

atiene á la suerte, mas es preciso para esto una disposición expresada. No hay más de un medio legal de terminar la diferencia, y es someterla al juez, quien ejercerá el derecho de opción si las partes no llegan á avenirse. (1)

Núm. 4. Efectos de la elección.

240. Los autores asientan como principio que la elección se retrotrae al día del contrato. (2) Esto nos parece muy dudoso. Los hechos jurídicos no retrotraen en general, ¿por qué la elección sí? Se aplican los principios de la condición, dice M. Demolombe; mas él mismo, así como la mayor parte de los autores, enseña que la obligación alternativa no es condicional; desde luego, es preciso hacer á un lado los principios que rigen las condiciones.

241. La aplicación que se hace del pretendido principio de la retroactividad produce nuevas dudas. Se hace una venta bajo alternativa; el vendedor enajena uno de los inmuebles; se supone que el comprador tiene el derecho de elección y que eligió el inmueble vendido. Si la elección retrotrae, él, después que el comprador, ha sido propietario desde el día del contrato, y, por consiguiente, podrá reivindicar la cosa contra el tercero comprador. La consecuencia es muy grave: ¿será jurídica? El comprador ¿no puede decir que desde el día de la venta el acreedor bajo alternativa no es aún propietario, que el deudor, quedando propietario, há tenido el derecho de enajenar, y que, por tanto, él, comprador, queda hecho propietario? No vemos lo que se responderá. ¿De qué derecho será despojado el acreedor alternativo? Se comprende que si el contrato alternativo trasladara la propiedad de la cosa al acree-

1 Larombière, t. II, pág. 521, núms. 9 y 11 del art. 1,191 (Ed. B., t. II, pág. 13). Colmet de Santerre, t. V, pág. 192, núm. 118 bis, II.

2 Larombière, t. II, pág. 511, núm. 12 del art. 1,189 (Ed. B., tomo II, pág. 14), Demolombe, t. XXVI, 1, pág. 52, núm. 63.

dor, éste tendría el derecho de reivindicarla; mas si se admite, como hemos demostrado, que la propiedad no se transmite más que después de la elección, el acreedor no puede impedir la venta hecha anteriormente, porque esta fué hecha regularmente, transmitiendo la propiedad al tercero comprador, quien adquirió un derecho que no se le puede quitar.

Se deduce aún otra consecuencia del principio de retroactividad. Cuando el crédito alternativo tiene por objeto un mueble ó un inmueble, la elección del deudor ó del acreedor determinará la naturaleza de la obligación. ¿Será mueble ó inmueble á partir de la elección? Sobre este punto no hay ninguna duda: la naturaleza de la obligación no puede ser diferente al tiempo del contrato y al de la elección; será, pues, mueble ó inmueble desde el instante en que esté concluido el contrato. ¿Este se hace en virtud de la retroactividad de la cosa? Pothier dice que la naturaleza del crédito está en "suspense," (1) lo que implica una condición suspensiva. Pothier no dice que la obligación alternativa sea condicional, y ningún autor lo dice, pero desde que no hay condición, no puede haber retroactividad. La obligación es pura y simple, excepto cuando la cosa debida queda incierta, pues, en ese caso, la naturaleza del crédito queda en suspense; el pago, determinando la cosa, determina al mismo tiempo la naturaleza del derecho.

242. ¿Puede el deudor revocar su elección? Sí; se admite que la elección no puede hacerse sino con el consentimiento del acreedor (núm. 232), la elección será irrevocable desde que haya concurso de consentimiento. En la opinión que hemos enseñado, hay alguna dificultad. Hay que distinguir de qué manera manifiesta el deudor su elec-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 254.

ción. Si entrega una de las cosas prometidas y el acreedor la recibe, el hecho queda consumado, y la deuda extinguida, no puede ya revocarse la elección. ¿Pero si el deudor declara solamente que ha hecho su elección y que entregará tal cosa al acreedor, sin que éste haya aceptado esta declaración, podrá todavía revocar su elección? Hay que ver si se trata de un contrato translativo de propiedad, ó sea de una venta alternativa; pues, en este caso, basta para que la propiedad quede transferida, que la elección se haya hecho y declarado; desde este instante el comprador llega á ser propietario, el hecho queda consumado, y, por tanto, irrevocable. Si el vendedor tiene la elección, el comprador puede contradecir la validez de la elección y negarse á recibir la cosa; y será necesario, entonces, que el vendedor haga ofertas reales y consignación, y al juez tocará decidir si las ofertas son válidas. Esto supone que las cosas son determinadas; si son indeterminadas, es también la elección del vendedor la que determinará la cosa vendida, quedando á salvo al comprador contradecir, lo que hará necesarias las ofertas reales. Si el contrato no es translativo de propiedad, la elección hecha por el deudor no dará derecho alguno al acreedor, mientras éste no la acepte: esta es una manifestación de voluntad unilateral que puede revocarse por una manifestación contraria.

Si la elección pertenece al acreedor, se siguen los mismos principios. El acreedor puede manifestar su elección demandando una de las cosas prometidas: ¿esta elección será irrevocable? Sí, siempre que se trate de un contrato translativo de propiedad, pues la elección basta para que se transfiera la propiedad. Si el contrato no es translativo de propiedad, la demanda es una manifestación unilateral de voluntad que no llegará á ser irrevocable sino por el consentimiento del acreedor ó el fallo que declare válida la elección. El acreedor puede también manifestar su elec-

ción por una simple declaración de intención; el efecto será el mismo. (1)

243. Diciendo que la elección de las partes interesadas es irrevocable, hemos supuesto que la elección es válida como hecho jurídico. Es una manifestación de voluntad, y todo consentimiento exige ciertas condiciones para que sea válido; pues si está viciado por el error, la violencia ó el dolo, aquel cuyo consentimiento esté viciado, podrá demandar la nulidad del acto. Por tanto, cuando el deudor paga una de las cosas comprendidas en la obligación alternativa, creyendo que sólo esta cosa debe y que la debe pura y simplemente, podrá demandar la nulidad del pago, pues ha creído pagar una deuda pura y simple, siendo alternativa, y, por tanto, realmente ha pagado lo que no debía; podrá, pues, repetir la cosa que ha entregado, á condición de dar la otra al acreedor.

244. Si la obligación consiste en prestaciones sucesivas y periódicas, la elección que las partes hagan para una de estas prestaciones, no les ligará para las otras. El derecho de elección podrá ejercitarse, en cada pago, sea por el deudor, sea por el acreedor. Esto resulta de la intención de las partes contratantes, pues no puede suponerse que ejercitando su elección en el primer pago, hayan creído ligarse para el futuro; el ejercicio de un derecho no supone la renuncia. Pothier lo decide así, y tal es también la doctrina de los autores modernos como de la jurisprudencia. (2)

1 Compárese Larombière, t. II, pág. 513, núms. 3 y 4 del artículo 1,190 (Ed. B., t. II, pág. 9). Colmet de Santerre, t. V, pág. 200, núm. 124 bis, II. Demolombe, t. XXVI, pág. 44, núm. 51. La jurisprudencia es citada por Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,323 y *Recueil periódico*, 1854, 5, 127.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 247. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 201, núm. 124 bis, IV. Larombière, t. II, pág. 516, número 8 (Ed. B., II, pág. 10). Demolombe, t. XXVI, pág. 44, número 52. Lieja, 21 de Marzo de 1868 (*Pasjerisia*, 1868, 2, 407).

§ III.—DE LA PÉRDIDA DE LAS COSAS COMPRENDIDAS EN LA OBLIGACIÓN.

245. "Si las dos cosas perecen sin culpa del deudor, y antes que esté en mora, se extingue la obligación, conforme al art. 1,302, (art. 1,195)." Remitirémos á lo que se ha dicho más arriba (núm. 223), sobre esta disposición. Cuando solamente una de las cosas perece, ó perecen ambas, pero sólo una por culpa del deudor; hay que hacer varias distinciones; las consecuencias de la pérdida varían según que la elección pertenece al deudor ó al acreedor.

Núm. 1. Cuando la elección pertenece al deudor.

246. Pereciendo una de las cosas, dice el art. 1,193, la obligación se vuelve pura y simple, aun cuando la cosa haya perecido por culpa del deudor. Si la cosa pereció por caso fortuito, la consecuencia de la pérdida es muy simple; el deudor es privado de la elección por el caso fortuito, y la obligación queda determinada en la cosa que resta, y como es por caso fortuito por lo que la cosa ha perecido, el deudor debe soportar las consecuencias. El art. 1,193 agrega que el precio de la cosa que perece no puede ofrecerse en su lugar. Esta cuestión fué controvertida en el antiguo derecho; el Código consagró la doctrina de Dumoulin seguida por Pothier. Hay dos cosas comprendidas en la obligación alternativa: si una de ellas perece por caso fortuito, la obligación subsiste, puesto que queda una cosa que sea su objeto; solamente que el deudor ha perdido la elección. No puede ofrecer al acreedor el precio de la cosa que ha perecido porque éste no ha estipulado el precio, y como no está comprendido, el deudor no puede ofrecerlo. Si la cosa ha perecido por culpa del deudor, podría alegar que cuando en una obligación pura y simple perece la cosa, por culpa del deudor, se debe el precio. Esto es cierto,

pero de ahí no se sigue que en una obligación alternativa el deudor deba el precio; pues en esta obligación el acreedor tiene una doble suerte en caso de pérdida; si una de las cosas perece, la otra subsiste y es debida. Así, pues, en la intención de las partes contratantes, entra, que cuando el deudor no puede pagar una de las cosas, debe la otra. (1)

El art. 1,193 dice: "*aun por la culpa del deudor.*" ¿Por qué la culpa del deudor no da derecho alguno al acreedor, en la obligación alternativa? Porque no le causa perjuicio. Teniendo el deudor la elección puede decirse que no hubiera entregado la cosa que ha hecho perecer, y tuvo derecho para no entregarlo. En cuanto al acreedor, no puede quejarse, puesto que subsiste la otra cosa, y sólo á ella tuvo derecho por que el deudor la eligió haciendo perecer la otra.

247. El art. 1,193 agrega: "Si ambas cosas perecen con culpa del deudor, respecto á una de ellas debe pagar el precio de la última que ha perecido." Esta disposición se explica fácilmente cuando la primera cosa ha perecido por caso fortuito y la segunda por culpa del deudor. La pérdida fortuita de la primera, tiene el efecto de convertir la obligación en pura y simple, dice la primera parte del art. 1,193; es decir, que el deudor no debe ya más que la cosa que subsiste, y si ésta perece por su culpa, debe el precio: este es el derecho común.

Si las dos cosas han perecido por culpa del deudor, la decisión es la misma, así como el motivo de decidir. El acreedor no puede decir que habiendo perecido ambas cosas por culpa del deudor, se ajuste al derecho común, según el cual, el deudor responde de su culpa. Es cierto que el deudor responde efectivamente de su culpa, pero es preciso ver por cual de las dos cosas ha tenido culpa. No

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 250 y 251. Durantón, t. XV, pág. 164, núm. 143. Colmet de Santerre, t. V, pág. 165, núm. 120.

es por la primera, por que ésta podía dejarla perecer, y en este sentido es que escoge la segunda, quedando su obligación pura y simple, no habiendo hasta aquí culpa, porque no la tiene sino cuando hace perecer la segunda cosa, y es esta la culpa que debe reparar, consistiendo la reparación naturalmente en pagar el precio de la cosa que pereció por su culpa.

248. Si las dos cosas perecen, una por culpa del deudor y la otra por caso fortuito, hay, en ese caso, alguna dificultad. Pothier dice, que según la "mala fe," el deudor debe ser exento de las dos, es decir, librado de su obligación, mas quiere que se tenga en cuenta la equidad. (1) Cuando Pothier habla de la "mala fe," oponiéndola á la "equidad," entiende por esto el rigor del derecho. Este rigor parece ser, en efecto, para el deudor. Hace perecer la primera cosa por su culpa, y la ley no lo declara responsable; se limita á decir que la obligación se vuelve pura y simple (art. 1,193, 1.^ª línea). El deudor no debe, pues, más de una sola cosa, si perece por caso fortuito debe ser librado. ¿Por qué no lo es? ¿No es más que por una consideración de "equidad?" Creemos que el derecho exige la misma solución. El art. 1,193 dice de una manera muy absoluta que la obligación se hace pura y simple cuando la primera cosa perece por culpa del deudor. Esto no es cierto más que en el sentido que se debe la segunda. Mas el deudor no puede, por su hecho, transformar la obligación alternativa en obligación pura y simple, si de ahí resulta un perjuicio para el acreedor; pero el perjuicio será evidente si la pérdida fortuita de la segunda cosa libra enteramente al deudor. En efecto, la obligación alternativa tiene la ventaja para el acreedor, de que le da una doble suerte, pues si una de las cosas viene á perecer por ca-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 252, Toullier, t. III, 2, página 431, núm. 696.

so fortuito, le queda la otra suerte. Mas si hace perecer la primera por su culpa, el deudor quita al acreedor una de las suertes; si la segunda subsiste, poco importa, el acreedor recibirá lo que le debe; pero si la segunda perece por caso fortuito, el acreedor, en virtud de la obligación alternativa, tiene derecho á la otra; si ésta perece por culpa del deudor, causa un perjuicio que tiene que reparar. Esta es la explicación de Toullier, y nos parece decisiva porque resulta que el deudor está sujeto á derecho y tratado con equidad. Solamente ha errado Toullier citando el art. 1,382, porque este artículo habla de la culpa, en delitos y cuasi-delitos, mientras que la culpa del deudor, es una falta de contrato, cuya falta se contiene en el art. 1,137.

Falta saber por qué el deudor debe pagar el precio de la cosa que perece al último. Pothier decide que el deudor debe el precio de la cosa que perece por su culpa. ¿Por qué el legislador derogó en este punto, la doctrina de Pothier? No se sabe: la mayor parte de los autores critican esa innovación. (1) Si el deudor es considerado en atención á su culpa, ¿en qué consiste esa culpa? No es la pérdida fortuita de la segunda cosa la que constituye la culpa del deudor, sino la pérdida por culpa suya, de la primera cosa, por consiguiente, el valor de esta cosa es el que debe pagar. Sin embargo, se puede explicar la decisión del código. Al principio tiene una aplicación más fácil, puesto que no hace más que apreciar el valor de una cosa que perece, mientras que según la opinión de Pothier se debe valuar la cosa que ha perecido en más ó menos tiempo. Bajo el punto de vista jurídico, se puede decir que el deudor que destruye la primera cosa es responsable de la que queda, cuyo valor debe. (2)

1 Bugnet sobre Pothier, t. II, pág. 117, nota 2. Durantón, t. XI, pág. 165, núm. 144.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 196, núm. 120 bis. En sentido tido contrario Demolombe, t. XXVI, pág. 66, núm. 85.

Núm. 2. La elección pertenece al acreedor.

249. Si la elección pertenece al acreedor y una de las cosas se pierde, es preciso distinguir, según el art. 1,194: si se perdió sin culpa del deudor, el acreedor debe conservar la que queda, y no puede reclamar el precio de la que se perdió, porque no era el precio el que se le debía. El caso fortuito no le da ningún derecho, le priva de la elección, determinando la obligación á la cosa que queda. Si la cosa se perdió por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar la cosa que queda, porque le es debida; y puede también, á título de daños y perjuicios, demandar el precio de la que se perdió, como reparación de la falta del deudor.

250. Si las dos cosas se pierden y el deudor se obligó en cuanto á una solamente, ó en cuanto á las dos, el acreedor puede demandar el precio de una ó de la otra á su elección (art. 1,194) nada más justo. Cuando las dos cosas se pierden por culpa del deudor, habiendo perdido el acreedor su derecho y su elección, éste debe exigir la reparación de la falta del deudor, lo que se hace trasladando al precio el derecho que el acreedor tiene sobre la cosa. Si solamente una de las dos cosas se pierde por culpa del deudor, la solución de la ley es la misma, pero es más difícil de explicar.

Supusimos al principio que el deudor, por su culpa, dejó perder la primera cosa, y la segunda se perdió en seguida por caso fortuito. Hay un punto cierto y es que esta pérdida fortuita no libra al deudor; es responsable de la pérdida de la primera cosa y el caso fortuito no lo libra tampoco de su responsabilidad. Falta saber en qué deben consistir los daños y perjuicios. El legislador da al acreedor la elección entre el precio de las dos cosas, sin duda porque el deudor lo tiene, por su culpa, privado de las ventajas inherentes á su derecho alternativo. Sin embargo,

hubiera sido más jurídico limitar los daños y perjuicios al precio de la cosa que se perdió por su culpa, pues no se comprende por qué el acreedor puede reclamar el precio de la cosa que se perdió por caso fortuito.

Si la primera cosa se perdió por caso fortuito y la segunda se pierde por culpa del deudor, no se puede decir que el acreedor haya sido privado de su elección por el deudor porque éste no le debe ningún daño por este motivo, pues el deudor solamente priva al acreedor del derecho que tenía sobre esta segunda cosa, y es, pues, el precio de esta cosa lo que debe restituir. (1)

*SECCION V.—De las obligaciones solidarias (2)**ARTICULO I.—De la solidaridad entre coacreedores.**§ I.—DEFINICION Y CARACTERES*

251. De ordinario, no hay en una obligación más que un solo acreedor y un solo deudor; pero puede suceder, sin embargo, que haya varios acreedores; la definición misma que el Código da del contrato lo dice: una persona puede obligarse para con una ó "varias" otras, á dar ó hacer alguna cosa. Si dos personas figuran como acreedores en una obligación, se le llama conjunto. En principio la obligación contraída en provecho de varias personas se divide entre los acreedores, de suerte que hay tantos créditos distintos cuantos son los acreedores. Esto sucede frecuentemente cuando el acreedor único muere dejando varios herederos; los créditos del difunto pasan á sus sucesores uni-

1 Durantón, t. XI, pág. 168, núm. 148. Colmet de Santerre, t. V, págs. 197 y siguientes, núm. 121 bis, I. Demolombe, t. XXVI, página 70, núm. 88.

2 Rodiere, *De la Solidaridad y de la indivisibilidad*. París, 1852, 1 vol. en 8°).