

## OBLIGACIONES DE OBJETO PLURAL

*Felipe Osterling Parodi\**

*Mario Castillo Freyre\*\**

SUMILLA:

1. CONSIDERACIONES GENERALES.— 2. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS.— 3. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.— 3.1. NOCIÓN.— 3.2. A QUIÉN CORRESPONDE LA ELECCIÓN.— 3.3. FORMAS DE REALIZAR LA ELECCIÓN.— 3.4. ELECCIÓN EN UNA OBLIGACIÓN DE PRESTACIONES PERIÓDICAS.— 3.4.1. POSIBILIDAD DE ENTRELAZAR LOS CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LAS OBLIGACIONES DE OBJETO PLURAL.— 3.5. REGLAS DE IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN DE UNA O MÁS PRESTACIONES SUPUESTO EN EL QUE LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA DEVIENE EN UNA DE OBJETO SIMPLE.— 4. OBLIGACIONES FACULTATIVAS.— 4.1. NOCIÓN.— 4.2. EXTINCIÓN DE OBLIGACIÓN FACULTATIVA POR NULIDAD O IMPOSIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES.— 4.3. CONVERSIÓN DE UNA OBLIGACIÓN FACULTATIVA EN OBLIGACIÓN DE OBJETO SIMPLE.— 4.4. PRESUNCIÓN DE OBLIGACIÓN FACULTATIVA.—

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

En Derecho se asume la posibilidad de que una obligación tenga por objeto más de una prestación, lo que determina el segundo criterio clasificatorio de las obligaciones.

Las obligaciones con pluralidad de prestaciones se clasifican en:

- (a) Obligaciones conjuntivas.
- (b) Obligaciones alternativas.
- (c) Obligaciones facultativas.

En estas obligaciones, cada una tiene más de una prestación, pero las tres categorías se distinguen entre sí debido a las diferentes consecuencias jurídicas que de ellas emanan.

---

\* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

Nuestro Código Civil trata solamente acerca de las dos últimas, mas no de las conjuntivas. Sin embargo, nos ocuparemos de ellas seguidamente.

## **2. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS**

En primer lugar, señalamos que no todos los autores aceptan esta clase de obligaciones, a pesar de que resulta inmensamente mayoritario el grupo de quienes las adoptan.

Por nuestra parte, diremos que nos encontramos dentro del sector de opinión que cree en la existencia de las obligaciones conjuntivas, regidas por las reglas del Derecho común, al considerar que una obligación de esta naturaleza es aquélla con pluralidad de prestaciones, de las cuales deben ser ejecutadas todas ellas. El codificador nacional, al igual que los de la mayoría de países de nuestra tradición jurídica, ha estimado innecesario regular esa materia, por juzgar que dada su estructura, es de fácil solución con las normas de las obligaciones según su objeto.

Debemos precisar, además, que la pluralidad de prestaciones que presenten este tipo de obligaciones, no tendrán necesariamente que ser de la misma naturaleza; ellas pueden ser, indistintamente, de dar, de hacer y de no hacer.

Uno de los coautores de estas páginas, al elaborar el anteproyecto del libro de Derecho de Obligaciones para el que más tarde sería el Código Civil de 1984, intentó consignar algunas normas sobre las obligaciones conjuntivas; pero existían tantos supuestos de hecho —a todos los que se encontraba solución a través de diversas normas propias del Derecho de Obligaciones—, que optó por no incorporarlas en el referido anteproyecto. Por lo demás, ni en el seno de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, ni luego, en el de la Comisión Revisora, hubo planteamiento alguno en el sentido de regular este tipo de obligaciones.

Sin embargo, creemos conveniente, en este punto de nuestro trabajo, formular ciertas consideraciones sobre las obligaciones conjuntivas, que resulten ilustrativas sobre la aplicación concreta de los principios de Derecho común a los que nos hemos referido.

Debemos, no obstante, prevenir al lector, en el sentido de que los análisis que siguen a estas líneas constituyen una elaboración lógica acerca de cuál es el tratamiento que conceptualmente consideramos que deben tener las obligaciones conjuntivas, el mismo que se deduce de los principios mencionados.

El obligado conjuntivamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo todas ellas. Esto es lo que se conoce en doctrina como el principio de indivisibilidad del pago de las obligaciones conjuntivas.

En las obligaciones conjuntivas todas las prestaciones que constituyen su objeto se consideran prestaciones principales. Así, independientemente de su valor subjetivo para el acreedor o para el deudor, o de su valor económico, todas las prestaciones tienen igual jerarquía jurídica. Las prestaciones, por tanto, no se distinguen en principales y accesorias.

La doctrina enseña que las prestaciones pueden estar o no vinculadas entre sí. Un ejemplo de obligación conjuntiva con prestaciones vinculadas entre sí sería el que asume una agencia de viajes ante un turista, cuando se compromete a organizarle un viaje a París, obteniendo un nuevo pasaporte, la visa correspondiente, pasajes aéreos, reserva de hotel, etc. En este ejemplo, resulta evidente que todas las prestaciones a las que se ha obligado la agencia de viajes tienen relación directa. Aquí, sin lugar a dudas, las prestaciones conjuntivas están íntimamente vinculadas, de tal manera que difícilmente interesará al cliente la ejecución de algunas de ellas y no de las restantes.

Un ejemplo de obligación conjuntiva en el cual las diversas prestaciones no tendrían relación entre sí sería aquel en el cual una tienda de antigüedades se obligase, ante su acreedor, a la entrega de un cuadro y de una escultura, elaborados por diferentes artistas.

Otro ejemplo de obligación conjuntiva en que las prestaciones no están vinculadas entre sí sería aquel del abogado que asume ante su cliente la defensa de dos procesos judiciales, sin relación alguna entre ellos.

Sin embargo, consideramos que sólo las prestaciones vinculadas podrían constituir el objeto de una obligación conjuntiva, en la medida de que si no tuvieran tal vinculación, no existiría elemento distintivo alguno entre la obligación conjuntiva y diversas obligaciones con una prestación cada una, nacidas de una misma fuente.

No obstante ello, estimamos que para ambos tipos de obligaciones podríamos elaborar reglas similares de solución de problemas específicos. En adelante, esbozamos algunas ideas al respecto.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del deudor, el acreedor tendrá la opción entre aceptar la ejecución de las restantes, con reducción de la contraprestación, si la hubiere, o resolver la obligación. En ambos casos el acreedor tendrá derecho a demandar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles por culpa del deudor, se resuelve la obligación y el acreedor tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor, el deudor podrá exigir que se ejecuten las restantes, requiriendo el pago del íntegro de la contraprestación, si la hubiere.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor, la obligación queda resuelta y el acreedor deberá pagar el íntegro de la contraprestación, si la hubiere.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles sin culpa de las partes, el acreedor tendrá la opción de exigir la ejecución de aquellas subsistentes y pagar una contraprestación reducida proporcionalmente, o resolver la obligación, sin pago de la contraprestación, si la hubiere.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles sin culpa de las partes, la obligación quedará resuelta, y el deudor perderá el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Debemos señalar que estos principios, que consideramos de aplicación a las obligaciones conjuntivas, los hemos elaborado con arreglo a las normas de las obligaciones de dar, hacer y no hacer y de las obligaciones alternativas y facultativas, en estricta relación con aquellas que el Código Civil consigna en sus artículos 1165 y 1166, para el caso de las obligaciones alternativas.

Además, precisa indicar que creemos innecesario consignar reglas para el caso en que las prestaciones estén vinculadas entre sí, y principios diferentes para el supuesto en que no lo estén, ya que las consideraciones aducidas en este punto serán de aplicación —de manera indistinta— a ambas clases de obligaciones conjuntivas. Adicionalmente, como ya lo hemos señalado, cuando las prestaciones no tengan relación entre sí, será difícil entender que estamos en presencia de una obligación conjuntiva; más bien parecerá que estas prestaciones constituyen, cada una de ellas, objeto de obligaciones distintas.

La obligación conjuntiva se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes.

Este principio es concordante con el previsto por el artículo 1167 para las obligaciones alternativas, el que examinaremos más adelante.

En nuestra opinión, cualquier otro razonamiento acerca de las obligaciones conjuntivas resulta innecesario, por ser evidente que los problemas jurídicos que ellas generen podrán ser solucionados por los principios y reglas que, en general, plantea el Código Civil para el Derecho de Obligaciones y, en especial, con los relativos a las obligaciones de dar, hacer y no hacer y obligaciones alternativas y facultativas.

### 3. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

#### 3.1. *Noción*

El artículo 1161 del Código Civil Peruano de 1984 ensaya una definición de las obligaciones alternativas:

Artículo 1161.- «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas».

La obligación alternativa es aquella de objeto plural, esto es de dos o más prestaciones, por la cual el deudor se encuentra obligado a la ejecución completa de solamente alguna de ellas. En la obligación alternativa todas las prestaciones se encuentran *in obligatione*, lo que equivale a decir que todas ellas son prestaciones principales; ninguna de ellas es accesoria o secundaria. Las obligaciones alternativas, tanto como las facultativas, son obligaciones disyuntivas o disjuntas, dado que sólo tiene que ejecutarse una prestación, a diferencia de las obligaciones conjuntivas (o conjuntas), en las que se tienen que cumplir todas las prestaciones convenidas.

Se entiende, de acuerdo al principio establecido por el artículo 1161, que el deudor solamente deberá ejecutar una de las prestaciones alternativas, pero la prestación que cumpla deberá realizarla íntegramente. No podrá el deudor ejecutar parte de una prestación y parte de otra. De lo que acaba de enunciarse se deduce la naturaleza de la obligación alternativa.

En la obligación alternativa, la parte que goce del derecho de elección, ya se trate del deudor o del acreedor, puede hacerlo libremente por cualquiera de las prestaciones objeto de la obligación. Respecto de este punto, quien deba realizar la elección no tiene restricción alguna. La misma regla se aplica cuando la elección corresponde a un tercero o al juez.

En consecuencia, en la obligación alternativa existe pluralidad de prestaciones (varias —dos o más— prestaciones), pero unidad en el pago, ya que sólo se tendrá que ejecutar una de ellas.

Un ejemplo de obligación de prestaciones alternativas sería el siguiente:

El deudor se obliga ante su acreedor a entregarle o un automóvil Porsche, o un automóvil Mercedes Benz o un automóvil B.M.W. determinados. Al momento de ejecución de la obligación, el deudor deberá entregar cualquiera de los tres vehículos. Recordemos que si se tratase de una obligación conjuntiva el deudor debería entregar los tres vehículos.

Se podría decir que en el caso de la obligación conjuntiva todas las prestaciones se encuentran unidas copulativamente por la palabra «y», mientras que

en la obligación alternativa todas las prestaciones se encuentran ligadas disyuntivamente por la palabra «o».

Precisa agregarse que las diversas prestaciones que constituyan el objeto de una obligación alternativa son independientes entre sí. En el caso de las obligaciones con prestaciones alternativas no se da el supuesto de que existan prestaciones que estén vinculadas entre sí, propio de las obligaciones conjuntivas, en las que tienen que ejecutarse todas ellas.

Respecto del valor de las prestaciones alternativas, precisa señalar que éstas no deberán tener necesariamente un mismo valor. Podría ocurrir que todas ellas tengan valores diferentes. Sin embargo, requiere indicarse que lo usual sería que si se hubiese pactado una contraprestación única, las prestaciones tengan valores semejantes, similares o equivalentes, lo que podría no ocurrir si también existiese alternatividad en la contraprestación. Insistimos, no obstante, que debe quedar en claro que los valores no necesariamente deben ser iguales ni aproximadamente similares, sino que podrían ser completamente distintos, así como diferente puede ser la naturaleza de todas las prestaciones alternativas.

Las obligaciones alternativas a menudo son confundidas con las obligaciones con cláusula penal, pero ambas difieren sustancialmente. Cabe aquí aclarar que las obligaciones con cláusula penal tienen las siguientes diferencias con las obligaciones alternativas:

- (a) La obligación alternativa comprende dos o más prestaciones y el deudor se libera cumpliendo una de ellas, elegida por él, por el acreedor, por un tercero o por el juez (artículos 1161 y siguientes del Código Civil).

La obligación con cláusula penal comprende una sola prestación y ésta sólo se debe en caso de incumplimiento. Cuando la cláusula penal se ha pactado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, entonces, también a diferencia de la obligación alternativa, se deben ambas prestaciones, la principal y la accesoria (artículos 1341 y 1342 del Código Civil).

- (b) Si se extingue una de las prestaciones de la obligación alternativa, se deben las que subsisten y la elección recaerá sobre alguna de éstas (artículos 1165, inciso 2, y 1166, incisos 2 y 3, del Código Civil Peruano).

Si se extingue la prestación principal sin culpa del deudor, también se extingue la obligación con cláusula penal.

Una de las características de las obligaciones alternativas es que, entre las diversas prestaciones, es necesario escoger cuál es la que debe cumplirse. Las reglas que regulan la elección se encuentran contenidas entre los artículos 1162 y 1166.

Un tema que amerita ser mencionado cuando se estudian las obligaciones alternativas, es que, en ocasiones, la línea divisoria que separa una obligación de entregar un bien incierto y una obligación alternativa, no es tan nítida. Dependerá de cómo se haya pactado la obligación y, además, del criterio con que se quiera interpretar.

### **3.2. A quién corresponde la elección**

El artículo 1162 dispone:

Artículo 1162.- «La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero. Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144».

En esta norma se establece que la elección de la prestación corresponde, en principio, al deudor. Naturalmente, cabe pacto en contrario; en tal caso, las opciones a escoger por las partes serán:

- (a) Que la elección corresponda al acreedor.
- (b) Que la elección corresponda a un tercero designado por las partes.

Sea quien fuere el que deba practicar la elección, no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Este es el principio de unidad de la prestación y debe ser cumplido. Así lo prevé el segundo párrafo del artículo 1162 del Código Civil. El precepto tiene por objeto la preservación del principio de identidad de la prestación, ya que en la obligación alternativa se debe pagar con cualquiera de las prestaciones de tal carácter, pero completamente, lo que equivale a decir que se tiene que ejecutar íntegramente una u otra, pero nunca parte de una y parte de otra, porque de esta forma se estaría violentando el principio citado.

Otro asunto de interés es que a través del tercer párrafo del artículo 1162, se hace de aplicación a las obligaciones alternativas los supuestos del artículo 1144, relativo a las consecuencias derivadas del incumplimiento del plazo en la elección de las prestaciones de dar bienes inciertos.

Consideramos que los fundamentos que sustentan a los artículos 1143 y 1144 del Código Civil en lo que respecta al tercero, si es que a éste corresponde la elección, no deberían ser, desde un punto de vista doctrinario, de plena aplicación a los casos de las obligaciones alternativas, ya que el tercero, en el caso de la elección

de una prestación de esta naturaleza, sólo realiza una función de mandatario – arbitrador - no perito, debiendo actuar de mero arbitrio. En el caso de las obligaciones de prestaciones alternativas, nunca podrá haber un arbitrio de equidad, ya que hasta cierto punto resultará indiferente cuál de las prestaciones se elija, por los argumentos que planteamos al resolver la siguiente interrogante:

¿Por qué no se ha hecho también remisión al artículo 1143, relativo a la elección de acuerdo con la calidad media?

La respuesta es sencilla. En el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos o indeterminados, resulta no sólo conveniente sino necesario efectuar precisiones como las previstas por el artículo 1143, pues las partes no han definido qué bien se entregará, sino que éste deberá ser escogido sólo con posterioridad a la celebración del contrato, dentro de la especie señalada.

Sin embargo, el supuesto del artículo 1162 es totalmente distinto, pues en éste las partes han establecido de antemano en qué consiste cada una de las prestaciones alternativas objeto de la obligación pactada. En el caso analizado, las partes han otorgado similar valor, en lo que a ellas respecta, a cada una de las prestaciones previstas. Aquí resultará indiferente cuál revestirá mayor valor o calidad entre ellas, pues les han asignado valor similar a todas.

Adicionalmente, las prestaciones objeto de las mismas podrían revestir distinta naturaleza (dar, hacer y no hacer), razón por la cual si persistiésemos en tratar de averiguar la calidad media de las mismas, nos resultaría imposible hacerlo, además de que ello sería absolutamente innecesario, por las razones recién expresadas.

Esto no quiere decir que si se tratase de una obligación alternativa nunca resulte de aplicación el artículo 1143 del Código Civil. Podría ocurrir que en una obligación alternativa la prestación cuyo cumplimiento se elija sea una de dar bien incierto o indeterminado. En este caso, para la elección de la prestación en sí, será de aplicación solamente el artículo 1144, en virtud de la norma de remisión contenida en el artículo 1162, pero en lo relativo a la elección del bien entre los inciertos —para hacerlo cierto— serán de aplicación concurrente los artículos 1143 y 1144, relativos a las obligaciones de esta naturaleza.

Para finalizar, señalamos que se plantearía un problema si fuese más de una la persona que tenga que hacer la elección (deudores o acreedores). En nuestra opinión debería optarse, en este caso, por el criterio de mayoría absoluta, evitando así hipotéticos entrampamientos y pérdida de eficacia de los contratos celebrados.

Tal vez la única duda que presenta esta posibilidad sería para el caso de la herencia, esto es la forma como los herederos del encargado de la elección de la prestación deben efectuarla. Así, podría sostenerse que la elección debe hacerse por



unanimidad o por mayoría absoluta de los herederos. Sin embargo, consideramos más acertado el criterio que plantea la elección por mayoría absoluta, ya que en el Derecho —y no sólo dentro del Derecho Civil—, por lo general, resulta común que las decisiones de órganos corporativos o de grupo se realicen por mayoría relativa o absoluta, siendo el criterio de unanimidad uno de excepción.

### **3.3. Formas de realizar la elección**

El artículo 1163 del Código Civil establece las formas de realizar la elección de la prestación:

Artículo 1163.- «La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez».

En la norma se plantean dos formas:

- (a) Con la ejecución de una de las prestaciones; o
- (b) Con la declaración de la elección comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez.

Por ello, quien deba realizar la elección podría optar por cualquiera de los dos caminos señalados. Si se ejecuta la prestación (salvo la excepción a esta regla, que luego desarrollamos), no se requeriría de la comunicación sobre la elegida, sino solamente tal ejecución por el deudor. Por la redacción del Código Civil esta posibilidad resulta evidente. Sin embargo, ella sólo será de aplicación cuando corresponda al deudor realizar la elección, ya que si ésta correspondiese al acreedor o a un tercero, mal podría el deudor, antes de que la prestación hubiese sido escogida, iniciar su ejecución.

Si se optase por la segunda vía, quien realice la elección deberá, necesariamente, comunicarla a la otra parte (si se tratase del deudor o del acreedor quien deba realizar dicha elección); si fuese el tercero designado por las partes, o el juez, quien deba efectuar la elección, deberá comunicarla a ambas partes para que ésta surta efectos.

Aquí deseamos plantear un supuesto interesante en lo que respecta a la elección por ejecución del deudor de una prestación alternativa.

Se trataría del caso en el que se hubiera pactado una obligación alternativa, con varias prestaciones, una de las cuales sea una prestación de no hacer. Si fuese el deudor quien tuviera que efectuar la elección en fecha determinada, y luego de transcurrida esa fecha no manifestase su voluntad en ningún sentido, cabrían, en nuestra opinión, dos interpretaciones:

- (a) Debería entenderse que ha escogido la prestación de no hacer, ya que es ésta justamente la que viene ejecutando.

Nosotros no compartimos esta tesis, sino la que explicamos a continuación.

- (b) Para la hipótesis en la cual por lo menos una de las prestaciones consista en un no hacer, y le corresponda al deudor efectuar la elección, en principio necesariamente tendrá que realizar una elección expresa, ya que en este caso el silencio no representaría ninguna manifestación de voluntad, ni mucho menos el no hacer implicaría que esté ejecutando esa prestación.

Consideramos que en casos como el mencionado se requeriría de una elección expresa, a menos que la obligación de no hacer consista en dejar de hacer algo que se venía haciendo, o la omisión de algo en fecha prevista por la obligación alternativa que ya acaeció.

Si el lector abrigase alguna duda acerca de las bondades de esta segunda opción, plantéese el supuesto en el cual un deudor se hubiese obligado frente a un acreedor de manera alternativa a la ejecución de una cualquiera de tres prestaciones de no hacer. En este caso, no se podría interpretar el silencio y la abstención del deudor como equivalente a la ejecución de alguna de ellas, ya que no sólo alguna es de no hacer, sino que las tres son de esta naturaleza, y no cabría imputar su silencio y abstención a alguna de ellas, a menos que alguna de las obligaciones de no hacer consistiese en dejar de hacer algo que se venía haciendo, o que llegara la fecha de omisión respecto a una de ellas, y el deudor omitiera hacer.

No obstante las precisiones anteriores, la elección siempre podría ser impugnada por no ceñirse a las previsiones contenidas en la relación obligacional.

Por otra parte, cabe advertir que los ejemplos señalados en estos comentarios no sólo son aplicables al caso de las obligaciones de no hacer. Podría tratarse, por ejemplo, de una obligación de dar que deba ejecutarse dentro de los 60 días luego de practicada la elección. El hecho de que no se haga nada durante los primeros 30 ó 40 días no significaría, evidentemente, un incumplimiento. O el caso del pintor que se obliga a pintar un cuadro dentro de un plazo de tres meses, y durante el primer mes o los dos primeros meses no hace absolutamente nada. Entonces estaríamos ante obligaciones de dar o de hacer, que no tendrían por qué ejecutarse de inmediato. No se aplicaría a estos supuestos la primera forma de elegir a que alude el artículo 1163 del Código Civil, porque él expresa que «se realiza con la ejecución de una de las prestaciones».

Es claro, por lo demás, que cuando nos referimos a la elección de la prestación en las obligaciones alternativas, dicha elección tiene carácter irrevocable.

### ***3.4. Elección en una obligación de prestaciones periódicas***

El artículo 1164 del Código Civil plantea el supuesto en el cual una obligación alternativa tuviese por objeto dos o más prestaciones periódicas:

Artículo 1164.- «Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

En una obligación alternativa con prestaciones periódicas, se plantea, para quien deba realizar la elección, una elección inicial que se utilizará para todos los períodos restantes.

Por ejemplo, si el deudor se obliga ante su acreedor a arrendarle un inmueble, y se fija como contraprestación o la cantidad de 2,000 nuevos soles mensuales o un televisor marca «Sony», nuevo, de 28 pulgadas, mensualmente, como renta.

Si quien debe efectuar la elección es el deudor y éste paga la primera mensualidad con la entrega de un televisor, deberá cumplir el resto de mensualidades con similar prestación. No podría, salvo convenio distinto con el acreedor, cumplir con la entrega de los 2,000 soles en otra mensualidad y así alternativamente.

Esto nos lleva a plantearnos la hipótesis de que resulte imposible continuar con la ejecución de la prestación elegida, lo que sucedería si luego de cuatro meses, por ejemplo, se discontinuase la fabricación de televisores de la marca «Sony». En tal supuesto, salvo un nuevo acuerdo con el acreedor, la obligación se resolvería, ya que su ejecución resultaría imposible sin culpa de las partes.

La solución del Código Peruano se sustenta en que es principio del Derecho disipar la incertidumbre. Y ello se logra, sin duda, con la primera y única elección, salvo las excepciones previstas por la ley, que fija efectivamente el objeto.

Resulta necesario señalar, adicionalmente, que la innovación más importante en relación al Código Civil de 1936, acogida por el artículo 1164 del Código vigente, es que la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo las excepciones a las que él alude y a diferencia del citado Código de 1936 que en su artículo 1193 establecía que una elección no obligaba para las otras. La ley vigente, en consecuencia, presume que la manifestación de voluntad expresada para un período, alcanza a los demás. Esta presunción simplifica, sin duda, el cumplimiento de la obligación por el deudor, quien podrá adoptar las previsiones necesarias para ejecutar la prestación en los períodos siguientes. Se abandona, por otra parte, la

expresión «prestaciones anuales», que empleaba el Código Civil de 1936, para sustituirla por la expresión «prestaciones periódicas», que revela con mayor propiedad el pensamiento del legislador de 1936. Parece evidente que es la «periodicidad» y no la «anualidad» la que determina la regla. El precepto, por último, aclara que el principio en él consignado sólo opera cuando no resulte lo contrario de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

#### *3.4.1. Posibilidad de entrelazar los criterios clasificatorios de las obligaciones de objeto plural*

Consideramos que el artículo 1164 es muy interesante, pues plantea la posibilidad de ensayar una teoría sobre la conjuntividad, alternatividad y facultatividad, de las obligaciones con prestaciones alternativas de carácter periódico.

Desarrollamos esta teoría a continuación.

El tratamiento habitual de las obligaciones alternativas y facultativas plantea la ejecución de una prestación en un momento determinado. Sin embargo, el artículo 1164 establece la posibilidad de que en el caso de las obligaciones alternativas, una de ellas consista en prestaciones de ejecución periódica, lo que llevaría a plantearnos el problema de que la ejecución de la prestación elegida pueda revestir, a su turno, el carácter de alternativa, facultativa o conjuntiva.

La obligación, por consiguiente, puede ser:

- ***De única prestación***

Esta prestación podría ser ejecutada fraccionadamente o en partes, sin dejar de ser una sola prestación.

Para citar un ejemplo, si una parte se ha comprometido a transferir la propiedad de una casa, mientras que la otra parte se ha obligado a hacerle un pago a plazos (fraccionado en dos armadas), utilizando cualquiera de las siguientes posibilidades:

- De manera alternativa, vale decir, o 100,000 nuevos soles o joyas por ese valor;
- De manera facultativa, vale decir, donde la prestación principal es entregar 100,000 nuevos soles y la accesoria entregar las joyas;
- De manera facultativa, vale decir, donde la prestación principal es entregar las joyas y la accesoria entregar los 100,000 nuevos soles;

- De manera conjuntiva, vale decir, entregando 50,000 nuevos soles en efectivo en una primera armada y la misma cantidad de nuevos soles en una segunda cuota; o
- De manera conjuntiva, vale decir, entregando joyas por un valor de 50,000 nuevos soles en cada una de las dos armadas.

Como puede apreciarse de las variantes previstas, la aplicación del criterio de alternatividad, facultatividad y conjuntividad se da en el nivel del objeto de la prestación.

- ***De varias y distintas prestaciones***

Estas varias y distintas prestaciones deberán ser, necesariamente, de ejecución periódica. Por ejemplo, las prestaciones en un contrato de arrendamiento o de suministro.

Partiendo de esa premisa, las prestaciones objeto de la obligación pueden ser, indistintamente, de naturaleza alternativa, facultativa y conjuntiva, de donde se originan numerosas variantes:

Puede presentarse una obligación alternativa que genere dos prestaciones y que cada una de estas dos prestaciones alternativas consista en la ejecución de diversas prestaciones periódicas de carácter conjuntivo.

Este sería el caso del deudor que se obliga ante su acreedor a la entrega alternativa y periódica de o polos o camisas. Pero si elige entregar polos, deberá efectuar dicha entrega con polos elaborados de algodón, *nylon* y *polyester*; mientras que si hubiese elegido la entrega de camisas, éstas deberán ser de seda, *chalisse* y gasa.

Puede darse una obligación que genere dos prestaciones conjuntivas y que, cada una de estas prestaciones conjuntivas, consista en la ejecución de diversas prestaciones periódicas de carácter alternativo.

Sería el caso del fotógrafo deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega conjuntiva de retratos y paisajes. Es claro que deberá ejecutar ambas prestaciones, los retratos y los paisajes, por ser conjuntiva la obligación, pero esta situación podría plantearnos que, respecto de los retratos, se haya pactado la alternatividad de que éstos sean en blanco y negro o a colores, y que lo propio se haya convenido sobre los paisajes, en ambos casos, a elección del deudor.

En este ejemplo notamos que se trata de prestaciones conjuntivas, si las vemos entre grupo y grupo, pero que son alternativas en cuanto a la ejecución de las prestaciones, dado que suponen efectuar una elección entre ellas.

Otro ejemplo sería el caso del concesionario de la cafetería de una empresa que se hubiese obligado al suministro de helados de vainilla y chocolate a la hora de almuerzo, durante los tres meses de verano, pero pactándose que los comensales podrán elegir, alternativamente, entre helados de vainilla y helados de chocolate, sin que puedan tomar de ambos a la vez.

Puede presentarse una obligación que genere dos prestaciones facultativas, pero que, a la vez, cada una de estas prestaciones consistiese en una conjuntividad de prestaciones periódicas. Éste sería el caso de un deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega de 100 kilos de azúcar mensuales (como prestación principal) ó 100 kilos de arroz mensuales (prestación accesoria). En este caso, a nivel de ambas prestaciones, habría facultatividad. Pero si dichas cantidades (en cualquiera de los dos casos) deben entregarse en bolsas de medio kilo, un kilo y dos kilos a la vez, estaríamos frente a la conjuntividad a nivel de su ejecución.

Podría presentarse una obligación que genere dos prestaciones conjuntivas, y en la que cada una de ellas consistiese en una facultatividad de prestaciones periódicas. Éste sería el caso de un deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega semanal de 10 cajas de gaseosas y de 10 cajas de cerveza. Pero cuando entregue las 10 cajas de gaseosas o de cerveza, podrá elegir entre si se cumple con gaseosas o cervezas de tamaño grande o mediano, siendo el tamaño grande la prestación periódica principal, mientras que el tamaño mediano la prestación periódica accesoria. Como se ve, a este nivel estaríamos en presencia de la facultatividad.

Podría darse el caso de una obligación que genere dos prestaciones alternativas, pero que cada una de estas prestaciones, a su vez, consistiese en la ejecución periódica de prestaciones facultativas. Este supuesto sería el de un deudor que se hubiese obligado frente a su acreedor a la entrega semanal de 10 cajas de gaseosas o 10 cajas de cerveza (o una opción u otra), pero si se ejecutase la de dar gaseosas, el deudor tendría la facultad de dar *Coca Cola* (como prestación periódica principal) o *Pepsi Cola* (como prestación periódica accesoria); y si optase por cumplir su obligación con la entrega de cerveza, pudiese ejecutar dicha obligación de ejecución periódica, con la entrega de *Cristal* o de *Pilsen*, de manera facultativa, constituyendo la cerveza *Cristal* la prestación periódica principal, en tanto que la cerveza *Pilsen*, la accesoria.

También existiría el supuesto de una obligación que genere dos prestaciones facultativas, donde cada una de ellas, a su vez, consistiese en la ejecución de prestaciones periódicas alternativas. Sería el caso de un deudor que se hubiese obligado ante su acreedor a la entrega facultativa de 100 kilos de arroz ó 100 kilos de azúcar, donde sea el arroz la prestación principal, en tanto que el azúcar la accesoria. Pero como la ejecución de cualquiera de dichas prestaciones se realizaría de manera periódica, esta ejecución podría hacerse o con arroz extranjero o con arroz nacional

(para el primer caso), o con azúcar extranjera o con azúcar nacional (para el segundo supuesto).

Es posible, como consecuencia de lo expresado, que los criterios de alternatividad, facultatividad y conjuntividad al nivel del objeto de la prestación, presenten diversas variables o posibilidades:

Que la obligación sea:

- Conjuntiva, alternativa y conjuntiva;
- Conjuntiva, facultativa y conjuntiva;
- Conjuntiva, alternativa y facultativa;
- Conjuntiva, facultativa y alternativa.
- Alternativa, conjuntiva y facultativa;
- Alternativa, facultativa y conjuntiva;
- Alternativa, facultativa y alternativa;
- Alternativa, conjuntiva y alternativa.
- Facultativa, alternativa y conjuntiva;
- Facultativa, conjuntiva y alternativa;
- Facultativa, alternativa y facultativa;
- Facultativa, conjuntiva y facultativa.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre este tema, debemos precisar que las sub-divisiones y criterios a seguir para combinar la alternatividad, con la facultatividad y la conjuntividad, resultan, en buena cuenta, infinitos.

Así, podríamos tener el caso siguiente:

Un deudor se obliga a entregar a su acreedor carne o vegetales (alternativa). Para seguir sólo con la opción de la carne, podríamos decir que ésta podrá ser roja o blanca (alternativa); mientras que si es blanca, deberá tratarse de pescado y de gallina (conjuntiva); y en esta situación, sólo para hablar de la carne de pescado, ésta deberá ser de corvina, mero y lenguado (conjuntiva), pero el deudor podrá optar de manera facultativa a la entrega de cortes de uno o de dos kilos (facultativa). Adicionalmente, en cualquiera de los casos, el pescado podrá ser fresco o congelado (alternativa) y deberá estar envasado en cajas y en bolsas (conjuntiva). Cabría agregar que los envases podrían ser etiquetados o no (alternativa), y así seguir con las posibilidades de manera indefinida.

### ***3.5. Reglas de imposibilidad de la ejecución de una o más prestaciones***

Los artículos 1165 y 1166 del Código Civil consignan normas para resolver las diversas situaciones que se pueden presentar después de haberse contraído una

obligación alternativa y producirse la imposibilidad de la ejecución futura y oportuna de alguna, algunas o todas las prestaciones derivadas de dicha obligación, pero considerando en cada caso a quién corresponde la elección y si dicha imposibilidad se debe a culpa del deudor o ha ocurrido sin culpa del mismo. Podría decirse que estas normas hacen de aplicación a las obligaciones alternativas la teoría del riesgo, la misma que se encuentra prevista por el artículo 1138 del Código Civil, salvando, desde luego, la diversa naturaleza jurídica entre ambas instituciones.

La metodología empleada por el Código en los artículos citados tiene como finalidad resolver tales problemas, considerando si es el deudor, el acreedor, un tercero o el juez, quien debe elegir la prestación a ejecutarse por el deudor.

El artículo 1165 desarrolla el supuesto en el que la elección de la prestación alternativa a cumplirse corresponde al deudor:

Artículo 1165.- «Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:

- 1.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.
- 2.- Si algunas prestaciones son imposibles, el deudor escoge entre las subsistentes.
- 3.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas no imputables al deudor, se extingue la obligación».

El artículo 1165, inciso primero, es coherente con la solución adoptada por el Código en las reglas generales sobre inexecución, ya que si por culpa o dolo del propio deudor resultan imposibles todas las prestaciones alternativas, ya no es posible el cumplimiento de la obligación.

El Código presume que el deudor, al haber hecho imposible la penúltima prestación, dejó una última prestación con posibilidades de ejecutar. Y al hacer imposible la ejecución de esta última prestación, en buena cuenta ha hecho imposible la única prestación con la que podía cumplir. De ahí que cuando el Código debe elegir una indemnización de daños y perjuicios referida a alguna de las prestaciones, decide por la última imposible.

Por otra parte, podría cuestionarse que se señale que dicha indemnización está referida a la última prestación en hacerse imposible y no a la más valiosa o de mayor valor; a lo que podría contestarse que esta propuesta sería poco coherente con la alternatividad de las prestaciones, supuesto base del artículo 1165 del Código, pues si el deudor no ha elegido todavía (estando dentro del plazo para hacerlo) la prestación a ejecutar, en realidad no ha habido individualización de la misma, razón



por la cual todavía no se sabe cuál es la prestación cuyo cumplimiento podrá exigir el acreedor.

Adicionalmente, sería ilógico tratar de referir el monto de la indemnización a la prestación de mayor valor, ya que no necesariamente estaremos ante prestaciones de la misma naturaleza, pues podrían ser de dar, de hacer y de no hacer, por lo que resultaría difícil valorizar y apreciar económicamente la importancia de cada una de ellas para decidir cuál es la de mayor valor.

Debe entenderse, además, que cuando el Código trata en los artículos 1165 y 1166 de estos temas, lo hace fundamentalmente refiriéndose a quién (si el acreedor o el deudor) debe sufrir el riesgo por la imposibilidad de la ejecución futura de la contraprestación.

En buena cuenta, podríamos decir que el Código rige para determinar quién asume el riesgo de pérdida de la contraprestación o contraprestaciones alternativas.

Sin embargo, resultaría imposible aplicar a estos supuestos las normas contenidas en los seis incisos del artículo 1138, ya que éstos están referidos al riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos, mientras que los preceptos de los artículos 1165 y 1166 se vinculan al riesgo de imposibilidad de las prestaciones, término de mayor amplitud que el concepto de pérdida, pues este último sería de aplicación a las obligaciones con prestaciones de dar, y al «dar» en aquellas obligaciones de hacer que concluyen en un dar; mas no a las de no hacer ni a las de un «hacer» propiamente dicho. Además, la teoría del riesgo a la que aludimos se aplica a la hipótesis en que exista tan sólo una prestación de dar, caso distinto al de las obligaciones alternativas que se constituyen al menos con dos prestaciones, que pueden ser de dar, hacer o no hacer.

Advertimos que aquí no comentamos los incisos segundo y tercero del artículo 1165 debido a que lo hacemos al analizar el artículo 1166.

De otro lado, cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, y todas las prestaciones resultan imposibles por causas imputables al deudor, las consecuencias jurídicas se encuentran reguladas en el artículo 1166:

Artículo 1166.- «Cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:

1.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

2.- Si algunas prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes; disponer,

cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

3.- Si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes.

4.- Si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación».

La solución del inciso primero del artículo 1166 del Código Civil determina que la obligación quede resuelta y el deudor deba devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

Fundamentalmente, el no haberse adoptado similar solución para el supuesto de elección por el acreedor, que aquella prevista por el artículo 1165, inciso primero, respecto de la elección por el deudor, se basa en que ambos supuestos son distintos.

En efecto, cuando debe elegir el acreedor y todas las prestaciones devienen en imposibles por culpa del deudor, si bien la elección por aquél ya no se podrá realizar, no será menos cierto que el acreedor sí está en aptitud de fijar la indemnización en relación a la prestación imposible que señale; vale decir, en razón de la prestación imposible que se entienda hubiese elegido, de haber podido hacerlo.

En lo que respecta a la imposibilidad de algunas prestaciones por culpa del deudor, encontramos solución para cada uno de los supuestos en el artículo 1165, inciso segundo, y en el artículo 1166, inciso segundo, del Código Civil.

Para el primero de ellos, si algunas prestaciones son imposibles y el deudor es quien debe realizar la elección, será éste quien escoja entre las subsistentes. Cabe expresar que no obstante que el inciso segundo del artículo 1165 no señala por qué causas devienen en imposibles estas prestaciones, debe entenderse que es indiferente que ello obedezca a causas imputables al deudor o a ausencia de culpa, ya que en ambos supuestos la solución necesariamente es la misma.

En cambio, el inciso segundo del artículo 1166 se ubica en el supuesto de que algunas prestaciones sean imposibles por causas imputables al deudor, caso en el cual el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes (ya que podría ocurrir que precisamente alguna de las subsistentes sea aquella sobre la cual tenía interés preferente el acreedor); disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez escoja; o declarar resuelta la obligación (en el supuesto en el cual ninguna de las prestaciones subsistentes sea de interés del acreedor). El deudor debe devolver en este último caso la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referida a la prestación imposible que el acreedor señale.

El inciso tercero del artículo 1166 prescribe que si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes. Resulta evidente que el referido inciso es adecuado, pues resultaría injustamente oneroso para el deudor, si ocurriese la imposibilidad de algunas prestaciones alternativas por ausencia de culpa, que el acreedor tuviese la facultad de resolver el contrato.

Cabe mencionar que aunque el Código Civil señala en los artículos 1165, inciso segundo, y 1166, incisos segundo y tercero, «si algunas prestaciones son imposibles», refiriéndose a las prestaciones que se convierten en imposibles con posterioridad a la celebración del contrato, ello no significa que las aludidas normas no sean de aplicación cuando la imposibilidad se refiriese a una sola de las prestaciones, pues es supuesto frecuente que las obligaciones con prestaciones alternativas sólo consten de dos prestaciones.

Por último, el Código Civil establece en sus artículos 1165, inciso tercero, y 1166, inciso cuarto, que si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación.

Sin embargo, el Código no ha estimado necesario mencionar, por considerar evidentes sus soluciones, algunos supuestos de importancia, ya sea cuando la elección debe realizarla el deudor, el acreedor, un tercero o el juez.

- Se trata, primero, del caso en que todas las prestaciones resulten imposibles por culpa del acreedor, supuesto en el cual, ya sea que la elección la hubiese tenido que hacer el deudor, el acreedor, un tercero o el juez, deberá extinguirse la obligación del deudor y el acreedor estará obligado a pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados por su actuar culposo o doloso.
- Si una de las prestaciones resultase imposible por culpa del acreedor y a éste, al tercero o al juez le correspondía efectuar la elección, debe considerarse que el acreedor eligió aquella prestación que resultó imposible por su culpa, y que el deudor cumplió con la ejecución de la misma.
- Si algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor y a éste, al tercero o al juez, le correspondía efectuar la elección, debe considerarse que el acreedor eligió la primera que resultó imposible por su culpa, y que el deudor ejecutó dicha prestación; y sobre la(s) restante(s) que devinieron en imposibles con posterioridad, el acreedor deberá resarcir al deudor los daños y perjuicios ocasionados.
- Si una de las prestaciones resultase imposible por culpa del acreedor y es al deudor a quien le correspondía efectuar la elección, el deudor tendría la facultad o de imputar su elección a la prestación que devino en imposible o

de solicitar una indemnización de daños y perjuicios al acreedor por dicha prestación y ejecutar la otra subsistente o alguna de las subsistentes.

- Si algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor y es al deudor a quien le correspondía efectuar la elección, éste tendría la facultad de imputar su elección a una de las prestaciones devenidas en imposibles y solicitar una indemnización de daños y perjuicios por las otras prestaciones imposibles; o solicitar una indemnización de daños y perjuicios por la totalidad de prestaciones imposibles y ejecutar cualquiera de las subsistentes.

Antes de concluir estos comentarios, debemos expresar que, en nuestra opinión, no podría cuestionarse que en los artículos 1165 y 1166 del Código Civil de 1984, no se hayan tratado todas las hipótesis imaginables en materia de imposibilidad de una o más prestaciones que constituyan objeto de una obligación alternativa. No creemos que exista omisión alguna, pues luego de analizar los supuestos previstos por el Código Civil en los preceptos citados, además de las hipótesis planteadas por nosotros, y de aquellas que hemos recogido de la doctrina consultada, llegamos a la conclusión de que podrían ser muy numerosos, lo que avala la técnica legislativa del Código al haber contemplado sólo los casos fundamentales relativos al tema. No está demás decir que sobre la base de las reglas previstas por el Código Civil podríamos, ayudados por la lógica y la aplicación de evidentes principios jurídicos, resolver en justicia cualquier caso que se planteara.

### ***3.6. Supuesto en el que la obligación alternativa deviene en una de objeto simple***

El artículo 1167 del Código Civil establece cuándo una obligación alternativa se considera simple:

Artículo 1167.- «La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes».

Lo dispuesto en esta norma es consecuencia lógica de que en una obligación alternativa todas las prestaciones, salvo una, resulten nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes. Este es el supuesto de lo que la doctrina conoce como la «concentración anormal de la prestación», a diferencia de lo que ocurre cuando una obligación alternativa se convierte en simple por elección, en que se produce la «concentración normal de la prestación». Aquella denominación se adopta, en consecuencia, por contraposición con la «concentración normal de la prestación», supuesto que se presenta cuando se realiza una elección (por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez). La concentración de la prestación resulta «anormal» en el caso del artículo 1167, porque ella deriva de causas distintas de la elección (supuesto normal y usual), ya que se presenta cuando las prestaciones

(todas menos una) son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes. En este caso no se plantea ninguna alternativa, en el sentido de que el deudor o el acreedor pudieran escoger entre el cumplimiento de la única prestación posible de ejecutar o la resolución del contrato, puesto que dicha situación podría perjudicar, en todo caso, a alguna de las partes (en especial al deudor), quien no habría actuado culposamente, pues la nulidad o imposibilidad de las demás prestaciones obedece a causas no imputables.

Es lógico, entonces, que si estamos frente a una obligación de objeto múltiple (de dos o más prestaciones), al devenir dicha obligación en una de objeto simple (al dejar de ser posible la ejecución de las prestaciones restantes o ser nulas), ésta se rija por las reglas de las obligaciones de objeto simple, vale decir, según su naturaleza, de dar, hacer o no hacer.

#### **4. OBLIGACIONES FACULTATIVAS**

##### **4.1. *Noción***

La obligación facultativa se considera con objeto plural, pero difiere sustancialmente de la obligación alternativa. Mientras en esta última existen dos o más prestaciones *in obligatione*, en la obligación facultativa solamente existe una, en tanto que la otra prestación se encuentra *in facultate solutionis*, lo que equivale a decir que el deudor sólo debe una prestación, pero que puede satisfacer su cumplimiento (puede pagar) con la ejecución de otra prestación distinta.

Conviene, sin embargo, efectuar algunas precisiones. En primer lugar, debe quedar claro que si bien sólo una prestación se encuentra *in obligatione*, eso no quiere decir que la otra prestación (aquella que se encuentra en facultad de solución) no haya formado parte del pacto o contrato o no esté establecida como tal en virtud de la otra fuente de las obligaciones, esto es por la ley.

De otro lado, debemos señalar que en el caso de las obligaciones facultativas debe existir una prestación *in obligatione* y una en facultad de solución; y de este modo, el deudor podría liberarse no sólo pagando con la prestación que se encuentra *in obligatione*, sino con la otra, esto es con la facultativa.

Agregamos, además, que en este tipo de obligaciones a la prestación que se encuentra en obligación se le denomina prestación principal, y a la prestación que se encuentra en facultad de solución se le denomina prestación accesoria.

No resulta frecuente encontrar en la práctica jurídica supuestos de obligaciones facultativas, contractualmente instituidas.

Sin embargo, ocasionalmente se advierte la existencia de obligaciones facultativas, pero en las cuales la facultad está determinada no en virtud de la voluntad de los contratantes, sino por la ley.

Es el caso del artículo 1237 del Código Civil, el cual establece que, salvo pacto en contrario, de haberse estipulado una obligación dineraria en moneda extranjera (prestación principal), el deudor tendrá la facultad de pagar en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional (prestación accesoria), al tipo de cambio de venta que rija en el día del vencimiento de la obligación o, si se retrasa en el pago, a este último tipo de cambio o al vigente el día del pago, a elección del acreedor.

En torno al numeral 1168 del Código, primer artículo relativo a las obligaciones facultativas, debemos reparar en el significado de la expresión «se determina únicamente por la prestación principal», que emplea la norma:

Artículo 1168.- «La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella».

Si bien no existe unanimidad en la doctrina debido a la ambigüedad que genera la expresión resaltada, nosotros consideramos a la obligación facultativa como una de objeto plural, ya que el deudor se ha comprometido con su acreedor a la ejecución de dos prestaciones, de las cuales una sola de ellas es principal y la otra es accesoria. Debemos recordar que la idea de considerar a la obligación facultativa como una de objeto plural, está implícita en el Código Civil Peruano y en otros Códigos, al regular a esta clase de obligaciones dentro del mismo título que las obligaciones alternativas. Más aún, en toda obra de Derecho de Obligaciones se trata a las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas en un mismo título, como aquéllas con pluralidad de objeto.

¿Bajo qué criterio se estudiaría entonces a estas tres clases de obligaciones de manera conjunta?

Consideramos que la respuesta es sencilla, ya que las tres obligaciones mencionadas responden a un criterio clasificatorio de pluralidad de objeto. Diversos autores convienen en la pertinencia de este concepto. Sin embargo, contradictoriamente, resulta frecuente observar que algunos de esos tratadistas, al entrar en el detalle de estos tres tipos de obligaciones, señalan que tanto las conjuntivas como las alternativas son de objeto plural, pero que, sin embargo, las facultativas son de objeto simple o único. Si ello fuera así, no entendemos por qué siguen abordando estas obligaciones en esa zona del Derecho. Serían más coherentes, dentro de la óptica mencionada, si las ubicaran inmediatamente después de las obligaciones según su naturaleza (dar, hacer o no hacer), ya que entonces sí estaríamos en presencia de obligaciones de objeto único y no de objeto plural.

Somos conscientes de que con esta posición estamos yendo en contra de una idea adoptada por la generalidad de la doctrina de nuestra tradición jurídica; pero, no

obstante ello, asumimos esta realidad, por las consideraciones desarrolladas a lo largo del presente estudio.

Por eso, luego de continua reflexión, consideramos impropia, dentro del texto del artículo 1168 del Código Civil peruano de 1984, la frase «se determina únicamente por la prestación principal». Nosotros creemos, lo repetimos, que la obligación facultativa es una de objeto plural. Por ello ésta no se determina únicamente por la prestación principal, sino por la prestación que se ejecute como objeto de dicha obligación (la principal o la accesoría), pues al fin y al cabo no se conoce con certeza, al momento de su nacimiento, con cuál de ellas cumplirá el deudor.

Pensemos, por un momento, qué ocurriría si considerásemos a esta obligación como de objeto único, si la prestación principal fuese divisible y la accesoría indivisible, o viceversa; o qué sucedería si una de ellas fuese mancomunada y la otra solidaria.

Creemos que lo lógico, en estos casos, sería que el carácter de divisible, indivisible, mancomunado o solidario, se considere únicamente respecto a la prestación que se ejecute, salvo en caso de incumplimiento, en que el acreedor sólo podría exigir la prestación principal. Esto, porque no necesariamente ambas prestaciones (la principal y la accesoría) tendrán las mismas características jurídicas. Por ello, la obligación facultativa no se determina únicamente por la prestación principal, sino que tal determinación, entendida como una de sus características, deberá efectuarse de acuerdo con la prestación que se ejecute (la principal o la accesoría).

Consideramos, en consecuencia, que el artículo 1168 debería prescindir de la frase «se determina únicamente por la prestación principal».

Otro aspecto a destacar es que en las obligaciones facultativas no hay turnos para escoger; es el deudor quien decide con cuál va a cumplir, de tal manera que el acreedor, si quiere requerir al deudor el cumplimiento de la obligación, lo único que le va a poder exigir es la prestación principal. El acreedor no tiene posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación accesoría; no tiene posibilidad de escoger.

Cabe advertir que si bien el acreedor en la obligación facultativa sólo puede exigir la prestación principal, el deudor estará siempre en la facultad de cumplir con la prestación accesoría o, naturalmente, con la prestación principal.

La decisión que adopte el deudor respecto a cuál de las prestaciones va a ejecutar es, en definitiva, arbitraria, pero tiene como presupuesto el que aquélla pueda ser efectivamente cumplida.

Un tema que en reiteradas ocasiones suscita polémica, en lo referente a las obligaciones facultativas, es el relativo a cuál de las partes es la que tiene el derecho de sustituir el pago de la prestación principal por la prestación accesoria. Es criterio prácticamente unánime de la legislación comparada el otorgar esta facultad de sustitución únicamente al deudor de la obligación, y no al acreedor.

Sin perjuicio de ello, nada impide que los contratantes, en uso de la autonomía privada, pacten la relación obligatoria en los términos que ellos decidan, pues no nos encontramos ante supuestos imperativos o que conciernan al orden público o a las buenas costumbres. Pero en estos casos no estaríamos ante una obligación facultativa, sino frente a una relación obligacional innominada, atípica, cuyas soluciones tendríamos que encontrarlas en la aplicación analógica de los preceptos sobre las obligaciones alternativas y facultativas o en los principios generales del Derecho.

#### ***4.2. Extinción de obligación facultativa por nulidad o imposibilidad de las prestaciones***

Puede ocurrir que alguna de las prestaciones o ambas sean nulas o devenguen en imposibles de cumplir, supuestos para los cuales el artículo 1169 dispone lo siguiente:

Artículo 1169.- «La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir».

Como hemos expresado, la prestación *in obligatione* es la principal, mientras que la prestación o las prestaciones en facultad de solución son las accesorias.

En tal sentido, la regla del artículo 1169 es de plena lógica al prever que la prestación accesoria (hemos señalado que puede tratarse de varias prestaciones) sigue la suerte de la principal. Por eso, si la prestación principal resultase nula o de imposible ejecución, ello determinaría la extinción de la obligación facultativa, independientemente de si la prestación o prestaciones accesorias continúan siendo susceptibles de cumplirse.

Consideramos preciso indicar que resulta indiferente la causa por la cual pueda resultar nula o imposible la prestación principal, para que rija el numeral 1169 del Código Civil.

Si la prestación principal deviniese en imposible de cumplirse por culpa del acreedor, la obligación se extinguiría y el acreedor tendría el deber de sufragar los daños y perjuicios que hubiera ocasionado al deudor.



Si la prestación principal resultase imposible sin culpa de las partes, la obligación se extinguiría, sin tener derecho el deudor a reclamar contraprestación alguna, si la hubiere.

El supuesto que resulta de mayor interés, es aquel según el cual la prestación principal deviniese en imposible por culpa del deudor. Podría pensarse que en este caso sería justo que el deudor cumpliera ejecutando la accesoria. Pero tal situación no se podría dar, ya que al resultar imposible la prestación principal se habría extinguido la obligación. En este caso, no se podría ejecutar la obligación, lo que traería como consecuencia que el acreedor no ejecutara su contraprestación, si la hubiere, y que el deudor pudiera ser compelido por el acreedor para el pago de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

Consideramos que la solución anotada en el párrafo anterior guarda estrecha relación con la naturaleza de las obligaciones facultativas. De admitir la solución contraria (aquella en que el deudor podría cumplir ejecutando la prestación accesoria), estaríamos disipando parte importante de la ya de por sí tenue línea que distingue a las obligaciones facultativas de las obligaciones alternativas.

Sin embargo, a pesar de ser la anotada la solución técnicamente correcta, dudamos de que sea la que revista mayor justicia. Pero no nos olvidemos, empero, de que estamos frente a una obligación facultativa y no ante una alternativa.

Estimamos conveniente precisar en este punto que, en lo referente al riesgo de pérdida de la prestación principal, o, dicho de otro modo, en lo relativo a la imposibilidad de ejecutar la prestación principal, pensamos que resultarían de aplicación, *mutatis mutandis*, los principios que el Código Civil Peruano de 1984 establece como teoría del riesgo para las obligaciones de dar bienes ciertos en su artículo 1138. Creemos que estos principios resultan más acordes a la naturaleza de la obligación facultativa que aquellos otros recogidos en los numerales 1165 y 1166, que se refieren a las obligaciones alternativas, ya que en estos últimos nos encontramos por lo menos con dos prestaciones principales, por lo que se incorporan a esta materia diversas posibilidades en relación al cumplimiento de cualquiera de las prestaciones que no hayan devenido en imposibles. Creemos que postular lo contrario, si bien podría considerarse lógicamente correcto, destruiría el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, además de desnaturalizar a la obligación facultativa.

#### ***4.3. Conversión de una obligación facultativa en obligación de objeto simple***

El artículo 1170 del Código Civil prescribe lo siguiente:

Artículo 1170.- «La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir».

Si bien lo accesorio sigue siempre la suerte de lo principal, es evidente que no sucede lo mismo con lo principal respecto de lo accesorio.

Aquí sólo debemos precisar que si la obligación facultativa está constituida por una prestación principal y una accesorio, y es la prestación accesorio la que resulta imposible de cumplir, la obligación se convertirá en una de objeto simple y se regirá por las reglas de esta última categoría de obligaciones.

#### **4.4. Presunción de obligación facultativa**

El artículo 1171 del Código Civil, en fin, establece que si hubiese duda en la interpretación de si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá ésta por facultativa:

Artículo 1171.- «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa».

La razón de ser de esta norma se fundamenta en que la obligación facultativa, dada la regulación del Código Civil Peruano, resulta en algunos extremos más beneficiosa para el deudor que la obligación alternativa; y por esta razón, a través del artículo 1171, se busca disipar dudas favoreciéndolo.

El referido principio recoge en su integridad el texto del artículo 1199 del Código Civil de 1936.

En este punto queremos efectuar dos precisiones.

La primera es que para la interpretación de un caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, tal supuesto deberá ser asumido, de subsistir la duda, luego de haber aplicado al acto materia de análisis las reglas sobre interpretación del acto jurídico contenidas en los artículos 168 a 170 del Código Civil (de tratarse de una obligación generada a través de un negocio jurídico), o, si la obligación surge en virtud de la ley, luego de aplicar los principios interpretativos generales acerca de las normas legales.

A través de estos procesos interpretativos podría llegarse, válidamente, a la conclusión de que se trata de una obligación alternativa y no necesariamente de una obligación facultativa; o, más bien, llegarse también a la conclusión opuesta, esto es que se trata de una obligación facultativa. De obtenerse alguna de esas respuestas, no sería de aplicación, evidentemente, lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil, pues no habría duda alguna que despejar, ya que ésta habría sido resuelta.

Es sólo si subsistiese la duda después de haber aplicado dichos principios interpretativos, que debemos llegar a la conclusión (en virtud del artículo 1171) de que se trata de una obligación facultativa y no de una alternativa.

La segunda reflexión está vinculada al arraigado principio —proveniente del Derecho Romano— de que en situaciones de duda, como la planteada por el artículo 1171 del Código Civil, debe optarse legalmente por favorecer al deudor y no al acreedor. En nuestra opinión, no estamos en un mundo en el cual, en la gran mayoría de contratos, el acreedor sea la parte fuerte de la relación obligacional, mientras que el deudor sea la parte más débil. Pensamos concretamente en los múltiples contratos celebrados por adhesión, en los cuales los acreedores de los bienes o servicios son simples ciudadanos, mientras que los deudores son grandes empresas, que en muchos casos constituyen monopolios u oligopolios en el mercado.

Esto simplemente a manera de reflexión, ya que el precepto del Código Civil se justifica, sin embargo, porque había que encontrar una salida ante la duda insoluble, vale decir, ante aquella que subsistiera luego de haber aplicado a la obligación todas las normas y criterios interpretativos (ya sea de los actos jurídicos o de la ley).

Sin embargo, hoy tenemos dudas sobre las bondades de la solución adoptada por el Código Civil en el artículo 1171, bajo comentario. Decimos esto, pues en el supuesto de encontrarnos frente a una duda insoluble en torno a si una obligación es alternativa o facultativa, ocurrirá —entre otros conceptos— que no resultará clara la existencia de una prestación principal y de otra accesoria.

Ello, porque si fuera clara la situación, no habría duda alguna y la obligación debería haber sido calificada como facultativa.

Pero si existe esa duda insoluble, entonces no se sabrá cuál de las dos prestaciones es la principal y cuál es la accesoria. Es más, no se sabrá siquiera si existe una prestación principal o si las dos tienen similar jerarquía jurídica (si las dos son principales).

Dentro de tal orden de ideas, en la duda insoluble, al aplicar lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil y considerar a la obligación como facultativa, nos encontraríamos en la necesidad de calificar a una de las dos prestaciones como principal y a la otra como accesoria, que es, precisamente, lo que no se pudo hacer antes y lo que motivó —al encontrarnos en un supuesto de duda insoluble— la aplicación del artículo 1171 del Código Civil.

Por lo expuesto, hoy consideramos que la solución del referido precepto debió de ser que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se le tenga por alternativa.

Lima, abril del 2010