

## SECCION. IV—*De las obligaciones alternativas.*

### § I. NOCIONES GENERALES.

#### *Núm. 1. Definición y caracteres.*

216. El art. 1,189 dice que la obligación alternativa comprende varias cosas en el sentido que el deudor es librado por la entrega de una de esas cosas. Pothier da este ejemplo: Yo me obligué á daros un caballo ó veinte escudos, ó bien me obligué á edificar una casa ó á pagar veinte pistolas.

El Código supone que la obligación alternativa comprende dos cosas; esto es para marcar que comprende al menos dos. Si no tiene por objeto más que una sola cosa, no hay obligación alternativa. Un burgo maestro suscribió un pagaré por el cual declaraba haber tomado de la caja de la oficina de beneficencia una suma determinada, obligándose á restituirla en poco tiempo, ó dar una hipoteca conveniente. Sobre la demanda de la oficina, el burgo maestro fué condenado á restituir la expresada suma. Demanda en casación por violación del art. 1,189. Que pretendió que la obligación era alternativa, y que el deudor podía escoger entre restituir ó constituir una hipoteca. Se juzgó que la deuda no era alternativa, que era una obligación pura y simple de restituir la suma prestada, salvo que el deudor se obligara á dar hipoteca si no pagaba, en poco tiempo. (2)

1 Demolombe, t. XXV, pág. 659, núm. 708. En sentido contrario, Duranton, t. XX, pág. 373, núm. 229.

2 Denogada casación, Sala de Casación de Bruselas, 14 de Febrero

La escritura de constitución de una renta de posesiones decía que el deudor daría cada año una renta que consistía en 17 sextarios de buen trigo, limpio, seco, cabal y comprado de tal mercado, medida de Nantes. Se agregó que la expresada venta sería apreciada por las partes á razón de veinticinco libras el sextario y cuya entrega se podría hacer en el último vigésimo. Se pretendió que resultaba de esta cláusula, que la renta era alternativa, y que el deudor podría pagar á su elección, ó la entrega de semillas ó el precio en plata. Estuvo mal interpretado este convenio. La cláusula principal de la escritura no dejaba ninguna duda sobre la intención de las partes contratantes de constituir una renta en granos. Si después la valuaron en plata, no se podía inferir que, de pura y simple que era la obligación se transformaba en deuda alternativa. La obligación alternativa, dice la Corte, no se presume nada más; es una modificación de la obligación, que debe ser estipulada, como lo es un término ó una condición. Se alegó que el acreedor había consentido en recibir la renta en numerario; pero esto tampoco es exacto, porque las renunciaciones se presumen menos aún que las modificaciones; el derecho que el acreedor tenía de su contrato subsistía, pues. (1)

De que el art. 1,189 no hable más que de dos cosas, no se debe concluir que la obligación alternativa no puede comprender más que esas dos cosas; la ley prevee el caso ordinario, mas agrega que los principios que establece deben aplicarse en caso que haya más de dos cosas comprendidas en la obligación alternativa (art. 1,196). Nos atenderemos á lo que dice el legislador porque no se debe alterar la interpretación de la ley, previendo hipótesis que la práctica ignora.

ro de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 53 y Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,093).

1 Rennes, 6 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,316).

217. ¿En qué sentido deben comprenderse las dos cosas en la obligación alternativa? Esta cuestión, controvertida en el antiguo derecho, lo es aun bajo el imperio del Código y no será inútil intentarlo. (1) Importa mucho precisar los principios á causa de las consecuencias prácticas que pueden resultar. Se pregunta si las dos cosas se deben. Generalmente se ha opinado que sí, cuando Dumoulin ataca esta opinión con su acostumbrada energía. Se dice que cada una de estas dos cosas es debida, al menos bajo esta condición: si una no ha sido pagada. Dumoulin dice que es falso que las dos cosas estén comprendidas en la obligación, es decir, que sean igualmente debidas; en efecto, si el deudor no ha tenido dos cosas á la vez no puede haberse obligado más que por una solamente. ¿Cuál de las dos deberá? Al tiempo del contrato se ignora; depende de la elección hecha por el deudor ó por el acreedor. (2)

Pothier no se explica sobre la controversia; mas parece inclinarse por la opinión contraria; en la definición de la obligación alternativa, dice que el deudor se obliga á dar ó á hacer varias cosas y que las cosas comprendidas en la obligación alternativa se deben todas. Sin embargo, se aproxima más á la doctrina de Dumoulin, agregando á esta restricción que ninguna de las cosas se debe necesariamente. (3) Creemos con Toullier que es preciso atenderse á la doctrina de Dumoulin, en el sentido que el objeto de la obligación alternativa es una cosa incierta y no determinada entre varias cosas determinadas; mas que vendrá á serlo ciertamente por la elección del deudor ó del acreedor, de suerte que antes de la elección no se sabe lo

1 Larombière, t. II, pág. 506, núm. 6 del art. 1,189 (Ed. B., t. II, pág. 6).

2 Dumoulin, *Tratado de las Obligaciones Indivisibles*, parte II, números 117 y siguientes.

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 245, 246 y 248.

que se debe. (1) Veremos más adelante una consecuencia importante de este principio.

218. En los términos del art. 1,192 "la obligación es pura y simple, aunque contraída de una manera alternativa, si una de las dos cosas no puede ser motivo de la obligación." Hay en esta disposición dos expresiones que no son exactas. Al principio las cosas no son el "motivo" de las obligaciones, sino que son el objeto. Después se entiende por obligación "pura" y "simple" la que es contraída sin término ni condición; en la sección "De las Obligaciones Alternativas," el término de "puro" y "simple," tiene, pues, un sentido particular, significa una obligación reducida á una sola cosa, como lo son las obligaciones ordinarias.

El art. 1,192 está tomado de Pothier. Es cierto que la obligación deja de ser alternativa cuando una de las cosas no puede ser el "objeto," puesto que, en ese caso, la obligación no tiene más que un sólo objeto; no hay nada de incierto en cuanto á la cosa de vida, si esta es única, la obligación es, pues, ordinaria. Pothier da este ejemplo: usted me promete, bajo una alternativa, dos cosas de las cuales una me pertenece ya; ésta no puede ser comprendida en la obligación; no queda más que una, y, por consiguiente, la obligación no es alternativa. No sería así si la cosa dejara de pertenecerme; el deudor no podría pagarla, porque no estaba comprendida en el contrato y sería preciso un nuevo convenio para comprenderla. (2)

219. La obligación se vuelve aun pura y simple, según el art. 1,193, si una de las cosas prometidas parece y no puede ser entregada. Esta disposición ha dado lugar á un singular conflicto de explicaciones contrarias. Pothier

1 Toullier, t. III, 2, pág. 427, nota. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 6, núms. 6-8.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 249. Toullier, t. III, 2, página 430, núm. 694.

pregunta por qué la pérdida de una de las cosas no está en la obligación, y responde que, siendo todas debidas, la obligación subsiste en la que queda, que no puede dejar de ser debida más que pagando. Nó, dice Toullier, esto no es exacto, porque no pueden ser debidas las dos cosas; la razón es que el propietario de una cosa es quien debe soportar la pérdida: *res perit domino*. El editor de Toullier, M. Duvergier, reprende á su autor, diciendo que éste no es verdadero motivo de decidir: la obligación, dice él, es pura y simple cuando el objeto de ella, que es una cosa indeterminada entre dos determinadas, se encuentra fijada á la que queda. M. Demolombe abunda en esta opinión, acusando á Toullier de haber cometido una doble inexactitud pretendiendo que las dos cosas comprendidas en la obligación alternativa, no son debidas igualmente. Sobre este primer punto, insistiremos en lo que se ha dicho antes (núm. 217); á nuestro parecer, Toullier, ó por mejor decir, Dumoulin, cuya opinión sigue, está en lo cierto. Toullier se engaña y engaña también, dice M. Demolombe, sosteniendo que la obligación alternativa no se puede cambiar de propiedad. (1) ¿Nos será permitido agregar que á nuestra vista, tanto Demolombe como Toullier se engañan? Más adelante examinaremos si la obligación alternativa transmite la propiedad; la cuestión es controvertida, por lo cual es difícil afirmar quién se equivoca. Mas hay un punto que no debía ser controvertido y es que el adagio *Res perit domino* no se aplica en materia de obligaciones; ya lo hemos demostrado al tratar la cuestión de los riesgos. (2) Sobre este punto se ha equivocado Toullier, su error es evidente. En cuanto al motivo por el cual

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 250. Toullier, t. III, 2, página 431, núm. 695, nota a de Duvergier. Demolombe, t. XXVI, página 12 y núm. 13.

2 Douai, 13 de Noviembre de 1844 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,319).

la obligación se vuelve pura y simple cuando una de las cosas perece, resulta de la naturaleza misma de la obligación alternativa. El acreedor que estipula dos cosas bajo alternativa, se proporciona dos seguridades en caso de pérdida: si una de las cosas perece, le queda la otra.

La Corte de Douai hizo una aplicación interesante del art. 1,193. En un caso, el deudor se había obligado á remitir al acreedor, el 1.º de Mayo de 1837, tres acciones de la sociedad de Fleurus, ó una suma de 3,000 francos. El deudor no se libraría del día indicado; ofreció las 3 acciones en una época en que la sociedad se había disuelto; la Corte dijo que desde ese momento, habían dejado de existir y que no podían representar á la cosa prometida por el deudor de una manera alternativa. En efecto, una cosa es el derecho de participación en una sociedad existente con todas las seguridades de pérdidas y de beneficios, y otra cosa es recoger, en una sociedad disuelta, una parte en el activo, que puede ser reducido á muy poca cosa por el pasivo. Las acciones no podían ser entregadas tal cual habían sido prometidas, y debió considerárselas como nulas en el sentido del art. 1,193, habiéndose vuelto en consecuencia, una obligación pura y simple de 3,000 francos. La decisión nos parece dudosa, porque las acciones no habían perecido, puesto que los accionistas ejercían sus derechos en la sociedad en liquidación; el artículo 1,193, era, pues, inaplicable. La obligación permanecía alternativa, surgiendo la cuestión de saber sobre quién debían recaer los riesgos de la cosa. Trataremos la cuestión más adelante.

220. Pothier deduce esta otra consecuencia del principio, tal cual lo formula, "que las cosas comprendidas en una obligación alternativa se deben todas, aunque ninguna sea debida determinadamente." ¿Cómo deberá el acreedor intentar su demanda? Debe demandar las dos cosas

pero no juntamente sino con la alternativa bajo la cual le son debidas. Si demanda sólo una de las cosas, su demanda no estará en regla, porque ninguna de las dos cosas le es debida determinadamente, sólo lo son las dos bajo una alternativa. Sería de otra manera si una cláusula especial diera el derecho al acreedor de escoger; entonces podría demandar una de las dos cosas solamente. (1) Esto es evidente, y es inútil invocar el principio controvertido de que las dos cosas son debidas. Este principio no es cierto sino cuando se agrega la restricción que hace Pothier. El motivo de decidir es elemental; el acreedor no puede demandar sino lo que ha sido objeto de la obligación; así, pues, las dos cosas son comprendidas bajo la alternativa, y si tiene el derecho de escoger, debe hacerlo en el momento en que ponga su demanda.

221. Hay otra consecuencia muy controvertida también. La obligación alternativa tiene por objeto dos cuerpos ciertos; esto es, el derecho de elegir del deudor ó del acreedor, determinando la cosa que deberá ser pagada. ¿A partir de ese momento, el acreedor quedará propietario? Creemos que la propiedad no será trasladada sino cuando el deudor ó el acreedor hayan hecho la elección. La base de la dificultad está en el art. 1,138, se le invoca para sostener que la propiedad puede ser trasladada desde que el contrato está consumado. También nosotros lo invocaremos; mas es preciso, ante todo, recordar cuál es el sentido del principio formulado por el art. 1,138. La propiedad se trasladaba en otro tiempo por la tradición, bajo el imperio del Código, se traslada por la voluntad de las partes contratantes, que tienen lugar del hecho material de la tradición. ¿A qué condición traslada el contrato la propiedad? El art. 1,138 no lo dice de una manera formal, sino que deja alguna duda; sobre este punto, es pre-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 248.

ciso que la cosa sea determinada; si no lo es, el texto del art. 1,138 es inaplicable. La ley dice que el acreedor es propietario desde el instante en que la cosa debe ser entregada. Pero, ¿se entregará una cosa indeterminada? Yo os vendo la casa A ó la casa B: ¿qué es lo que debo entregaros? ¿Una alternativa? Esto es un absurdo. Yo os entregaría la casa que hubiera escogido ó la que escogiese el acreedor. No es más de por la elección por lo que la entrega es posible; así, pues, solo por la elección será trasladada la propiedad. El buen sentido lo dice y el derecho está de acuerdo con él. La propiedad es un derecho á la cosa, el más absoluto de los derechos reales; ¿se concibe que se ejerza en una cosa indeterminada? Se pretende que el comprador bajo alternativa es propietario: ¿que se ensaye aplicarle el art. 544 que define la propiedad! El propietario tiene el derecho de gozar y de disponer de la cosa de la manera más absoluta. ¿De qué cosa podría gozar el comprador? No lo sabe. ¿De cuál casa dispondría? Lo ignora. ¡Hay, pues, un derecho absoluto cuando no se puede hacer el menor uso de las cosas? ¿Gozaría de las dos casas disponiendo de ellas? Nó, ciertamente, porque cualquiera que fuese la elección, no podría gozar ni disponer más que de una de las casas. Así, pues, su pretendido derecho absoluto no es más de una abstracción, ó, mejor dicho, una quimera. ¿Cuándo será propietario? Cuando la cosa sea determinada, porque entonces es cuando el ejercicio de la propiedad se concibe. (1)

Se alega que el contrato alternativo se hace bajo la condición suspensiva que el acreedor será propietario de tal cosa si la elección recae sobre esa cosa, y cuando esta condición se realiza por la elección del deudor ó del acreedor, tiene efecto retroactivo; por consiguiente, el acreedor es

1 Toullier, t. III, 2, pág. 431, núm. 695. Larombière, t. II, página 530, núm. 2 del art. 1.193 (Ed. B., t. II, pág. 15).



propietario desde el instante de la venta. Hé ahí una de esas condiciones que los autores imaginan por la necesidad de la causa. Hay condiciones que las partes estipulan ó que son sobreentendidas por la ley. Aquí son los intérpretes quienes sobreentienden una condición con la cual las partes no han soñado más que el legislador. Si se puede sobreentender una condición en un contrato que las partes han hecho pura y simple, se podría sobreentender una condición suspensiva en todo contrato que tuviera por objeto una cosa indeterminada, y, por consiguiente, sería siempre trasladada. (1)

Dejemos aquí ya la pretendida condición que las partes y el legislador ignoran; si hemos dicho una palabra, es para prevenir á nuestros jóvenes lectores contra las condiciones inventadas por los autores: medio fácil de cortar las dificultades; mas éste es un medio que los principios más elementales rechazan. En apoyo de nuestra opinión, citaremos aun las palabras del orador del Gobierno. "Cuando alguna de las dos cosas ha sido prometida, hay incertidumbre sobre cuál de ellas será entregada al acreedor, y de esta incertidumbre resulta que ninguna propiedad puede trasladarse al acreedor sino por el de pago de una de las cosas.

Hasta entonces esta propiedad permanece bajo la responsabilidad del deudor." (2) Sobre este último punto hacemos nuestras reservas. No es exacto que la propiedad sea transmitida por el pago; lo que impide la translación de la propiedad, es que la cosa no sea determinada, porque puede serlo antes que sea pagada; basta con que

1 Mourlón, t. II, pág. 554. Colmet de Santerre, t. V, pág. 189, núm. 115 bis, VI. Demolombe, t. XXVI, pág. 16, núm. 19.

2 Bigot-Préamen, Exposición de los Motivos, núm. 18 (Loché, tomo VI, pág. 160).

do; la doctrina no aplica este principio más que en el caso en que la cosa es determinada; así, pues, cuando es indeterminada, la propiedad le queda al deudor y los riesgos son á su cargo. La contradicción no es más que aparente. Sin duda, si la cosa que es objeto de la obligación alternativa es indeterminada, los riesgos son para el deudor; mas supongamos que las dos cosas que han sido comprendidas, son objetos ciertos, como la casa A ó la casa B; en este caso el texto y el espíritu del artículo son aplicables. ¿Por qué el deudor se libra por la pérdida fortuita y el acreedor no? Porque el deudor ha cumplido su obligación conservando la cosa con los cuidados de un buen padre de familia; cumpliendo el deudor su obligación, el acreedor debe también cumplir la suya. Esto se aplica, al pie de la letra, á la obligación alternativa: ¿el deudor no puede conservar la casa A, y la casa B? ¿No será responsable si una de las casas perece por su culpa? Sí pues, las dos casas perecen, no por su culpa, sino por caso fortuito, se puede decir que ha cumplido su obligación, y por tanto, que el acreedor debe cumplir la suya. Queda la contradicción que se nos pudiera reprochar: si los riesgos son para el acreedor, ¿no debía decirse, por identidad de texto y de motivo, que el acreedor es propietario? Nó, porque hay diferencia entre los riesgos y la traslación de la propiedad. Si se trata de riesgos, son para el acreedor, á menos que la cosa que ha sido objeto de la obligación no sea "indeterminada." Si se trata de la transmisión de la propiedad, no puede ser transmitida al acreedor más que siendo "determinada;" pues es indeterminada en la obligación alternativa, y, por consiguiente, el acreedor no puede adquirir la propiedad.

Cuando las dos cosas comprendidas en la obligación alternativa perecen completamente, nuestra solución en cuanto á los riesgos, no es nada dudosa. En efecto, el artículo 1,195 dice "que si las dos cosas perecen sin culpa

del deudor y antes que esté en mora, la obligación queda extinguida conforme al art. 1,302." Puesto que el artículo 1,302 no hace más que aplicar el principio del artículo 1,138, el deudor se libra por la pérdida fortuite, porque no tiene culpa ni está en mora, es decir, porque ha cumplido su obligación conservando la cosa con el mayor cuidado: de la misma manera deberá el acreedor cumplir la que el contrato le impuso, es decir, pagando el precio si se trata de una venta.

Si esto es en la pérdida total, lo mismo debe ser cuando la cosa se deteriora ó perece parcialmente, porque la pérdida parcial se rige por los mismos principios que la pérdida total. Hé aquí por qué hicimos nuestras reservas en el caso juzgado por la Corte de Douai (núm. 219). El deudor debía tres acciones ó 3,000 francos; las acciones no estaban perdidas totalmente, y, por consiguiente, no habla lugar á aplicar el art. 1,193; la obligación alternativa subsistía, y, por tanto, faltaba decidir que el riesgo era para el acreedor. (1)

### *Núm. 2. Obligaciones alternativas y obligaciones conjuntivas.*

224. La obligación es conjuntiva cuando tiene por objeto varias cosas; de tal suerte, que el deudor deba todas las cosas en virtud de un solo título. Yo os vendo la casa A y la casa B por 50,000 francos. Soy deudor de las dos casas y para cumplir mi obligación, debo entregar las dos casas; no puedo librar la casa A y reclamar el precio porque no vendí la casa A separadamente; el contrato comprende dos casas colectivamente, y puesto que toda obligación es indivisible entre el acreedor y el deudor, ese principio recibe su aplicación á la obligación colectiva. Sería de otra manera, si, por una misma escritura, os vendo

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 é 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. Demelombe, 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 30). 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 usára 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 faltó á mi obligación me obligo á pagaros una suma de 10,000 francos; esta es una obligación con cláusula penal. No 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, prevee 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 inmuebles. 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 Mourlón, *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 (Dalloz, 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 juriconsultos 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.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, 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 disentimiento 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 disentimiento. 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.

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, ha 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 lo 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 (*Pasicrisia*, 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;" Remitiremos 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.*" ¿Porqué 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.

*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)