

LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

PROBLEMAS ANTIGUOS Y MODERNOS

Por el doctor Guillermo Floris MARGADANT,
Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

1. INTRODUCCIÓN

Hace algunos meses, durante una excursión con estudiantes de nuestra Facultad, comimos en un restaurante cuyo menú ofrecía, para finalizar, “té o café”. Uno de mis alumnos observó que este renglón daba lugar a una obligación alternativa con la particularidad de que, sin cláusula especial al respecto, la elección correspondía al acreedor y no al deudor —como sería normal—. Otro alumno contestó que por costumbre, en estos casos, el derecho de elegir se había trasladado al acreedor, a lo cual el primer alumno replicó que le sorprendía encontrar una costumbre contraria a la ley.

Esta pequeña discusión dio lugar, después de nuestro regreso a la capital, a algunas búsquedas en la literatura sobre la obligación alternativa, y así comenzaba a darme cuenta de la insospechada riqueza de problemas que circunda a este tema, desde los clásicos romanos hasta en nuestra propia época. Así nació finalmente este pequeño ensayo.

El consumidor común y corriente se enfrenta a menudo con la obligación alternativa, como en el caso de boletos de avión con ruta variable; pero también fuera de la esfera del consumo, es decir, en la vida de los negocios, encontramos esta clase de obligaciones con cierta frecuencia. Como ejemplos citaré: el pago de determinados servicios en dinero o en acciones; el pago previsto en una moneda o en otra; el deber del consignatario de devolver la mercancía consignada o el precio convenido

de la misma; el pago previsto "al contado" o mediante la aceptación de letras de cambio incorporando intereses, etcétera.¹

Los principios de la obligación alternativa son sencillos: cualquiera de mis alumnos los conoce. Pero como los estudiantes siempre conocen muchas cosas que no entienden, un estudio historicodogmático comparativo sobre este tema tendrá cierta utilidad, por otorgar una tercera dimensión al conocimiento estudiantil de este tema, y por sugerirnos al mismo tiempo en qué sentido deberíamos eventualmente ampliar, acortar y, en general, modificar el contenido de los artículos 1962-1983 del Código Civil de 1928 (que, como veremos, aún no presenta una reglamentación ideal de esta materia). Además, es siempre instructivo ver cómo instituciones jurídicas sencillas pueden dar lugar a los más espinosos problemas prácticos y dogmáticos, y cómo la abundancia de Scilas y Caribdis, en esta materia, nos impide navegar con la despreocupada franqueza sugerida, a primera vista, por la sencillez y transparencia de los principios que rigen la obligación alternativa.

Los curiosos problemas que citaremos en este trabajo no son manifestaciones de una mentalidad "futilitaria": aunque no se presentarán cada día, son piedras de toque para ver hasta qué grado la combinación de nuestra legislación y jurisprudencia con la dogmática nacional y supranacional pueda producir un sistema hermético, que presente para cada caso imaginable una solución previsible y equitativa. Además, estos problemas constituyen una buena gimnástica cerebral para el estudioso del derecho.

También es útil que el estudiante se dé cuenta de que lo atractivo de la ciencia del derecho no sólo consiste en sus grandes temas ideológico-jurídicos, sino también en la refinada filigrana de sus rompecabezas dogmáticos. En nuestra profesión se necesita a veces el hacha, pero también en ocasiones el cepillo y la lima; o, dicho de otra manera, no sólo las grandes líneas arquitectónicas de la catedral del derecho tienen su interés, sino también los detalles de sus capiteles y vitrales.

El lector se dará cuenta de que mezclo en este ensayo datos de derecho romano, clásico y postclásico, con consideraciones neorromanistas tomadas de la dogmática y del derecho comparado positivo, moviéndome a través del vasto campo jurídico casi de la misma manera en que Thornton Wilder viaja por la historia universal en *La Piel de nuestros Dientes*. Creo que este método es recomendable para ensayos como éste. No tiene objeto comenzar por un análisis del tratamiento dado a nuestro tema

¹ Para más ejemplos, véase Pescatore, *Wahlschuldverhältnisse*, 1905. BM.

por los clásicos y bizantinos (que no nos presentan una teoría general de la obligación alternativa y que ni siquiera conocen esta figura bajo un término unitario).² La hipótesis apriorística de que el *Corpus Iuris* es perfecto y sabio en todas sus partes, y lleno de observaciones altamente significativas, ha producido las más extrañas interpretaciones (algo que ha sucedido también en relación con la Biblia, Shakespeare y Goethe). Además, la obra justiniana, compilación legislativa en forma de un mosaico de citas antiguas, a menudo fragmentarias, frecuentemente modernizadas de manera asistemática mediante interpolaciones prejustinianas y justinianas, contiene desde luego contradicciones irreconciliables que hacen las delicias de los detectives entre los romanistas modernos (que derivan de tales contradicciones teorías sobre la transformación del pensamiento jurídico desde los clásicos hasta Justiniano), pero que no siempre interesan al jurista moderno que se limita a preguntar pragmáticamente: ¿Cuáles son los problemas que se presentan en relación con nuestro tema; cómo son resueltos por el derecho actual; y, hay necesidad de proponer una modificación de las normas respectivas?³

Sin embargo, tampoco debemos prescindir totalmente de las aportaciones *jusrromanistas* a nuestro tema. A menudo, el derecho romano ha visto uno de nuestros problemas con claridad y ha sugerido una solución interesante; y en otros casos, una contradicción en el *Corpus Iuris* ha desencadenado una discusión posterior que ha contribuido elementos valiosos a nuestra comprensión del tema en cuestión. Así, aunque no he querido presentar una introducción romanista general a nuestro tema, para desarrollarlo luego en forma cronológica hasta llegar al Código del Distrito Federal, actualmente en vigor, de todos modos me permitiré insertar en la exposición dogmática numerosos elementos *jusrromanistas*, en los momentos en que éstos puedan ayudar a profundizar o aclarar algunos puntos.

2. ADVERTENCIA

Brevitatis causa designaremos en este artículo al “acreedor con derecho de elección” como “acreedor-elector”; al “deudor con derecho de elección” como “deudor-elector” al “derecho de elegir” como “*ius eligendi*”; al “retraso en el ejercicio del *ius eligendi*” como “*mora eligendi*”.

² El término de “obligación alternativa” es una creación del *jusrromanismo*, medieval, que para esto se inspiró en textos como D.13.14.2.2.

³ Como ejemplos de tales contradicciones quiero señalar la incompatibilidad entre D. 46.3.72.4 y D. 31.66.3; entre D. 12.6.32.3 y D. 31.19; entre D. 13.5.25 y D. 46.3.59. Véase Vassalli, *Miscellanea Critica di Dir. Rom.*, III, Roma, 1917; p. 5-37 (BM). Para la contradicción entre D. 2.14.27.6 y D. 18.5.4, véase Alvaro d'Ors, *Rev. Der. Priv.*, 1944, p. 13 (*En torno a la llamada obligación alternativa*) BSM.

El símbolo "BF" detrás de las referencias bibliográficas significa que la obra en cuestión se encuentra en la biblioteca de nuestra facultad; "BI" remite al lector a la biblioteca del Instituto de Derecho Comparado de la UNAM; "BSM" es una abreviatura para la biblioteca del Seminario de Derecho Mercantil; y las obras con "BM" podrán consultarse en mi propia biblioteca.

3. DEFINICIÓN

La obligación alternativa es aquella en la cual uno de los sujetos debe una de varias prestaciones limitativamente enumeradas, sin que conste en el momento de originarse la obligación, mediante cuál de estas prestaciones se extinguirá esta obligación.

Por lo tanto, el círculo dentro del cual se escogerá el objeto de la obligación está determinado, pero en el momento de crearse la obligación aún no se sabe cuál de los objetos contenidos en dicho círculo, en dicha lista limitativa (el lector notará aquí inmediatamente la analogía con la obligación genérica), que se distingue de la alternativa por el hecho de que en aquélla este "círculo" coincide con un "genus", mientras que en la obligación alternativa el círculo puede contener un grupo heterogéneo de objetos.

Los romanistas medievales, tan hábiles para la creación de fórmulas concisas ("brocardos"), habían expresado lo anterior mediante la frase (no totalmente correcta, como veremos): "*duae res — vel plures sunt in obligatione; una autem in solutione*" ("la obligación tiene dos o más objetos, pero el pago sólo se refiere a un objeto").

Quiero hacer hincapié en el hecho de que utilizamos aquí el término "objeto" en su sentido amplio, es decir, como un "*dare, facere, praestare, non facere, pati*", y no como la cosa material a que dichos infinitivos puedan referirse (una cosa designada por algunos autores como "objeto indirecto"). Por lo tanto, elementos como "lugar de entrega", "tiempo de cumplimiento" y otras modalidades entran en el concepto de "objeto", como perfiles individuales del mismo, y pueden dar lugar a una alternatividad. Así, un solo "objeto indirecto" (por ejemplo, una vaca) puede dar lugar a una obligación alternativa (por ejemplo, cuando el vendedor se obliga a entregar esta vaca en Toluca o en Zitácuaro).⁴

Desde el derecho romano (Pomponio, D.45.1.12) hasta la dogmática moderna, se suele negar la posibilidad de una alternatividad respec-

⁴ Véase D. 13.4.2.2/3; el Comentario de García Goyena al artículo 1051 de su Proyecto; y Enneccerus-Kipp-Wolff, Tratado, 2-1, trad. Barcelona, 1933. BSM.

to de dos cantidades distintas del mismo género. Así, una obligación por "10 ó 5" se reduce a una *obligatio simplex* por "5" siempre y cuando el deudor tenga la elección; en el caso excepcional de que el acreedor tuviera el *ius eligendi*, la mencionada obligación tendrá un solo objeto: "10". Más adelante veremos una aplicación de este principio.

Sin embargo, si se presenta una alternatividad entre dos cantidades distintas del mismo género, pero en combinación con una diferenciación de otras circunstancias, la obligación alternativa no se reduce "ab initio" en una *obligatio simplex*, desde luego. Por ejemplo, una alternatividad entre \$ 10,000, a fines de este año o \$ 12,000, a fines del año entrante es perfectamente posible.

4. LA UTILIDAD PRÁCTICA DE LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

El hecho de que las fuentes romanas suelen mencionar la alternatividad en relación con los esclavos ("*Stichus aut Pamphilus*") ha seducido a algunos autores (como Valéry Giscard) hacia la opinión temeraria de que ya no tiene gran utilidad en el derecho moderno. Sin embargo, la jurisprudencia que existe sobre esta clase de obligaciones (sobre todo en Francia, y allí especialmente en relación con legados alternativos) demuestra lo infundado de esta opinión.

Por otra parte, es difícil encerrar la utilidad de la obligación alternativa en alguna fórmula general. Ni siquiera es posible decir que se trate de una figura establecida a favor del deudor, o del acreedor, o del elector.

En algunas ocasiones, la alternatividad se establece en beneficio del acreedor, con el fin de darle más tiempo para fijar su preferencia por cualquiera de los objetos previstos, preferencia que dependerá quizás de circunstancias todavía no claramente concretadas en el momento de celebrarse el negocio en cuestión (ejemplo: boletos de avión con ruta variable).

A veces, también, el deudor trata de suavizar la rígida uniformidad de los contratos de adhesión, mediante la inserción de una posibilidad de opción que haga justicia a los deseos y gustos particulares del público (ejemplo: menú con "té o café").

En otros casos, la alternatividad quiere colocar al deudor en una situación más favorable. Por ejemplo, cuando no conozco bien los gustos de mi heredero, podré insertar en mi testamento un legado por "mi cuadro de Tamayo, o \$ 30,000" a elección del heredero-deudor, con el

fin de no privar a éste de un objeto que quizás tiene para él un significado importante.

Y en otras ocasiones, la alternatividad sirve para garantizar un valor mínimo seguro a una persona beneficiada con un valor variable (ejemplo: legado por la mitad de determinado negocio, o \$ 30,000 a elección del legatario).

También puede servir la alternatividad de baluarte contra circunstancias imprevisibles, como cuando fijamos una deuda en cierta cantidad de moneda nacional o cierta cantidad de oro, con el fin de protegernos contra variaciones del poder adquisitivo de la moneda nacional.

Observemos aún que, inclusive en los casos en que la elección corresponde al deudor, es posible que la alternatividad tenga por objeto el de favorecer al acreedor. Si el deudor me debe "A", la pérdida fortuita de este objeto me priva de mis derechos ("res perit creditori"); pero si el deudor me debe "A o B", la pérdida fortuita de un objeto deja subsistir la obligación por el otro de manera que yo, como acreedor, gozo de mayor seguridad.

5. CLASIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA, Y SU DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES

Este tema ha dado lugar a verdaderas orgías de discusión dogmática, hiperrefinada, por parte de la "jurisprudencia de conceptos", una discusión cuyas exageraciones han sido señaladas por Álvaro d'Ors.⁵

Sin tener el propósito de cansar al lector con los detalles de estas eruditas controversias —que, a pesar de la justificada crítica de Álvaro d'Ors no dejan de constituir un buen entrenamiento del pensamiento jurídico y un pasatiempo para juristas, ciertamente preferible a la canasta o la novela policiaca— quiero mencionar aquí algunos de sus aspectos.

A) *¿La obligación alternativa, es condicional?*

1. Desde luego, debemos rechazar la idea de que se trate de una obligación sujeta a la *condición suspensiva de que se haga la elección*. Independientemente de la elección por parte del deudor-elec-

⁵ Rev. Der. Priv., 1944, BSM.

tor, el acreedor podrá formular su demanda, como veremos. Aun antes de la elección, la obligación existe, y tiene plena eficacia procesal desde el momento de su vencimiento, independientemente de la cuestión de si el deudor ejerce o no su *ius eligendi*.

Sin embargo, en caso de que una tercera persona haya sido designada como elector, y que ésta se negara a ejercer el *ius eligendi*, el silencio respectivo de la legislación mexicana (a diferencia de la italiana) podría invitarnos a aplicar por analogía los artículos 2251-2253 del Código de 1928, de manera que la obligación alternativa con el *ius eligendi* concedido a una tercera persona debería considerarse como una obligación sujeta a una condición suspensiva, consistente en el ejercicio del *ius eligendi* por el tercero.

2. Tampoco podemos construir la obligación alternativa como una obligación con dos objetos, bajo la *condición resolutoria* para cada uno de los objetos de que el otro sea elegido (Bernstein, Planck-Siber). Esta construcción tiene algunos puntos en su favor: en primer lugar, "*duae res sunt in obligatione*" hasta el momento de la elección, según la tradición romanista-medieval; en segundo lugar, la legislación alemana y la doctrina francesa⁶ otorgan a la elección el mismo efecto retroactivo que caracteriza la condición (cf. artículo 1941 CC'28).

Sin embargo, esta manera de considerar la obligación alternativa debe rechazarse por dos razones. En primer lugar, la regla de que "*duae res sunt in obligatione*" debe tomarse con una puñada de sal, ya que, antes de la elección, la demanda presentada por el acreedor-no-elector debe hacerse por "A o B", y no por "A y B". En aquel pintoresco estilo didáctico que hace tan amena la lectura de muchas de las páginas de las Partidas, Alfonso el Sabio nos recuerda al respecto que "O e E son dos letras que *fazen* gran departimiento en los pleytos e en las promisiones en que son puestas..."⁷

En segundo lugar —y esta objeción es más fundamental— aun admitiendo que se pudiera decir que A se encuentra *in obligatione* bajo la condición resolutoria de que se escoja B, y la B se encuentre igualmente *in obligatione* bajo la condición resolutoria de que se escoja A, esta circunstancia no nos autoriza a considerar toda

⁶ Cód. Alemán, artículo 263-II; Planiol-Ripert, Tratado, VII, p. 363 de la trad. cubana.

⁷ Partida v, título 11, ley 24.

la obligación como condicional. Desde el derecho romano sabemos que pueden existir "obligaciones puras y simples con objetos condicionales".⁸ No olvidemos que una verdadera obligación condicional es incierta en cuanto a su existencia; en cambio, la alternativa sólo está afectada por una incertidumbre en cuanto a su objeto concreto.⁹ En este sentido decidió también, en México, la Suprema Corte.¹⁰

3. También debe rechazarse la construcción basada en una *pendencia suspensiva del objeto* (Chesio, Fitting). Acabamos de decir que la obligación alternativa misma es cierta en cuanto a su existencia. Podemos imaginarnos que tal obligación pura y simple tuviera un objeto sujeto a una condición resolutoria; pero no podríamos imaginarnos una obligación pura y simple con un objeto sujeto a una condición suspensiva: sería una obligación, provisoriamente carente de todo objeto, o sea una monstruosidad dogmática.

Para más detalles refiero al lector a la excelente exposición que hace al respecto el jurista español Antonio Hernández Gil.¹¹

La clasificación de la obligación alternativa como condicional o no, tiene consecuencias prácticas.

- a) El derecho a un legado, sujeto a una condición suspensiva, no se transmite a los herederos del legatario si éste muere antes del cumplimiento de la condición (D.36.3.1.14; para el derecho mexicano: véase R. Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, iv, 1949, p. 97).

En cambio, el legatario de un derecho alternativo, muriendo antes de la elección, transmite a sus herederos tanto el derecho al legado cuanto el *ius eligendi*.¹²

- b) Como, en nuestra opinión, la obligación alternativa es pura y simple por su naturaleza, la reparación de alguna imposibilidad inicial, en caso de efectuarse antes del vencimiento del cumplimiento, no puede considerarse como una convalidación de la alternatividad originalmente prevista. Ejemplo: el deudor me debe "A o B"; A es

⁸ E. Petit, *Derecho Romano*, Madrid, sin fecha, p. 566.

⁹ Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.*, p. 102. BSM.

¹⁰ Sem. Jud. Fed. xlv, p. 849.

¹¹ Rev. Der. Priv., 1942, p. 556 y ss. BSM.

¹² Véase también José Puig-Bruteau, *Fundamentos*, Barcelona, 1959; 1-2, p. 215.

de mi propiedad, y en vista de que *nemini res sua debetur* existe una imposibilidad jurídica respecto de A, de manera que *ab initio* la obligación en cuestión es una *obligatio simplex* por el objeto B. Si luego, antes del vencimiento, A deja de pertenecerme, y el deudor logra adquirirlo de un tercero, no se restablece la alternatividad originalmente prevista por las partes, como ya vio Marcelo en tiempos clásicos (D.46.3.72.4).

En cambio, si la imposibilidad original del cumplimiento de una condición desaparece antes de vencerse el término dentro del cual la condición debe cumplirse, la condición —en caso de cumplirse— produce sus efectos; por lo tanto, la obligación condicional y la alternativa obedecen, a este respecto, a reglas distintas.

B) *La obligación alternativa no es un caso-límite de la genérica*

Desde el romanismo medieval encontramos una tendencia a relacionar la obligación alternativa con la genérica.¹³

Nadie negará la existencia de cierta analogía. En la obligación alternativa pasamos de la indeterminación del objeto a su determinación; de la misma manera la obligación genérica nos muestra un desarrollo desde la mera determinación por género hacia la individualización específica del objeto.

También puede alegarse que el negocio alternativo tiene en común con el genérico, que no es traslativo de dominio (aun en aquellos sistemas neorromanistas —como el mexicano y el francés— en los cuales un negocio de enajenación específica tiene efectos traslativos de dominio).

Sin embargo, entre ambos conceptos existen diferencias esenciales, como resulta de las siguientes consideraciones:

1º El objeto alternativo de “una vaca o mil pesos” desde luego no es genérico;

2º Inclusive el objeto alternativo: “cualquiera de los caballos que tengo actualmente en mi establo”, no es genérico. Aunque pueda haber una zona de transición —como en el caso de un ganadero chihuahuense con miles de vacas que se obligue a entregar de sus rebaños una vaca de determinadas características— no debemos admitir fácilmente la creación

¹³ Véase Egon Weiss, *Institutionem des röm. Privatrechts*, Stuttgart, 1949, p. 316. BM.

de conjuntos genéricos demasiado limitados ("todos los caballos de mi establo"), ya que, de lo contrario, podría producirse una colisión con el principio básico de que *genera non pereunt*, y podríamos encontrarnos repentinamente ante una anomalía dogmática de un "género" totalmente eliminado por un incendio.

La cuestión tiene importancia práctica. En primer lugar, mientras la pérdida fortuita nunca libera al deudor de un objeto genérico, tal pérdida sí libera al deudor en caso de una obligación alternativa, siempre y cuando perezcan todos los diversos objetos alternativos.

En segundo lugar, aunque en ambos casos la elección corresponde al deudor (salvo pacto contrario), en la obligación genérica, éste deberá escoger un objeto de mediana calidad, en caso de no haberse determinado de antemano la calidad por entregar; en cambio, el deudor de un objeto alternativo queda en libertad para entregar el objeto de menor valor.

C) *Obligación alternativa y obligación con cláusula penal*

La diferencia entre estas dos figuras es evidente. Si el objeto de una obligación es "A o B" no debemos considerar "A" como pena convencional por el incumplimiento de "B". Una falta de cumplimiento es algo antijurídico, y ninguna de las prestaciones alternativas presupone por parte del deudor que éste haya incurrido en un incumplimiento en relación con la otra prestación.¹⁴

D) *Obligación alternativa y facultativa*

La obligación facultativa se encuentra a mitad de camino entre la obligación alternativa y la obligación con cláusula penal.

Si el deudor debe A, con la facultad de entregar B en vez de A, la obligación no es alternativa, ya que sólo A se encuentra *in obligatione*; B sólo se encuentra *in facultate solutionis*. El deudor debe A, "*si mieux n'aime*" efectuar la prestación B.

Por otra parte, la prestación que se encuentra *in facultate solutionis* no es el objeto de una cláusula penal. Si el deudor prefiere liberarse mediante la entrega del objeto facultativo, no podemos decir que haya incurrido en

¹⁴ Repertoire, Carpentier-du Saint, Obligations N° 485. BF.

un incumplimiento en relación con A: su actitud no tendrá nada de anti-jurídico.

Las diferencias prácticas entre la obligación alternativa y la facultativa son interesantes:

- 1º Si el objeto A es imposible *ab initio*, el deudor de la obligación alternativa todavía debe B; para el que debe A con la facultad de entregar B, se encuentra totalmente liberado.
- 2º Si A se pierde por caso fortuito, el deudor de la obligación alternativa deberá B, mientras que el de la facultativa se encuentra liberado.
- 3º En caso de la precitada obligación facultativa, la demanda tendrá por objeto "A", y no "a o b", como sería el caso en una obligación alternativa.
- 4º En los países que distinguen entre "obligaciones muebles" y "obligaciones inmuebles", el carácter de la obligación alternativa por un objeto mueble y otro inmueble queda pendiente hasta el momento de la desaparición de la alternatividad. En cambio, el carácter de la obligación facultativa queda determinado por la índole del objeto *in obligatione*, sin tomar en cuenta la calificación mueble o inmueble del objeto *in facultate solutionis*.

Sin embargo, hay zonas comunes entre la obligación facultativa y la alternativa. Si en aquella, A está *in obligatione* y B *in facultate solutionis*, y si B se pierde por culpa del acreedor, el deudor tendrá una opción entre:

- a) compensar la culpa del acreedor con el propio deber derivado de la obligación facultativa, o más bien,
- b) efectuar la prestación A y reclamar daños y perjuicios por la pérdida de B.

Ahora bien: en caso de una obligación alternativa por A o B, a elección del deudor, encontramos exactamente la misma solución si B se pierde por culpa del acreedor-no-elector.¹⁵

A causa de la dificultad práctica que existe a menudo para delimitar las obligaciones alternativas y las facultativas, es siempre recomendable que los códigos que tipifican ambas figuras añadan un artículo como el 1507

¹⁵ Répertoire, Carpentier-du Saint, Obligations N° 494. BF.

del código de Chile,¹⁶ en el sentido de que, en caso de duda, la obligación será considerada como alternativa.

E) La obligación alternativa y la correal

En la obligación alternativa encontramos una alternatividad del objeto, no de los sujetos. Así, contrariamente a una decisión judicial argentina¹⁷ y la opinión de Fitting, ambas en el sentido criticable de que la opción que tuviera el deudor de pagar a cualquiera de los acreedores, convirtiese la obligación en alternativa —en este caso, una obligación alternativa con la particularidad de que la elección no correspondiera al deudor, sino al más activo o rápido de los acreedores—.

No veo la ventaja de juntar bajo una sola etiqueta, de “alternatividad”, dos figuras tan heterogéneas como son la obligación alternativa y la correal. Todos sabemos que la problemática de la correalidad es un mundo aparte, un atractivo laberinto práctico y dogmático con sus propias reglas y tradiciones, totalmente distintas de las que encontramos en la obligación alternativa.

F) Otras figuras afines

Para la comparación entre la obligación alternativa y la promesa de contrato, refiero al lector al estudio de Antonio Hernández Gil.¹⁸

No he podido encontrar la fuente dogmática de la distinción que la Suprema Corte sugiere entre la obligación alternativa y la “sustitutiva”.¹⁹

G) La obligación alternativa, ¿es una obligación o son varias?

Se trata de un tema discutido con especial intensidad desde la obra del jurista alemán Pescatore, *Die s.g. alternativa Obligation*, Marburgo, 1880, precursora de su famoso estudio *Die Wahlschuldverhältnisse*, Munich, 1905. Desde este estudio, varios argumentos se han presentado para combatir,

¹⁶ Véase también artículo 651 CC. Arg.; artículo 1564 CC. Colombia; artículo 1563 CC. Ecuador; artículo 1378 CC. el Salv.; BI.

¹⁷ Rep. IX, p. 828, Rev. Jur. Arg. “La Ley”. BI.

¹⁸ Rev. Der. Priv., 1942, p. 556 y ss. BSM.

¹⁹ Sem. Jud. Fed. XLI, p. 3625.

como *Pescatore*, el concepto unitario de la obligación alternativa, o para defender la posición unitarista, como lo hace Antonio Hernández Gil,²⁰ a cuyo análisis contestó el eminente romanista español Alvaro d'Ors,²¹ demostrando que para el derecho romano la cuestión no se presentaba, debido al hecho de que los romanos se acercan a los problemas obligacionales desde el ángulo procesal, y que la alternatividad en las obligaciones romanas daba lugar, según las características del caso concreto, a las más diversas acciones.

Los unitaristas consideran que la obligación alternativa es una sola obligación con alternatividad en relación con el objeto. Los pluralistas, en cambio, opinan que la obligación alternativa es una situación jurídica con alternatividad en relación con la obligación que finalmente cristalizará dentro de la relativa indeterminación inicial.

Para los unitaristas, por lo tanto, la situación en la cual se encuentra el comprador de un objeto con algún vicio oculto en el momento de la compra, y que ahora puede optar entre dos diferentes vías procesales, la *actio redhibitoria* y la *actio quanto minoris*, no debe considerarse como un acreedor, sujeto de una obligación alternativa.²²

Personalmente, no veo por qué excluimos tal opción entre dos vías procesales distintas, del campo de la obligación alternativa. En fin, en obligaciones indiscutiblemente alternativas, el acreedor (si éste tiene la elección) se enfrenta frecuentemente con una concurrencia electiva de acciones, con preclusión recíproca, y las acciones en cuestión pueden ser de índole distinta (una acción real, otra personal; una *actio certa*, otra *actio incerta*).

Aunque el *Corpus Iuris* y el Código de 1928 —y los demás códigos neoromanistas— no ofrecen una base gramatical para una interpretación pluralista (véase los artículos 1968, 1973 y 1974 CC'28) no debemos excluir del campo de la obligación alternativa la situación en la cual una persona debe escoger entre dos obligaciones ligadas entre ellas mediante un régimen de que *altera electa, altera consumitur*. En un caso como el previsto en el artículo 900 CC'28, una persona tiene la opción entre dos situaciones jurídicas totalmente distintas: puede convertirse en deudor del que plantó en su terreno (ya es dueño de la plantación: artículo 895 CC'28); o puede renunciar a la propiedad de la plantación que le concede el artículo 895 CC'28 y convertirse en acreedor del que plantó. En caso de optar por una

²⁰ Rev. Der. Priv., 1942, p. 556 y ss. BSM.

²¹ Rev. Der. Priv., 1944. BSM.

²² Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.*, menciona precisamente este ejemplo como conselación jurídica que no puede considerarse como obligación alternativa.

solución, será deudor; en caso de optar por la otra, será acreedor de cierta cantidad de dinero.

Los pluralistas, admitiendo la posibilidad de una obligación alternativa consistente en la opción entre dos obligaciones, no verán ningún obstáculo para aplicar a esta situación las reglas de la obligación alternativa. Los unitaristas, en cambio, considerarán que esta alternatividad entre dos obligaciones no puede considerarse como obligación. Alegarán que la obligación alternativa muestra una alternatividad entre "cosas", "hechos", "prestaciones", pero no entre "obligaciones". Sin embargo, también un abogado de la banda de los unitaristas inmediatamente aplicará las reglas de la obligación alternativa al caso en que su cliente dueño de un terreno, se viera en la posición prevista en el artículo 900 CC'28 y que la plantación en cuestión se hubiera perdido por caso fortuito: exigiría el precio o la renta del terreno. Y si su cliente es el que plantó, y la plantación se hubiera perdido por culpa del dueño del terreno, ciertamente invocaría las normas relativas a la "concentración de la obligación alternativa".

Una vez más remito al lector al estudio de Hernández Gil,²³ quien trata, en relación con el tema del carácter unitario o pluralista de la obligación alternativa, también la cuestión de si la obligación alternativa no nos presenta acaso un ejemplo de una sola *Haftung* en combinación con un *Schuld* plural.

H) *La "obligación alternativa", ¿es compatible con las reglas dogmáticas respecto de la obligación en general?*

Todos sabemos que cualquier contrato debe tener un objeto (artículo 1794 CC'28); los contratos de que nazcan las obligaciones alternativas, ¿no son acaso inválidos por carecer de objeto? No; la indeterminación del objeto no es total, es sólo relativa. Fijense, al respecto, en el término "determinable" del artículo 1825 CC'28. También podría objetarse a la validez de las obligaciones alternativas, que el artículo 1797 CC'28 prohíbe que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes. Pero a tal objeción debería contestarse que el deudor-elector en la obligación alternativa no queda en libertad de "cumplir o no cumplir" (el lector perdone el tono shakespeariano), y que el acreedor-elector no puede exigir lo que quiera: ambos deberán limitar su elección a un campo de posibilidades de antemano delimitado.

²³ Rev. Der. Priv., 1942, p. 556 y ss. BSM.

6. FUENTES DE LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

Desde luego, tales obligaciones pueden nacer de contratos. También son frecuentes las obligaciones alternativas nacidas de testamentos (legados alternativos: artículo 1421 CC'28) o directamente de la ley (artículo 900 CC'28).

Eventualmente pueden encontrar su origen en un cuasi-contrato. Cuando, por ejemplo, un deudor de "a o b" entrega por error "a y b", el ex-acreedor se convierte en deudor en relación con una nueva obligación alternativa, ya que debe devolver "a o b": esta nueva obligación alternativa habrá nacido, entonces, de una entrega de lo indebido, y corresponde a la figura cuasi-contractual del enriquecimiento ilegítimo.

El ejemplo que Merlín cita, de una obligación alternativa nacida de una sentencia, no es convincente.²⁴ En cuanto a la *condemnatio* con *cláusula arbitraria*, del derecho romano clásico, corresponde más bien a la obligación facultativa que a la alternativa.

7. ¿QUIÉN TIENE EL IUS ELIGENDI?

Desde el derecho romano (D. 45.1.138) el deudor tiene el derecho de elegir siempre y cuando no se haya convenido lo contrario. Esta regla general tiene sus excepciones, como veremos más tarde.

La citada solución general corresponde a la lógica misma. Si el deudor debe "A o B", cumple mediante la prestación de A, pero también cumple mediante la prestación de B, de manera que tiene automáticamente la elección, siempre que no exista un pacto contrario, o que la naturaleza de la relación no sugiera claramente que la intención de las partes haya sido contraria a esta norma básica (así, en el ejemplo de "té o café" que mencioné al comienzo de este artículo, el propietario del restaurante no debe alegar, D.45.1.138 o el artículo 1963 CC'28, para atribuirse el *ius eligendi*.²⁵

Además, esta regla corresponde al *favor debitoris*, o sea al principio —probablemente postclásico— de que toda duda debe interpretarse a favor del deudor (cf. artículo 1162 C.Nap.).

²⁴ Véase el Repertoire de Carpentier-du-Saint, Obligations, bajo la rúbrica "obligations alternatives".

²⁵ Según la doctrina francesa una intención tácitamente manifestada no tiene efectos jurídicos en relación con este tema, de manera que este caso de "té o café" da lugar a una colisión entre costumbre y doctrina; véase Planiol-Ripert, Tratado, VII, trad. cubana, p. 362 (con referencias).

Por voluntad expresa de las partes, empero, la elección puede encargarse, no sólo al acreedor sino también a un tercero (D. 45.1.141.1). En el derecho romano, la relación jurídica queda entonces sujeta a una condición suspensiva: mientras que el tercero no ejerza su derecho de elegir, toda la obligación carece de eficacia. Esta solución no es muy elegante: en fin, la obligación con *ius eligendi* a cargo de un tercero es una obligación de existencia cierta, aunque el objeto con que cumplirá el deudor es relativamente incierto: por lo tanto, si el tercero es renuente, es mejor que la elección sea hecha por otra persona (el juez, o una persona designada por el juez), solución que corresponde a las pocas legislaciones neorromanistas que prevén este problema.²⁶

En caso de que el tercero ejerza su *ius eligendi* con evidente torpeza o mala fe, la dogmática admite el recurso al poder judicial.²⁷

Un caso-límite de la obligación alternativa es la obligación en la cual la "elección" no depende de alguna persona, sino de un acontecimiento futuro e incierto, no ligado exclusivamente a una decisión volitiva de alguien: entonces habremos salido del estricto campo de la obligación alternativa, para acercarnos a la materia de las obligaciones condicionales. Así, si me comprometo a regalar a mi hijo, al final del año escolar, cierta cantidad de dinero que variará según sus calificaciones, de acuerdo con una tarifa pre-establecida, estaremos en presencia de una obligación múltiple, cada una de cuyas posibilidades alternativas queda sujeta a una condición mixta suspensiva bajo un régimen de exclusión recíproca.

Un caso semejante sería una obligación alternativa por "A, y si A resulta imposible, B".

8. EL PRETENDIDO CARÁCTER PERSONAL DEL IUS ELIGENDI

El *ius eligendi* es un derecho accesorio, que sigue al derecho principal en caso de cesión o de transmisión mortis causa. Esta regla, tan natural, ha sido muy discutida en tiempos del *Usus Modernus Pandectarum* o sea durante "la segunda vida del *Corpus Iuris*". Las palabras "haec electio est personalis" de D. 45.1.76 pr., habían provocado la injustificada conclusión por parte de Donelo de que el *ius eligendi* fuera personalísimo e intransferible²⁸ de manera que, en caso de cesión, la *electio* y la *obligatio* tomarían caminos distintos. Esta idea forzada es incompatible con otros

²⁶ Cód. Italiano, artículo 1286/7.

²⁷ Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.*, p. 106 (con referencias).

²⁸ Donello, *Comment.*, IX.15.2.6. BF.

textos del Corpus Iuris (D. 30.47.3; D. 30.75.3) y está basada en una defectuosa comprensión del problema de D. 45.1.76 pr.: allí se trata de la cuestión de si el paterfamilias podía ejercer el *ius eligendi* en obligaciones alternativas derivadas de negocios celebrados por sus esclavos o por hijos sometidos a su potestad, decidiéndose que éstos tenían en forma exclusiva el *ius eligendi*. Esta decisión, manifestada en las palabras de *haec electio est personalis* no debe recibir una interpretación disociada del problema a que se refieren.

Aún admitiendo la transmisión automática del *ius eligendi* cuando hay un cambio en la persona del deudor-electo o del acreedor-electo, se puede preguntar si sería posible ceder el *ius eligendi* sin el crédito a que se refiere (o el crédito sin el *ius eligendi*) en caso de que la elección correspondiera al acreedor.

La moderna dogmática alemana²⁹ exige en tal caso un pacto especial entre el acreedor y el deudor, con lo cual nos acercamos a una novación. En realidad, no veo la necesidad de restringir la citada transmisión en esta forma: a condición de reglamentar debidamente la *mora eligendi*, el deudor no verá su situación jurídica empeorada en caso de una transmisión del *ius eligendi* por parte del acreedor-electo.

Consideraciones análogas se aplicarán al caso de la cesión del *ius eligendi* por el deudor-electo.

9. IUS ELIGENDI Y DERECHO DE EXIGIR EXHIBICIÓN

Si el acreedor tiene el *ius eligendi*, y el deudor tiene los objetos de que se trata en su poder (como en caso de un legado alternativo), ¿tiene el deudor el deber implícito de mostrar los objetos al acreedor-electo, con el fin de facilitarle la formación de su criterio?

El principio de la *bona fides*, que penetra en toda la vida jurídica como el agua una esponja, sugiere una contestación positiva.

10. EL CARÁCTER INDIVISIBLE DEL IUS ELIGENDI

No sólo la alternatividad es indivisible (el deudor-electo de "A o B" no podrá optar por la mitad de A más la mitad de B, y el acreedor-electo no podrá exigir una combinación de prestaciones parciales: véase artículo

²⁹ Véase Enneccerus-Kipp-Wolff, I. c.

1962 CC'28), sino el mismo *ius eligendi* es indivisible.³⁰ Por lo tanto, si el deudor-elector muere, dejando a dos herederos, ellos no podrán ejercer su *ius eligendi* separadamente, por la mitad de A o de B.

La combinación de la alternatividad con una pluralidad de sujetos y el principio dogmático de que el *ius eligendi* es indivisible, da lugar a algunos problemas que algunos códigos neorromanistas reglamentan en forma especial³¹ pero que el Código del Distrito Federal (1928) no prevé, de manera que debemos recurrir, para este tema, a los principios dogmáticos generales.

El Usus Modernus Pandectarum y la Pandectística habían admitido, en general, que la indivisibilidad puede producir la solidaridad.³² El código de 1928 adopta una actitud de *demi-vierge* a este respecto: primero va en contra de esta opinión pandectística (artículo 2004 CC'28), pero luego declara en el artículo 2006 CC'28 que los codeudores que hayan contraído una deuda indivisible, o que hayan heredado tal deuda, quedan obligados, cada uno, por la totalidad de la deuda.

Admitiendo que el *ius eligendi* es indivisible, y apoyándonos en el artículo 2006 CC'28, creo que debemos aceptar las siguientes cuatro conclusiones:

- a) Supongamos que el deudor de “a o b” —a elección del acreedor— muere, y que el heredero 1 reciba “a”, y el heredero “b”; el acreedor podrá pedir entonces “a” del heredero 1 o “b” del heredero 2; de acuerdo con el artículo 2009 CC'28, el heredero que cumpla tendrá luego un derecho de indemnización proporcional contra su coheredero.
- b) Si en el caso anterior no el deudor, sino el acreedor-elector muere, el carácter indivisible de la alternatividad produce entonces una situación, prevista por el artículo 2007 CC'28, en que cada uno de los coherederos podrá reclamar del deudor “a” o “b”; sin embargo, el cumplimiento a favor de cualquiera de los coherederos extingue la obligación. Por lo tanto, nace una correalidad activa, con la particularidad de que el coheredero que reclame “a” o “b” deberá dar garantía para la indemnización de los demás coherederos (artículo 2007 CC'28).
- c) Si el deudor de “a o b” —a elección del deudor— muere, y heredero 1 recibe “a”, mientras que heredero 2 recibe “b”, cada uno de los

³⁰ Véase Hernández Gil, Rev. Der. Priv., 1942, p. 556 y ss. BSM.

³¹ Véanse los códigos de Italia y Chile.

³² Windscheid, Pandecten, 3ª ed., 1870, II.299. BM.

herederos queda en libertad de entregar el objeto que haya recibido; el primero que efectúe tal entrega extingue la obligación alternativa, pero recibe un derecho de indemnización proporcional contra su coheredero. En caso de incumplimiento, el acreedor deberá demandar solidariamente a ambos coherederos, por el objeto “a o b”, con la particularidad de que se establece una alternatividad entre “prestación “a” por coheredero 1” o “prestación “b” por coheredero 2”. Si los coherederos no logran ponerse de acuerdo respecto del cumplimiento, considero que el juez deberá elegir entre “a o b”, y determinar su equivalente en dinero. Con esta intervención el objeto de la obligación llega a ser divisible, de manera que tanto el problema de la alternatividad como el de la correalidad desaparece, y cada uno de los dos deudores será condenado por la mitad del valor en cuestión.

- d) Si el deudor debe “a o b” —a su elección— y el acreedor muere, dejando a dos coherederos, la elección por parte del deudor de un objeto indivisible creará una correalidad activa en el sentido especial del artículo 2007 CC'28 (cada uno de los herederos podrá exigir el cumplimiento completo, dando garantía para la indemnización del otro heredero). Si el deudor elige un objeto divisible, cada uno de los herederos tendrá derecho a reclamar la mitad, ya que la mancomunidad es regla, y la correalidad es excepción.

Algunas legislaciones —como la griega— prevén en forma especial la combinación de la alternatividad con la correalidad, lo cual permite llegar a resultados menos casuísticos y más sencillos.

11. LA MORA ELIGENDI

La facultad de elegir es a la vez un derecho y un deber. Esto es evidente cuando la elección corresponde al deudor; pero también vale para el caso en que el acreedor tenga el *ius eligendi*: no olvidemos que el deudor tiene interés en saber a qué atenerse, ya que no podrá guardar eternamente ambos objetos a la disposición del acreedor.

La pura *mora eligendi debitoris* es rara, ya que normalmente el deudor no tiene el deber de anunciar su elección antes del cumplimiento, y después del vencimiento del deber de cumplir, ya no hay una simple *mora eligendi*, sino una *mora debitoris* en forma completa, uno de cuyos aspectos puede ser una *mora eligendi*.

Más factible será encontrar una *mora eligendi creditoris* en forma aislada (es decir, no como una de las facetas de la *mora accipiendi* en general), ya que la elección por parte del acreedor es un requisito previo del ofrecimiento por parte del deudor, sin cuyo ofrecimiento no podrá nacer una *mora accipiendi* (*mora creditoris*) en forma completa.

En este último caso, de la *mora eligendi creditoris*, ¿qué podrá hacer el deudor? Sería injusto exigir que consignara ambos objetos que se encuentren *in obligatione*; y en caso de consignar un solo objeto, el deudor habría efectuado una elección que en nuestro supuesto no le correspondía.

El Corpus Iuris no ofrece una solución clara, y los pandectistas del siglo pasado proponían que el deudor hiciera primero una interpelación, fijando un plazo razonable para la elección, pasado el cual el *ius eligendi* se trasladaría al deudor.³³ La doctrina francesa propone más bien un traslado a la autoridad judicial.³⁴

El código del Distrito Federal, de 1928, no reglamenta esta cuestión en forma general, pero el artículo 1425 CC'28 sigue la solución francesa para el caso especial de un legado alternativo con *ius eligendi creditoris*.

En caso de *mora eligendi* por parte del tercero que tuviera el *ius eligendi*, el derecho romano prevé, en caso de un legado, que este *ius eligendi* se traslada al legatario (C. 6.43.3.1: una curiosa cita, ya que contraría al principio romano de que la atribución del *ius eligendi* a un tercero convierte la institución jurídica en cuestión en una figura condicional). El derecho italiano traslada el *ius eligendi* al juez, en tal caso. El derecho mexicano, por analogía con los artículos 2251-2253 del Código de 1928, considera —en mi opinión— la obligación como ineficaz, a causa del hecho de que la condición suspensiva de que la eficacia de la obligación depende, no se ha realizado. Sin embargo, la analogía con el artículo 1425 CC'28 podría sugerir otra solución: una elección por el juez si el tercero, titular del *ius eligendi*, no hiciera la elección.

12. EXCEPCIONES A LA REGLA DE QUE EL DEUDOR TIENE EL IUS ELIGENDI

a) Hemos visto que la alternatividad puede referirse al lugar del cumplimiento (“entrega de A en Toluca o en Zitácuaro”), un caso no previsto especialmente en el artículo 1962 CC'28, pero que corresponde a una tradición jurídica que va desde el derecho romano (D. 13.4.2.2/3) hasta Gar-

³³ Windscheid, Pandekten, 3ª ed., 1870, II.17. BM.

³⁴ Planiol-Ripert, *op. cit.*, p. 362.

cía Goyena (comentario al artículo 1051 del Proyecto) y la moderna dogmática neorromanista.³⁵

En este caso, el derecho romano trasladaba el *ius eligendi* hacia el acreedor, solución acertada y lógica: de otra manera, en los casos en que la competencia judicial dependía del *forum solutionis*, el demandado tendría siempre la posibilidad de alegar la incompetencia del tribunal elegido por el acreedor, diciendo que él, el deudor-electo, tenía la intención de cumplir en el lugar alternativamente previsto, que no era de la competencia de este tribunal. El actor, en tal caso, hubiera cometido una *pluris petitio loco*, lo cual significaba en tiempos clásicos que, a causa del efecto novatorio de la *litis contestatio*, había perdido su derecho. La voz indirecta, utilizada en D. 13.4.2.3., indica que Ulpiano está citando aquí a Scaevola, al maestro de su propio maestro Papiniano, de manera que el traslado del *ius eligendi*, en este caso, hacia el acreedor debe haber formado parte de toda una tradición clásica.

En los derechos neorromanistas no he podido encontrar repercusiones de esta solución romanista. Sin embargo (aunque una *pluris petitio loco* ya no tiene actualmente los efectos nocivos que tenía en tiempos clásicos), la ausencia de esta inversión del *ius eligendi* puede causar molestias al acreedor moderno, ya que entre los diversos criterios para determinar la competencia judicial encontramos "el lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación" (véase, por ejemplo, el artículo 156-II, CPrC,DF).

b) El derecho romano nos muestra una segunda excepción a la citada regla básica. El titular de un legado alternativo *per vindicationem* deriva del testamento una acción real; y como ésta no puede referirse a un objeto relativamente incierto ("a o b"), en el legado alternativo *per vindicationem* (a diferencia del legado alternativo *per damnationem*) el *ius eligendi* correspondía al legatario, o sea al acreedor. (Mencionemos aquí de paso la acertada observación citada por Alvaro d'Ors³⁶ de que, en este caso, aunque hay alternatividad, no existe una verdadera obligación alternativa, ya que este legado produce directamente un derecho real.)

Para comprobar lo anterior debe compararse D. 30.34.14 (legado *per vindicationem*) con D.31.11.1 (legado *per damnationem*).³⁷

Luego, como Justiniano, el eterno unificador, borraba las diferencias entre las cuatro formas clásicas del legado, otorgando a todo legatario facul-

³⁵ Enneccerus-Kipp-Wolff, 1. c.

³⁶ Rev. Der. Priv., 1944, p. 19. BSM.

³⁷ Evidentemente, el "legado de opción" siempre otorgaba la elección al legatario, de manera que no podía formularse "per vindicationem".

tades de recurrir a una acción real o una acción personal, tuvo que generalizar —junto con la acción real— también el principio de D.30.34.14, trasladando en forma global el *ius eligendi* al legatario, como resulta de Inst. II.20.22.

En el moderno derecho mexicano, esta inversión del *ius eligendi* ya no es necesaria. Que el legatario reciba una acción real o personal, ya no depende de la formulación "*per vindicationem*" o "*per damnationem*", sino de la circunstancia que el objeto del legado sea una cosa específica (que además se encuentra entre los bienes de la herencia), o una cosa todavía no individualmente determinada: el problema romano de un legado *per vindicationem* que otorgara una *rei vindicatio* respecto de una cosa todavía no individualmente determinada —situación anómala que exigía la citada inversión del *ius eligendi*— ya no puede presentarse.³⁸

c) Una tercera excepción a la citada regla general se presenta en el derecho romano (y debería ser prevista en el derecho moderno) en el caso de C. 4.5.10, expuesto en el párrafo 18 de este estudio (y una excepción a esta excepción —muy justificada en algunos casos— se encuentra en D. 12. 6.21, analizada en el segundo inciso de dicho párrafo).

13. PARTICULARIDADES PROCESALES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

Supongamos ahora que el deudor, provisto del *ius eligendi*, incurra en incumplimiento. ¿Cómo deberá formularse la demanda? También en forma alternativa, pidiéndose "a o b".

En tiempos del proceso formulario, en el cual la *condemnatio* debía ver-sar necesariamente sobre cierta cantidad de dinero, la sentencia eliminaba desde luego esta alternatividad que desde la demanda caracterizaba el proceso; no olvidemos que es jurídicamente imposible una alternatividad respecto a dos cantidades distintas del mismo género: una *condemnatio* a "10 o 15 sestercios" se reduciría a "10 sestercios" en vista del *ius eligendi debitoris*, supuesto en este párrafo.

Sin embargo, durante la tercera fase del desarrollo procesal romano, la fase del "procedimiento extra-ordinario", se introdujo la posibilidad de condenar por objetos determinados, no necesariamente por su equivalente en dinero; desde aquel momento —como también sucede en el derecho

³⁸ Véase el art. 1429 CC'28. Fuera de este caso, los legados dan lugar a acciones personales.

procesal moderno, que tanto se parece al sistema “extra-ordinario”— la alternatividad sobrevive a la sentencia y perdura hasta entrada la fase de la ejecución forzosa. Pero si la *condemnatio* se refiere a objetos ciertos y determinados que se encuentren en poder del deudor, y si el deudor aún no se decide en el momento previsto para poner A o B en secuestro, entonces el *ius eligendi* se traslada al acreedor (D. 31.11.1). En otras palabras, el *ius eligendi* del deudor-elector no se pierde *in petitione*, ni tampoco *in condemnatione*, sino sólo *in stadio executionis*.

La moderna dogmática alemana sigue estas líneas, afinándolas, enpero, en el sentido de que durante la fase ejecutiva, y antes del momento previsto para el secuestro, el deudor sólo podrá ejercer su *ius eligendi* mediante un ofrecimiento efectivo (y no mediante promesas y declaraciones que podrían resultar platónicas, y que quizás sólo tendrían miras dilatorias).

El derecho mexicano no prevé esta complicación en forma expresa. Supongamos que la sentencia obliga al deudor a dos cosas, acumulativamente, o sea: a) elegir dentro de un plazo determinado, y b) cumplir luego, efectuando la prestación elegida. Entonces podría pensarse eventualmente, si el deudor persiste en su *mora eligendi*, en combinar los artículos 2064 CC'28 y 449-I CPrC,DF, encargándose la elección a un tercero (recuerden que el *ius eligendi* no es personalísimo, como hemos visto). Sin embargo, la solución no me convence; no olvidemos que este tercero debería procurar tomar una decisión que correspondiera a la que, normalmente, el mismo deudor-elector hubiera tomado; en otras palabras, debería escoger la prestación menos gravosa para el deudor. En vista de esta circunstancia, que coloca la decisión del tercero de todos modos bajo un posible control judicial en caso de que el deudor no estuviera de acuerdo con ella, sería mejor recurrir de una buena vez al espíritu, no del artículo 2064 CC'28 sino del artículo 1425 CC'28, permitiendo que el poder judicial haga la elección en lugar del deudor renuente, si en el momento en que una de las cosas alternativamente debidas debe ponerse en secuestro judicial, el deudor todavía se negara a ejercer su *ius eligendi*. En los casos en que no se trata de una alternatividad entre cosas ciertas y determinadas, los artículos 449 y 450 CPrC,DF, en combinación con el principio contenido en el artículo 1425 CC'28, señalarán el camino por seguir.

Repito: el juez tendrá que elegir la prestación menos gravosa para el deudor-elector. En caso de duda respecto de la cuestión cuál de las prestaciones es la menos gravosa, de acuerdo con el principio de 449-III y 450-III CPrC,DF el actor deberá señalar los valores alternativos; luego

el juez les moderará prudentemente; y por este acto judicial el deudor quedará condenado por la cantidad menor que resulte de este procedimiento, en vista del principio de que toda alternatividad termina cuando se presentan alternativamente distintas cantidades de un solo género.

14. EXCURSUS: LA PLUS-PETITIO CAUSA

Si el acreedor no se da cuenta de las complicaciones anteriores, formulando la demanda sólo por uno de los objetos alternativos, comete una *plus-petitio causa* que tenía serias consecuencias en el derecho romano clásico, como claramente señala Gayo —el mayor de los clásicos menores— en sus *Instituciones*, publicadas aproximadamente en 160 d.Cr.³⁹ A causa del principio de congruencia entre demanda y condena, el juez no podría condenar a lo que pedía el actor; y en vista del efecto novatorio de la *litis contestatio*, el acreedor no podría iniciar un nuevo proceso sobre la misma cuestión: había perdido el proceso y había también perdido su derecho.

En tiempos postclásicos, Zenón (a fines del quinto siglo) y Justiniano disminuyeron el rigor de las sanciones inherentes a la *plus-petitio*, mediante normas imperiales (“constitutiones”) que en parte encontramos en C. 3.10. A primera vista, esta suavización del sistema no se extendía a la *plus-petitio causa*. Sin embargo, las *Instituciones* de Justiniano (533), posteriores a la última Constitutio de C. 3.10 (532) declaran que dichas reformas se referían a todas las ramas de la *plus-petitio* (*re, tempore, loco, causa*), de manera que el derecho postclásico parece haber remediado también la triste situación del actor que hubiera cometido una *plus-petitio causa* en relación con una obligación alternativa. (En tales reformas, dicho sea de paso, encontramos cómo el derecho postclásico, más equitativo y sentimental, solía corregir la actitud a veces tan fría y deportista del derecho clásico.)

De acuerdo con los principios procesales modernos (véase el texto expreso del artículo 81 CPrc,DF) las sentencias ya no deben ser necesariamente congruentes con la demanda, sino que deben corresponder a “las demandas, las contestaciones y las demás pretensiones deducidas oportunamente”, de manera que el fantasma de la *plus-petitio* ya no amenaza al actor contemporáneo. Si el demandado se defiende, comprobando que existe una alternatividad combinada con un *ius eligendi debitoris*, el hecho de que la demanda haya sido formulada por un objeto simple ya no impide que la sentencia salga por un objeto alternativo.

³⁹ Gayo, Inst., IV.53-d.

15. ¿EN QUÉ MOMENTO PODEMOS CONSIDERAR LA ELECCIÓN
COMO DEFINITIVA?

Si el ejercicio del *ius eligendi* por parte del deudor coincide con el cumplimiento (caso muy frecuente), la elección manifestada en este cumplimiento es, desde luego, definitiva, con una sola excepción, o sea el caso en el cual el deudor cumple, efectuando la prestación A, ignorando justificablemente que tenía la facultad de elegir entre A y B. Aunque el acreedor haya entonces aceptado de buena fe el objeto A, el deudor podrá recuperar este objeto y entregar B, en caso de hacer verosímil la existencia del citado error y de comprobar el carácter justificable del mismo.

Sin embargo, en muchas ocasiones se inserta entre el momento de la formación de la obligación y el de su extinción mediante el cumplimiento, otro momento más: el de la declaración respecto del objeto elegido para el cumplimiento. Tal declaración, basta para convertir la obligación alternativa en simple. En otras palabras, ¿el paso de la indeterminabilidad relativa original hacia la determinabilidad absoluta final, se efectúa por la notificación de la elección, o por el cumplimiento?

Muchas citas en el Digesto conceden al deudor-electo o al acreedor-electo, hasta el momento del cumplimiento efectivo, algo que los juristas posteriores han llamado: el *ius variandi*. El término no es muy acertado: no hay una figura positiva consistente en un “derecho de variar” sino más bien una ausencia de obligatoriedad en relación con una elección, no acompañada de cumplimiento.

Este antiguo *ius variandi* no nos sorprende demasiado: sabemos que los romanos no concedían a la oferta unilateral, a la declaración unilateral, los amplios efectos obligatorios previstos por el derecho actual (sólo la *pollicitatio* a favor del municipio y el *votum* a favor del templo eran obligatorios a pesar de una falta de aceptación).

Desde luego, la elección podía incorporarse en un verdadero contrato entre el acreedor y el deudor, en cuyo caso una obligación alternativa se convertiría en *obligatio simplex* mediante novación desapareciendo así todo *ius variandi*. Pero entre estos extremos de una declaración meramente unilateral, sin eficacia obligatoria, y un auténtico contrato respecto de la “concentración de la obligación alternativa”, existe una zona gris: que decían los romanos de una declaración tácita respecto de la elección, tácitamente aceptada.

La contestación se encuentra en D. 12.6.26.13. Nos coloca ante el caso de que un deudor debe “10 o A”, y luego paga 5. Después quiere entregar A.

Resulta que podrá recuperar 5 mediante la *condictio indebiti* (recuperación de lo indebidamente pagado); por lo tanto, la entrega de 5, con anuencia del acreedor (que no estaba obligado a recibir pagos parciales) no había quitado al deudor su *ius variandi*. Este privilegio de cambiar de opinión podía desaparecer mediante una novación, mediante la celebración de un verdadero nuevo contrato: no mediante declaraciones unilaterales, pactos nudos o la creación de evidentes apariencias.

No resisto a la tentación de señalar que encontramos aquí, de paso, una aplicación del principio romano de que un pago parcial no equivale a una extinción parcial de la obligación: a pesar del pago parcial, toda la obligación queda en pie. Para "suavizar el golpe" el deudor, con consentimiento del acreedor, puede hacer pagos parciales, pero, dentro del sistema romano, éstos sólo extienden su eficacia jurídica a la obligación en el momento de llegar —en conjunto— al importe del pago completo; sólo entonces la existencia de la obligación queda afectada. Antes de este momento existen paralelamente: a) una obligación completa y b) una serie de pagos, recuperables por el deudor como pagos indebidos. Es evidente la importancia práctica de esta manera de ver las cosas, sobre todo en relación con derechos accesorios como son la prenda, la hipoteca o la fianza. Véase D.45.1.2.1.

Este *ius variandi* ofrece aspectos injustos. Creando una apariencia de elección, uno puede causar molestias y perjuicios a la parte contraria.⁴⁰ Pero también existe un argumento derivado de la dogmática jurídica, para criticar este *ius variandi*; si debo "a o b", y luego "a" se pierde fortuitamente, aún deberé "b", como veremos en su oportunidad; pero si primero declaro que he elegido "a" como objeto de mi futuro cumplimiento, y luego "a" se pierde por caso fortuito, ya no debo nada (véase, por ejemplo: D.31.11.1). Ahora bien: es realmente injusto que una declaración platónica, que no es obligatoria para el deudor, le conceda un privilegio tan importante como es la reducción de su responsabilidad en caso de una pérdida fortuita.

Parece que ya en tiempos clásicos, varios juristas se dieron cuenta de esta circunstancia, y trataron de eliminar el *ius variandi*. Así, en la ya mencionada cita D.31.11.1, Pomponio niega el *ius variandi* al heredero, *deudor* de un legado alternativo; busca apoyo con el gran Salvio Juliano, cuya opinión concordante se ha conservado en D.30.84.9.⁴¹ También en

⁴⁰ Jhering, *Jahrb. I.* (1857), p. 31/2 (BF). Véase también Alvaro d'Ors, *l. c.*, p. 17.

⁴¹ Véase Beseler, *ZSS*, 1925, p. 438 (BF), opina que esta limitación del *ius variandi* es postclásica, y señala su incompatibilidad con otras citas del Digesto (como D. 46.3.59). Sin embargo, la "escuela clásica" no muestra una unidad monolítica: no todas las contradicciones entre las citas de autores clásicos (inclusive autores que pertenezcan ambos a la corriente proculeyana o sabiniana) se derivan necesariamente de modificaciones postclásicas.

negocios *inter vivos*, Pomponio trata de limitar el *ius variandi*, haciéndolo depender de una fina diferencia gramatical en la formulación del contrato respectivo: "quem volam" —futuro primero— corresponde al *ius variandi*; en cambio "quem voluero" —futuro segundo— elimina este derecho.⁴² Sin embargo, parece que esta proposición no ha logrado convertirse en una opinión común: Venuleio, pocas citas después, concede el *ius variandi* en forma general, sin meterse en *grammatical niceties*, a la Pomponio (D.45.1.138).

La amplitud con que el derecho neorromanista concede eficacia obligatoria a la declaración unilateral, y la actual generosidad en reconocer pactos tácitos, sancionados por el principio —nada romano— de que "pacta sunt servanda", han acabado con el *ius variandi*, y desde el Código Civil Alemán, la mayoría de los códigos neorromanistas contienen la disposición de que la elección, una vez notificada a la parte contraria, reduce la obligación alternativa a una *obligatio simplex*. En otras palabras, en el derecho neorromanista, la notificación tiene efectos concentrantes (véase artículo 1964 CC'28, interpretado a *contrario sensu*).

Aunque esta solución es mejor que el antiguo *ius variandi*, aún no es ideal. No olvidemos que una de las finalidades que se persiguen con la obligación alternativa, es la de proteger al acreedor contra el impacto directo de la pérdida fortuita. No debe depender, entonces, del arbitrio del deudor reducir la obligación alternativa a obligación simple, en cualquier momento, mediante la notificación de la elección que haya hecho. Creo que deberíamos establecer que la notificación de la elección, hecha antes del cumplimiento, no tendrá efectos concentrantes, salvo pacto contrario.

Otros problemas que se presentan en el derecho neorromanista, en relación con este tema, son los siguientes:

1) El deudor-electo de A o B, ofrece un pago parcial de A. El acreedor lo rechaza, lo cual es su buen derecho. Enneccerus-Kipp-Wolff consideran que esta oferta rechazada no deja huellas en la vida jurídica, de manera que no limita la facultad del deudor de cumplir mediante la prestación del otro objeto.⁴³

⁴² Para una explicación de esta fina diferencia, véase Donello, *Comm.* IX.15.2.8 (BF): "volam" se refiere a una posibilidad de cambiar libremente la voluntad durante un futuro abierto; en cambio, "voluero" se refiere a una declaración hecha después de fijarse la voluntad, en un momento dado, eliminándose así el *ius variandi*. Véase también el análisis respectivo de Grosso, *Problemi costruttivi e sistematici dell'obbligazione alternat. nel dir. rom.*, *Riv. di dir. comm.*, 1940, p. 224 y ss. BSM.

⁴³ Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.*

Tengo mis dudas al respecto. El cumplimiento sin previa notificación de la elección tiene dos funciones: a) sirve como declaración implícita de la elección y b) sirve para extinguir la obligación. Si un ofrecimiento de cumplimiento parcial fracasa ahora en cuanto a la segunda función, de todos modos puede surtir efecto como declaración de la evidente voluntad del deudor de elegir determinado objeto, eliminando por lo tanto su *ius variandi*.

2. Si un testamento me ofrece una herencia, la cual queda aceptada por mí, y me impone la obligación de entregar cada año a determinada persona \$ 1,000.00 ó sus gastos médicos del año, a mi elección, podré preferir entonces un año la entrega de \$ 1,000.00 y otro año el reembolso de los gastos médicos.

D.19.1.21.6 contesta en sentido afirmativo, pero ésto no significa nada para el derecho actual: ya hemos visto que el derecho romano concede al *ius variandi* una amplitud incompatible con los sistemas neorromanistas. La doctrina pandectística del siglo pasado proponía que consideremos la obligación alternativa de prestaciones periódicas como una serie de sendas obligaciones alternativas: por lo tanto, la alternatividad se renueva cada año y una decisión respecto de un año no prejuzga sobre la decisión del próximo. Inclusive opina que el concepto de "prescripción extinctiva" no puede extenderse al *ius eligendi* de un deudor que durante muchos años hubiera persistido en una preferencia determinada.^{43-a} Estas opiniones doctrinarias de la pandectística alemana coinciden con la actitud respectiva del derecho francés.⁴⁴

3) Como el cumplimiento sirve, normalmente, al mismo tiempo como notificación de la elección, se ha discutido si no existe un deber especial de notificar la elección a la parte contraria, si ésta *no* es al mismo tiempo la persona que recibirá el cumplimiento (como en caso de los contratos alternativos a favor de un tercero).⁴⁵

16. ¿LA ELECCIÓN, TIENE EFECTOS RETROACTIVOS?

Para ilustrar la importancia de esta cuestión, servirá el siguiente ejemplo. En uno de los países modernos en que los negocios de enajenación respecto de bienes específicos trasladan inmediatamente el dominio (por el perfeccionamiento del negocio mismo, sin necesidad de una entrega; véase por ejemplo el artículo 2014 CC'28) un deudor debe a un acreedor-electo

^{43-a} Holzschuher, *Gemeines Civilrecht*, Leipzig, 1858. III.24. BF.

⁴⁴ Repertoire, Carpentier-du Saint, bajo rúbrica Oblig. Alternat.

⁴⁵ Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.*

un bien específico A, u otro bien B. Después de algunas semanas, el acreedor elige A, pero resulta que, entre tanto, el deudor ya había vendido este objeto.

Si damos a la elección un efecto retroactivo, *ex tunc*, el deudor vendió un objeto que ya pertenecía al acreedor, de manera que deberíamos aplicar las reglas relativas a la venta de un bien ajeno. En cambio, si damos a la elección sólo efectos para lo futuro, *ex nunc*, el deudor vendió un bien propio, de manera que la venta misma es inatacable (aunque el deudor deberá, desde luego, daños y perjuicios al acreedor, por su conducta anti-jurídica). Especialmente en los países que se apartan del principio francés de que "*en fait de meubles, la possession vaut titre*", haciendo concesiones al principio romano de que *ubi invenio rem meam, ibi reivindico*, la diferencia entre ambas soluciones, para el tercero, el comprador, es considerable.

El derecho alemán admite la retroactividad de la elección (BGB 263-II), pero en este sistema jurídico, la cuestión no es tan importante ya que, apegándose al modelo romano, el derecho alemán niega efectos traslativos de dominio al negocio de enajenación: sólo con la entrega la propiedad se traslada. También el derecho francés admite la retroactividad de la elección,⁴⁶ pero allí el tercero, el comprador de nuestro ejemplo, queda generalmente protegido por el principio de que para bienes muebles la posesión equivale a un título jurídico. En cambio, el derecho belga rechaza la retroactividad de la elección.⁴⁷

El derecho mexicano guarda silencio al respecto. Es verdad que concede un efecto retroactivo a la condición (artículo 1941, CC'28) pero, como hemos rechazado la construcción de la obligación alternativa como condicional, esta circunstancia no resuelve nuestro problema. Siendo normal que los actos jurídicos sólo producen sus efectos para lo futuro y necesi-tándose una disposición expresa para poder dar a tales actos efectos *ex tunc*, opino que la elección en el derecho mexicano no tiene efectos retroactivos. Y esta opinión tiene, además, ventajas prácticas: como el derecho mexicano da efectos traslativos de dominio a la venta de objetos específicos (artículo 2014 CC'28) y como, por otra parte, el tercero adquirente de buena fe, no queda protegido por el principio francés de que "*en fait de meubles, la possession vaut titre*", un efecto retroactivo de la elección convertiría al comprador-electo *ex tunc* en propietario del objeto

⁴⁶ Planiol-Ripert, *op. cit.*, p. 363.

⁴⁷ Henri de Page, *Traité*, III, N° 281. BI.

elegido, y colocaría al tercero adquirente de buena fe en una situación jurídica muy peligrosa.

17. LA ELECCIÓN Y LAS MODALIDADES

La notificación de la elección tiene por objeto el de aclarar una situación jurídica relativamente indeterminada. Por lo tanto, varios juristas opinan que una modalidad añadida a la elección iría en contra de la *ratio iuris* de ésta, y el artículo 306 del excelente código civil de Grecia (1946) hace suya esta opinión. Esta solución me parece demasiado rigurosa: creo que las necesidades prácticas de algún caso concreto podrían justificar que la elección sea, por ejemplo condicional, como en el caso mencionado por Enneccerus-Kipp-Wolff: "tráigame un filete si está tierno; si no, tráigame pescado".⁴⁸ Especialmente la *condicio in praesens collata* o *in praeteritum collata* puede tener su utilidad práctica como modalidad de la elección, sustituyendo en algunos casos la *obligatio exhibendi* por parte del deudor. Sin embargo, si el acreedor está obligado a notificar su elección antes de cierta fecha, no debemos permitirle que formule su elección con modalidades que le dieran un perfil borroso.

18. ERRORES EN EL CUMPLIMIENTO

Algunos errores en el cumplimiento han dado lugar a interesantes discusiones:

1) ¿Qué situación se presentará si un deudor, por error, paga "a y b" en vez de "a o b"? Veremos que un análisis equitativo se opone, en este caso, a una actitud rigurosamente dogmática. De acuerdo con esta última, el exacreedor se ha convertido, por el error del exdeudor, en un nuevo deudor de "a o b"; y como la elección corresponde al deudor (regla general), es el exacreedor el que debe decidir ahora si prefiere devolver "a" o devolver "b". Esta opinión fue la de Celso, Marcelo y Ulpiano. Pero otra corriente de opiniones, representada por los dos gigantes clásicos, Salvo Juliano y Papiniano, consideraba que no sería justo que el deudor, por un simple error, perdiera su original derecho de elegir entre la entrega

⁴⁸ Enneccerus-Kipp-Wolff, 1. c.

de "a o b" de manera que la recuperación de lo indebidamente pagado (*condictio indebiti*) debería versar sobre el objeto que escogiera, en este caso, el actor o sea el exdeudor.

Justiniano decidió esta controversia en 530, a favor de Papiniano y Salvio Juliano (C.4.5.10). El moderno derecho mexicano da escasas bases para la resolución del problema; sin embargo, el análisis del término de "empobrecimiento" y "enriquecido" del artículo 1882 CC'28, y del artículo 1976 CC'28 (en el cual también sucede que un exdeudor se ve de pronto convertido en acreedor) apuntan hacia la solución justinianeana de C.4.5.10.

2) En caso de una obligación alternativa *solidaria*, el problema anterior se complica; A estipula que B o C efectúen una de dos prestaciones alternativas. Por error ambos cumplen. ¿Quién tiene derecho de recuperar su prestación? Aquí, C.4.5.10 no nos ayuda, y debemos recurrir a D.12.6.21, que concede el *ius eligendi* al exacreedor (A en nuestro ejemplo), solución que no me convence. Considero que el primer cumplimiento en el tiempo extinguió la obligación, de manera que el segundo "cumplimiento" es un pago de lo indebido: el exacreedor tendrá que devolver la segunda prestación.⁴⁹ Sólo en el caso excepcional de prestaciones respecto de las cuales no puede determinarse con exactitud cual ha sido efectuada primero, podría aplicarse D.12.6.21, en silencio del derecho codificado.

Para el caso de aplicación de D.12.6.21, es interesante fijarse un momento en una extraña interpretación que dio Thibaut a las palabras "electio est creditoris, cui velit solvere". Este autor, tan conocido entre nosotros por su controversia con Von Savigny sobre la descabildad de la codificación del derecho, opinaba que D.12.6.21 concede al exacreedor el derecho de elegir a cuál de sus dos exdeudores prefiere hacer la devolución, pero que (como en otros casos de prestación equivocada) el exdeudor en cuestión tendría la elección entre los objetos por recuperar. Esta interpretación daría resultados que me parecen injustos, como demuestra el siguiente ejemplo: A y B deben solidariamente 100 sestercios o un caballo; sin que logre determinarse quién cumplió primero a entregar 100 sestercios y B entrega el caballo. El exacreedor ahora deudor de "100 sestercios o un caballo" deberá elegir según Thibaut, entre "devolución a exdeudor o A devolución a exdeudor B ("electio est creditoris, cui velit solvere"), y si elige, por ejemplo, a b, éste podría elegir entre los 100 sestercios o el caballo (de acuerdo con el principio establecido en C.4.5.10, que acabamos de ver) optando quizás por una "recuperación" de los 100 sestercios que él mismo nunca había entregado. Absurdo resultado de la tentativa de insertar en D.12.6.21 (donde la elección corresponde al exacreedor) una concesión a C.4.5.10 (donde la elección corresponde al exdeudor). En mi opinión, no cabe duda de que la elección, por parte del exacreedor, del exdeudor a quien quiere devolver uno de los objetos, implica la elección del objeto por devolver. En otras

⁴⁹ Vangerow, *Leitfaden*, p. 569-1. BF.

palabras la regla general es: "el deudor tiene el *ius eligendi*" una excepción a esta regla es C.4.5.10; y D.12.6.21 es una excepción a esta última excepción: pero una excepción *total*, cuya aplicación no debemos perturbar con ecos y reminiscencias de la regla contenida en C.4.5.10, una regla totalmente contraria al principio excepcionalísimo contenido en D.12.6.21.⁵⁰

3) ¿Qué sucede si el deudor debe "a" o "b", entregando "a y b", y si luego, antes del ejercicio de la acción recuperatoria uno de los dos objetos se pierde en poder del exacreedor, por caso fortuito?

Juliano decide (D.12.6.32 pr.) que en tal caso el exacreedor no podrá recuperar nada. Esta decisión me parece demasiado categórica. Supongo que Juliano ha pensado únicamente en el caso de que el exacreedor haya recibido de buena fe las dos prestaciones, ya que, si se aprovechó a sabiendas del error que sufrió el exdeudor, se colocó en la posición jurídica de un ladrón —en el sistema romano—,⁵¹ y como "*fur semper in mora est*", y a causa de la *perpetuatio obligationis* que hace al deudor moroso responsable del caso fortuito, el deudor (exacreedor) deberá devolver el objeto sobrante o el valor del objeto perdido, a elección del acreedor (exdeudor).

También en el moderno derecho mexicano encontramos el principio de que, en caso de enriquecimiento ilegítimo (como en el supuesto de un pago indebido), el que haya recibido el pago de buena fe no queda perjudicado por una pérdida fortuita; en cambio, el *accipiens* de mala fe responde de toda pérdida fortuita que no hubiera "afectado del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó" (artículo 1884 CC'28). Aplicando este artículo llegamos para nuestro problema a la misma solución que sugiere Juliano, con las restricciones que acabo de añadir a ella. Sin embargo, del artículo 1970 CC'28 podríamos deducir que en el mencionado caso el acreedor (exdeudor) estaría obligado a recibir el objeto sobrante.

En el caso de esta contradicción entre los principios generales del enriquecimiento ilegítimo y el artículo 1970 CC'28 creo que la equidad y la tradición romanista deben favorecer, en nuestro derecho actual, la solución de que el exacreedor que haya recibido de buena fe las dos prestaciones, una de las cuales se perdió por caso fortuito, no debe nada; en cambio, el exacreedor que de mala fe haya recibido ambas prestaciones, una de las cuales se perdió por caso fortuito, deberá devolver sea el objeto sobrante o más bien el valor del objeto perdido, a elección del exdeudor.

⁵⁰ Braun, *Erörterungen*, p. 109 (citando a Thibaut).

⁵¹ Para el "*sciens indebitum accipere*", véase D. 13.1.18 y D. 47.2.43. pr/1.

4) ¿Qué situación se presenta si un heredero entrega a un legatario un cuadro, por concepto de legado, ignorando justificadamente que se trataba de un legado alternativo por "tal cuadro ó 1000 sestercios", a elección del heredero? ¿Podrá reclamar la devolución del cuadro y entregar 1000 sestercios? Celso, de la escuela proculeyana, opina que no: los dos objetos estaban *in obligatione* de manera que el cuadro era un *debitum* y no un *indebitum*: por lo tanto, no procedería la *condictio indebiti* (acción de recuperación de lo indebidamente pagado): D.30.2.19. Pero Salvio Juliano, de la escuela sabiniana⁵² no estaba de acuerdo con lo anterior, razonando probablemente: objeto "a" no es lo mismo que objeto "a o b": por lo tanto, el heredero, cumpliendo con una *obligatio simplex* que en realidad no existía, dejó la obligación alternativa (que sí existía) sin extinguirse. Por lo tanto, podrá recuperar el pago que no fue basado en una causa existente, y luego deberá cumplir con su deber alternativo (D.12.6.32.3).⁵³

19. CONCENTRACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA POR PÉRDIDA DE UNO O MÁS DE LOS OBJETOS "IN OBLIGATIONE"

¿Qué sucede en caso de pérdida de uno o más de los objetos que se encuentran *in obligatione*?

Esta cuestión recibe una contestación distinta según la causa de la pérdida (culpa, dolo o caso fortuito) y según la distribución del ius eligendi (deudor, acreedor, tercero).

Supongamos primero que el deudor tenga la elección entre "a y b". Si "a" se pierde por culpa o dolo del deudor-electo, se suele considerar esta pérdida como equivalente a una elección de "b". En cambio, si "a" se pierde por culpa o dolo del acreedor, el deudor tendrá la opción entre 1) la entrega de "b" y una reclamación por el valor de "a", o 2) la compensación de su deber de entregar con una reclamación de daños y perjuicios.

Las dos soluciones anteriores son de una lógica evidente. Más dificultades se presentan cuando pasamos hacia la pérdida por fuerza ma-

⁵² Nótese que en este caso, como en el anterior, Salvio Juliano introduce sentido común y equidad en las opiniones severas y matemáticas de Celso. Sin embargo, tales diferencias de psicología jurídica entre algunos miembros de las escuelas proculeyana y sabiniana no justifican caracterizaciones globales de dichas escuelas (véase Bonfante, Historia del Derecho Romano, apéndice XII).

⁵³ La *condictio indebiti* encuentra un límite en D. 12.6.65.7: si resulta que el accipiens perdió el valor en cuestión o renunció de buena fe al mismo, el que sufrió un "empobrecimiento ilegítimo" tendrá que resignarse (ejemplo del esclavo entregado por error y manumitido de buena fe por el accipiens).

yor. Si "a y b" se pierden fortuitamente, aplicamos el mismo principio que utilizamos si el objeto de una obligatio simplex se pierde por fuerza mayor. Pero, ¿qué diremos si sólo "a" se pierde?

La solución clásica —y la que más frecuentemente encontramos en el derecho neorromanista— (artículo 1966 CC'28) es que, en tal caso, el acreedor deberá contentarse con el objeto sobrante; sin embargo, los postclásicos consideraban injusto que, sin culpa alguna, el deudor se viera repentinamente privado de su *ius eligendi*, y le otorgaban por interpolación el derecho de entregar a su arbitrio el objeto sobrante o el valor del perdido.⁵⁴ Que Triboniano y sus colaboradores, empeñados en hacer en tres años un trabajo para el cual Justiniano había previsto diez años, hayan omitido hacer esta modificación en varias otras citas sobre esta materia, creando al respecto una situación desordenada, es cosa a la que los estudiosos del *Corpus Iuris* estamos acostumbrados.

Pasemos ahora a otro problema espinoso; "a" se pierde por culpa del deudor-elector, de manera que —de acuerdo con la ya apuntada regla— sólo "b" queda *in obligatione*; luego "b" se pierde por caso fortuito. ¿Podrá el deudor alegar ahora que sólo debía una cosa, y que ésta se perdió por fuerza mayor, de manera que ya no debe nada? Parece que ésta fue la solución clásica, pero que pareció injusta a los postclásicos. Su razonamiento debe haber sido el siguiente: la ventaja que tiene la alternatividad para el acreedor estriba en una mayor garantía; mientras que la *obligatio simplex* queda siempre sujeta al impacto directo del caso fortuito, la obligación alternativa presenta una línea de defensa entre el acreedor y la mala suerte, como ya hemos visto. Por lo tanto, no deberíamos permitir que el deudor, por un acto culpable, disminuyera la seguridad del acreedor, quitándole arbitrariamente dicha línea de defensa.⁵⁵ Así, mediante una visible interpolación (desde la palabra "sane") se hace decir a Papiniano que en el caso citado el deudor debe de todos modos el valor del objeto perdido por fuerza mayor, exponiéndolo a una "*actio doli*" (D.46.3.95.1).⁵⁶ Esta solución ha pasado a casi todos los sistemas neorromanistas (cf. ar-

⁵⁴ D. 30.47.3.

⁵⁵ Véase García Goyena, comentario al artículo 1054 de su Proyecto.

⁵⁶ La referencia a la *actio doli* es sorprendente. Es verdad que la fase tardía del clasicismo ya no tomó el concepto de "dolus" al pie de la letra: un acto voluntario por el cual se causaba un daño, sin dirigirse la voluntad hacia la realización del mismo (como en este caso), podía calificarse de "dolo" aunque en rigor no hubiera más que "culpa" (véase Koschaker, ZSS, 1929, p. 470, con referencia a Mitteis —BF—). Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, es decir, cuando se trata de obligaciones *bonae fidei* (un campo inflado en tiempos postclásicos: véase Kaser, Röm. Privatrecht, II.255.II, BM), toda pérdida dolosa o culpable se sancionaba mediante la acción típica del contrato en cuestión, y no mediante una *actio doli*.

tículo 1967 CC'28).⁵⁷ A pesar de esta popularidad, la solución no es plenamente convincente: si el deudor aprovecha su *ius eligendi* (no sujeto a una modalidad suspensiva), sea ejerciendo este derecho en su forma normal, o más bien en forma indirecta, por el hecho de hacer irrealizable una de las prestaciones alternativas mediante un acto culpable, entonces reduce la obligación alternativa en obligación simple. Y respecto de las relaciones entre esta obligación simple y el caso fortuito, debemos aplicar las reglas comunes y corrientes que rigen esta materia. Por lo tanto, la solución clásica me parece más justa que la postclásica y neorromanista, siempre y cuando en el momento de hacerse irrealizable una de las prestaciones, el deudor-elector ya haya tenido la libre facultad de elegir. En cambio, si en aquel momento el *ius eligendi* estaba todavía sujeto a una modalidad suspensiva, y si después de hacerse irrealizable la primera prestación por culpa del deudor, la segunda se hiciera irrealizable por caso fortuito, entonces opino que el derecho del acreedor subsiste, no por el valor de la segunda prestación, sino por el de la primera: no olvidemos que, sin aquel acto culpable por parte del deudor, la obligación hubiera subsistido como obligación simple, teniendo por objeto la prestación que no se hubiese perdido por fuerza mayor, es decir: la primera.

En relación con este tema de la pérdida por fuerza mayor quiero señalar todavía que si uno de los objetos *in obligatione* se incorpora al patrimonio del acreedor antes del vencimiento de la obligación alternativa, esta circunstancia debe equipararse a una pérdida fortuita. Ejemplo: el deudor me debe, a su elección, un cuadro de Klee que ahora pertenece a mi tío, o un cuadro de Feininger. Antes del vencimiento, mi tío muere, y resultó ser legatario del cuadro de Klee. En el momento en que este legado recibe su eficacia (el *dies veniens*) la obligación alternativa se convierte en una obligatio simplex, teniendo por objeto el cuadro de Feininger (Cf. D.45. 1.16 pr.).

Uno de los problemas más discutibles en relación con el tema de este párrafo, se presenta si un deudor debe al acreedor-elector "a o b", y si luego "a" (de menos valor) se pierde por culpa del acreedor.

Algunos opinan que tal pérdida culpable equivale a una elección por parte del acreedor-elector (Thibaut; artículo 1974 CC'28).

Otros (Zimmern, Brassier) en cambio, sostienen que la pérdida de "a" por culpa del acreedor-elector deja a éste la opción entre a) equiparar

⁵⁷ El código holandés (artículo 1312-II) conserva una alternatividad entre los dos valores, contrariamente a la tendencia neorromanista general, de reducir la obligación alternativa al valor del objeto que se haya perdido el último.

la pérdida a una elección del objeto perdido o b) pagar una indemnización por la pérdida culpable, reclamando al mismo tiempo el otro objeto en pago.

También encontramos una tercera opinión (Vangerow; artículo 1970 CC'28)⁵⁸ en el sentido de que la pérdida culpable obliga al acreedor a pagar una indemnización al deudor, mientras que, al mismo tiempo, la obligación alternativa queda reducida a una *obligatio simplex* por el objeto sobrante. Si el acreedor debe aguantar tal "concentración de la obligación alternativa" en caso de pérdida fortuita de un objeto, a fortiori deberá aceptar tal consecuencia cuando este objeto se haya perdido por su propia culpa.

El Corpus Iuris no escoge claramente entre estas tres posibilidades (el apoyo que Von Vangerow cree encontrar para su opinión en D.46.3.95.1 es más bien ilusorio). En cuanto a nuestro código, el artículo 1970 CC'28 parece favorecer la solución de Von Vangerow (que teóricamente satisface más); en cambio el artículo 1974 CC'28 ofrece una base para la solución de Thibaut, y por el hecho de que el artículo 1974 CC'28 (por referencia al artículo anterior) rige el caso de una pérdida "por culpa del acreedor", mientras que el artículo 1970 CC'28 habla sólo de una pérdida "sin culpa del acreedor" (un supuesto que, desde luego, implica una pérdida "por culpa del deudor"), se podría alegar que el artículo 1974 CC-28 cubre un sector especial de las posibilidades previstas por el artículo 1970 CC'28, de manera que, como norma excepcional, el artículo 1974 CC'28 tiene preeminencia sobre la norma más general contenida en el artículo 1970 CC'28, siempre y cuando se trate de casos claramente previstos por la norma excepcional. Creo, por lo tanto, que la solución de Thibaut es la que corresponde al derecho positivo mexicano; y, efectivamente, a pesar de los méritos dogmáticos de la solución de Von Vangerow, este principio, Thibaut, del artículo 1974 CC'28, tiene grandes ventajas prácticas por ser la solución más sencilla: compensando la *culpa creditoris* con el deber del deudor, se evitan nuevas alternativas (como en la solución de Zimmermann-Brassier) y avalúos.

Al caso de la concentración de la obligación por pérdida de un objeto, debemos equiparar la extinción de una prestación por prescripción mientras que la otra continúa siendo exigible, en el supuesto interesante de que exista una alternatividad entre dos prestaciones con distintos regímenes de prescripción extintiva.

⁵⁸ Véase Von Vangerow, *Leitfaden*, 1849, III.28 (BF).

Finalmente quiero hacer notar que en caso, no de pérdida, sino de *deterioro*, la solución deberá buscarse en una aplicación por analogía de los artículos 2017 y 2020 CC'28 (también remito al lector interesado a la discutible solución de D. 23.3.11).

20. LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA EN EL CÓDIGO DE 1928

El derecho mexicano recibió el concepto de la "obligación alternativa" no sólo a través del Corpus Iuris y sus comentarios, sino también por el impacto de las Siete Partidas (véase, por ejemplo, las leyes 23 y 24, título 11, de la Quinta Partida, recogidas en las *Pandectas Hispano-Megicanas* de 1852 bajo los números 3004 y 3005: el deudor tenía la "escogencia" y en caso de pérdida fortuita de una de las cosas, el deudor "tenudo sería de darla la que fincasse biva", reglamentación raquítica en comparación con la rica casuística justinianeas, desde luego).

El código de 1870 dedica a nuestro tema los artículos 1480-1503, reglamentándolo de manera más amplia que el Código Napoleón o el Proyecto de García Goyena. El de 1884 (todavía en vigor en algunos Estados) reproduce estas normas casi literalmente (artículo 1364-1387).

El código de 1928 toma de los códigos de Alemania y Suiza, entre tanto publicados, una disposición sobre el carácter definitivo de la elección (1964 CC'28), mejora (1976 CC'28) o empeora (1965 CC'28) la formulación de algunos artículos del código de 1884 (cf. los citados artículos respectivamente con los artículos 1377 y 1366 CC'84), añade en algunos casos, como sanción de la culpa, el pago de daños y perjuicios o la posibilidad de rescindir el contrato (resp. artículos 1967, 1969 y 1979 CC'28, basados en los artículos 1368, 1370 y 1383 del CC'84), y reduce la casuística del código anterior en relación con una alternatividad de hechos o de hecho y cosa (cf. artículos 1379-1382 CC'84 y artículo 1978 CC'28).

El resultado actual ciertamente no es malo; pero podría ser mucho mejor. En mi opinión, para perfeccionar la reglamentación de esta materia, deberían tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

1. El artículo 1962 debería contener una fórmula general para caracterizar el concepto de obligación alternativa (sustituyendo de todos modos los términos de "cosa" y "hecho" por el de "prestación"); en tal caso podría reducirse a un mínimo la casuística de los artículos 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982.

2. El artículo 1965 CC'28 es menos claro que su antecedente, el artículo 1366 CC'84: debería expresar más claramente que esta norma se refiere únicamente a una imposibilidad *ab initio*.

3. Los 18 artículos que se refieren a la "concentración de la obligación alternativa por el hecho de que una de las prestaciones se vuelve irrealizable", no cubren toda esta materia, como resulta del esquema núm. 1: algunos casos no están previstos.

4. Por otra parte, estos 18 artículos (artículos 1966-1981 CC'28) contienen duplicaciones (la referencia al artículo 2027 en los artículos 1978 y 1983; la pérdida fortuita, prevista explícitamente por el artículo 1966 e implícitamente por el artículo 1970; igualmente la pérdida fortuita, prevista expresamente por el artículo 1968, e implícitamente por el artículo 1972-II).

5. También encontramos soluciones injustas. El artículo 1971 sólo es equitativo en el caso excepcional de que el acreedor tuviera el *ius eligendi* (N. B.: en varias ediciones del código civil este artículo contiene un chocante error de imprenta: "sin culpa del deudor" en vez de "por culpa del deudor").

También el artículo 1982 sólo es justo si es el acreedor el que tiene la elección.

En cuanto al artículo 1973: es incomprensible que no conceda al deudor la facultad de entregar el objeto sobrante, pidiendo daños y perjuicios por el objeto perdido.

6. La referencia a un "contrato" en el artículo 1972-II no es muy acertada; no toda obligación alternativa nace de un contrato.

7. El artículo 1963 no prevé la inversión del *ius eligendi* que resulta ser tan lógica y equitativa en el mencionado caso de C. 4.5.10, o en el caso en que la competencia judicial depende del lugar del cumplimiento, y que exista precisamente una alternatividad en relación con tal lugar.

8. Hemos visto que existe una contradicción entre los artículos 1970 y 1974 CC'28 con respecto a la solución Thibaut vs. la solución Vangerow (véase el párrafo anterior). Aunque esta contradicción puede resolverse, por argumentos dogmáticos a favor de la solución Thibaut, según creo, de todos modos sería mejor eliminar esta falta de claridad.

También existe una contradicción entre la última frase del artículo 1967 y el artículo 1971 (cuidado con el error de imprenta que tienen

varias ediciones del Código en relación con el artículo 1971: "sin culpa" debe ser "por culpa"). El artículo 1971 sólo da resultados equitativos en el caso excepcional de que la elección corresponde al acreedor.

9. En general creo que la materia de la "concentración de la obligación alternativa" podría tratarse exhaustivamente en ocho normas:

a) La notificación de la elección, si ésta no queda sujeta a una modalidad suspensiva, convierte la obligación alternativa en obligación simple;

b) Si antes de la notificación de la elección una de las prestaciones dejara de ser realizable por caso fortuito, la obligación tendrá por único objeto la prestación que sea realizable;

c) Si antes de la notificación de la elección ambas prestaciones dejaran de ser realizables por caso fortuito, la obligación quedará sin efecto;

d) Si antes de la notificación de la elección una de las prestaciones dejara de ser realizable por culpa del deudor que tuviese el derecho de elegir, la obligación tendrá por único objeto la prestación que continuara siendo realizable;

e) Si antes de la notificación de la elección, una de las prestaciones dejara de ser realizable por culpa del deudor que no tuviese el derecho de elegir, el acreedor podrá elegir entre el valor de la prestación irrealizable más daños y perjuicios, o la prestación que continúe siendo realizable;

f) Si antes de la notificación de la elección una de las prestaciones dejara de ser realizable por culpa del acreedor que no tuviese el derecho de elegir, el deudor podrá escoger entre la compensación de la pérdida con el cumplimiento, o la prestación que continuara siendo realizable, en cuyo último caso el acreedor deberá al deudor una indemnización por los daños y perjuicios causados;

g) Si antes de la notificación de la elección una de las prestaciones dejara de ser realizable por culpa del acreedor que tuviese el derecho de elegir, se compensará la responsabilidad por esta pérdida con el derecho del acreedor, quedando la obligación sin efecto.

No se necesitan reglas especiales para el caso en que ambas prestaciones llegaran a ser irrealizables por culpa de una de las partes (o de ambas partes sucesivamente), ya que, después de la irrealizabilidad de la primera prestación, la obligación alternativa ya se habrá convertido en simple, de acuerdo con una de las reglas precitadas; sin embargo, se

debe prever el caso de que no pudiera comprobarse cuál prestación se haya vuelto irrealizable primero. Para este caso conviene establecer como octavo principio (h) que entonces el que tenga el derecho de elegir podrá escoger cuál de las prestaciones será considerada como la que primero se haya hecho irrealizable.

10. Sustituyendo una reglamentación incompleta, con duplicaciones, faltas de claridad y de equidad, de 18 artículos, por otra reglamentación completa y transparente, de 8 artículos, podremos, sin aumentar el espacio que ocupa la obligación alternativa en nuestro código, reglamentar varios aspectos de la obligación alternativa, como son: la posibilidad de que un tercero haga la elección; la mora eligendi; la posibilidad de una alternatividad múltiple; el *ius variandi* en relación con una alternatividad en prestaciones periódicas; el deber de exhibir; la alternatividad de lugar (con eventual inversión del *ius eligendi*); la combinación entre alternatividad y correalidad; la elección sujeta a modalidad o algunos otros aspectos de la obligación alternativa, tratados en este estudio.

Para facilitar a este respecto la formulación de eventuales futuros proyectos legislativos, terminaré el presente ensayo con un esquema general que indica donde están, en mi opinión, los puntos débiles de la reglamentación actual de nuestra materia, y cuáles normas, contenidas en códigos extranjeros, podrían servir de modelo en caso de emprender una reforma de los artículos que el código de 1928 dedica a la obligación alternativa.

<i>Supuesto:</i>	<i>Si el deudor tiene el derecho de elegir el deudor debe:</i>	<i>Fundamento en Código de 1928</i>	<i>Si el acreedor tiene el derecho de elegir, el deudor debe:</i>	<i>Fundamento en Código de 1928</i>
A irrealizable por culpa del deudor	B	1966	B, o valor de A, más daños y perjuicios, a elección del acreedor	1969
A, y luego B, irrealizables por culpa del deudor	Valor de B, más daños y perjuicios	1967 (en contradicción con 1971, como queda expuesto en el párrafo 20 de este ensayo)	Valor de A o de B, más daños y perjuicios, o rescisión, a elección del acreedor	1971
A irrealizables por caso fortuito	B	1966	B	1970
A y B irrealizables por caso fortuito	Nada	1968	Nada	1968
A irrealizables por caso fortuito; luego B irrealizable por culpa del deudor.	Valor de B	1967	Valor de B	1967
A irrealizable por culpa del deudor; luego B irrealizable por caso fortuito	Valor de B	1967	Valor de A	1969 (ya que concede una opción entre el valor de A, o la prestación de B, haciéndose luego B irrealizable)
A irrealizable por culpa del acreedor	Nada; o rescisión del contrato, con daños y perjuicios (solución criticada en el párrafo 20 de este estudio)	1973	Nada (solución Thibaut; véase párrafo 19 de este ensayo)	1974 (considerándose 1970 inaplicable, por razones expuestas en el párrafo 19 de este estudio)
A y luego B irrealizables por culpa del acreedor	Valor de A o valor de B, a elección del deudor, más daños y perjuicios	1976 con 1977	Acreedor debe, a su elección, valor de A o de B, con daños y peri. (doctrina ofrece argumentos para que el acreedor deba pagar el valor de B, más daños y perjuicios)	1975 con 1976
A irrealizable por caso fortuito; luego B irrealizable por culpa del acreedor	Nada	1972	Nada	1972
A irrealizable por culpa del acreedor; luego B irrealizable por caso fortuito	Acreedor debe daños y perjuicios por la pérdida de A	La interpretación gramatical del artículo 1972 podría sugerir que este artículo fuera aplicable (périda "sin culpa del deudor") pero esta opinión daría lugar a una evidente injusticia. En realidad este	Nada	No previsto (la aplicación de 1972-11, aunque gramaticalmente lícita, daría resultados injustos)

<i>Problema</i>	<i>Solución satisfactoria en Código de 1928</i>	<i>Solución discutible en Código de 1928</i>	<i>Ausencia de solución en Código de 1928</i>	<i>Modelo recomendable</i>	<i>Observaciones</i>
Caracterización general de la obligación alternativa		1962		It. 1285; Esp. 1131; García Goyena 1051; Grecia 315; Arg. 635, 636; Cuba 1131	
Regla general respecto del ius eligendi	1963		x	Grecia 306	
Alternatividad en combinación con mancomunidad y solidaridad			x	Italia 1286	
Posibilidad de elección por un tercero			x		Grecia 306; discutible
Elección sujeta a modalidades			x		Enneccerus-Kipp-Wolff; 1. c. p. 107.
Deber de exhibir		1964			véase par. 15 de este artículo
Carácter definitivo de la elección			x	Arg. 640; Brasil 884-II; Uruguay 1356	
Elección en relación con prestaciones periódicas			x	Italia 1286/7; Grecia 308/9; Alemania 264	
Mora electoris					
Imposibilidad inicial en relación con una de las prestaciones previstas	1965				
Concentración de la obligación alternativa	Véase esquema N° 1				
Ejecución por un tercero en caso de obligaciones de hacer		1978 y 1983	x	Italia 1290; Venezuela 1249; G. Goyena 1055; Holanda 1313; Francia 1196	
Alternatividad múltiple					