

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

Doctor de Derecho (U. Complutense de Madrid)
Profesor titular de Derecho Civil
U. de Concepción
U.C. de la Stma. Concepción

OBLIGACIONES

TEORIA GENERAL Y CLASIFICACIONES
LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

© DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 197.099, año 2003
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de diciembre de 2003

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1511-0



"Con el tiempo, todos te olvidarán.
Te olvidarán tus parientes, tus vecinos,
tus amigos y hasta tus enemigos.
Pero nunca tu acreedor".

do como única entidad, conformando una universalidad de hecho (como cuando versa sobre una biblioteca, un rebaño).

A. OBLIGACIÓN ACUMULATIVA

Es aquella en la cual la prestación está compuesta por varias cosas, en términos de que deben ejecutarse todas.

Nótese que aquí se trata de una obligación.

Cuando se deben varias cosas, ha de examinarse cuidadosamente si se está en presencia de varias obligaciones (cada una con objeto único) o de una obligación con pluralidad de objetos (acumulativa). La posibilidad de confundir se va fraguando cuando van confluendo diversos factores: una misma fuente, los mismos sujetos, cada uno en la misma posición (acreedor y deudor), la misma categoría de prestaciones (dar, hacer o no hacer). Así, por ejemplo, en un solo contrato, un sujeto puede quedar obligado para con otro a dar dos cosas, o a hacer dos cosas o a dos abstenciones (incluso, es concebible una sola obligación, con objeto múltiple, acumulativa, en la cual confluyan prestaciones de dar, hacer y no hacer algo). Parece que en cada caso la solución se va a encontrar, aparte del tenor del acuerdo, en la naturaleza de la prestación y de las cosas de que se trata (así, si Pedro debe dar dos cosas a Juan, se tiende a concluir en una obligación, más que si debe darle una cosa y hacerle otra; y si Pedro debe dar a Juan una mesa y una silla, se tiende a concluir en que se trata de una obligación más que si debe darle una mesa y un camión).

Por cierto, es importante la conclusión. Si se trata de una obligación (acumulativa), mientras no se den todas las cosas no se ha cumplido la obligación, en tanto que si se trata de varias obligaciones, al dar una cosa la obligación respectiva está cumplida, y así sucesivamente.

Más aún, como es regla muy general que el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago por partes (arts. 1569 y especialmente 1591), en la acumulativa deben darse todas las cosas conjuntamente, con simultaneidad, configurándose una indivisibilidad del pago; y la divisibilidad, en cuya virtud se irán dando separada o paulatinamente, ha de admitirse solamente como resultado de las diferentes características de las cosas debidas, del diferente lugar en que se encuentren o en que deban ser entregadas y de otras circunstancias equivalentes, que permitan suponer una intención de las partes de

8. OBLIGACIONES DE OBJETO UNICO Y DE OBJETO MULTIPLE

Atendiendo al número de objetos que constituyen la prestación, las obligaciones pueden ser: de objeto único y de objeto múltiple. Y entre éstas se distinguen: obligaciones acumulativas, alternativas y facultativas.²⁹⁶

El Código no regula esta clasificación integralmente en un solo cuerpo normativo, ni la establece formalmente; segmentadamente, destinó dos títulos a ella, uno para cada uno de los dos últimos ítemes (tít. VI "De las obligaciones alternativas", arts. 1499 y sgts., y tít. VII, "De las obligaciones facultativas", arts. 1505 y sgts.).

Obligación de objeto único es aquella en la cual lo debido es una cosa. De objeto múltiple, aquella en la cual lo debido son dos o más.

Lo normal es que las obligaciones tengan objeto único.

Conviene advertir que la obligación de objeto único sigue siendo de esta clase cuando recae sobre un conjunto, pero considera-

²⁹⁵ V. también lo sumariamente dicho al tratar la distinción entre derechos reales y personales y su frontera, en el cual la obligación *propter rem* aparece como uno de los conceptos que la debilitan. Allí también se hizo referencia a otras dos figuras semejantes: la "carga real" y el "derecho real *in faciendo*".

²⁹⁶ En esta clasificación y en la subclasificación originada en su segundo ítem existe una dispersidad de nombres. Así, en la primera se emplean otros términos, como "unidad" y "pluralidad" de objeto; en la segunda, a las acumulativas se les suele también llamar "de simple objeto múltiple" o "conjuntas" o "conjuntivas", y a las alternativas, "disyuntivas".

que el pago se efectuará separadamente (v. al respecto el art. 1594, que considera "diferentes deudas", lo que también podría considerarse una deuda con varios pagos periódicos).

B. OBLIGACIÓN ALTERNATIVA

"Es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras" (art. 1499).

Aunque sus precedentes se encuentran en Roma (en fragmentos del *Digesto*), su desarrollo parece haberse iniciado durante la Glosa, hasta llegar a su plenitud en la pandectística (en el siglo XIX, con el desarrollo del conceptualismo, que, como ha observado alguna doctrina, encontraba aquí un campo propicio).

Su función económica —que resulta especialmente interesante como para al menos aludirla—, tal como frecuentemente ocurre, ha ido cambiando según las circunstancias. Se ha afirmado que originariamente se empleaba para permitir la elección al acreedor en el comercio de esclavos, y luego también como una garantía de cumplimiento de la obligación (configurando una especie de "solidaridad real").

Modernamente, en la sola posibilidad de elegir se encuentra un atractivo (para el contratante elector) que impulsa su desarrollo en variadas circunstancias. La titularidad de la elección constituye un elemento estimulante en la contratación de estas obligaciones. La posibilidad de elegir permite contratar cuando, por diversos factores, la voluntad no se ha decidido aun completamente y se mantiene la vacilación entre varias posibilidades. Es cierto que la promesa o alguna otra variedad de contrato preparatorio cumple también una función semejante, pero la obligación alternativa presenta la ventaja de que aquí ya se tiene un contrato definitivamente celebrado, lo que confiere más seguridad. Al menos en algunas ocasiones se preferirá esta obligación, cuando la alternativa menos deseada se estime preferible a no contratar o a sólo celebrar un precontrato.

Asimismo, la obligación alternativa puede ser empleada (principalmente por el contratante elector) en operaciones económicas especulativas, en las cuales durante el tiempo que transcurre entre el nacimiento de la obligación y la elección pueden provocarse cambios en los valores de las prestaciones, de los cuales aquél puede obtener provecho.

Por otra parte, la presencia de varias alternativas de objeto importa también mayores posibilidades de permanencia del vínculo,

porque ante la imposibilidad de ejecución (por deterioro o pérdida de una cosa), está la otra u otras; incluso, aunque la pérdida sea culpable, está la ventaja de pedir otra, que puede ser más satisfactorio que pedir indemnización.

Estas ventajas pueden aprovecharse también en la contratación masiva. Al deudor —generalmente el contratante poderoso— le interesa el amplio volumen, y puede estimular a los consumidores ofreciéndoles alternativas. Así acontece, por ejemplo, en viajes de turismo (a distintas comarcas dentro de una zona mayor), en el transporte de personas en zonas turísticas (que permiten diversos recorridos), en contratos de suministros (con diversas tarifas según formas de ejecutarlo), etc.

Como características pueden mencionarse las siguientes:

a) La elección es del deudor, salvo pacto en contrario (art. 1500, inc. final).²⁹⁷⁻²⁹⁸ Como la voluntad puede manifestarse de diversas formas (expresamente, tácitamente y aun mediante el silencio con requisitos), cualquiera de ellas basta para que quede configurado el pacto; lo pedido es pacto, no necesariamente expreso.

b) Los varios objetos son debidos bajo la condición de que sean elegidos para el pago. La obligación no es condicional, pero sí el carácter de debidas de las cosas es condicional; son debidas bajo la condición de que sean elegidas para el pago. Así, mientras no se elija, todas las cosas están debidas, todas están *in obligatione*. Efectuada la elección, respecto de las que no son elegidas es como si nunca hubieren sido debidas y la obligación se hubiere referido siempre únicamente a la elegida.²⁹⁹⁻³⁰⁰

²⁹⁷ Es regla muy universal, y se entiende que proviene del principio de que, en caso de duda, las estipulaciones se interpretan en favor del deudor: Cfr. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. 4, N° 426, p. 442.

²⁹⁸ Se ha propuesto que también puede pactarse que la elección quede entregada a la cooperación de las partes.

²⁹⁹ Puede advertirse que en los países en los cuales se ha optado por el régimen de transferencia del dominio mediante el solo título (Francia, por ejemplo), la doctrina tiene en estas obligaciones la tarea de responder a la pregunta de cuándo ha quedado transferida la propiedad.

³⁰⁰ La doctrina extranjera ha discutido con bastante atención la naturaleza jurídica de esta obligación, proponiéndose diversas respuestas (que pasan a ser llamadas —sobredimensionadamente— "doctrinas" o "teorías"). Como suele ocurrir, algunas intentan incluirla en otras categorías, y otras le conceden independencia (existencia autónoma). En otro sentido, algunas enfatizan el momento original, concibiéndola con pluralidad de prestaciones, y otras, el del cumplimiento, concibiéndola con unidad de prestación. Así, por ej., las doctrinas de las varias obligaciones condicionales, de las varias obligaciones modales, etc. Ac-

c) El derecho (y la acción respectiva) es mueble o inmueble, según lo sea la cosa elegida para el pago (arts. 1499 y 580).

d) Los objetos mantienen siempre su individualidad y no pueden mezclarse para el cumplimiento (art. 1500 inc. 1º; esta norma armoniza con los principios de unidad e integridad del pago, consagrado en los arts. 1569, especialmente inc. 2º, y 1591).

e) Se ha resuelto que no es necesaria, porque la ley no lo exige, una equivalencia entre las diversas cosas debidas.³⁰¹

Efectos

1. Cuando la elección es del deudor

Son los siguientes:

a) En este supuesto más la definición de esta clase de obligaciones, el efecto substancial básico es que el deudor debe elegir una de las cosas y cumplir con ella.

b) El acreedor tiene limitada su acción (art. 1501, el cual —es evidente— no constituye excepción al art. 1569 inc. 2º).

Constituye la natural contrapartida del punto anterior.

c) El deber de conservación del deudor es restringido (art. 1502 inc. 1º).

Se sabe que cuando la obligación es de dar y se refiere a dar una especie o cuerpo cierto, el deudor debe conservarlo hasta la entrega (art. 1548). Pero en las alternativas hay varias cosas, y entonces es natural la interrogante si debe conservarlas todas. Cuando la elección es del deudor, como es él el que elige con la que va a cumplir, es lógico que se le exija conservar sólo una (su actitud mental será una de éstas: la que conserva será la que va a elegir o la que elige será la que va a conservar).

d) Si hay pluralidad de deudores, la elección deben efectuarla de consuno (art. 1526 Nº 6, que la consagra como un caso de indivisibilidad de pago) (el Código no avanza en este punto. Si la obligación es exigible y el acuerdo no se produce, tendrán que

tualmente parece tener destacada aceptación una noción unitaria, que la considera como una obligación perfecta desde su nacimiento, con una prestación única, integrada por varias posibilidades concretas, de modo que la concentración no elimina otras prestaciones, sino que sólo dirime la duda entre las varias posibilidades de concreción.

³⁰¹ Así, C.T. de 1878, Nº 351, p. 159.

ser demandados. Y queda la duda si lo pedido será que el juez elija por los deudores, o desequilibre una igualdad de preferencias).

2. Cuando la elección es del acreedor

Son los siguientes:

a) En este supuesto más la definición de esta clase de obligaciones, el efecto substancial básico es que el acreedor debe elegir una de las cosas y con ella ha de cumplir el deudor.

b) El deber de conservación del deudor es amplio. Debe conservar todas las cosas que alternativamente debe (art. 1502 inc. 2º). Es explicable porque sólo así se puede hacer realidad el derecho de elegir que corresponde al acreedor.

c) Si hay pluralidad de acreedores, la elección deben efectuarla de consuno (art. 1526 Nº 6, que la consagra como un caso de indivisibilidad de pago) (mientras no elijan, la consecuencia es que no podrán demandar el cumplimiento. Si la obligación del deudor no tenía plazo —ni expreso ni tácito— sólo quedará en mora cuando lo demanden —conforme al art. 1551—, para lo cual los acreedores tendrán que previamente elegir; y si tenía plazo, aun después de vencido el plazo el deudor puede sostener que no está en mora, porque los acreedores no han elegido y, por tanto, no puede cumplir; puede proponer que su mora está purgada por la de la otra parte —conforme al art. 1552— o que se encuentra en imposibilidad transitoria de cumplimiento).³⁰²

Efectos de la pérdida de las cosas alternativamente debidas

Los arts. 1502 inc. 2º, 1503 y 1504 tratan de la pérdida de las cosas que alternativamente se deben. En general, confirman las normas comunes. Pero deben efectuarse algunos distingos, por demás muy justificados, que dejan al punto con cierta complejidad. Debe distinguirse por diversos factores que caracterizan la pérdida, aplicada a esta especie de obligaciones: la envergadura (total o parcial), la imputabilidad (fortuita o culpable) y la titularidad de la elección (del deudor o del acreedor).

1) Pérdida total

³⁰² Expresión que se puede incluir en un modo de extinguir las obligaciones que la doctrina denomina "imposibilidad de cumplimiento", que nuestro Código consagra en la fórmula de apariencia inconvenientemente restrictora de "pérdida de la cosa que se debe". Por cierto, se trata en el capítulo de los modos de extinguir las obligaciones.

Si todas las cosas se pierden fortuitamente, se extingue la obligación (art. 1504, inc. 1°).³⁰³

Si se pierden por culpa del deudor, éste queda obligado al precio de una de las cosas (de la que elija quien tenía el derecho a elegir para el cumplimiento) y a la indemnización de perjuicios (art. 1504 inc. 2°).

2) Pérdida parcial

Si una o varias de las cosas se pierden fortuitamente, subsiste la obligación aplicada a las otras (art. 1503).³⁰⁴

Si una o varias se pierden por culpa del deudor y la elección correspondía a él, elegirá cumplir con alguna de las que subsistan, y

³⁰³ Nótese que nada dispone el Código acerca de lo que ocurre en tal situación con la obligación (si la hay) de la contraparte. Tendría que aplicarse la regla general que en materia de riesgos se contiene en el art. 1550 (el cual consagra el poco apropiado principio de que la cosa perece para al acreedor (*res perit creditori*) en lugar de que la cosa perece para su dueño (*res perit domine*), y que se tratará en un capítulo posterior). Aplicando esa norma, la obligación de la contraparte subsiste y debe, pues, cumplirla; así se realizará el principio de que la cosa pereció para el acreedor de ella, porque él no recibirá la cosa y sí deberá cumplir su obligación convenida como contrapartida. Los manuales de doctrina nacional en general no tratan el punto. Un autor aplica esta regla a propósito de las obligaciones facultativas y no aquí, con el siguiente fundamento: en las facultativas debe aplicarse el art. 1550 porque allí el Código dice que el acreedor "no tiene derecho para pedir cosa alguna" (art. 1506) y no dice que "se extingue la obligación", como lo dice en el art. 1504; al decir que se extingue la obligación -dice-, la contraparte nada debe, en cambio en las facultativas, al decir "no tiene derecho a pedir cosa alguna", la obligación de la contraparte persiste, por aplicación del art. 1550 (Fueyo, Fernando. *Derecho Civil*, cit. T. I, p. 178).

Discrepamos. Estimamos que en ambos casos debe aplicarse el art. 1550, que es la regla general en materia de riesgos. Diciendo en el art. 1504 que "se extingue la obligación" y en el art. 1506 que el acreedor "no tiene derecho a pedir cosa alguna" igualmente se está decidiendo lo que ocurre con el deudor de la cosa siniestrada: queda liberado. Pero en ambas normas se omite un pronunciamiento sobre lo que ocurre con la obligación (recíproca) de la contraparte. Por lo mismo, tanto en una como en otra, surge la vigencia supletoria del art. 1550.

³⁰⁴ Cuando el Código se pone en la situación de que una de las cosas "no podía ser objeto" se refiere a defectos de la cosa en cuanto susceptible de ser objeto de obligación. Si se exige que se declare la nulidad por esa circunstancia, para que la regla se aplique (en el sentido de que se siguen debiendo las otras), tendrá que tratarse de nulidad parcial, porque si se declara la nulidad total, nada se deberá. El problema podría presentarse, por ej., cuando siendo la elección del acreedor, éste demande justamente la cosa que "no podía ser objeto de la obligación"; entonces, el deudor opondrá esta excepción. En ese caso, el juez podría declararlo así, que esa cosa no podía ser objeto de la obligación, y el acreedor vería rechazada su demanda, pero podría demandar otra; y para evitar la dilación, podría demandar, de una vez, la primera y, en subsidio, la segunda.

así evita pagar indemnización.³⁰⁵ Si la elección era del acreedor, éste puede pedir, a su arbitrio, alguna de las subsistentes o el valor de una de las destruidas más la indemnización (art. 1502, inc. 2°).³⁰⁶⁻³⁰⁷

Puede verse que en la aplicación de estas reglas la envergadura de la pérdida (total o parcial) se califica examinando el conjunto y no cada cosa particularmente. Es decir, si del conjunto se destruyó una o varias, hay pérdida parcial, prescindiéndose de la envergadura del deterioro de cada cosa. Sea que una cosa se destruya total o parcialmente, el conjunto se ha destruido parcialmente. La pérdida parcial de una de las cosas equivale a su pérdida total, porque esa destrucción parcial impide cumplir con ella.

Observaciones generales

a) Puede apreciarse que en la obligación alternativa, como que hay una sola obligación, existe una sola prestación, pero que tiene varias posibilidades de concreción. Es por lo que puede decirse que tiene una relativa indeterminación del objeto (relativa porque hay varias posibilidades, bien determinadas, y dentro de ellas no se sabe cuál se ejecutará), lo que importa una incertidumbre provisoria.

b) No se ve inconveniente para que a la indeterminación natural de estas obligaciones se añada otra, derivada del contenido de una prestación, como es la referencia genérica. Así, por ejemplo, la obligación puede consistir en dar cierta mesa o tres bueyes; dos caballos o dos bueyes. En otros términos, se puede yuxtaponer la obligación alternativa con la de género.

c) Tampoco se requiere alguna semejanza entre las alternativas; objetivamente pueden ser profundamente heterogéneas. Incluso, cuando al definir las el art. 1499 emplea el término "cosas", tal voz debe entenderse en un amplio sentido, que incluye a los hechos³⁰⁸ y aun a las abstenciones.³⁰⁹ Debe reconocerse sí que las re-

³⁰⁵ Teóricamente tiene la posibilidad de expresar que había elegido la que se perdió por su culpa, y que, por tanto, pagará su valor, pero en tal caso deberá pagar también la indemnización, por el perjuicio que pueda sufrir el acreedor al recibir el valor de una cosa en lugar de una cosa.

³⁰⁶ El Código emplea el término "precio", que es propio de la compraventa; debe entenderse en el sentido de valor.

³⁰⁷ La doctrina suele ver en éste un ejemplo de un derecho absoluto, en el ejercicio del cual, por tanto, no sería admisible la moderación que introduce la denominada teoría del "abuso del derecho" o, mejor llamada, de "negación del abuso del derecho".

³⁰⁸ En este sentido, Alessandri, Arturo. Ob. cit., p. 207; Fueyo, Fernando: *Derecho Civil*, cit. T. I, p. 173.

³⁰⁹ En este sentido, Fueyo, Fernando: *Derecho Civil*, cit. T. I, p. 173.

glas de los arts. 1502 y sgts. se notan dirigidas a obligaciones de dar y, más aún, de dar cosas corporales.

d) En ellas aparecen dos extremos de interés en los que conviene fijar la atención: el de cuáles son las alternativas (que parece ser el más notorio) y el de quién elegirá (que puede pasar más inadvertido).

f) En cuanto a la elección:

Este capítulo presenta variadas cuestiones específicas, muchas interesantes. El Código omitió reglas al respecto (muchos contienen algunas, pero son tantas las que pueden generarse, que tampoco se puede pedir que todas sean legalmente abordadas; ni es necesario).

Se trata de una opción, que suele calificarse de derecho potestativo o de formación, en cuanto provoca una modificación jurídica.³¹⁰ No tiene la virtud de crear una relación jurídica (como sí ocurre, por ejemplo, con el retracto), sino sólo de modificar una existente. Estando incluido en una relación que ya existe, al mismo tiempo que puede elegir, debe hacerlo y, según las circunstancias, al titular se le puede exigir que lo haga.

Ya se dijo a quién corresponde como regla general y la forma del pacto en contrario. También cómo se ha de proceder en caso de pluralidad de sujetos.

Puede efectuarse (expresamente) mediante una declaración emitida en tal sentido o (tácitamente) mediante una actitud inequívoca (si la elección es del deudor, cumpliendo u ofreciendo cumplir con una de las cosas; si es del acreedor, demandando una o aceptando un pago que espontáneamente le efectúa el deudor). La declaración puede emitirse en cualquier tiempo después de pactada la obligación y antes del cumplimiento. Puede efectuarse tan cerca del cumplimiento, que no quede prácticamente espacio de tiempo entre ambas actividades (elegir y cumplir), aunque siempre, racionalmente, la elección precede al cumplimiento.

Este derecho a elegir se ejercita mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia; para su eficacia se necesita el conocimiento del destinatario, pero no su consentimiento.³¹¹

³¹⁰ Debe recordarse que el "derecho potestativo" actualmente constituye toda una categoría dentro de la teoría general del derecho subjetivo; su estudio, por cierto, no corresponde en esta ocasión, pero al comienzo formulamos una síntesis.

³¹¹ Es ilustrativo el art. 1163 del nuevo CC peruano, según el cual "la elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la práctica un tercero o el juez".

Se ha propuesto que si se incurre en mora de elegir, el juez puede conferir la elección a la otra parte o elegir él.³¹²

Estrictamente, la elección viene a separar las dos fases de la obligación alternativa: la primera, en que existe aquella indeterminación relativa del objeto, y la segunda, en que se está en la absoluta determinación.

Este derecho a elección es transmisible a los herederos.

También es concebible su transferencia (por acto entre vivos) en la cesión de créditos y en la asunción de deudas (como en Chile esta última es discutida y generalmente negada, habrá que decir, "si es posible"). La transferencia del solo derecho a elegir, por un acto entre el titular y el adquirente, no es aceptable, porque ese acto implica entregarlo a un tercero, lo cual requiere de un acuerdo entre acreedor y deudor.

La elección produce lo que alguna doctrina denomina "concentración", por la cual se determina cuál de las alternativas debidas pasa a convertirse en la única debida.

Se ha discutido si la elección es revocable. No obstante la existencia de algunos antecedentes históricos que en ciertas circunstancias reconocen el llamado *ius variandi* (cuando la elección corresponde al deudor) parece preferible concluir en la irrevocabilidad (sin perjuicio de poder anular una elección en la que se padeció de error de hecho o que adolece de cualquier otro defecto conducente a nulidad). Cuando uno elige, el otro ya cuenta con esa elección y puede iniciar su preparación para los efectos: si la elección es del deudor y elige, el acreedor comienza a prepararse para recibir lo elegido y cuenta con ese objeto; si la elección es del acreedor y elige, el deudor comienza a prepararse para ejecutar la prestación. Es claro que—salvo que se haya convenido una elección con cierta antelación—el titular de la elección

El comentarista de la edición de este Código, señor Guzmán Ferrer, anota en este precepto un interesante alcance sobre la irretroactividad de la elección, que este texto consagra a diferencia del Código anterior (de 1936), decisión que él comparte; como nosotros.

³¹² V. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. 4, N° 426, pp. 443-4, con cita de doctrina. Puede verse también la detenida regulación que del punto efectúan el CC alemán (art. 264) y el CC italiano (art. 1287). V. también los arts. 1162 y 1144 (al cual se remite el primero) del CC peruano.

Esa actitud puede adoptarse también cuando la elección se retarda por falta de acuerdo de los varios acreedores o deudores o de sus varios herederos, sin que el juez necesariamente tenga que seguir la opinión de la mayoría.

puede evitar todo compromiso guardándose de declarar su elección hasta el último momento. Si la elección es del deudor; al tiempo de cumplir elige y cumple. Si es del acreedor; al tiempo de ser exigible, elige y reclama el objeto elegido. Entonces, el problema podrá plantearse cuando se ha impuesto una elección anticipada o cuando sin estar obligado a ello, de hecho se elige anticipadamente. Incluso más, puede dudarse también desde cuándo la elección es irrevocable, si desde que se acepta, o, antes, desde que se notifica, o, aun antes, desde que se emite.³¹³

En cuanto a la intervención de un tercero, ante el silencio del Código parece no haber inconveniente en que las partes entreguen la elección a un tercero.³¹⁴

En todo caso, si la elección se mantiene en una de las partes, (que será lo normal), esta categoría de obligaciones presenta una alteración a las reglas generales del pago. Conforme al art. 1572 del CC, un tercero puede pagar por el deudor; pues bien, si se trata de una obligación alternativa en que la elección es del deudor, un tercero no podría pagar por él mientras él no elija; menos será posible si la elección es del acreedor (a menos que el tercero cumpla con la que aquél elige).

El tema de la aplicación de la elección en el tiempo (si es o no retroactiva) ha sido también discutido en la doctrina.³¹⁵

³¹³ Entre nosotros, don Luis Claro Solar estimaba que la elección solamente queda irrevocable cuando la acepta el que no es titular de ella. Ob. cit. T. V. N° 300, p. 320. Parece que esta solución se afinaba antiguamente en el valor de novación que se asignaba a la elección, la cual necesitaba, así, de la aceptación del otro contratante. Estamos con Giorgi: desde que se notifica (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. 4, N° 431, p. 446. En páginas siguientes este autor trata también un problema relacionado con la retroactividad de la elección: la elección es del acreedor; antes de la elección el deudor enajena una de las cosas; más tarde el acreedor elige esa cosa, ¿puede reivindicarla contra el tercero?

³¹⁴ Se entiende que cuando la elección es entregada a un tercero, la obligación toma los caracteres de una obligación condicional y se rige por sus reglas. Así, Giorgi, Jorge, Ob. cit. T. 4, N° 426, p. 442, con cita de doctrina y la salvedad de Ricci.

³¹⁵ Por cierto, se plantea con mayor agudeza en las legislaciones en las cuales el dominio se traslada por el solo contrato. Parece predominar la irretroactividad, con las explicaciones de que es el momento de la elección el instante en que se determina el derecho y por no estar hasta entonces conformada la prestación solutoria. Destacadamente, el CC alemán dispone la retroactividad de la elección hasta el momento en que la obligación se constituyó (art. 263 inc. 2°).

También puede plantearse el punto de la elección en obligaciones alternativas con prestaciones periódicas. Como principio, parece apropiado tomar como base la primera elección. El nuevo CC peruano al respecto dispone que "la elec-

C. OBLIGACIÓN FACULTATIVA

"Es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa" (art. 1505).

La denominación, por lo demás bien difundida, es criticada, porque puede dar a entender que el vínculo es facultativo, contradiciendo la noción de obligación. Por eso suele emplearse la más explicativa expresión "obligación con facultad de sustitución".

Su origen también se encuentra en el derecho romano.³¹⁶

Puede verse que aquí hay un solo objeto debido, pero el deudor tiene aquella facultad que viene a constituir su rasgo distintivo (un solo objeto está *in obligatione*; el otro está *in facultate solutionis*). Por esto es que los autores discrepan al tiempo de atribuirle una calificación categórica como de objeto único o múltiple, aunque parece predominar lo primero.³¹⁷ Incluso, se ha propuesto que es una obligación de objeto múltiple, pero sólo para el deudor.³¹⁸ En todo caso, siempre es tratada junto a la alternativa, tradición justificada por la semejanza con ella, especialmente cuando en la alternativa la elección es del deudor.

Por lo mismo, el derecho (y la acción respectiva) será mueble o inmueble según lo sea la cosa debida, sin que importe en la cali-

ción hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso" (art. 1164). Más antecedentes en De la Cuesta, José: "Las obligaciones alternativas", en *Rev. de Derecho Privado*, enero 1984, pp. 3 y sgts. (para el punto de la retroactividad de la elección, p. 24).

³¹⁶ Se relatan situaciones (de comprensión discutida entre los romanistas) como la obligación de indemnizar el daño causado por un animal, la cual se podía pagar entregando el animal productor del daño; la del delito causado por un hijo o por un esclavo, en la cual el padre o dueño estaba obligado a entregar al delincuente, pero podía liberarse de dicha obligación asumiendo la responsabilidad derivada del delito (y entonces, si el delincuente moría -la obligación principal se hacía imposible-, el padre o amo quedaba liberado). Más antecedentes en Martínez-Pereda, José: "Las obligaciones facultativas en el derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, Madrid, 1972, pp. 475 y sgts.

³¹⁷ Y por lo mismo hay quienes optan por considerarla en una situación intermedia (por ej., Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. III, p. 101).

³¹⁸ Aquí hay una alteración a la regla del art. 1569 inc. 2°, pero que nadie puede objetar, porque así se estableció al crearse la obligación.

ficación la naturaleza de la cosa con la que se termine pagando (arts. 1505 y 580).³¹⁹

La prestación facultativa, al igual que la principal, puede tener cualquier objeto (dar, hacer, no hacer; puede ser simple o compuesta, divisible o indivisible, específica o genérica, etc.); incluso, puede estar constituida por varias prestaciones).³²⁰⁻³²¹

En cuanto a los efectos, las particularidades se deben, precisamente, a su destacada característica.

1. El acreedor sólo puede demandar el objeto señalado como debido (art. 1506).³²²

2. En cuanto a la pérdida de la cosa debida:

a) Si es fortuita y ocurre antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor "no tiene derecho para pedir cosa alguna" (aunque subsista la cosa con la cual el deudor estaba facultado a pagar; art. 1506).³²³⁻³²⁴

b) Si es por culpa del deudor o acaece después de estar el deudor constituido en mora, el Código omite norma. Parece razonable con-

³¹⁹ En este mismo sentido, Alessandri, Arturo. Ob. cit., p. 211; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 379, p. 321.

³²⁰ Avanzando en esta amplitud, suele agregarse que la facultad de sustituir puede referirse también a las modalidades o circunstancias de la ejecución, como optar entre pago al contado o en cuotas periódicas con intereses, entre uno y otro lugar, etc.

Si bien no se ve inconveniente en admitir estas posibilidades de opción que pueden añadirse a una obligación cualquiera, el concepto de obligación facultativa se refiere más bien a la posibilidad de sustituir "la prestación" debida "por otra".

³²¹ Como aplicaciones, la doctrina la menciona en los testamentos, en los cuales el testador suele instituir un legado, facultando a los herederos para que lo sustituyan por otra cosa o por dinero (si la cosa legada es especialmente estimada por ellos). Algunos autores mencionan también -con origen legal- las situaciones de la lesión enorme (v. nuestro art. 1890) y la del tercero que adquiere la finca hipotecada, quien, en lugar de pagar la deuda caucionada, puede liberarse abandonando la finca; pero estas situaciones son muy discutibles como configuradoras de esta especie de obligaciones.

³²² Sólo como ejercicio y relación de normas puede proponerse que como el deudor paga con la otra si quiere, respecto de ella no puede haber obligación; y si se insiste (siempre en un plano de ejercicio), habría que concluir que sería nula, porque se trataría de una obligación contraída bajo una condición potestativa que depende de la sola voluntad de la persona que se obliga, cobrando aplicación el art. 1478 inc. 1°.

³²³ Se ha sostenido (sin agregar fundamento) que si el deudor voluntariamente paga con otra, no estaría pagando una obligación natural (lo que implica concluir que podría pedir restitución), reconociéndose que el punto es discutible (Alessandri, Arturo. Ob. cit., p. 211).

³²⁴ La pérdida puede ser física o jurídica; esta última tiene lugar cuando después de constituida la obligación, una ley prohíbe celebrar actos sobre ese objeto.

cluir, aun en esa situación, que el acreedor no puede demandar la otra cosa.³²⁵ Pero sí puede, conforme a las reglas generales, demandar indemnización de perjuicios.³²⁶ Por su parte, es muy probable que en tal situación el deudor hará uso de su facultad y pagará con la otra cosa (con la designada), liberándose así de toda responsabilidad.³²⁷⁻³²⁸

Por último, el Código consagra una regla favorable a la eficacia de los actos creadores de obligaciones y en definitiva al acreedor (art. 1507). Se ha entendido que la facultativa importa una modalidad de la obligación, lo cual también justifica la citada regla.³²⁹⁻³³⁰

Para destacar los rasgos de cada una conviene confrontar la obligación facultativa con la alternativa.

La semejanza radica en que ambas pertenecen al género de obligaciones con pluralidad de objetos.

Pueden señalarse las siguientes diferencias:

a) En la obligación alternativa hay pluralidad de objetos para ambos sujetos, en cambio en la facultativa la hay sólo para el deudor.

³²⁵ Así se ha resuelto; G.T. de 1936, 2° sem., N° 106, p. 408.

³²⁶ Pero podría sostenerse que el deudor queda liberado, aunque esté en mora, si demuestra que la cosa habría igualmente perecido estando en poder del acreedor.

³²⁷ La doctrina (extranjera) ha discutido acerca de cuándo se perfecciona la opción del deudor: a) Se ha sostenido que sólo al momento del pago, porque la obligación facultativa autoriza al deudor para sustituir el objeto del pago, no el objeto debido, por lo que es necesario que haya pago para que haya legítimo ejercicio de la opción. b) En contra, se ha estimado que también podría optar antes, mediante una manifestación de voluntad en tal sentido, comunicada al acreedor. c) En fin, se ha introducido una distinción: la manifestación de voluntad sería idónea para desistir de la prestación facultativa, pero no para alterar el objeto debido, es decir, para dejar como debida a la prestación facultativa; el objeto debido no se mudaría por esa declaración del deudor de pagar con la otra cosa. A su vez, esta última solución es objetada porque se dirigiría más bien a la renuncia anticipada de emplear en su momento la opción y no al perfeccionamiento de la opción, que es de lo que aquí se trata. v. Llambías, Jorge; Raffo, Patricio, y Sassot, Rafael: *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. Edit. Perrot, Buenos Aires, 1987, 8° edic., p. 279.

³²⁸ La doctrina, especialmente alemana, se ha ocupado de la posibilidad de que la facultad se entregue al acreedor. Hay quienes entienden que la obligación deviene en alternativa. Pero también se ha advertido que surge una diferencia con ella: en materia de riesgos; si la cosa debida perece fortuitamente, aquí el acreedor no podría pedir la otra prestación, pues la obligación se ha extinguido.

³²⁹ Así, Stitckin, David. Ob. cit. T. I, p. 38.

³³⁰ Entre estas obligaciones con objeto múltiple y otras categorías, como las obligaciones de género, la dación en pago y la cláusula penal, pueden surgir dudas de calificación. Hay fallos que demuestran la dificultad. Por ej., los de G.T. de 1936, 2° sem., N° 106, p. 408, y *RDJ*, T. 48, secc. 1°, p. 62.

b) En la alternativa el acreedor no puede pedir determinadamente cosa alguna, salvo que la elección sea suya, en cambio en la facultativa el acreedor puede pedir determinadamente sólo la cosa debida.

c) En la alternativa la elección puede ser del acreedor o del deudor, en cambio en la facultativa la elección es siempre del deudor.

d) El derecho en la obligación alternativa (y la acción respectiva) será mueble o inmueble según lo sea la cosa finalmente elegida (y lo será -se ha dicho- retroactivamente desde que la obligación se contrajo),³⁹¹ en cambio en la facultativa lo será según la única cosa debida.

e) En la alternativa, pérdida fortuitamente una o más cosas, la obligación permanece mientras quede una de las alternativamente debidas, en cambio en la facultativa la pérdida fortuita de la única cosa debida extingue la obligación (lo mismo ocurre si una de las cosas, o la cosa debida, no podían ser objeto de obligación).