

la casa A en 20,000 francos y la casa B en 80,000 francos; habría, en este caso, dos ventas simples no comprendiendo cada una más que un solo objeto. Poco importa que las dos ventas consten en una sola escritura; se puede en una sola escritura relatar diferentes convenios, y habrá, en este caso, tantos títulos diferentes cuantos sean los convenios; mientras que la obligación conjuntiva implica un solo título, un hecho jurídico único.

Toullier dice que en la obligación conjuntiva hay tantas estipulaciones y tantas deudas, cuantas cosas se contienen en la promesa. Se concluye de esto que el deudor puede dividir el pago y obligar al acreedor á recibir una de las cosas antes que las otras. No es esta la obligación conjuntiva, porque no hay nada de conjunto, todo es devidido. El mismo Toullier lo ha reconocido; es como si se dijera: os vendo la casa A, os vendo la casa B. No hay ahí una obligación conjuntiva que comprenda dos casas, hay dos obligaciones diferentes comprendidas en un mismo acto. La opinión de Toullier ha quedado aislada. (1)

225. La diferencia es grande entre la obligación conjuntiva y la obligación alternativa. De la obligación conjuntiva debe decirse que todas las cosas están no solamente comprendidas en ella, sino que son debidas de una manera indivisible; en tanto que la obligación alternativa comprende también dos cosas; pero sólo una es debida, en el sentido de que solamente una de ellas debe pagarse. Nada hay de incierto en la obligación conjuntiva, es una obligación pura y simple que se rige por los principios de las obligaciones, que no tienen por objeto más que una sola cosa. La propiedad de todas las cosas comprendidas en la obligación conjuntiva, se transfiere inmediatamente, en vir-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 426, núm. 686. En sentido contrario, Larombière, t. II, pág. 503, núm. 2 del art. 1,189. Demolombe, t. XXVI, pág. 22, núm. 24; pág. 24, núms. 27 y 28.

tud del art. 1,138, en tanto que la obligación alternativa no puede transferir la propiedad por la incertidumbre que hay respecto de la cosa que debe pagar el deudor. No hay duda alguna en cuanto á los riesgos; el acreedor debe soportarlos, según el derecho común. Tampoco hay incertidumbre sobre la naturaleza de la obligación conjuntiva que comprende muebles ó inmuebles, pues ésta es en parte mueble y en parte inmueble; la naturaleza de la obligación alternativa, por el contrario, es incierta cuando comprende un inmueble ó una cosa mueble, y el pago es el que decidirá si la obligación es mueble ó inmueble. (1)

Núm. 3. Obligaciones facultativas y obligaciones alternativas.

226. Se entiende por obligaciones facultativas las que tienen por objeto una cosa con facultad para el deudor de pagar con otra cosa en lugar de la que debe: Yo os debo una casa con facultad de librarme pagandoos 50,000 francos. Este es un ejemplo que se encuentra en el Código. Cuando en una venta de inmuebles, el vendedor sufre lesión por más de siete duodécimos, puede obrar en rescisión; y el comprador está obligado á restituir la cosa vendida; pero tiene la facultad de conservarla pagando el suplemento del justo precio.

Se ve la diferencia que existe entre la obligación alternativa y la obligación facultativa. Si yo os debo la casa A, ó 50,000 francos, las dos cosas están comprendidas en la obligación, la casa y los 50,000 francos; ya hemos visto en qué sentido. Si yo os debo la casa A con facultad de librarme pagandoos 50,000 francos, no hay más que una sola cosa comprendida en la obligación, ó sea, la casa; en cuanto á los 50,000 francos, no están comprendidos en la

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, pág. 556. Demolombe, t. XXVI, pág. 23, núm. 26.

obligación, el deudor no los debe, tiene solamente la facultad de pagarlos; ó como se dice en la escuela, son *in facultate solutionis*. De ahí el nombre de obligación facultativa que Delvincourt ha dado á estas obligaciones y que han conservado en la doctrina. Vamos á deducir las consecuencias que resultan de la diferencia que existe entre la obligación facultativa y la obligación alternativa: son bastante considerables. (1)

227. En la obligación alternativa hay dos cosas; si una de ellas no puede ser el objeto de la obligación, siempre queda la otra, que basta para que la obligación exista, y no será, en este caso, alternativa, sino pura y simple en el lenguaje del Código Civil (art. 1,192). En la obligación facultativa sólo hay una cosa, y si no puede ser el objeto de la obligación, el contrato será inexistente por falta de objeto; el deudor no deberá la cosa que se reservó la facultad de pagar, porque ésta no estuvo comprendida en la obligación, y como no la debe, el acreedor no puede demandarla; la obligación es, pues, sin objeto, y por tanto, no tiene existencia legal.

Lo mismo sucede cuando una de las cosas comprendidas en la obligación alternativa perece; el contrato subsiste porque contiene una obligación pura y simple (artículo 1,193). Si la cosa que es objeto de la obligación facultativa, llega á perecer, la obligación del deudor se extinguirá; el acreedor no podrá demandarle la cosa que está "*in facultate solutionis*," porque ésta no se debe, pues el deudor solamente se reservó la facultad de pagarla en lugar de la que debía, pero como nada debe, queda libre.

228. En la obligación alternativa, el acreedor debe demandar una ú otra de las dos cosas comprendidas en la

1 Durantón, t. XI, pág. 170, núms. 154-157. Colmet de Santerre, t. V, pág. 186, núm. 115 bis. Aubry y Rau, t. IV, pág. 45, pfo. 300. Larombière, t. II, pág. 543, núm. 3 del art. 1,196 (Ed. B., t. II, página 20). Demolombe, t. XXVI, pág. 27, núm. 31.

obligación, si el deudor tiene la elección. En la obligación facultativa, el acreedor no puede demandar más que la cosa comprendida en la obligación; tampoco puede demandar la que el deudor tiene la facultad de pagar, porque éste no la debe. De ahí una consecuencia importante en cuanto á la naturaleza de la obligación; ésta se determina por la naturaleza de la cosa que el acreedor tiene derecho de exigir y que debe pagar el deudor. Cuando la obligación alternativa comprende un inmueble y un mueble, la naturaleza de la obligación queda incierta hasta el pago; si el deudor paga el inmueble, la obligación será inmueble, y será mueble, si paga el mueble. En la obligación facultativa todo es cierto desde el principio, y solo una cosa se debe; si ésta es inmueble, la obligación será inmueble, aun cuando el deudor tuviera el derecho de pagar una cosa mueble y usara de este derecho. Igualmente sería mueble la obligación facultativa, si la cosa debida fuese mueble, aun cuando el deudor pagase la cosa inmueble que se hubiese reservado el derecho de pagar.

Síguese de ahí que la acción de rescisión de la venta por causa de lesión, es inmueble, aun cuando el comprador, usando del derecho que le da la ley, conserve el inmueble y pague el exceso del justo precio. La Corte de Casación se ha engañado, desde luego, como lo diremos en el título "De la Venta." Esto prueba cuán importante es establecer los verdaderos principios, por elementales que sean.

Núm. 4. Obligaciones penales, condicionales y alternativas.

229. La obligación condicional tiene, algunas veces, la apariencia de una obligación alternativa: yo os prometo una suma de 10,000 francos para el caso de que no os vendiera mi casa; ésta es una obligación condicional. Yo os prome-

to mi casa ó 10,000 francos: ésta es una obligación alternativa. La diferencia salta á la vista: en la obligación condicional yo no me obligo á entregaros mi casa, ésta no está comprendida en la obligación, pues yo prometo solamente una suma de dinero bajo condición. La existencia de la obligación condicional es incierta, sólo existe si la condición se cumple. En la obligación alternativa nada hay incierto en lo que concierne á la existencia de la obligación, es pura y simple: yo debo la casa ó 10,000 francos. La incertidumbre no está más que sobre la cosa que pagaré. De ahí se sigue que los riesgos son para el deudor en la obligación condicional, mientras que en la obligación alternativa son para el acreedor. Notables autores se han engañado creyendo que la obligación alternativa implica una condición suspensiva (núm. 223). ¿Es que la obligación bajo condición da una acción al acreedor? Nó, y si el deudor paga, podría repetirlo. (1)

230. Hay también una analogía aparente entre la obligación penal y la obligación alternativa. Yo os prometo venderos mi casa y si falto á mi obligación me obligo á pagaros una suma de 10,000 francos; ésta es una obligación con cláusula penal. Nó hay más que una cosa comprendida en la obligación, la causa, y la pena sólo se deberá en caso de falta de cumplimiento de la obligación; el acreedor tiene entonces la elección entre el cumplimiento de la obligación principal, y la pena, algunas veces puede también demandar la obligación principal y la pena.

En la obligación alternativa, el acreedor puede y debe demandar una ú otra de las dos comprendidas en la obligación; en la obligación penal, solamente puede demandar la cosa principal y no puede demandar la pena, sino cuan-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 186, núms. 115 y 115 bis, VI. Larombière, t. II, pág. 510, núm. 11 del art. 1,189 (Ed. B., t. II, página 8). Demolombe, t. XXVI, pág. 29 núm. 34.

do la obligación principal, no es cumplida. Si la cosa debida en virtud de la cláusula penal no puede ser el objeto del contrato, no hay obligación, y la obligación se extingue si la cosa perece. Hemos dicho que no sucede lo mismo en la obligación alternativa. La naturaleza mueble ó inmueble de la obligación penal, se determina por la naturaleza de la cosa principal y no por la de la pena que el deudor pague en caso de falta de cumplimiento. La naturaleza de la obligación alternativa depende del pago. (1)

§ II. — DE LA ELECCIÓN.

Núm. 1. *La elección pertenece al deudor.*

231. En los términos del artículo 1,190, “la elección pertenece al deudor, si esa precisamente no se ha concedido al acreedor.” Pothier, de quien se ha tomado esta disposición, dice que es una consecuencia de la regla de interpretación, que los autores del código, igualmente han tomado de él, y que el artículo 1,162 formula como sigue: “En caso de duda, el contrato se interpreta contra el que ha estipulado y en favor del que ha contraído la obligación.” El artículo 1,190 va más lejos, prevée la duda exigiendo que en el contrato se estipule de una manera expresa la elección en favor del acreedor, y de no ser así, pertenecerá al deudor. Basta, pues, que no haya cláusula relativa á la elección, para que el deudor tenga el derecho de ejercerla.

Este principio tan sencillo, ha sido desconocido enteramente por una corte de apelación. Se dijo en un contrato de matrimonio, que la dote sería pagada en dinero ó en muebles. Hé ahí una obligación alternativa, en la que por no reservarse la elección á la mujer acreedora de la dote, perteneció, por esto mismo, al deudor; la mujer no tuvo,

1 Moulón, *Repeticiones*, t. II, pág. 558.

pues, más que una acción mueble, acción que no pudo autorizar una demanda en reivindicación de inmuebles. Sin embargo, la Corte de Riom, suponiendo que la mujer tuvo el derecho de elección y fundándose en que la hizo, juzgó que la mujer había tenido la posesión de los inmuebles, después del contrato de matrimonio. Decisión tan inexplicable como contraria á las más simples nociones de derecho; la corte dió la elección al acreedor, cuando la ley la concede al deudor; la corte dió también la posesión, en virtud de ese pretendido derecho de elección, sobre los inmuebles que aun no estaban determinados por el contrato de matrimonio. En todos estos puntos la ley fué violada. La sentencia fué casada. (1)

232. ¿Cómo ejerce el deudor su elección? Se enseña que no puede manifestarla sino por la entrega, que toda otra indicación de su voluntad, sería insuficiente. (2) Esto es demasiado absoluto. Sin duda, el deudor no puede, destruyendo ó enajenando la cosa, privar al acreedor de los derechos que le da un crédito alternativo; volveremos á ver este punto. Pero mientras que las dos cosas, debidas bajo alternativa, están en poder del deudor, puede por un simple acto de voluntad, declarar cuál de éstas cosas da; y desde este momento, la obligación llega á ser pura y simple. ¿Por qué ha de necesitarse, como se pretende, el consentimiento del acreedor? Esto nos parece contrario al texto y al espíritu de la ley. El art. 1,190 dice que la elección pertenece al deudor, y, por tanto, á éste solo; exigir el consentimiento del acreedor, es agregar á la ley, y el intérprete no tiene este derecho. ¿Acaso la necesidad del consentimiento del acreedor resulta de la naturaleza del derecho de elección? Debe decirse, por el contrario, que

1 Casación, 8 de Noviembre de 1815 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,320).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 200, núm. 126 bis, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 42, núm. 48.

el que tiene la elección, es libre para ejercer este derecho como desee; elegir con el concurso de la voluntad del acreedor interesado en la elección, no sería elegir. Si el acreedor debe consentir, podrá negar un consentimiento; ¿y entonces en qué se convertiría la elección del deudor?

233. El art. 1,191 dice que él puede librarse, entregando una de las dos cosas prometidas, pero que no puede obligar al acreedor á recibir una parte de una y parte de la otra; esta es la aplicación del principio de la indivisibilidad del pago. El deudor debe pagar la cosa que es objeto de la obligación, y debe pagarla por completo (artículos 1,243 y 1,244). ¿Y cuál es el objeto de la obligación alternativa? Es una ú otra de las cosas que comprende, y no la mitad de una y la mitad de la otra; se violaría, pues, la ley del contrato pagando por mitades. (1)

234. Puede suceder que el deudor, en lugar de pagar solamente con una de las dos cosas, pague con las dos. Se supone que lo hace por error, engañado por una escritura que contiene la conjunción *y*, en lugar de la disyuntiva *ó*. ¿Podrá repetir? Esto es claro; ¿pero qué es lo que repetirá? Los jurisconsultos romanos estuvieron divididos. Pothier decide, con su admirable equidad, que la repetición de lo indebido debe poner al deudor en la posesión que hubiese tenido, si no hubiera pagado por error, pues él ha pagado como deuda pura y simple una deuda que es alternativa. Y, por tanto, la repetición debe devolverle su derecho de deudor alternativo; es decir, que debe tener el derecho de elegir, repitiendo, lo que tuvo derecho de elegir, pagando. (2)

Núm 2 De la elección ejercida por el acreedor.

235. El acreedor sólo tiene la elección cuando "expresamente"

1 Toullier, t. III, 2, pág. 428, núm. 691. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 191, núm. 118.

dernos (Colmet de Santerre, t. V, pág. 191, núm. 117 bis).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 257 y todos los autores mo-

samente" le ha sido concedida; estos son los términos del art. 1,190. ¿Qué debe entenderse por la palabra "expresamente?" Que la ley no exige términos sacramentales, esto es claro. Los autores van más lejos; basta, según ellos, que no haya duda alguna sobre la intención que han tenido las partes, de conceder la elección al acreedor; de donde se seguiría que la voluntad tácita es suficiente. (1) Nos parece que esto es traspasar la ley; cuando ella quiere una declaración expresa, y prescribe, por esto mismo, que las partes expresen su voluntad por términos, lo que excluye el consentimiento tácito. La escritura dice que el acreedor "tomará;" y así tendrá la elección, porque para tomar se necesita tener el derecho de elegir. Cuando el deudor tiene la elección, el acreedor no tiene el derecho de tomar, debe pedir. Si, pues, la escritura dice que el acreedor "exigirá," "pedirá," la elección quedará al deudor. (2)

236. Según el art. 1,191, el deudor que tiene la elección no puede obligar al acreedor á recibir una parte de una de las cosas prometidas y otra parte de la otra. Este principio se aplica también al acreedor cuando tiene el derecho de elegir, de donde resulta la indivisibilidad del pago (núm. 233). El acreedor no tiene más derecho que el deudor de fraccionar el pago, porque esto sería violar la ley del contrato. (3)

237. ¿Cómo ejercerá el acreedor su elección? El acreedor hace su elección por la demanda de una de las cosas prometidas. (4) Es preciso aplicar al acreedor lo que hemos dicho del deudor (núm. 232.) La ley no exige que manifieste su elección por una demanda, pues basta con una simple declaración de su voluntad.

1 Demolombe, t. XXV, pág. 34, núm. 38.

2 Durantón, t. XI, pág. 158, núm. 137, Larombière, t. II, página 513, núm. 2 del art. 1,190 (Ed. B., t. II, pág. 9).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 191, núm. 118, bis, I.

4 Colmet de Santerre, t. V, pág. 200, núm. 124, bis, I.

Núm. 3. De la elección de los herederos.

238. El derecho de elegir pasa á los herederos de las partes contratantes. Es una consecuencia del principio que estipulamos para nosotros y para nuestros herederos; y no hay que distinguir entre los herederos del acreedor y los del deudor; es cierto que el acreedor no tiene el derecho de elegir sino cuando se le ha concedido expresamente; mas por esto mismo ha sido objeto de una cláusula expresa en provecho de los herederos. (1) El principio es incontestable, mas la aplicación da lugar á dificultades.

239. Se entiende que los herederos del deudor, son los que tienen el derecho de elección. Antes de Dumoulin, los intérpretes estaban muy desididos; el gran jurisconsulto dió fin á su perplejidad aplicando á este debate el principio que se aplica á toda discusión, esto es que el juez decida fijando un plazo á los herederos para conciliarse y después eligirá él mismo; puede también concederse la elección al acreedor, dice Dumoulin. Esto nos parece dudoso porque sería cambiar la ley del contrato; el juez debe limitarse á oponerse al disentiimiento que existe entre los herederos, sin modificar el contrato.

Si la elección pertenece al acreedor y sus herederos, no llegan á entenderse, el deudor no podrá ser obligado á pagar, atenderá á lo que quieren sus herederos para avenirse y si está interesado en pagar, podrá demandar que el juez decida, como acabamos de decir para los herederos del acreedor.

Falta saber cómo pondrán fin los herederos del acreedor á su disentiimiento. Se ha propuesto la vía de la suerte; mas ha pasado la época en que el juez pueda, supliendo la ciencia que le falta, hacer á los litigadores jugar á las pajas. Es cierto que algunas veces el legislador se

1 Toullier, t. III, 2, pág. 428, núm. 691.