componentes del bloque implicaría por aplicación del artículo 1.182 la liberación del vendedor pero perdiendo su derecho al precio. En el segundo caso, el de la venta genérica, lo que hay normalmente es que no cabe imposibilidad de cumplir: o sea, que no es que el vendedor sea titular del riesgo en sentido técnico jurídico, sino acaso sólo en sentido económico. En el tercer caso, el de la venta de un género limitado, el perecimiento total de éste antes de la individualización supone que el vendedor queda liberado de su obligación pero perdiendo también el derecho al precio. Vuelvo muy poco más abajo sobre toda esta explicación de Caffarena.

Por su parte, y coherente con su interpretación del artículo 1.452, pensaba Cossío (42) que, por aplicación de su párrafo 3.º, el comprador no moroso no tiene el riesgo *ante mesuram* en la venta en bloque con

(40) Por lo demás, esta posición original de Cossío, basada en una idea romano bizantina, no ha encontrado eco en la doctrina. Algunos autores la han criticado expresamente: *vid.* ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 314 y ss., y especialmente páginas 322-323. También GARCÍA CANTERO, en su comentario al art. 1.452 en los *Comentarios de EDESA*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XIX, 1980, págs. 74 y ss. y, sobre todo, pág. 83.

(41) *Vid.* *Genus nunquam perit*, págs. 335 a 342 y 343 a 354.

(42) *Vid.* *Transmisión de la propiedad...*, pág. 614.

fijación del precio *ad mesuram*, porque, no habiéndose llegado a determinar el precio, no existe todavía la obligación de entregar y tampoco, por ello, se han podido transmitir los riesgos al comprador. A la inversa, en caso de aplicarse el párrafo 2.º del artículo 1.452, como el precio está fijado desde el principio, los riesgos se habrían transmitido también desde el principio al comprador. La razón de la diferencia entre que en el caso del párrafo 2.º tuviera en su caso el comprador que pagar el precio y en el caso del párrafo 3.º no tuviera que pagarlo, sería, según Cossío, en última instancia, la determinación o no del precio de una masa ya individualizada.

Esta explicación me parece equivocada porque la verdadera razón de la diferencia entre los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.452, la razón a la vez más simple y más convincente de dicha diferencia es el que la peculiar fijación del precio «con relación al peso, número o medida» hace presumir al legislador, salvo que otra cosa resulte claramente de la interpretación negocial, que la venta se consideró como genérica por las partes. A la inversa, la venta hecha aisladamente por un solo precio, «o sin consideración a su peso, número o medida» se presume venta específica por el legislador, aunque se trate de cosas fungibles (43). La verdadera razón de la diferencia de regulaciones entre los párrafos 3.º y 2.º del artículo 1.452 es que mientras en el uno juega el principio *genus nunquam perit*, en el otro no.

Nótese, en efecto, cómo en una venta de las hechas «aisladamente» con precio fijado *ad mesuram* el riesgo de perecimiento podría ser susceptible de imputación al comprador aunque dicho perecimiento se hubiera producido *ante mesuram* y antes de haberse llegado a determinar el precio debido: podría obligarse a pagar al comprador un precio determinado aproximativamente (o incluso exactamente, en muchos casos) a partir de los despojos de las cosas pericidas. O sea, cabría aplicar la regla *periculum est emptori* y obligar al comprador a pagar un precio calculado *a posteriori* a base de, simplemente, contar los pollos o los cerdos ahogados o muertos por la epidemia en el concreto corral, o de calcular, mediante peritaje, la cantidad de trigo que habría en el granero a partir de las cenizas residuales del incendio..., etc. El precio a fijar *ad mesuram*, al fin, era cierto (cfr. arts. 1.447 a 1.449) y la dificultad para determinarlo *a posteriori* no será sino una mera dificultad de prueba. Y siendo esto así, aparece claro que la razón de la diferencia decisiva de regulación entre el párrafo 3.º y el párrafo 2.º del artículo 1.452 no puede ser otra, como decía antes, que el carácter genérico o no de la obligación del vendedor. El Código parece tomar la circunstancia de una fijación del precio *ad mesuram* como indicio del carácter genérico de la obligación y como medio indirecto de fijación de la calidad y caracteres del género.

Y llegados a este punto es cuando vemos el interés real que pre-

(43) GARCÍA GOYENA refiere las dudas en el tema de los autores del Derecho común y da una explicación que parece coherente con lo que aquí afirmo. *Vid. Concordancias...*, pág. 731.

senta el artículo 1.452, párrafo 3.º, para el tema de la determinación del momento preciso de la especificación de las obligaciones genéricas. Interés, por cierto, que no se ve afectado por la duda de si alcanza o no el precepto en cuestión a todas las ventas genéricas: en efecto, incluso entendiendo limitado el ámbito del precepto, del modo que señaló como defendible en el siguiente subepígrafe, a las ventas hechas aisladamente con precio fijado *ad mesuram*, hay que afirmar que se refiere a un supuesto de obligaciones genéricas y que da un criterio (o debe armonizarse con él, cuando menos) sobre el problema de la determinación del momento de la especificación de las mismas.

La explicación que ofrezco en lo precedente sobre la *ratio* del artículo 1.452, párrafo 3.º, me parece que hace también injustificada la opinión de Caffarena antes expuesta, según la cual el autor, después de aceptar que la venta en bloque o hecha aisladamente y con fijación de precio *ad mesuram* está incluida bajo dicho artículo 1.452, párrafo 3.º, considera en cambio que en ella el vendedor quedaría liberado en su caso *ex art.* 1.182, aunque perdiendo el derecho a la contraprestación del precio. O bien, podríamos decir que, puesto que este autor considera específica esta venta, como el vendedor no habría realizado la *mensura* de las unidades de su corral, almacén, depósito, etc.... «perdería» el derecho al precio que, de haberla realizado, le hubiera correspondido. En mi opinión, no ocurriría así, sino que, presumiendo el Código que dicha venta es genérica, habría de entenderse, salvo que la interpretación negocial mostrase claramente el carácter específico de la venta, que jugaba el principio *genus nunquam perit* y que el vendedor no quedaría liberado (44). Y cuando la interpretación negocial mostrase claramente el carácter específico de la venta, la no realización previa de la *mensura* no debería privar al vendedor del derecho al precio sin contraprestación por su parte, porque, aunque de discutible racionalidad, tal es la regla que admitimos como vigente en cuanto al tema de los riesgos en la compraventa (párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.452).

Y el mismo planteamiento habría que mantener si la venta con fijación de precio *ad mesuram* recaía sólo sobre parte del contenido de una masa determinada (te vendo cien fanegas del trigo de mi granero a tanto la fanega, con el ejemplo antes utilizado). O sea: salvo que la interpretación negocial mostrase claramente que se había querido contraer por el vendedor una obligación genérica limitada, aquella venta habría de considerarse creadora de una obligación genérica normal, a la que no afectaría la pérdida fortuita y sobrevenida de toda la masa de-

(44) Ya he afirmado que parece confirmar esto la opinión de GARCÍA GÓYENA: véase la nota anterior. Por otra parte, no es argumento en favor del carácter específico de la venta en bloque con fijación de precio *ad mesuram* el que el art. 1.452, pár. 3.º, utilice el término «riesgo», que no lo habrá en sentido técnico si la obligación es genérica: de alguna forma había que decir lo que el precepto quiere decir y el propio CAFFARENA admite que, en su caso, el «riesgo» a que alude este precepto es meramente la no liberación del obligado a consecuencia de que el género no perezca. *Vid. Genus nunquam perit*, págs. 344-345.

terminada (45). Pero, salvo esto, en ningún caso el párrafo 3.º del artículo 1.452 establece para ventas específicas la regla contraria a que *periculum est emptori*.

Otro de los autores que, como Cossío y según adelantaba ya al inicio de este subepígrafe, ha negado la utilidad del artículo 1.452, párrafo 3.º, para el tema de la especificación de las obligaciones genéricas es Díaz Pairó (46). Este autor, después de advertir que el precepto en cuestión es «uno de los más oscuros del Código», explica: «a mi juicio, la regla no se refiere al supuesto regular de la venta de cosas genéricas, sino al caso especial en que esa venta se hace de tal forma que el objeto del contrato está perfectamente individualizado (y por esto puede darse la contingencia de la pérdida —y provecho— y el planteamiento del problema de la carga del riesgo), pero no así el precio para la fijación del cual (no de la cosa vendida) se requiere el conteo, la medida, etc.; esto es, el mismo supuesto de la llamada venta por *aversionem* o en bloque a que alude el párrafo 2.º con la expresión «venta de cosas fungibles hecha aisladamente», una de cuyas variedades se regula en dicho párrafo 2.º y la otra en el citado párrafo 3.º. Siendo esto así, no cabe hablar en este caso de separación de cosas del género pues ya está hecha, ni argüir del mismo para admitir en las ventas de cosas genéricas la posibilidad de su separación. Hay que advertir por otra parte que, aun identificado el pesar, contar o medir con el separar, el precepto nada dice, respecto de cuándo y cómo procede hacer tal operación».

Esta explicación, como se ve, se encuentra próxima a la que había defendido Cossío en algunos de sus puntos: para ellos puede bastar con la crítica ya realizada a la opinión del fallecido profesor español: en cuanto a las otras razones esgrimidas por Díaz Pairó para afirmar la irrelevancia del artículo 1.452 en nuestro tema, me remito a la crítica de ellas que cabe inferir de la explicación del precepto intentada en el subepígrafe que viene a continuación.

b) *Indagación sobre el criterio contenido en el art. 1.452, pár. 3.º*

De entre los autores de la doctrina española que se han referido a nuestro tema parece que sólo Pérez González y Alguer (47) han querido apoyarse en el artículo 1.452, párrafo 3.º, y lo han hecho con considerable precaución. En efecto, tras transcribir el mencionado precepto, afirman: «de ahí pudiera inferirse que al menos en cuanto al supuesto que regula el artículo 1.452, apartado 3.º —y nada se opondría a extenderlo por analogía a otros— el Código acepta al parecer la doctrina de la separación». Pronunciamiento ciertamente vago y que,

(45) Incluso parece que podría verse en el artículo 1.452-3.º la idea de que en las obligaciones genéricas la existencia de un género limitado no se presume y debe estar claramente establecida. Véase también, acaso con la misma significación, el párrafo 1.º del artículo 875.

(46) *Vid. Teoría general de las obligaciones*, vol. II, 1954, págs. 65-66.

(47) En las notas al *Derecho de Obligaciones*, vol. I, de ENNECCERUS, traducido por ellos mismos, 1953, págs. 35-36.

como indica Díaz Pairó (48), merece un mayor desenvolvimiento, que voy a intentar en las páginas siguientes.

Para clarificar el sentido de este artículo 1.452, párrafo 3.º, me parece útil empezar considerando la peculiar unión que realiza el precepto entre su afirmación general («riesgo» al comprador sólo desde que «se hayan pesado, contado o medido» las cosas) y la salvedad o excepción final para el caso en que el comprador se haya constituido en mora.

Esta unión de dos ideas bastante distintas en un mismo precepto podría parecer, en una primera aproximación, errónea o debida a una técnica muy defectuosa; fuente, en definitiva, de la oscuridad o difícil interpretación del precepto. Sin embargo, si bien se mira, la atribución de los riesgos al acreedor (comprador) por *mora accipiendi* debe funcionar siempre como salvedad o excepción a una regla general contraria de atribución de los riesgos al deudor, como también en el artículo 1.185, por lo que es acertada en principio la conexión de la idea de la sanción a la mora del acreedor con el párrafo 3.º del artículo 1.452, único en que se contempla un supuesto de no liberación del deudor-vendedor, mientras que hubiera resultado sin sentido o innecesaria la mención de dicha idea en relación con los párrafos 1.º ó 2.º del repetidamente citado artículo 1.452.

Pero esta afirmación, a la vez que nos muestra la relativa racionalidad del precepto contenido en el párrafo 3.º, pienso que nos muestra también su flanco delicado, puesto que la no liberación del deudor-vendedor como consecuencia de que el género no perece no es exactamente una imputación del riesgo en sentido técnico a dicho deudor-vendedor (o sea: como imposibilidad sobrevenida inimputable de realizar la prestación concretamente debida) (49), y esto es lo que produce la dificultad y, en particular, complica considerablemente la interpretación del precepto en cuanto a su incidencia en el tema del momento preciso de la especificación de una obligación genérica.

En efecto, podemos preguntarnos con justificada perplejidad sobre qué mora o qué riesgo son los aludidos en el precepto y anteriores (50) a la especificación de la obligación genérica.

En cuanto a la mora, si pensamos que el precepto se refiere a la del acreedor (comprador), sólo parece que pueda entenderse producida si el mismo se había comprometido a reunirse con el vendedor para realizar con él, simultáneamente, la especificación y el cobro (51). Pero no resulta fácil admitir que el precepto presuponga esto como lo normal y necesario y, no admitiéndolo, la mora como acreedor del comprador

(48) *Vid. Teoría general de las obligaciones*, vol. II, 1954, pág. 65.

(49) La precisión puede verse realizada también en CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, págs. 344-345.

(50) Obsérvese que la fórmula gramatical empleada por el precepto que estudiamos (no... hasta que... a no ser que...), no permite en absoluto ponerlo en duda.

(51) Lo que, ciertamente, y como han puesto de relieve DÍEZ PICAZO y GULLÓN, tendría el importante precedente de la ley 24, título V, Partida 5.ª. *Vid. Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 1983, pág. 376.

sólo parece que tiene sentido no sólo tras la especificación de la obligación genérica, sino también tras la puesta a disposición de las cosas del género elegidas y el consiguiente ofrecimiento de pago.

¿Será, entonces, la mora del comprador mencionada en el párrafo 3.º del artículo 1.452 la mora en que el mismo haya podido incurrir en cuanto deudor del precio al vendedor y presuponiendo el precepto que en los casos en que dicho pago del precio se había pactado como previo a la entrega de las cosas? (52).

Esta consideración proporcionaría una salida fácil al intérprete, puesto que el precepto habla de mora del comprador, sin más distinciones, y a la vez de una mora anterior a la especificación de la obligación genérica del vendedor. Sin embargo, no me parece aceptable porque parece claro que ni histórica ni actualmente, ha ido en esa dirección la mente del legislador, que no ha pretendido nunca establecer entre las dos obligaciones recíprocas conexión tan compleja y de tan oscura justificación (53).

Y en cuanto a la posibilidad de la existencia de un riesgo en sentido técnico y anterior a la especificación de la obligación genérica, que también parece presuponer el párrafo 3.º del artículo 1.452, ya hemos visto anteriormente (54) que ello sólo parece posible en cuanto a ventas de las «hechas aisladamente» (párrafo 2.º del art. 1.452), en la medida en que suponen una cierta o mínima separación previa de los objetos genéricos vendidos.

En este punto, parece oportuno abordar ya directamente cuál sea el posible sentido y significación del precepto estudiado (art. 1.452, párrafo 3.º), que, en mi opinión, deberá estar entre dos posibles interpretaciones contrapuestas, ambas apoyadas en sólidos argumentos.

En primer lugar, cabe reconocer una imputación del riesgo al comprador moroso anterior a «contar, pesar, o medir» si se entienden estas operaciones como «algo más» que la separación unilateral y oferta de entrega necesarias en principio para que se dé mora del comprador.

Esta parece ser la idea defendida por Díaz Pairó en un primer momento (55). Según este autor, después de reconocer que la primera parte del artículo 1.452, párrafo 3.º, parece sugerir más bien la idea

(52) De admitirse así, resultaría curioso que en ningún lugar del Código se utilizaría la palabra «mora» para referirse a la del acreedor, porque la utilización que en dicho sentido hacía de tal palabra el artículo 1.162 del Proyecto de 1851 no llegó a quedar en la versión definitiva del vigente artículo 1.185.

(53) Los antecedentes históricos del artículo 1.452 no sugieren, en efecto, que la mora de que habla el precepto pueda ser referida sólo al comprador como deudor del precio. Díez Pícazo, en fin, ha rechazado también dicha idea: *vid. Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol 1.º, Tecnos, 1972, nm. 860, página 723.

(54) Véase lo dicho al criticar la opinión de Cossío.

(55) En la 2.ª edición de su *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, página 48, edición de 1945-1947 en La Habana, libro citado por CASTÁN y que no he podido consultar. *Vid. Derecho civil español, común y foral*, tomo 3.º, «La obligación y el contrato en general», 13.ª ed., 1983, pág. 171. En la 3.ª ed. de la obra de DÍAZ PAIRÓ, de 1954, que es la que cito habitualmente en este trabajo, no aparece ya ese razonamiento del autor.

de la mera separación unilateral, añade: «ahora bien, por la declaración final, conforme a la cual el riesgo sólo pasa al comprador cuando éste se haya constituido en mora, parece que se necesita algo más que el pesar, contar o medir, ya que para la tal mora del acreedor es necesario que llegue la ocasión del pago, que se realice todo lo necesario para ésta, incluso el ofrecimiento efectivo de las cosas; solución que coincide con la propugnada por Ihering y que, de ser la adoptada por el legislador, llevaría al criterio de que las obligaciones genéricas no se especifican más que por la entrega o cumplimiento o por el ofrecimiento de éste en condiciones tales que hagan incurrir en mora al acreedor».

En efecto, obsérvese que el precepto diferencia dos momentos o espacios de tiempo consecutivos: el primero de ellos es aquél en que ya se ha producido la mora del comprador pero todavía no se han «pesado, contado o medido» las cosas fungibles vendidas, y el segundo momento es aquél en que dichas operaciones se realizan. Luego, como la mora ya implica separación (unilateral) de las cosas y ofrecimiento de pago, el «pesar, contar o medir» tiene que ser «algo más» que esto. Pero el intérprete, siguiendo este razonamiento, no parece que pueda llegar a precisar en qué consista este «algo más» que la situación de separación de los objetos que pueda dar lugar a la mora del acreedor comprador. En particular, no parece que sólo con el artículo 1.452, párrafo 3.º, así interpretado podamos llegar a afirmar que en nuestro Derecho las obligaciones genéricas se especifiquen mediante la entrega.

Por lo demás, el precepto, así entendido, debería entenderse referido, puesto que además su letra no distingue y que se contiene en párrafo distinto del anterior, a toda clase de ventas genéricas de bienes fungibles, y no sólo a las ventas «hechas aisladamente» (56). En particular, con esta interpretación, no sólo para estas últimas tendría sentido fácticamente esa idea de «riesgo» excepcional (como sanción) que pueda ser anterior a la misma especificación, sino que también tendría sentido para cualquier venta genérica normal, en tanto que podría considerarse, en caso de mora del comprador, excepcionalmente extinguida la obligación del vendedor, que quedaría liberado y con derecho al precio, como efecto de esta sanción excepcional al comprador, por el perecimiento fortuito de cosas separadas por una separación unilateral

(56) En tal sentido, la opinión mayoritaria de la doctrina, *vid.* CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, págs. 335 a 342 y en especial, págs. 341-342.

Si se quiere, otra posible interpretación del párrafo 3.º del artículo 1.452 sería la de pensar que dicho precepto, además de recoger una necesidad de especificación mediante «algo más» que una separación unilateral, debería entenderse referido sólo a las «ventas hechas aisladamente». Pero esta interpretación, aparte de lo que indico en el texto, permitirá sumar contra ella muchas de las objeciones que hago en lo que sigue a las dos teorías que considero preferibles. Dicho de otro modo: una vez admitido lo más difícil de admitir (que se especifiquen las obligaciones genéricas mencionadas en el precepto por «algo más» que por una separación unilateral), no tiene sentido concebir el precepto restrictivamente, como se entenderá mejor al leer el resto de este trabajo.

no especificatoria (57). En otras palabras, la idea de la normal «posterioridad» de la especificación a la mora permite, en efecto, mantener que es posible, como parece establecer el artículo 1.452 *in fine*, una imputación del riesgo al comprador por mora suya (retraso en su necesaria colaboración a la entrega por el vendedor) en cualquier caso de venta genérica.

En segundo lugar, y esta sería la segunda de las interpretaciones más arriba anunciadas, cabe pensar que el «pesar, contar o medir» de que habla el precepto puede entenderse en un sentido de posible «separación unilateral» si se entiende que el artículo 1.452, párrafo 3.º, se refiere exclusivamente a las ventas de cosas fungibles «hechas aisladamente», pero no a cualesquiera ventas genéricas, y si se acota con un «en su caso» la salvedad relativa a la mora del comprador incluida al final del artículo. Habría normal posterioridad de la mora a la especificación.

Entonces, el artículo 1.452, párrafo 3.º, podría pensarse que quiere decir que el «riesgo» (en sentido no técnico, en principio) de la compraventa de cosas fungibles no pasaría al comprador hasta que se especificase (unilateralmente, en su caso, y en el sentido de determinar la cantidad exacta y el precio) la obligación genérica (58), pero salvo que hubiese mora del acreedor «en su caso»: en el de haberse pactado el necesario concurso de vendedor y comprador para la especificación y simultáneo pago (59). Habiéndose pactado tal cosa, y no concurriendo sin razón para ello el comprador, le sería imputable el riesgo de las cosas globalmente designadas y pericidas, debiendo calcularse el precio a pagar por él *a posteriori*, contando, pesando o midiendo los despojos de lo destruido, y reconstruyendo de este modo, o por presunciones, el valor de las cosas perdidas.

Como sanción a esta peculiar (anterior incluso a la especificación unilateral) «mora» del comprador, y pese al carácter todavía genérico de la obligación, la pérdida de las cosas individualizadas inicialmente

(57) Aquí como se ve, tocamos un punto difícil y poco estudiado en nuestra doctrina: la mora del acreedor. Véase la explicación sobre este punto concreto de BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 295.

(58) En realidad, por aplicación analógica de otros artículos del Código veremos más adelante que el vendedor, para especificar la obligación genérica, debe, además de determinar la cantidad exacta y el precio, notificar su determinación o separación al comprador.

En otro sentido, la explicación del artículo 1.452 ofrecida en el texto debe completarse con lo explicado más arriba al criticar la opinión de CAFFARENA: hasta la especificación actúa el principio *genus nunquam perit*, y no parece que la no realización (previa al pericimiento) de la *mensura* haga perder nunca al vendedor su derecho al precio por la cosa debida y fortuitamente perdida.

(59) Recuérdese el precedente de las Partidas (Part. 5.º, tít. V, ley 24) ya citado. Algunos autores han referido la mora del art. 1.452, en efecto, a las operaciones de contar, pesar o medir: *vid.* COSSÍO, *La transmisión de la propiedad...*, cit., ADC, 1953, pág. 614; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, pág. 320. Pero muchos otros autores piensan en mora como retraso en la recepción por el comprador de la cosa debida: *vid.* BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, tomo I, 1969, pág. 295; Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1983, pág. 376.

designadas y con las que el vendedor se disponía a cumplir, extingue por ley, de modo excepcional (como si la obligación fuera específica), la obligación del vendedor (60), manteniéndose la obligación del comprador de pagar el precio por aplicación de la regla *periculum est emptori*. Esta disposición especial de la ley para el caso de «mora» del comprador sólo tiene sentido con una previa delimitación fáctica de las cosas que pueden perecer, y de ahí que esta segunda teoría o interpretación propuesta para el artículo 1.452, párrafo 3.º, necesite el presupuesto de que el precepto se entienda referido exclusivamente a las ventas de cosas fungibles «hechas aisladamente» (o de entre las de un conjunto determinado), pero no a cualesquiera ventas genéricas.

De estas dos interpretaciones divergentes, una favorable tendencialmente a la llamada teoría de la separación bilateral (al menos: «algo más» que la mera separación unilateral) y otra favorable a la teoría de la separación unilateral, ¿cuál debe prevalecer? La cuestión se presenta ciertamente delicada.

Ante todo, parece útil recordar que ni los autores del Proyecto de 1851 ni el legislador de 1889, como tampoco el legislador mercantil de 1829 ni el de 1885, tuvieron en mente o se preocuparon rigurosamente del tema del momento preciso de especificación de una obligación genérica. Lo que el intérprete se ve forzado a hacer en este caso, como en tantos otros por lo demás, es la indagación de una pura voluntad de la ley sobre el tema, que ciertamente resulta muy poco clara.

Sentado esto, parece que cabe alegar en favor de la primera teoría, favorable tendencialmente a la llamada separación bilateral, que el artículo 1.452, párrafo 3.º, se refiere literalmente a todas las ventas (genéricas) de cosas fungibles con precio fijado en relación al peso, número o medida, y que no cabría limitarlo a las ventas hechas además «aisladamente» en esas condiciones. Y lo mismo sugiere el hecho de que dicho precepto constituya un párrafo independiente y no sea una mera continuación, en el mismo párrafo, del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo. Y también apunta a ello el artículo 1.585 del *Code*, precedente mediado del artículo 1.452, párrafo 3.º, y que se refiere, contrapuesto al artículo 1.586, a ventas que «*ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure*». La misma *ratio* de la idea inicial y central del párrafo 3.º del artículo 1.452, que es el principio *genus nunquam perit*, inclina, en el mismo sentido, a atribuir un amplio ámbito al precepto considerado.

(60) Cabe invocar en apoyo de esta explicación sobre la mora del acreedor en este caso concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1953, que comento en el epígrafe VI de este trabajo, y que es muy clara al afirmar la imputación de los riesgos al comprador moroso en recibir, incluso si subsistía la genericidad de la obligación en el momento del perecimiento de las cosas preparadas para la entrega.

También parece coherente con esta explicación ofrecida en el texto la explicación de Grosso sobre la mora del acreedor en el Derecho romano: cita el autor diversos párrafos de las fuentes en que se contemplaban supuestos excepcionales de extinción de obligaciones genéricas por mora del acreedor (D. 30.84.3; D. 44.4.6; D. 46.3.72; D. 46.3.39, etc...). *Vid.* Grosso, Giuseppe, *Obbligazioni*, Torino, 1947, Parte seconda, Capitolo III, núm. 16, págs. 260-261.

Además de esto, y en otro sentido, quizá cabe decir que la primera de las teorías propuestas es más respetuosa con la letra de la ley, en tanto que realiza una interpretación de ésta sin un recurso, como el que precisa la teoría propuesta en segundo lugar, de acotar la afirmación final del artículo 1.452-3.º con un «en su caso». La primera teoría aparece como más respetuosa o consecuente con la total consecuencia que parece derivarse de dicho inciso final del artículo 1.452, párrafo 3.º.

Pero, a pesar de estos argumentos, esta primera teoría, favorable tendencialmente a la separación bilateral, me parece menos fundada que la propuesta en segundo lugar y favorable a la separación unilateral como modo de especificación de las obligaciones genéricas.

En efecto, nótese, ante todo, que con aquella primera interpretación, o teoría, hacemos decir al precepto estudiado, muy sutil y artificiosamente, algo que realmente el legislador no se propuso decir en absoluto: que la especificación de las obligaciones genéricas necesita «algo más» que la separación unilateral y ofrecimiento de pago. Sabemos que los autores del Proyecto de 1851 y del Código no pretendieron resolver este problema y que no era en esto en lo que pensaron al redactar el precepto considerado. Piénsese que si hubieran querido resolver el problema en el sentido apuntado por esta teoría hubieran podido decir mejor y con mucha mayor claridad que no se imputaría el riesgo al comprador en el supuesto considerado... hasta la entrega (61). En fin, que en el artículo 1.585 del *Code* y en el artículo 1.374 del Proyecto de 1851 no se pensaba en la entrega ni en el «algo más» tan repetidamente mencionado al exigir que se hubieran «pesado, medido o contado» las cosas, se pone de manifiesto por la sola consideración de que en ambos precedentes del Código civil la propiedad se transmitía por el mero consentimiento y no mediante título y modo, por lo que una no transmisión del riesgo hasta la separación bilateral o entrega hubiera debido aparecer en ellos mucho más claramente expresada que en el Código civil (62).

Por lo demás, la segunda interpretación propuesta para el artículo 1.452, párrafo 3.º, y favorable a la idea de separación unilateral, acaso sea, en efecto, menos respetuosa con la estricta literalidad del precepto que la primera interpretación criticada en lo que precede, pero tampoco deja de ser defendible por otras buenas razones.

En primer lugar, el que la letra de la ley (... «se hayan pesado, contado o medido») no distingue *v*, por tanto, incluye perfectamente lo mismo una separación unilateral que, para en su caso, una separación bilateral. Donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.

(61) Además de que, como advierte GARCÍA CANTERO, las operaciones de contar, pesar o medir no están tipificadas en los artículos 1.462 a 1.464 como formas de *traditio*. Vid. el comentario del autor al artículo 1.452 en los *Comentarios* de EDERSA dirigidos por ALBALADEJO, tomo XIX, 1980, pág. 83.

(62) Véase lo explicado por CAFFARENA sobre la relación entre el problema de los riesgos y el problema de la transmisión de la propiedad: *Genus nunquam perit*, págs. 348-9 y notas 153 a 155.

En segundo lugar, el hecho de que acotaciones como la que propongo para el inciso final del artículo 1.452, párrafo 3.º (entenderlo sólo válido para «en su caso»), parece que es posible y necesario hacerlas en bastantes afirmaciones del Código civil y de otras leyes; que no es raro que el legislador presuponga y omita un «en su caso». En este caso, además, la acotación cuenta con una importante justificación en el ya señalado precedente de la ley 24, tít. 5.º de la Partida 5.ª.

En tercer lugar, y sobre todo, ¿qué riesgo y qué mora serían las mencionadas en el precepto contemplado que se dice deben ser anteriores al contar, pesar o medir las cosas genéricamente vendidas? Ambas nociones, riesgo y mora, encuentran una explicación más normal y asequible en la segunda de las interpretaciones propuestas que en la primera de ellas, en la que sólo bastante artificiosamente consiguen encajarse.

Finalmente, y en el mismo sentido, aunque la limitación del artículo 1.452, párrafo 3.º, a las ventas «hechas aisladamente» no tenga apoyo claro en la letra del precepto (63) y contradiga el sentido claro de su precedente el artículo 1.585 del *Code*, parece que se justifica por la necesidad de encontrar una explicación normal y razonable al precepto, diverso del francés, que resultó de la peculiar conexión realizada por nuestro legislador entre el tema del riesgo en las ventas genéricas de cosas fungibles y el tema de la mora como acreedor del comprador.

El artículo 1.452, párrafo 3.º, en suma, es explicable más fácilmente suponiendo que acoge el criterio de especificación de las obligaciones genéricas por mera separación unilateral, que suponiendo acoge alguna de las fórmulas de la llamada separación bilateral (64). Además, debe tenerse en cuenta, puesto que el Derecho es un sistema —y aunque incide aquí también el delicado tema de la norma especial—, que también pueden considerarse argumentos en favor de una tal interpretación del precepto estudiado, los demás argumentos y artículos (art. 877, art. 1.133...) que, según pongo de manifiesto en este tra-

(63) Ciertamente apoyo sí que tiene dicha limitación, por la palabra «las» del párrafo 3.º del artículo 1.452: dicha palabra conecta ese párrafo (que no dice, por ejemplo... «si se vendieren cosas fungibles...») con el anterior. Además, la consideración al peso, número, o medida en ambos párrafos parece que viene referida únicamente a la fijación del precio, lo que también subraya su unidad profunda.

(64) Si no se acepta limitar («en su caso») la salvedad relativa a la mora del comprador, entonces, manteniendo limitado el artículo 1.452, párrafo 3.º, a las ventas «hechas aisladamente», todavía cabría pensar que aunque el «contar, pesar o medir» es «algo más» que la separación de las cosas y ofrecimiento de pago necesarios para que llegue a haber mora, sin embargo, dicho criterio sobre el momento de la especificación no es el general aplicable a las ventas genéricas, a las que el precepto no se referiría y, por tanto, no es obstáculo para defender para ellas un criterio distinto (el de la separación unilateral y con otra base: arts. 877, 1.133, 1.167, etc.). Pero ésta la considero una mala línea de argumentación porque, admitido el criterio llamado bilateral en un caso concreto, la verdad es que dicho criterio parecería claramente extensible a la totalidad de las ventas genéricas, por analogía, o incluso, a *fortiori*, dada la mínima separación inicial existente siempre en las «ventas hechas aisladamente».

bajo, prestan un sólido fundamento a la tesis genérica de la especificación meramente unilateral de las obligaciones genéricas (65).

IV) EL ARTICULO 1.133 Y LA DUDA SOBRE SU APLICABILIDAD POR ANALOGIA EN NUESTRO TEMA

Nuestra doctrina, discutiendo sobre el problema de la determinación del momento preciso de la especificación de las obligaciones genéricas, se ha planteado si sería o no aplicable en el tema, por analogía, el artículo 1.133, que claramente presupone una concentración por declaración unilateral para el caso de las obligaciones alternativas. La cuestión presenta especial interés porque aquí ya no se trata sólo, como en lo que precede, de figuras o problemas particulares (legado, compraventa...) sino verdaderamente de un precepto general que contempla el problema objeto de nuestro estudio.

Pues bien, nuestros autores (66), cuando se plantean esta cuestión, afirman siempre la imposibilidad de realizar una tal aplicación analógica del artículo 1.133 al régimen de las obligaciones genéricas. Sin embargo, parece que ni el análisis histórico de la cuestión ni el análisis estrictamente técnico del modo de funcionar ambas clases de obligaciones justifican esa opinión negativa de la doctrina.

En primer lugar, en cuanto al análisis histórico de esta cuestión, parece mostrar más bien la excesiva persistencia en la doctrina moderna de una concepción romana del modo de funcionamiento de las obligaciones genéricas y alternativas (el llamado *ius variandi*), que fue cuestionada por la pandectística para ambas clases de obligaciones, y que hay razón suficiente para considerar abandonada en nuestro Derecho, desde que nuestro legislador estableció (introducidos por el Proyecto de 1882-1888) preceptos como los artículos 877 y 1.133.

Recordemos algunos datos y rasgos de esta evolución general.

Ante todo, hay que señalar que en las fuentes romanas no se de-

(65) Puede ayudar pensar en el siguiente ejemplo. Víctor tiene dos bodegas en distintos lugares de una localidad y vende a Carlos todo el vino que tenga en su bodega pequeña el día de la venta por 30.000 pesetas (se supone que tiene unos mil litros en vinos de diversas clases y calidades), y además le vende dos cubas de las de tamaño intermedio del (único) vino rosado que tiene en su bodega grande, al precio de 40 pesetas el litro. Al cabo de unos días, Víctor escribe a Carlos comunicándole que ha trasladado a la bodega pequeña desde la grande dos cubas del tamaño pactado de vino rosado, en cantidad que ha resultado ser de 240 litros y que próximamente le comunicará cuándo podrá permitirle recoger el vino. Antes de que lo haga, perece todo el vino por un accidente fortuito (inundación, por ejemplo). ¿Cómo se resolvería el caso? Parece que la doctrina mayoritaria exoneraría a Víctor sólo de entregar el vino que estaba al contratar en la bodega pequeña (art. 1.452, párrafo 2.^o), mientras que según la interpretación sostenida en este trabajo Víctor quedaría totalmente exonerado de su obligación, y Carlos tendría que pagar todo el vino (*periculum est emptori*).

(66) Véanse, por ejemplo, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.^o, 1977, págs. 48-49; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, CEURA, 1983, número 44, pág. 136; SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, págs. 657-658. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, 1980, pág. 130.

tecta ningún interés especial de los juriconsultos por distinguir las obligaciones genéricas de las alternativas (67), y que, por otra parte, existe ardua polémica entre los romanistas sobre si el tratamiento de estas últimas por las fuentes permite mantener o no la existencia de un concepto unitario de obligación alternativa (68).

Además, en Derecho romano, aunque pueda señalarse alguna excepción (69), parece que, como muy autorizadamente ha explicado Grosso (70), la individualización o elección, y tanto para las obligaciones alternativas como para las obligaciones genéricas, no representa en general un momento distinto de aquél en que se paga y, por el contrario, viene referida siempre al pago, de modo que, realizándose antes, carece de toda influencia sobre la obligación.

Se suele hablar tradicionalmente (71), para explicar este modo de funcionamiento de la obligación, de un *ius variandi* del deudor, quien podría siempre arrepentirse de su elección hasta el momento del pago (o hasta el de la *litis contestatio*), por ser siempre dicha elección irrelevante o esencialmente revocable (72). La doctrina romanista suele referir más bien el concepto de *ius variandi* a las obligaciones alternativas, pero la explicación sustantiva que realiza del régimen de las obligaciones genéricas permitiría en general la extensión de dicho concepto también a estas últimas (73).

Las críticas que algunos romanistas, como D'Ors entre nosotros (74),

(67) Papiniano llega a equipararlas en alguna ocasión, según BONFANTE; *vid. sus Instituciones de Derecho romano*, traducción por Luis BACCI y Andreas LARROSA, revisada por Fernando CAMPUZANO HORMA, Madrid, 1925, nota 2, página 383. En cuanto a la afirmación hecha en el texto en general, *vid.* GROSSO, *Note in tema di obbligazione generica*, «Rivista di Diritto civile», 1956, págs. 605 a 609; y *Obbligazioni*; Torino, 1947, págs 238 a 242.

(68) Véase sobre esto: HERNÁNDEZ GIL, *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa. Teoría unitaria*, RDP, núm. 306, 1942, págs. 549 a 551; y RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, páginas 29 a 35.

(69) Así, D. 31.11.1 y acaso D. 45.1.112.34, datos que tomo de RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, 1982, págs. 48 y 53.

(70) En su monografía *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1947, páginas 193-194 y págs. 246-247. En cuanto a las obligaciones alternativas, *vid.* también RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, págs. 45 a 50, 53 y 66 a 69.

(71) Véanse, por ejemplo, ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, 16.ª ed., Madrid, 1981, págs. 545 a 547; IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 7.ª ed., Barcelona, 1982, págs. 394 a 396.

(72) Acaso podría llegarse, en casos, incluso a la necesidad de restitución al deudor de lo que él había ya entregado a fin de que verificase luego el cumplimiento con otra de las prestaciones alternativamente debidas. En ese sentido, *vid.* Cristóbal MONTES, *Curso de Derecho romano, Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 57.

(73) En alguna ocasión sí se refiere el concepto de *ius variandi* tanto a obligaciones alternativas como a genéricas: *vid.* BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, en la traducción ya citada, 1925, § 119, pág. 381. En la doctrina moderna se ha utilizado también aquel concepto en contextos muy distintos, como para explicar la variabilidad posible en la reclamación del acreedor a sus varios codeudores solidarios (art. 1.144) o en la opción cumplimiento-resolución relativa a obligaciones recíprocas (art. 1.124).

(74) *Vid.* En torno a la llamada obligación alternativa, RDP, 1944, págs. 16

han hecho a la consistencia y oportunidad de este supuesto *ius variandi* nos interesan menos, porque no cuestionan el hecho fundamental de que en el Derecho romano las manifestaciones de elección del deudor no tienen relevancia jurídica hasta el momento decisivo del pago. Estaba siempre excluida la modernamente llamada concentración (irrevocable) por mera declaración unilateral del deudor, salvo que dicha posibilidad se hubiera previsto expresamente en el título constitutivo de la obligación (75).

Esta explicación del modo de funcionamiento de las obligaciones alternativas y genéricas se mantuvo probablemente en la doctrina del Derecho intermedio (76) y volvemos a encontrarla en la pandectística alemana del siglo XIX, que es donde finalmente se cuestionó, primero por Ihering para las obligaciones alternativas, y luego por otros autores, coherentemente, incluso para las obligaciones genéricas (77).

Desde entonces se hizo clásica en la doctrina esta polémica en ambas sedes (obligaciones alternativas y obligaciones genéricas), acaso estimulada por la mayor fuerza que parecía presentar la idea de una elección unilateral irrevocable en sistemas, como el francés, de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento (78).

a 19. Vid. también sobre esta polémica RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, págs. 66 a 70 y 280 a 284.

(75) Véanse de nuevo las explicaciones de D'ORS y de RAMS ALBESA en los lugares citados en la nota anterior y las de los romanistas citados en las notas 70 y 71.

(76) Parece verosímil que ocurriera así por el gran apego y proximidad de las opiniones de aquellos juristas a lo que se desprendía de las fuentes romanas; RAMS ALBESA cita en dicho sentido, y para las obligaciones alternativas, a Antonio GÓMEZ y, como citados por éste, a BALDO, BARTOLO, IMOLA, PAULO DE CASTRO y SOCINO. Vid. *Las obligaciones alternativas*, págs. 113-114.

(77) IHERING cuestionó el *ius variandi* para las obligaciones alternativas en el Derecho moderno y, parece, en todos los casos de elección por el facultado para elegir (no sólo cuando tenía reconocida tal facultad en el título constitutivo). THÖL y HEYER cuestionaron los primeros el *ius variandi* también para las obligaciones genéricas. Pero WINDSCHEID y muchos otros seguían apegados a la noción tradicional del *ius variandi* y posibilidad de concentración unilateral sólo si ésta venía establecida en el negocio jurídico constitutivo: decía este autor que los «mismos principios» regían para la concentración en las obligaciones alternativas que para la concentración en las obligaciones genéricas. Vid. para todo ello, *Diritto delle pandette*, trad. Carlo FADDA e Paolo Emilio BENSÀ, volume secondo, UTET, Torino, 1925, § 255, nota 9, págs. 20 a 22 y nota 20, pág. 25 y § 390, nota 8, págs. 503 a 505.

Véase también la explicación de esta polémica en cuanto a las obligaciones alternativas en RAMS ALBESA, quien presenta la opinión de IHERING en términos más restringidos de los que he indicado: *Las obligaciones alternativas*, págs. 114 a 116.

(78) LAURENT, por ej., basaba la irrevocabilidad de la elección hecha en una obligación alternativa en la inmediata adquisición de la propiedad por el acreedor (comprador), que sucedía, según él, simplemente por hacer y declarar la elección. GIORGI criticó al autor ese supuesto fundamento de la irrevocabilidad de la elección y presentó como general el cambio producido en este punto, en relación al Derecho romano, para las obligaciones alternativas. Véanse, respectivamente: *Principes de Droit civil français*, t. XVII, 3.^a édition, Bruxelles - Paris, 1978, núm. 242, págs. 251-252 y núm. 232, pág. 246; y *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducción de la séptima edición italiana, vol. IV, Madrid, 1911, número 431 b), pág. 442. El criterio de LAURENT nos interesa especialmente porque

Pero la polémica es la misma para las obligaciones genéricas y para las obligaciones alternativas, como se ve en su origen histórico, y hasta en los argumentos empleados y teorías propuestas (79). Se habla en efecto de varias teorías sobre esta cuestión: la de la separación unilateral, notificada o no, conocida por el acreedor o no, la de la expedición, la de la puesta en mora del acreedor, la de la separación bilateral, la de la entrega, etc....

El problema estaba claramente planteado en la doctrina del siglo XIX, aunque no en la española, y cabe pensar que nuestro legislador, acaso sin perfecta consciencia del mismo, lo resolvió suficientemente introduciendo, desde el Proyecto de 1882-1888, los actuales artículos 877 y 1.133. Este último tenía un precedente inmediato en el anteproyecto belga de Laurent (80), y respondía mediatamente a la teoría inicialmente defendida por Ihering (81).

Es muy significativa de cuanto queda dicho la considerable dificultad que ha supuesto para la doctrina, dada la inercia en ella del planteamiento romano tradicional, la interpretación del artículo 1.133, hasta llegar a ver claramente que dicho precepto zanjaba resueltamente, para las obligaciones alternativas, la polémica sobre el carácter revocable o no de la elección del deudor (82). También la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1923, criticada por todos (83), exigió, contra el evidente sentido del artículo 1.133, que la elección notificada del deudor tuviera que ser aceptada por el acreedor: o sea,

inspiró los artículos 1.189 y 1.193 de su Anteproyecto belga, que son el precedente (el segundo de ellos, concretamente) de nuestro artículo 1.133. Vid. la nota 80 de este trabajo y *Avant-projet de révision du Code civil*, tome 4.º, Bruxelles, 1884, págs. 178-181.

(79) De estas teorías existe noticia en la doctrina española: vid. en cuanto a las obligaciones alternativas: HERNÁNDEZ GIL, *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa*, RDP, 1942, pág. 549; Badenes GASSET, *El contrato de compraventa*, tomo I, 1969, págs. 297-298; RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, págs. 281 a 283. Vid. enumeradas las mismas teorías en relación con las obligaciones genéricas en ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, págs. 319 a 321 y notas 338 y 342; y ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 1983, pág. 61, nota 51. Para mayor información consúltese también WINDSCHEID, en los lugares indicados en la nota 77.

(80) El art. 1.150 del Proyecto de 1882-1888 tenía ya la misma redacción que el actual art. 1.133 y se basaba en el art. 1.193 de dicho anteproyecto de LAURENT.

Según este último precepto: «L'option n'a d'effet que du jour où elle a été exercée. Si le choix appartient au débiteur, il le notifiera au créancier». Vid. *Avant-projet de révision du Code civil*, tomo 4.º, Bruxelles, 1884, pág. 181. Véase la nota 78 de este trabajo y la noticia de este antecedente que da PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 359.

(81) Como he indicado ya poco más arriba. Entre nosotros lo ha notado también D'ORS, *En torno a la llamada obligación alternativa*, RDP, 1944, pág. 18, nota 58.

(82) Vid. lo explicado por RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, páginas 269 y 281 a 284. Ejemplos del peso residual de la idea del *ius variandi* veo en los comentarios sobre el art. 1.133 de DÍAZ CRUZ, *Los legados*, 1951, págs. 150-151; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 1983, pág. 86, nota 91; y HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, 1983, núm. 50, págs. 151-153.

(83) Véanse, por ejemplo, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1983, pág. 39; y HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, 1983, núm. 48, pág. 148.

como si todavía la teoría de la «separación bilateral» fuera defendible para la concentración de las obligaciones alternativas.

En fin, como puede verse en todo este esbozo histórico de la cuestión, todos los datos apuntan a la fuerte justificación que presentaría una aplicación analógica del artículo 1.133 a las obligaciones genéricas, en cuanto a la determinación del momento preciso de su especificación.

Y a la misma conclusión parece apuntar, como indicaba al principio de este epígrafe, el análisis técnico del modo de funcionamiento de las obligaciones genéricas y de las alternativas.

En efecto, como razón principal de la diferencia entre las obligaciones genéricas y las alternativas —diferencia teórica indudable, por lo demás, y que no se pretende negar aquí— se invoca siempre la regla *genus nunquam perit*, que obviamente no es predicable de las segundas y sí sólo de las primeras. Y añade todavía Sánchez Calero (84) que la aplicación de las reglas de las obligaciones alternativas a la cuestión que analizamos respecto de las genéricas está impedida por la «diferente naturaleza de las obligaciones alternativa y genérica, cuyas características diferenciales se manifiestan, precisamente con más rigor, en el momento de la individualización».

Sin embargo, no parece cierto esto. Más bien cabe decir que la regla *genus nunquam perit* se asemeja a las concentraciones sucesivas de una obligación alternativa en los objetos restantes ante las sucesivas pérdidas fortuitas de otros objetos incluidos en la obligación. En ambos casos se da una persistencia de la obligación sobre lo restante, una no extinción, y esto parece lo decisivo a nuestros efectos.

También se ha señalado como diferencia entre las obligaciones genéricas y las alternativas el que sólo para las últimas cabe que la obligación nazca como simple en el caso de resultar inidónea una de las dos prestaciones en el momento de constituirse aquélla (85). Pero esta diferencia poco debería afectar a la aplicación o no del artículo 1.133, que claramente se refiere al momento del cumplimiento de una obligación alternativa ya nacida y no al anterior momento de su posible nacimiento.

A favor de la aplicabilidad del artículo 1.133 por analogía en nuestro tema cabe también alegar la dicción de los artículos 875, 876 y 877, que se refieren a la «elección» en los legados genéricos (con el mismo término, por tanto, que los artículos 1.131 y ss.), e incluso el precedente portugués del último de dichos preceptos, que, como ya quedó dicho, se refería con toda seguridad a los legados alternativos.

Hay que reconocer, en cambio, que resulta menos claro, en principio, el interés del acreedor en la irrevocabilidad desde la elección unilateral a él notificada para la obligación genérica que para la alternativa (*vid.* art. 1.166). Pero, aun así, aparte de que dicha diferencia sería predicable igual respecto de una especificación «bilateral» pero previa al cumplimiento, no deja de ser posible que, en casos, el interés

(84) *Vid. Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, pág. 658.

(85) *Vid. RAMS ALBESA, Las obligaciones alternativas*, págs. 145 a 148 y 255.

del acreedor en la irrevocabilidad de la elección unilateral de su deudor genérico exista y presente gran nitidez, como si se trataba de entregarle una finca y, tras ser elegida alguna, resulta bruscamente revalorizada por haberse hallado petróleo o por una imprevista modificación del plan urbanístico.

Nótese, además, que la obligación alternativa suele tener a veces una significación económica de mayor garantía o seguridad de cobro para el acreedor: este aspecto o función aparece más claro en dicha obligación que para la genérica, a pesar de lo cual el legislador ha establecido para ella la irrevocabilidad de la elección unilateral. Luego también por esta razón parece plausible la aplicación analógica del artículo 1.133 a las obligaciones genéricas (86).

Hernández Gil (87), en fin, ha desechado la aplicación analógica del artículo 1.133 al tema de la determinación del momento preciso de la especificación de la obligación genérica, alegando que dicha aplicación analógica parecería como único argumento a favor de una especificación unilateral de dicha obligación y que parecería excesivo forzar hasta ese punto la analogía entre obligaciones genéricas y alternativas. Pero los datos históricos recordados poco más arriba, así como los otros argumentos invocados en este trabajo, pienso que pueden, al menos, persuadir de que la aplicación analógica en nuestro tema del artículo 1.133 no es el único argumento que cabe invocar en favor de una especificación de la obligación que sea unilateral y previa al cumplimiento (88).

(86) Dice ENNECCERUS que «si según la intención de las partes la forma alternativa hubiera de otorgar al acreedor una seguridad, cosa que ocurre con frecuencia en particular con las obligaciones alternativas a condición o a plazo, no cabe privar unilateralmente de esta seguridad al acreedor mediante anticipar la declaración de elección. El que en este sentido promete entregarme, después de un año, un determinado caballo o 1.000 marcos, no puede cargar sobre mí y contra mi voluntad el riesgo de que el caballo muera antes, declarando que, después de transcurrir el plazo, me entregará el caballo». *Vid. Derecho de obligaciones*, volumen 1.º, traducido de la 35 edición alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, 1933, pág. 105. El razonamiento me parece trasladable, en sus propios términos, a la especificación de obligaciones genéricas.

(87) *Vid. Derecho de obligaciones*, 1983, núm. 44, pág. 136. Acepta también este argumento SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, página 658.

(88) Puede ayudar la reflexión sobre el siguiente ejemplo: un amigo se ha comprometido a entregarme o bien su perro León, con el que está encariñado, o bien uno de los muchos caballos que tiene en sus cuadras. Si yo he sido notificado de que la elección de mi amigo ha recaído en el caballo Poderoso, que después muere fortuitamente, no resulta del todo razonable (sobre todo a la vista de los argumentos invocados a lo largo de este trabajo) que se considere concentrada la obligación alternativa pero no la genérica, de modo que la muerte accidental del caballo Poderoso pueda excluir la obligación de entregar el perro y no excluya la de entregar cualquier otro caballo. Si el elegido y accidentalmente muerto hubiera sido el perro León, hubiera quedado excluida, por efecto del artículo 1.133, la elección de cualquiera de los caballos.

V) ESPECIFICACION Y NOVACION

Para las obligaciones alternativas en el Derecho romano ha defendido el profesor D'Ors, precisamente criticando la existencia del llamado *ius variandi*, que la posibilidad, excepcional en aquel Derecho, de que se diera en algún caso una elección irrevocable y previa al cumplimiento tenía que basarse necesariamente en la autonomía privada, que consentía que las partes pudieran dejar al arbitrio de una de ellas la modificación del negocio jurídico (89). Y también en la doctrina civilista moderna se discute si la elección unilateral relativa a una obligación alternativa es o no novación de la relación obligatoria (90).

En relación con la especificación de las obligaciones genéricas, ha utilizado el argumento de que la realizada unilateralmente y previa al cumplimiento constituiría una novación el profesor Hernández Gil (91). Para él: «esta conversión de la naturaleza de la obligación supone una novación que queda exactamente comprendida en los términos del artículo 1.203, cuando establece que las obligaciones pueden modificarse «variando su objeto»; y se introduce una modificación en el objeto si la prestación genérica se transforma, mediante la elección, en específica. A falta de una directa atribución por la ley de la elección como facultad o potestad, ha de quedar sometida al régimen de la novación que, singularmente en la esfera de la llamada novación objetiva, aparte de requerir el concurso de las mismas voluntades que impulsaron el nacimiento de la obligación, exige, o una muy cualificada declaración de voluntades desde el punto de vista de su expresión («es preciso que así se declare terminantemente»), o una absoluta incompatibilidad entre ambas obligaciones (todo ello según el artículo 1.204), con lo que para apreciar la novación se cierra el paso a la prueba de presunciones y hasta se modifican las reglas generales de interpretación de los artículos 1.281 y siguientes».

Y en otro lugar, invoca el autor el artículo 1.256 y explica que, en general, no es atribuible ilimitadamente a una de las partes la determinación de la prestación: «en el terreno de lo estrictamente conceptual podría decirse que no es lo mismo determinación que cumplimiento. Mas como el cumplimiento depende en estos casos de la determinación, atribuir tal facultad significaría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento mismo o los términos de éste. Otra cosa es que se convengan unas bases —que pueden estar representadas por el arbitrio de equidad o por cualquier otra fórmula— y se confiera a una

(89) La opinión de D'ORS ha sido criticada por RAMS ALBESA y DE LA CUESTA, pero temo que olvidando que dicha opinión iba referida al Derecho romano. *Vid.*, respectivamente, *En torno a la llamada obligación alternativa*, RDP, 1944, págs. 16 a 18 y nota 58; *Las obligaciones alternativas*, 1982, págs. 257-8 y 284, y *Las obligaciones alternativas*, RDP, 1984, pág. 15, nota 41.

(90) Véase al respecto RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, 256 a 260, 282, 284 a 287 y 292; DE LA CUESTA, *Las obligaciones alternativas*, RDP, 1984, págs. 15 y 18-19.

(91) *Vid. Derecho de obligaciones*, CEURA, 1983, págs. 137-138 y 110.

de las partes la facultad de llevar a cabo la determinación conforme a ellas».

Y sin llegar a tan concreta y terminada argumentación, otros autores fundan su rechazo a la posibilidad de una especificación unilateral de la obligación genérica en que consideran excesivo el consentir al deudor el liberarse por sí mismo, mediante una tal especificación, del riesgo de pérdida de la cosa (92).

Para valorar la explicación transcrita de Hernández Gil, hay que advertir, ante todo, que el autor presupone una noción muy amplia de la novación objetiva modificativa (93), siendo que la mera existencia de la novación modificativa en nuestro Derecho, aunque admitida por la opinión común y por la jurisprudencia, ha sido muy autoritariamente criticada por Sancho Rebullida (94) y por Cristóbal Montes (95).

Por lo demás, aun si se piensa que la elección o especificación de una obligación genérica supone una modificación objetiva de la relación obligatoria (96), hay que admitir que tal modificación pueda hacerse o por negocio jurídico o con base en una disposición legal (97)..., pero incluso si aplicable esta última por analogía (arts. 1.133, 877, 1.452, etc.).

Con todo, en mi opinión, el tema de la especificación debe situarse más acá que la teoría de la novación, o incluso que la de la modificación

(92) Véanse, por ejemplo, entre los más claros, PUIG BRUTAU y Díez PICAZO y GULLÓN, en los lugares indicados en la nota 1.

(93) En un artículo publicado en 1961 el autor había defendido un ámbito amplio para la novación objetiva modificativa, considerando que puede haberla incluso modificándose condiciones principales de la obligación, siempre que no haya novación extintiva según la delimitan, en su opinión, restrictiva y acumulativamente, los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil. Criticaba también el autor el carácter restrictivo con que había perfilado esta figura de la novación objetiva modificativa el Tribunal Supremo, que, por otra parte, no parece haber incluido nunca entre los supuestos de novación modificativa la especificación de obligaciones genéricas. *Vid. El ámbito de la novación objetiva modificativa*, RDP, 1961, págs. 803 a 807.

(94) En su monografía *La novación de las obligaciones*, Ed. Nauta, Barcelona, 1964, 484 págs., y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de EDERSA, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XVI, 1980. Véase en las páginas 534 a 548 de este último trabajo, doctrina muy detallada sobre la novación modificativa, y en las páginas 557 a 575 el pensamiento esencial del autor sobre los artículos 1.203 y 1.204.

(95) Según el autor no cabe referir el artículo 1.203 a toda modificación de las obligaciones, salvo que se esté dispuesto a aceptar la noción de «novación modificativa», concepto sin sólida raíz histórica, ni dogmática, e innecesario en un sistema regido por el principio de la autonomía de la voluntad. El artículo 1.203, según el autor, determina en qué puede consistir el *aliquid novi*, el cambio que se haya de producir en los elementos de la relación a extinguir, y que en el Derecho español debe tener una mínima o determinada transcendencia o significación, para que, junto con el *animus novandi*, se dé novación extintiva, la única verdadera novación. *Vid. La llamada novación modificativa en el Derecho civil español*, RCDI, 1973, 2, T. XLIX, págs. 1.204 a 1.217, y especialmente 1.215.

(96) En tal sentido, el profesor Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tecnos, 1972, núm. 950, pág. 780.

(97) Lo afirma también el profesor Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, núm. 951, pág. 781.

de las obligaciones, porque para que haya modificación de una relación obligatoria es necesario que se altere el esquema de los derechos y deberes de las partes o que se modifiquen las reglas de conducta a las que éstas deben atenerse, y tales cosas no suceden con la elección y notificación de la misma si, precisamente, se presupone que, según nuestro Código, existe la normal posibilidad, para las obligaciones genéricas, de una especificación unilateral y previa al cumplimiento.

La elección de la concreta prestación con que el deudor quiere cumplir y su correspondiente notificación parece que son meramente actos de ejecución de su obligación por parte del deudor, y que constituyen, como ha señalado algún autor (98), un deber o acto debido para el facultado para elegir. O, si se quiere, cabría decir también que la relevancia especificatoria de la elección unilateral notificada es una norma dispositiva más bien que uno de los «pactos, cláusulas y condiciones» que según el artículo 1.255 pueden en principio pactar libremente los contratantes.

Dicen Díez Picazo y Gullón (99) que «la concentración no sólo es facultad sino deber del deudor, pues si ha de hacer lo necesario para cumplir, evidentemente que ha de proceder a la concentración a fin de realizar la obligación de entregar de la cosa. Ningún precepto del Código civil impone para la concentración la intervención del acreedor. Rechazará o aceptará la cosa que reciba si no se ajusta a lo pactado, con lo que implícitamente rechaza o acepta la concentración hecha por el deudor, pero *a posteriori* de ella».

Razonamiento éste exacto, y que se refuerza, en mi opinión, cuando se considera que la determinabilidad del objeto de una obligación exige la no necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (artículo 1.273); que el deudor genérico «puede» entregar una cosa de calidad no inferior (art. 1.167); y que cabe «compeler» al acreedor incluso al pago de persona distinta del deudor (arts. 1.161 y 1.158). La facultad de elegir es facultad de elegir la concreta cosa a entregar y no la calidad que deba tener.

El problema, en fin, puede llegar a relacionarse, como se ve, con el más general de la determinación de la naturaleza del pago en las obligaciones de dar, apuntando los argumentos aquí ofrecidos contra la teoría que atribuye a dicho pago el carácter de negocio jurídico bilateral.

(98) Vid. DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1983, pág. 208; y SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, pág. 657. La especificación no me parece, por tanto, negocio jurídico. Vid. esta polémica sobre su naturaleza en ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, págs. 319-320 y nota 339; y SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, págs. 656-657. En otro sentido, MARTÍN PÉREZ ha criticado la idea corriente de que en la obligación genérica exista una prestación determinable aunque no determinada: sostiene que para que el concepto de determinación tenga alguna utilidad debe diferenciarse, entre otros, del de especificación de una obligación genérica. Vid. *Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria*, RGLJ, 1958, págs. 22 y ss.

(99) Vid. *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1983, pág. 208.

Y en cuanto a la prohibición de que se deje «al arbitrio de uno de los contratantes» el «cumplimiento» de los contratos (art. 1.256), hay que decir que parece debe entenderse referida al cumplimiento en sentido propio y sustancial, pero sin que suponga infracción de dicho artículo 1.256 la no cooperación o control por el acreedor sobre la elección o separación realizada por el deudor entre los individuos componentes del género. Y adviértase, en particular, cómo la doctrina admite unánimemente que sea posible la especificación unilateral y previa al cumplimiento de una obligación genérica cuando así se haya pactado por las partes, siendo que nunca podrían pactar éstas que quedase el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256).

VI) CONCLUSION Y VALORACION DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Según creo haber puesto de manifiesto en todo lo precedente, no parece existir en nuestro Código civil una base seria como para rechazar la idea de que las obligaciones genéricas queden normalmente especificadas por una mera separación unilateral notificada. La opinión contraria de la mayoría de nuestros autores parece responder, sin embargo, a la idea o impresión —ya señalada poco más arriba— de que parecería excesivo el entender que el deudor pudiera por sí solo, y mediante dicha especificación unilateral, librarse anticipadamente del riesgo de pérdida fortuita de la cosa. Según la concreta formulación de la idea por Lacruz (100), con ello «se haría recaer el riesgo en el acreedor antes de lo convenido».

Sin embargo, obsérvese que, como advertía en la delimitación del objeto de este estudio realizada en su primer epígrafe, en realidad la cuestión se plantea sólo, tratándose de normas dispositivas, para el caso en que, precisamente, nada se haya convenido entre las partes sobre la forma de especificación y sobre los posibles riesgos. Y además, faltando todo pacto en ese sentido —lo que será siempre normal, sin duda—, ni siquiera cabe presumir que, de haber considerado las partes ese problema, hubieran excluido la posibilidad de una especificación por separación unilateral notificada (101). Tal presunción aparecería muy poco justificada a la vista de la normalidad social de las especificaciones unilaterales en los pagos de deudas genéricas.

(100) *Vid. Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1977, pág. 49.

(101) Como indiqué en el primer epígrafe de este trabajo, me parece que, si las partes pactan expresamente la posibilidad de una separación unilateral, tal pacto resulta por innecesario irrelevante. Es significativa en cuanto a esto la opinión de ALBALADEJO de que incluso con un tal pacto no habría de considerarse excluida, en principio, la necesidad de notificación de la elección. En fin, me parece seguro que de dicha necesaria notificación se puede prescindir por pacto de las partes, por ser dispositiva la norma que fija el momento de especificación de las obligaciones genéricas. *Vid.*, del autor citado, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1983, pág. 47.

Otras veces justifican los autores (102) la idea de la llamada separación bilateral en el riesgo que supondría para el acreedor la teoría contraria, que se dice le dejaría inerte ante posibles fraudes y a merced de la buena fe del deudor: pero ese parece un endeble fundamento para la teoría de la llamada separación bilateral, si se tiene en cuenta que la separación unilateral que aquí se propugna es sólo la notificada y que, además, el Código presume la culpa del deudor en caso de pérdida de la cosa que se encontraba en su poder (art. 1.183).

Y en general, contra las otras formulaciones de la idea de fondo de la doctrina que critico, cabe alegar que, admitida la normal relevancia de la especificación unilateral, dicha relevancia, como advertí ya más arriba, no es sólo la de librar al deudor de los eventuales riesgos por pérdida fortuita de la cosa, sino también la de dejarle a él mismo vinculado frente al acreedor (art. 1.166), lo que puede perjudicarlo en casos de incrementos fortuitos de la concreta cosa elegida.

Además, no se privilegia especialmente al deudor de una cosa genérica permitiéndole librarse unilateralmente de los eventuales riesgos por pérdida fortuita de la cosa, sino que más bien se le permite el acceso a la normalidad de la situación del deudor en nuestro Derecho: la situación de poder exonerarse de responsabilidad desplegando la diligencia que le es exigible. Piénsese, en este sentido, que desde la especificación unilateral habría de empezar la obligación de conservar la cosa por el deudor (103); que en caso de pérdida de dicha cosa se presume su culpa (art. 1.183); y que ni siquiera existe en nuestro Código una formulación expresa del principio *genus nunquam perit* (104). Es como si el Ordenamiento buscara el máximo de determinación y concreción en las relaciones jurídicas y las favoreciera, de modo remotamente similar al reconocimiento a cualquier condueño de la posibilidad de pedir la división de la cosa común.

Acaso cabe añadir, aunque el argumento pueda parecer una sutileza, que el acreedor notificado de la elección unilateral de su deudor actuaría conforme a la buena fe contestando a dicha notificación con un inicial acuerdo condicionado a la ulterior comprobación de que la cosa elegida se ajusta a lo pactado y a las condiciones de pago fijadas en la ley (art. 1.167), y que, sin embargo, actuaría contra la buena fe retardando esa inicial aceptación con el propósito deliberado de —supuesta la teoría de la «separación bilateral»— mantener los riesgos en cabeza del deudor. Y esa hipotética inicial aceptación del acreedor debería ser suficiente para especificar la obligación genérica probando *a posteriori* que la cosa elegida y periclitada en efecto era de la calidad pactada o, en su defecto, de calidad media.

Luego, siendo esto así, incluso es coherente con el principio de la

(102) *Vid.*, por ejemplo, DÍAZ PAIRÓ, *Teoría general de las obligaciones*, vil. II, 1954, pág. 64; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, pág. 320, nota 341; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, T. III, 1972, pág. 114.

(103) *Vid.*, en tal sentido, PUIG PEÑA, *Compendio...*, T. III, 1972, pág. 116.

(104) A diferencia de en el BGB, en que sí existe: *vid.* § 279.

buena fe la teoría de la especificación unilateral que directamente fija el resultado al que apuntan dichas consideraciones sobre la base del citado principio (105).

En fin, en la opinión mayoritaria que critico acaso puede reconocerse también un lejano eco de la opinión que, mayoritariamente también, niega el carácter de fuente de las obligaciones a la declaración unilateral de voluntad (106). En la medida en que esto sea así, también debe rechazarse tajantemente el argumento por el señalado carácter de la especificación de acto de ejecución de una obligación previa ya nacida.

Pasando ahora a la determinación concreta de los argumentos positivos (y principales) en que se pretende fundar la tesis general sostenida en este trabajo, nos encontramos con la duda —que es duda general de interpretación del artículo 4 del Código— de si deben invocarse acumuladamente las aplicaciones analógicas de los artículos 877, 1.452, párrafo 3.º, y 1.133, o si, por el contrario, una analogía excluye las otras o se excluyen unas a otras según el grado de proximidad al supuesto específico «no contemplado».

Si se partiera de esto último, parece que podría llegar a considerarse irrelevante en el caso el artículo 1.133 y aplicables por analogía el artículo 1.452, párrafo 3.º, a las obligaciones bilaterales y a las unilaterales restitutorias (causa onerosa) y el artículo 877 al resto de las obligaciones unilaterales (donación de cosa genérica, en particular, que plantea dudas parecidas a las del legado genérico sobre si su carácter es obligacional o real). Con el presupuesto arriba señalado, ésta me parecería explicación mejor del problema que la posible exclusión de todos los demás preceptos por la aplicación analógica preferente del artículo 1.133 o del artículo 877 (107).

Pero acaso es mejor relacionar la «no contemplación» del supuesto específico de que habla el artículo 4 del Código con normas jurídicas directamente aplicables, y pensar, entonces, que la normal posibilidad para las obligaciones genéricas de una especificación unilateral y previa al cumplimiento se basa en nuestro Derecho en la acumulación de las aplicaciones analógicas de los artículos 877, 1.133 y 1.452, párrafo 3.º.

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, no parece que haya negado nunca directamente el criterio aquí defendido e

(105) Afirmaba GARRIGUES que lo corriente es que la especificación en las ventas genéricas se realice unilateralmente por el vendedor, sea por la buena fe que rige la contratación mercantil, sea por la dificultad de colaboración cuando la venta es de plaza a plaza. *Vid. Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. 1.º, 1964, núm. 1.104, pág. 247.

(106) Aunque en el ámbito de las obligaciones alternativas, ha señalado la conexión entre ambos temas HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, 1983, pág. 152.

(107) Aunque obsérvese que, entonces, dando preferencia a los preceptos directamente referidos a las obligaciones genéricas, incluso pasaría a ser defendible una teoría de pura separación unilateral y resultaría cuestionable la necesidad de notificación, que sólo en los artículos 1.133 y 1.136 viene recogida. Solución esa que me parece menos conveniente que la de la especificación por separación unilateral notificada.

incluso cabe decir que se ha aproximado a veces al mismo y que algunas de sus principales decisiones resultan coherentes con lo que de una aplicación de dicho criterio se hubiera derivado.

En la sentencia de 23 de noviembre de 1904 sobre irrevocabilidad de la elección en un legado que el Tribunal Supremo equipara a los genéricos a efectos de la especificación, considera realizada ésta por la elección unilateral del heredero debidamente hecha saber al interesado. El recurrente invocaba la aplicación analógica de los artículos 1.133 y 1.136 a este legado y consideraba que, realizada la elección por el heredero en un testamento faltó la notificación de una verdadera elección firme y eficaz, puesto que ésta tenía que entenderse revocable. El Tribunal Supremo no rechaza la aplicabilidad en el tema de los artículos 1.133 y 1.136, pero declara no haber lugar al recurso, entre otras razones, por resultar un hecho probado, reconocido por el propio recurrente, que la elección se hizo saber debidamente al interesado (108).

En la sentencia de 13 de noviembre de 1924 el Tribunal Supremo considera no especificada la obligación de entregar un cargamento de garbanzos que había sido ya enviado a su destinatario, y asimismo que, por ser su objeto cosa genérica, no es aplicable a la obligación de entregar los garbanzos el artículo 1.166 del Código civil (109). En la sen-

(108) Don José de León y Molina, Marqués de Villafuerte, eligió en testamento los cortijos llamados Adalid y Alférez o Afán en Baena, para cumplir el legado que su difunta esposa, doña María del Carmen Bermuy y Ossorio del Moscoso, Marquesa de Valparaíso, dejó a don Iván de Bustos, de lo que don José, su esposo, quisiera darle en nombre de ella. Don José en un segundo testamento posterior pretendió cambiar los cortijos por dos molinos que su mujer poseía en Albudeite, y que valían aproximadamente la séptima parte del valor de los cortijos.

Como se ve la dificultad estaba en que el legado, si es que lo había, no era estrictamente genérico. DÍAZ CRUZ sostiene que era legado específico del esposo (no elección) y que la solución debió ser la contraria de la adoptada (normal revocación de dicho legado en el segundo testamento). Y DÍEZ PICAZO parece apuntar la misma solución puesto que considera que la orden de la testadora a su marido no parece que pudiera llegar a considerarse ni siquiera un negocio *per relationem*. En mi opinión, y reconociendo que se trataba de un supuesto de difícil decisión, la equiparación del «legado» origen de la disputa a los legados genéricos era defendible y acaso condujo a una solución razonable y respetuosa a la vez de la voluntad de la causante y del espíritu de los artículos 877 y 1.133. Véase la nota 29 de este trabajo y para la opinión mencionada de DÍAZ CRUZ, *Los legados*, 1951, págs. 113 y 120-121. *Vid.* la sentencia en *Jurisprudencia civil*, editada por «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. 99, 1904, núm. 64, págs. 412 a 425. *Vid.* también DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tecnos, vol. 3.º, 1976, núm. 556, págs. 461-464.

(109) Se trataba de un contrato de transporte mercantil de 35 sacos de garbanzos que no llegaron en el plazo pactado y reglamentario, siendo dejados de cuenta por el demandante *ex art.* 371 del Cód. Com. a la Compañía de los Ferrocarriles de Madrid a Zaragoza y Alicante, a la que el demandante reclamaba el valor en plaza de la mercancía. No se discutía la procedencia de dicha indemnización, sino sólo su cuantía, ni estaba en juego en el supuesto una posible aplicación o no de la regla *genus nunquam perit*. El Juzgado estimó la demanda y aceptó la cuantía de la indemnización solicitada; la Audiencia Territorial rebajó dicha cuantía; y el Tribunal Supremo casó la sentencia de la última sólo en cuanto absolvió al demandado de los intereses de la mora. Véase la nota

tencia de 7 de junio de 1946, en cambio, que contemplaba un caso de compraventa (genérica) de vino con transporte por ferrocarril durante el que se perdió parte de la mercancía, el Tribunal Supremo consideró imputable el riesgo al comprador *ex art.* 333 Cod. com., al no probarse el dolo o la negligencia del vendedor, y por tanto, implícitamente, consideró especificada la obligación por la entrega al transportista (110).

En la sentencia de 13 de junio de 1944, citada con frecuencia como recogiendo la teoría de la «separación bilateral» en cuanto a la especificación de obligaciones genéricas, el Tribunal Supremo, en realidad, declara con razón que no se especificó la obligación de entregar cierta cantidad de aceite, pero en un supuesto en el que, como el propio Tribunal hace notar (considerando 3.º), no hubo ni separación bilateral, ni apartamiento del aceite del de la masa mayor en que el deudor demandado pretendía tener el destinado a la entrega, ni ofrecimiento de pago, ni comunicación al acreedor (111).

En la sentencia del 15 de abril de 1947, ante el argumento del recurrente de que a la persona que le había vendido 90 botas de vino, reteniéndolas de acuerdo con él en su bodega, le era imputable el riesgo del deterioro producido en el vino tiempo después, con base en el artículo 1.452, párrafo 3.º, afirma el Tribunal Supremo que ni el pleito se había planteado sobre la base de imputar el riesgo a la vendedora, ni dicho artículo era aplicable a la venta, por tratarse de venta específica y no genérica. El comprador quedaba, así, obligado a retirar el vino deteriorado de la bodega de la vendedora, sin conseguir la resolución del contrato que pretendía. Vistas las circunstancias de este supuesto, parece justa la decisión del Tribunal Supremo, así como correcta su argumentación, pero nótese que, incluso habiendo considerado genérica esta venta mercantil (lo que, como digo, no parecía correcto), hubiera podido llegarse a idéntica solución considerando que la separación de los objetos dispuestos para el pago y el conocimiento de la misma por

10 de este trabajo y *Jurisprudencia civil* por la RGLJ, t. 164, 1924, núm. 81, págs. 396 a 400.

(110) Véase en *Jurisprudencia civil*, por la RGLJ, 1946, t. XV de la 2.ª serie, núm. 12, págs. 91 a 107.

(111) El deudor demandado, señor Carbonell, pretendía haber quedado exonerado únicamente por el hecho de que durante la guerra civil había perdido todo el aceite de sus almacenes, que había sido incautado por el poder republicano revolucionario. La deuda provenía de una compraventa y el demandado había alegado, entre otros, los arts. 1.133 y 1.136 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia de Jaén, en sentencia de 13 de noviembre de 1940, absolvió a los demandados, Carbonell y Cía., S. A., de la demanda interpuesta por S. A. Pallarés Hermanos. La sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 8 de noviembre de 1941 confirmó la sentencia de primera instancia, considerando también extinguida la obligación del demandado. El Tribunal Supremo casó la sentencia de segunda instancia, dando la razón al recurrente, pero realizando en su segunda sentencia una modificación judicial del contrato, por la que redujo la cantidad de aceite a entregar teniendo en cuenta la devaluación de la «moneda roja» en que Carbonell había cobrado y el enorme incremento en el intervalo del precio del aceite. *Vid. Jurisprudencia civil*, por la RGLJ, 1944, tomo 7 de la segunda serie, núm. 18, págs. 143 a 159.

el comprador hubieran permitido considerar especificada la obligación genérica de entrega del vino comprado (112).

La sentencia de 2 de diciembre de 1953, en un caso de obligación genérica relativa a cierta cantidad de azúcar y consecuencia de una serie de compraventas mercantiles, consideró que el riesgo de pérdida era del comprador conforme al artículo 1.452 *in fine* por haber incurrido éste en mora, al no retirar en el plazo pactado la cantidad de azúcar debida y que el deudor había dejado durante el mismo a su disposición en unos determinados almacenes. En este caso, puesto que había separación del azúcar destinado al pago y notificación de dicha separación al comprador, también se hubiera podido imputar el riesgo a éste considerando especificada la obligación genérica, pero el Tribunal Supremo eludió expresamente pronunciarse sobre este problema —plantado por el motivo tercero del recurso—, porque con la argumentación más arriba aludida tuvo suficiente para casar la sentencia de la segunda instancia, que había considerado la obligación de la azucarera genérica y no especificada cuando se produjo la pérdida de la cosa (113).

(112) Probablemente la venta (mercantil) era específica, como declaró el Tribunal Supremo, puesto que había una separación del vino vendido desde el principio y se fijó el precio, al parecer, globalmente (aunque se dijo que a 1.500 pesetas cada bota, de 33 arrobas cada una). Por lo demás la vendedora, doña María Márquez Amores, y el comprador, don Paulino Echeverría Teijelo, pertenecían a familias amigas y habían acordado dejar el vino vendido en la bodega de la primera a disposición del segundo. Sólo cuando el comprador se dispuso a revender el vino a terceros comprobó que tenía peor calidad y lo reclamó de la pactada y, posteriormente, la resolución. El comprador alegaba que no se había llegado a realizar la entrega y la vendedora sostenía que sí se realizó.

El Juzgado de Primera Instancia (Sevilla) dio la razón al comprador y ordenó se le restituyera el precio y se le indemnizase. La sentencia de la Audiencia Territorial revocó la del Juzgado y absolvió a la vendedora. Y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. *Vid. Jurisprudencia civil*, por la RGLJ, t. 18 de la segunda serie, 1947, núm. 49, págs. 621 a 642.

(113) Azucarera de Nuestra Señora del Carmen, S. A. debía cierta cantidad de azúcar a don Juan Ballesta Parra, y la había puesto a disposición de éste en sus almacenes durante un plazo (de casi un mes) expresamente pactado y que llegó a transcurrir sin ser retirado el azúcar. El señor Ballesta retiraba generalmente el azúcar mediante vales expedidos a sus clientes o compradores y, en el caso, había aceptado al parecer, con su comportamiento posterior, la notificación de la puesta a disposición del azúcar realizada por la Azucarera mediante dos cartas facturas. En tal situación, estalla la guerra civil y el poder republicano revolucionario se incauta de todo el azúcar de la sociedad deudora.

Después de la guerra, don Juan Ballesta realiza nuevas operaciones con la Azucarera y no parece considerarse acreedor de la misma, pero bastantes años después sus herederos reclaman a aquélla la entrega de las cantidades de azúcar debidas.

El Juzgado de Primera Instancia de Guadix absolvió en su sentencia a la Azucarera obligándola sólo a entregar la cantidad de 25.452 pesetas percibidas como indemnización por un seguro existente sobre el azúcar. La Audiencia Territorial de Granada revocó en su sentencia la de instancia y condenó a la Azucarera a pagar la cantidad de azúcar debida, al precio medio de 1936. El Tribunal Supremo casó y anuló esta sentencia de la Audiencia Territorial. El Alto Tribunal invocó el art. 63 del Código de comercio para justificar el inicio de la mora del comprador, y consideró que la aplicabilidad al supuesto del art. 1.452 *in fine* del Código civil excluía la aplicación del art. 334-1.º del Código de comercio. *Vid. Jurisprudencia civil*, Ministerio de Justicia, 1953, t. 32, núm. 418, págs. 592 a 616.

La sentencia de 23 de noviembre de 1962 se refiere a un caso de deuda de una cantidad de aceite a consecuencia de unas relaciones de depósito entre comerciantes, que figuraba reconocida en un documento privado, considerado por el Tribunal Supremo como reconocimiento abstracto de una deuda genérica. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, coincidiendo con las dos sentencias de instancia en que no se había extinguido la obligación por el hecho de haber sido incautada la fábrica del deudor por los republicanos durante la guerra civil. Alega el Tribunal Supremo que en «la deuda o prestación de cosas genéricas, como el género a que pertenecen no parece, el deudor responde frente al acreedor de la pérdida, por lo menos, hasta que se delimiten e individualicen en número y calidad...». En el caso, en efecto, parece que no había habido ni siquiera separación unilateral del azúcar destinado a cumplir, y que era muy forzada la tesis del recurrente de ser su obligación de género limitado (114).

La sentencia de 30 de diciembre de 1967 contempló un supuesto de compraventa (civil: art. 326-2.º Cód. com.) de una cosecha de naranjas a recoger por el comprador y que perecieron por una helada antes de que éste culminase su recogida. El comprador, dando por sentado que el riesgo en la compraventa es del vendedor, reclamó la parte de precio ya pagado correspondiente a la parte de naranjas deterioradas y no recogidas. El vendedor oponía que en la modalidad de contrato celebrado el riesgo se cargaba al comprador y que a la misma conclusión conducía la aplicación del artículo 1.452, párrafo 2.º (*periculum est emptori*), que era el aplicable, y no el párrafo 3.º del mismo artículo. La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo dieron, en cambio, la razón al comprador demandante, y se inclinaron por la aplicación del párrafo 3.º del artículo 1.452, pero incluso considerando, al parecer, específica la venta: o sea, derivaron de este último precepto, no la obligación del vendedor de completar con otras naranjas las que restaban para alcanzar la cantidad prevista, sino (no se habían podido llegar a pesar como fruto santo todas las naranjas) la no obligación de pagar el comprador el precio (su restitución, en el caso) de las naranjas no percibidas (115). Había alegado también el vendedor una

(114) La reclamación la planteó una hermana, heredera del acreedor, don Juan Fernández Madrid, que había sido asesinado por los republicanos durante la guerra civil; pero la reclamación al deudor, el señor Lara Navarrete, se planteó mucho después, en 1957, y el demandado parece que planteó defectuosamente su pleito, no alegando la prescripción y sin conseguir que se declarara probada una transacción realizada al parecer sobre dicha deuda.

Díez Pícazo, en otro sentido, ha criticado el innecesario reconocimiento del negocio abstracto, que pareció realizar esta sentencia del Tribunal Supremo. *Vid. Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, 1973, 2.ª ed., núm. 152, págs. 371-372. En cuanto a la sentencia, *Vid. Jurisprudencia civil*, Ministerio de Justicia, 1962, t. 113, núm. 848, págs. 622 a 630.

(115) Lo que por las razones aducidas al explicar el art. 1.452, me parece equivocado: el supuesto parece que era de venta específica y de aplicación de la regla *periculum est emptori* recogida en el párrafo 2.º del art. 1.452, tal como había hecho el Juzgado de Primera Instancia en este supuesto, y el propio Tribunal Supremo (y las dos instancias previas) en un supuesto parecido (pérdida

mora *credendi* del comprador en la recogida de las naranjas, que la Audiencia no reconoció.

Como final de este trabajo, cabe hacer algunas puntualizaciones sobre este criterio que considera el momento de la notificación de una elección unilateral como el decisivo para la especificación de la obligación genérica; criterio que, al parecer, fue propuesto inicialmente por Ihering para la concentración en las obligaciones alternativas, y posteriormente por Thöl ya para la especificación de las obligaciones genéricas (116).

En primer lugar, y puesto que los artículos 1.133 y 1.136, párrafo 1.º, no aclaran el momento exacto en que se entiende producida la eficacia de la notificación, cabe plantearse esta cuestión, para la que parece resulta invocable, por analogía, al criterio del Código en cuanto a la aceptación de una oferta en el caso de contratación entre ausentes (art. 1.262). Según este precepto, el momento en que se produciría la vinculación sería aquél en que el destinatario de la notificación llegó a conocerla, o momento del conocimiento (117).

La solución parece también aquí aplicable, en principio, pero incluso admitida, cabe cuestionar su generalidad (118), y el problema puede resultar muy delicado por su conexión con las dudas más arriba apuntadas sobre el funcionamiento de la analogía en nuestro tema.

Otra cuestión que cabe plantear es la de si podría bastar o no, una vez realizada la elección o separación unilateral, con que el acreedor se diera por enterado de ella, o la conociera (119). Me inclino más bien por la solución afirmativa, debiéndose advertir de nuevo que, para ésta o para la solución negativa, cabe cuestionar también su generalidad, en parecidos términos que para la cuestión anteriormente examinada.

Cabe plantear también si, aparte de la notificación al acreedor, es o no necesaria la separación (física o por marcas) de los concretos objetos con que se pretende cumplir: si podría bastar o no con tener suficiente cantidad en un recipiente o continente con mayor capacidad,

de la cosecha de naranjas vendidas a causa del pedrisco) que se había planteado poco antes: en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1965. *Vid. Jurisprudencia civil*, Ministerio de Justicia, 1965, núm. 620, págs. 111 a 118; y para la sentencia comentada en el texto, 1967, núm. 823, págs. 746 a 755.

(116) Véanse ambos datos en la amplia explicación de WINDSCHEID en el lugar que he citado en la nota 77.

(117) La doctrina reconoce que esto es lo que parece derivarse del art. 1.262, aunque suele manifestar preferencia por otros criterios, como el de la recepción. *Vid.*, por ejemplo, la amplia explicación de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 1954, págs. 221 a 240.

(118) Recuérdese otra vez que los arts. 877 y 1.452, párrafo 3.º, para nada hablan de notificación. Recuérdese también lo explicado en la nota 29 y texto correspondiente.

(119) HERNÁNDEZ GIL se inclina por la afirmativa, planteando la cuestión para las obligaciones alternativas. *Vid. Derecho de obligaciones*, 1983, pág. 148. La notificación, por lo demás, no requiere forma alguna y sin razón ha exigido la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1956 que debe realizarse «fehacientemente». *Vid. la crítica a dicha sentencia de ALBALADEJO, Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1983, pág. 39.

una vez notificado que allí se contenían los objetos con que se iba a cumplir la obligación.

El que el Código hable de «elección» (art. 877, art. 1.133) o de «contar, pesar o medir» (art. 1.452, párrafo 3.º) sugiere más bien que no debe poderse prescindir de la separación previa de los objetos destinados a cumplir. Pero la *ratio* de la solución aquí adoptada y acaso la equidad (el deudor, por hipótesis, pierde fortuitamente incluso mucha mayor cantidad de la debida) parece que apuntan a lo contrario, y a que la notificación al acreedor de que se cumplirá con lo contenido en un continente de capacidad superior pueda convertir la obligación genérica en genérica limitada, de modo que deba considerarse ésta extinguida por el perecimiento fortuito de toda la mayor cantidad de género del continente. Aceptada esta solución, por supuesto, se entendería que la obligación persistiría, en su caso, sobre cualquier parte del género incluido en el almacén o continente que subsistiese tras el accidente o destrucción (120). Esta explicación, con todo, me parece rechazable por representar una aplicación ya demasiado forzada de la analogía *ex* artículos 877, 1.133 y 1.452, párrafo 3.º, y porque no entraría con ella en juego el artículo 1.183 y quedaría en general desprotegido sin justificación suficiente el interés del acreedor.

En fin, la aceptación de la teoría de la especificación unilateral, obliga a plantear también el caso en que el deudor, tras elegir o separar los objetos que pretende entregar y notificar el hecho al acreedor, vuelva luego (culpablemente) a mezclar los objetos entre los demás del género o a borrar las marcas que los hacían identificables: acaso sea defendible, entonces, que el acreedor pueda optar entre un cumplimiento por equivalente en dinero o un cumplimiento por equivalente en cosas distintas del mismo género (121).

Zaragoza, marzo de 1984

(120) Aceptada esta solución, parece que no tendría aquí tanto sentido como en ocasiones anteriores el cuestionar su generalidad.

(121) Esta solución, por ejemplo, me parecería mejor que no exigir como requisito de la especificación, que condiciona su validez, la seguridad y fijeza o perpetuidad de la individualización. SÁNCHEZ CALERO, siguiendo a RUBINO, exige, en efecto, para que haya especificación, «que no exista la posibilidad de que el deudor pueda sustituirla o, de cualquier otro modo, vuelva a confundirse con los demás de su género». *Vid. Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, págs. 656 y 658.