

# Las obligaciones facultativas en el Derecho español

JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ

Doctor en Derecho, Juez de 1.º Instancia e Instrucción

I. TERMINOLOGÍA: 1. Origen de la expresión "obligación facultativa". 2. Otras fórmulas propuestas. 3. Crítica y conclusión.—II. ORIGEN E HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN: 1. Derecho Romano y glosadores. 2. Pothier y Delvincourt. 3. Los Códigos civiles.—III. COLOCACIÓN SISTEMÁTICA Y CONCEPTO: 1. Colocación sistemática. 2. Concepto.—IV. CARACTERES Y EFECTOS: 1. Caracteres. 2. Efectos. A. Supuestos normales. B. Supuestos anormales. a) Vicio o nulidad originarios. b) Nulidad derivada. a') Liberación del deudor. b') No liberación del deudor. 1.º Supuestos de dolo y culpa. 2.º Mora del deudor.—V. DEFINICIÓN.—VI. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS: 1. Introducción. 2. Clases. A. Voluntad particular. B. Supuestos legales de obligaciones facultativas. a) Rescisión de la compraventa por lesión. b) Rescisión de la partición por lesión. c) Deuda de moneda extranjera. d) Posición del adquirente de un bien hipotecado. e) Perecimiento del inmueble hipotecado. f) Pago de la legítima a determinados herederos. g) Legado de cosa ajena. h) Obligación de prestar alimentos. i) Supuesto de compraventa con arras. j) Prestación de alimentos por el donatario. k) Perecimiento de una de las prestaciones en la obligación alternativa. l) El contrato estimatorio. m) Rehúse de una letra de cambio. n) Contratos bursátiles. ñ) Otros supuestos. 1.º Prestación por un tercero. 2.º Ciertos contratos agrarios. 3.º El deber de prestación. 4.º La obligación facultativa en el campo penal.—VII. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES: 1. La obligación alternativa. A. Introducción. B. Analogías. C. Diferencias. D. Dificultades prácticas. E. Resolución legislativa de los casos dudosos. 2. Obligaciones con cláusula penal. 3. La dación en pago. 4. Las obligaciones accesorias. 5. La obligación suspensiva potestativa del deudor. 6. La obligación de género. 7. Otros supuestos.—VIII. FACULTAD ALTERNATIVA EN FAVOR DEL ACREEDOR. IX. LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. Posición doctrinal. 2. La obligación facultativa según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## I.—Terminología.

## 1.—Origen de la expresión “obligación facultativa”.

La expresión “obligación facultativa” se debe al lenguaje forense (1) o a la tradición, aunque no romana, (2) si bien no faltan autores que atribuyen esta denominación a Delvincourt (3). Efectivamente, Delvincourt (4) escribió: “llamo obligación facultativa a aquella que tiene por objeto una cosa determinada, pero con facultad para el deudor de pagar una cosa distinta en su lugar”. En realidad este tratadista no hizo sino trasladar la expresión accidental de textos posteriores al Derecho Romano—que distinguían la prestación “in facultate solutionis”, del verdadero y genuino objeto de la obligación, “in obligatione”— al carácter mismo de la obligación generalizando los casos particulares (5).

Ha sido criticada esta expresión, considerándola poco feliz (6), impropia, (7), que envuelve una contradicción (8), salvo que se refiera a obligaciones naturales (9) y en general se ha estimado desdichada (10) y poco correcta (11).

---

(1) GIORGI, “Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno”, Vol. IV, Madrid 1911, pág. 458.

(2) G. GROSSO, “Obbligazioni—Contenuto e requisiti della prestazione—Obbligazioni alternative e generiche”, Torino 1947, pág. 229. En contra, sosteniendo que era conocida desde Roma dicha expresión: HECTOR LAFAILLE, “Derecho Civil”, T. VII, Vol. II, Buenos Aires 1950, pág. 122, nota 146. Cita Digesto XLII, tít. I, Ley 6, par. 1.º.

(3) LUIS DE GÁSPERI, “Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino”, Buenos Aires 1946, Tomo II, pág. 335, siguiendo a Barde. ALFREDO COLMO, “De las obligaciones en general” Tomo I, 2.ª ed. Buenos Aires 1928, pág. 257. G. BONFANTE, G. PACCHIONI y A. STRAFFA, Vol. 2.º con L. BARDE y adiciones de N. STOLFI, Milano 1915, pág. 215.

(4) DELVINCOURT, “Cours de Droit Civil Français”, T. II, pág. 131. Este autor publicó también, “Institutes de Droit Commercial Français”, 2.ª ed. 3 tomos, París 1834.

(5) COLMO, ob. cit., pág. cit.

(6) GROSSO, ob. cit., pág. cit.

(7) P. VAN WETTER, “Les obligations en Droit Romain”, Gand-París 1883, Tomo I, pág. 216: “La expresión obligación facultativa es impropia: es esencia de toda obligación implicar una necesidad jurídica; el epíteto facultativa contradice, por tanto, la palabra obligación. Por ello, en la obligación llamada facultativa, no es la obligación misma la facultativa; es la dación en pago la que tiene ese carácter... “DE GÁSPERI, ob. cit.: “Es evidente que Delvincourt incurrió en paralogismo”. LAFAILLE, ob. cit., pág. cit.

(8) VITTORIO POLACCO, “Le obbligazioni nel Diritto civile italiano”, Tomo I, Verona-Padova 1898, pág. 113.

(9) LUIS MARÍA REZZONICO, “Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho civil” 9.ª ed., 2.º vol., Buenos Aires 1966, Vol 1.º, pág. 506.

(10) HENRI DE PAGE, “Traité élémentaire de Droit Civil Belge”, Tomo III, 2.ª ed., Bruxelles 1950, pág. 276.

(11) ANTONIO DÍAZ PAIRÓ, “Introducción al Derecho de obligaciones”, Volumen I, La Habana 1942, pág. 55. COLMO, ob. cit., núm. 374, siguiendo a MAYNZ, II, 91.

## 2.—Otras fórmulas propuestas.

Para salvar estas dificultades se propusieron otras expresiones. Así, la extensa fórmula de Huc, "obligación que comprende una prestación facultativa al lado de una prestación obligatoria" (12), que sigue casi a la letra De Page: (13) "obligación comprensiva de una prestación facultativa en el puesto y lugar de la prestación obligada". Ambas expresiones no han triunfado y han sido tachadas por demasiado extensas (14).

Pero también se han utilizado fórmulas distintas: facultad alternativa (15), obligación con facultad alternativa (16), "cum facultate alternativa" (17), "cum facultate alternativæ solutionis" (18), "facultas alternativa" (19), "facultas solutionis" (20), con cláusula facultativa (21) y facultad de sustitución (22), traduciendo así la expresión alemana Ersetzungsbefugnis. Otras expresiones como "facultad de solución", "derecho de apartar" (23) y también: obligación de pago facultativo o de sustitución facultativa (24), no obs-

(12) HUC, Tomo VII, número 294, cit. por H. LAFAILLE, ob. cit., pág. cit., nota 147, quien añade por su parte: "larga frase que dice lo mismo". BELLAVITE la llama "obligación simple acompañada de facultad alternativa".

(13) DE PAGE, ob. cit., pág. cit.

(14) DE GÁSPERI, ob. cit., loc. cit.: "tan poco feliz como la de Delvincourt". G. BAUDRY-LACANTINIERFÉ, ob. cit., pág. cit.: "fórmula demasiado larga". DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. cit.

(15) A. VON TUHR, "Tratado de las obligaciones". Traducción por W. Roces, Tomo I, 1.ª ed., Madrid 1934, pág. 56. DE GÁSPERI, ob. cit., pág. cit.

(16) R. DE RUGGIERO, "Istituzioni de Diritto civile", 2.ª ed., Napoli 1915. Hay traducción española de Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro. Tomo II, Volumen I.º, Madrid, 1944, pág. 45. M. ROTONDI, "Instituciones de Derecho Privado", trad. Francisco F. Villavicencio, 1953, pág. 318. F. MESSINEO, "Manual de Derecho civil y comercial", trad. de Santiago Sentís Melendo, Tomo IV, pág. 429, Buenos Aires. M. ALLARA, "La fattispecie estintive del rapporto obbligatorio", Torino, pág. 159. A. TRABUCCHI, "Istituzioni de Diritto Civile", 5.ª ed., Padova-Dedan 1950, pág. 448. L. BARASSI, "La teorfa generale delle obbligazioni", Vol. 1.º, 2.ª ed., Milano 1948, pág. 248, y también "Instituciones de Derecho civil", Tomo II., trad. y notas de Ramón García Haro y Mario Falcón, 1955, pág. 130. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. cit. ENNECCERUS (en la obra de Kipp y Wolff), "Derecho de obligaciones", con LEHMANN, trad. de la 35 edición alemana y estudios de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, Vol. I, 1.ª edición, pág. 114. BELLAVITE, ob. cit., pág. 76.

(17) ALVARO D'ORS, "En torno a la llamada obligación alternativa", *Revista de Derecho Privado*, enero 1944, pág. 22.

(18) R. MITCIO, "Delle obbligazioni in generali", Torino 1957, pág. 342.

(19) WINDSCHEID, "Diritto delle Pandette", trad. Carlo Fada e P. E. Bensa, Vol. 2.º, Torino 1930, pág. 19. JÖRS-KUNDEL, "Derecho Privado Romano", traducción Leonardo Prieto Castro, 1937, pág. 241, nota 4.

(20) ALVARO D'ORS, ob. cit., pág. cit.

(21) MANUEL ALBALADEJO, "Instituciones de Derecho civil", Tomo I, Barcelona 1960, pág. 503.

(22) ENNECCERUS, ob. cit. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. cit. A. HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", Tomo I, Madrid 1960, pág. 154. Emplea también la expresión "facultad alternativa". K. LARENZ, "Lerbuch des Schuldrechts", Tomo I. München und Berlin 1957, pág. 105. Hay traducción española de Jaime Santos Briz, Madrid 1951, pág. 167.

(23) ENNECCERUS, ob. cit., pág. cit.

(24) Como las denominan, respectivamente, Bibiloni y el Proyecto de Re-

tante ser más propias y expresivas, especialmente la última, no han tenido mayor éxito.

Muchas de ellas, como puede verse, son idénticas no significando sino la traducción latina, otras intentan explicar el fenómeno de la sustitución, pero éste tiene cabida no solamente en esta especie de obligaciones sino en otras figuras jurídicas, como por ejemplo, en una amplia construcción de la dación en pago.

Finalmente en el Derecho alemán tiene amplio arraigo la expresión *Ersetzungsbefugnis* como hemos dicho, y es empleada habitualmente por los tratadistas.

### 3.—Crítica y conclusión.

La mayoría de los autores estiman que ha triunfado la designación "obligación facultativa" (25) y es empleada por los Códigos de Argentina —Libro II, Sección I, Título X, arts. 643 a 650—, Colombia —arts. 1.562 a 1.565—, Chile —arts. 1.505 a 1.507—, Ecuador —Libro IV, Tít. VII, arts. 1.495 a 1.497; última edición artículos 1.561 a 1.563—, Uruguay —arts. 1.318 a 1.320—, Proyecto de Freitas —arts. 963 a 968—, Filipinas —art. 1.206—, Perú —artículos 1.198 a 1.200—, Costa Rica —arts. 660 a 663—.

La expresión es equívoca, pero aún así es cómoda y como el uso es el supremo legislador debe utilizarse, y así lo hace la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia española (26). Al igual que ocurre con otras figuras jurídicas (27) puede ponerse reparo a la terminología usual, pero lo difícil es no sólo buscar una expresión para sustituir la vigente, sino lograr que ésta perdure y se mantenga.

## II.—Origen e historia de la institución.

### 1.—Derecho Romano y glosadores.

Se ha indicado que en el Derecho Romano la obligación de resarcimiento por daños causados por animales, impuesta por sentencia, se podía cancelar entregando el animal productor del daño

forma del Código civil argentino, citados por REZZONICO, ob. cit. Se debe hacer el mismo reparo que a la expresión usual, porque el pago no es facultativo sino obligatorio, lo que resulta facultativo es cumplir con una prestación o con otra.

(25) BAUDRY LACANTINERFE, ob. cit.: "El nombre ha quedado". MARCEL PLANIOL, "Traité élémentaire de Droit civil", Revu par G. RIPERT, 3.<sup>a</sup> edición, Tomo 2.<sup>o</sup>, París 1949, pág. 451: "expresión cómoda".

(26) En diversas sentencias que más adelante examinaremos. Podemos citar aquí la Sentencia de 23 de enero de 1957. Ver comentarios en *R. de Derecho Privado*, julio-agosto de 1957, págs. 775 y 776, y Sentencia de 29 de abril de 1965.

(27) Tampoco la expresión "sociedad de responsabilidad limitada" es correcta, porque la responsabilidad patrimonial del ente social es ilimitada conforme al artículo 1.911 del Código civil español, pero la denominación se

(noxæ deditio) (28). Se ha considerado así obligación facultativa la que nace del delito de un hijo o de un esclavo. El padre o dueño estaban obligados a entregar al delincuente, pero podían liberarse de dicha obligación asumiendo la responsabilidad derivada del delito. Ello quiere decir, que si la obligación principal se hace imposible —por ejemplo, por muerte del delincuente— el padre o amo quedan liberados. (29).

Que se trata en este último caso de una verdadera "facultas solutionis", no de una alternatividad se demuestra con el texto de Ulpiano, a propósito de los daños causados por animales (30) y esto ocurre incluso después de la "litis contestatio". En estas acciones noxales, antes de la "litis contestatio", la obligación principal es la de entregar al delincuente y la facultativa la de hacerse responsable, mientras que después de dicho momento, la principal es la de pagar condena (31) como en todas las acciones, y facultativa, la "noxæ dare" (32).

Algunos de los casos citados por Savigny (33) como supuestos constitutivos de obligación alternativa, son, en realidad, de "facultas solutionis". Así, cuando se entierra a una persona sin tener derecho a ello en el fundo ajeno, se puede elegir entre desenterrar el cadáver o pagar el terreno de la sepultura—D. II,7,7 pr— y cuando una cosa ha sido vendida por un precio inferior a la mitad de su valor real, el vendedor puede instar la rescisión del contrato con devolución de la cosa comprada o completar el justo precio —Cod. 4,44,2— (34).

acepta y usa en lo que quiere significar; esto es, que los socios de dicha Compañía tienen limitada su responsabilidad por las deudas sociales a su aportación.

(28) P. JÖRS-W. KUNDEL, ob. cit. También ENNECERUS, ob. cit., nota 2, considera que en el Derecho Romano el ejemplo principal lo constituyen las acciones noxales. El problema de si se trata de obligación *cum facultate alternativa* en el caso de la responsabilidad noxal del "pater familias o dominus" por los delitos del hijo o esclavo ha sido objeto de grandes controversias por parte de los romanistas. Ver a este respecto GROSSO, "Corso...", cit. "Y problemi dei diritti reali", pág. 246 y sigts. ALBERTARIO, "Corso di Diritto Romano". "La obbligazioni", Milano 1947, págs. 385 y sigts.

(29) Dig. 9, 4,39. ALVARO D'ORS, ob. cit., pág. 22 y nota 78, que indica: "Salva la obligación subsidiaria de entregar el cadáver, lo mismo que si se trata de daño causado por un animal"—Dig. 9,1,1,13—. Sólo que aquí sin la obligación subsidiaria.

(30) Dig. 9, 1, 1, 16, cit. pág. D'ORS, ob. cit., nota 80.

(31) Teniendo en cuenta la condena pecuniaria, y el dinero como género no parece, es por lo que algunos autores contemplaron la alternatividad.

(32) D'ORS, ob. cit., loc. cit.

(33) "Le Droit des obligations", Tomo II, París 1863, pág. 147.

(34) En sentido contrario a la alternatividad indicada por SAVIGNY, WINDSCHEID, ob. cit., pág. 19, nota 5. D'ORS, ob. cit.; P. GIRARD, "Manuel Elementaire de Droit Romain", 7.<sup>a</sup> ed., por Felix Senn, París 1929, pág. 575, donde, sin nombrar la obligación facultativa, se expresa: "El vendedor lesionado tiene el derecho, restituyendo el precio de demandar la restitución de la cosa". "Ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias"; *salvo* la facultad para el comprador de *sustraerse* a la restitución pagando el suplemento de precio. Parece referido sólo a la lesión del vendedor y no se distingue

También puede contemplarse la obligación facultativa en la configuración dada por los romanos al supuesto en que fuera legada la "penus" y si ésta no fuere prestada, una suma de dinero (35) y no sólo en el caso en que fuere debida: "si penum heres dato; si non dederit centum dato" (36).

La construcción de estos supuestos, tal y como aparecen recogidos en Paulo —D. 35,2,18 y D. 36,2,24 pr.— es considerada por Grosso como obligación con facultad alternativa. Juliano contrapone el caso en que se hubiere puesto un término a la entrega de la *penus* ("si penum intra Kalendas non dederit centum dato") y en tal supuesto, "centum legata sub conditione videntur", y por ello señala Grosso (37) que la suma es debida y no tiene el heredero la facultad de liberarse pagando la *penus*.

En el supuesto de una "stipulatio" formulada así: ¿Si fundum non dederis centum dare spondes?", Paulo afirma rotundamente: "Sola centum in stipulatione sunt, in solutione fundum", (D. 44,7, 44,5).

Frente a esta amplia concepción, De Steiner niega la construcción de la "facultas solvendi", incluso en el supuesto de la "penus legata" (38) y su fundamento se asienta en que el pensamiento de los romanos resulta vacilante, según se desprende de los textos.

Parece considerarse como supuesto de obligación "cum facultate alternativa", aquella, según los textos interpolados del Derecho justiniano —D. 30,47,3 y D. 46,3,95— a que da lugar el perecimiento de una de las cosas debidas, por caso fortuito, en la obligación alternativa. La obligación se concentra en la cosa que no ha perecido, pero queda al deudor la facultad de liberarse prestando la estimación de la desaparecida (39).

El tercer poseedor de un bien hipotecado está obligado a restituirlo al acreedor hipotecario, pero puede liberarse de esta obligación pagando la deuda hipotecaria, —D. 20, 6 qui mod. pignus solv. y L. 12, § 1— (40).

Polacco apunta un concepto amplísimo de la dación en pago (41) e incluye bajo la denominación, poco correcta a mi juicio, de dación en pago necesaria cuando la prestación del "aliud pro alio" se produce "invito creditoris, debitoris" o entrambos, supues-

entre inmuebles o muebles, pero en algunos textos se alude claramente al fundo P. VAN WETTER, ob. cit., pág. 216.

(35) GROSSO, ob. cit., pág. 229.

(36) *Ibidem*. El concepto aparece expresado en Juliano —D. 36. 2, 19, pr— "cum sine praeinitione temporis legatum ita datum fuerit": "uxori meae penum heres dato: si non dederit centum dato" unum legatum intelligitur centum et statim pati potest, penoris autem causa eo tantum pertinet ut ante litem contestatam tradita peno heres liberentur". En este sentido, también Ulpiano —D. 33,9,1—.

(37) Ob. cit., pág. cit.

(38) *Ibidem*. Ver también a este respecto Papiniano en D. 45,1.

(39) *Ibidem*.

(40) VAN WETTER, ob. cit., pág. cit., nota 5.

(41) VITTORIO POLACCO, "Della dazione in pagamento", Vol. 1.º, Padova-Verona 1888.

tos de obligación facultativa (42). Quien está obligado a prestar a otro a título de legado un siervo hereditario, puede liberarse pagando su valor, en el supuesto que dicho siervo fuese hijo o hermano natural del deudor —I, 71, 3—. Esta excepción, inspirada en motivo especialísimo de piedad, “*ratione sanguinis*”, que es fácil de explicar, hace expresar a la Glosa: “*Quum alieni poculum legatum esset, velletque heres aestimationem prestare, quia iniquum esse aiebat, id separari a se, non impetravit id a Pretore; alia enim conditio est hominum, alia ceterarum rerum, in hominibus enim benigna ratione receptum est quod supra probavimus*”.

Se cita, también dentro del Derecho Justiniano, la facultad de satisfacer mediante dinero, legados o donaciones de cierta masa de oro o plata, cuando no hubiese sido especificada la cualidad del metal a prestar (43).

Señala también Polacco como dación necesaria, el supuesto de legatario o fideicomisario de una “*certa quantitas hereditatis*”. El heredero puede ser obligado a entregar la estimación si la cosa hereditaria “*naturaliter indivisæ sinet, vel sine damno divisio earum fieri non potest*” —D. 1,26, § 2 de leg. 1—. Ya señaló Bárto'o que en dicho supuesto se da “*genus pro quota*” (44). Finalmente indica Polacco, además de la “*noxæ datio*”, ciertos supuestos de vicios redhibitorios, de las cosas (45).

## 2.—*Pothier y Delvincourt.*

En el “*Tratado de las obligaciones*” de Pothier (46) bajo el título: “*De las obligaciones contratadas con la cláusula de poder pagar a una persona indicada, o con la de poder pagar cierta cosa en lugar de la cosa debida*”, se ocupó de esta clase de obligaciones, sin designarlas, claro está, como obligaciones facultativas, pero diferenciando estos supuestos de las alternativas, pues en ellas todas las cosas son debidas —mejor podría decirse que se encuentran en la obligación— mientras que en las obligaciones con facultad de pagar una cosa, en lugar de aquella que constituye la obligación, la que se faculta al deudor como pago no es debida, pues no está “*in obligatione*”, sino “*in facultate solutionis*” (47).

(42) No es de este momento ocuparnos de dicha teoría, pero el mismo POLACCO considera la dación en pago necesaria, la excepción y la voluntaria, la regla general.

(43) *Ibidem.* L. 1 § 1 D y L. 35 pr. Cod. Just. de donat. 8,54, etc. “*Cui-certus pondus argenti dare heres iussus sit, ei pecuniam numeratam dando iure ipse liberatur, sit in ea pecunia eadem aestimatio fuerit: quod ita verum est, si non certum genus argenti legatum sit*”. De Reyes señala el carácter excepcional de este precepto y Cuiacio sostuvo su interpretación restrictiva, que impedía extenderse a otros supuestos.

(44) *Ibidem.*

(45) Con relación a este último punto, SCIALOJA, “*Obbligacioni...*”, 1903, páginas 266 a 277.

(46) Traducido por S. M. S. Enciclopedia Moderna, Barcelona 1878, Tomo I, págs. 189 y sigts, artículo V.

(47) Siguen a POTHIER casi a la letra, pero usando ya el nombre de obli-

Este concepto perduró en la doctrina francesa, después fue bautizado por Delvincourt y ha permanecido en los países latinos.

### 3.—*Los Códigos civiles.*

Los Códigos civiles europeos, tanto los que siguieron el modelo francés, como los de tipo germánico, no dedican en su articulado una regulación de esta clase de obligaciones, aunque contemplan supuestos que pueden presentar tal carácter y que son considerados por los autores como genuinas obligaciones facultativas.

Por el contrario, en los Códigos civiles de algunos países de América hispánica se encuentran reguladas, con más o menos extensión, estas obligaciones. Así, los Códigos Civiles de Argentina (48), Chile (49), Colombia (50), Costa Rica (51), Ecuador (52), El Salvador (53), Perú (54), Uruguay (55), e incluso el de Filipinas (56), dedican preceptos a esta modalidad obligacional.

---

gación facultativa: A. VIGIÉ, "Cours Elementaire de Droit civil français", Tomo II, París 1890, pág. 606, y T. AUMAITRE, "Traité elementaire de Droit civil", Tomo II, París 1885, pág. 181.

(48) Entre sus muchas ediciones particulares, puede verse: "Código civil de la República Argentina", Colección de Códigos y leyes usuales. Jajaune y Cía, Buenos Aires 1909. Otra con las notas de VELEZ SANSFIELD, concordado por HUGO M. PINTO BOUQUET, Buenos Aires 1946. Otra con anotaciones marginales del Dr. Jorge Pasquini López, Buenos Aires 1924. Otra, distinta también, con las notas de VELEZ SANSFIELD y Leyes complementarias, Buenos Aires 1952, Editorial Depalma. También existe una edición del Instituto de Cultura Hispánica con estudio preliminar del Dr. José María Mustapich, Madrid 1960.

(49) "Códigos de la República de Chile", Valparaíso 1912. Con comentarios puede examinarse: "Código civil de la República de Chile, comentado y explicado por Robustiano Vera. 7 tomos, Santiago de Chile 1893. También existe edición del Instituto de Cultura Hispánica.

(50) Además de la edición realizada por el I. de Cultura Hispánica puede verse "Código civil colombiano y leyes vigentes que lo adicionan y reformas", 8.ª ed., dirigida por Eduardo Rodríguez Piñeres, Bogotá 1929.

(51) Instituto de Cultura Hispánica. Estudio preliminar del Dr. Fabio Fournier, Madrid 1962.

(52) He utilizado la edición publicada en Nueva York 1889, realizada por la Corte Suprema de Justicia, en virtud del Decreto legislativo, sancionada en 13 de agosto de 1887. Existe además otra edición realizada por la Comisión legislativa en uso de la facultad consignada en el artículo 77 de la Constitución. Quito, Ecuador, Talleres Nacionales.

(53) Instituto de Cultura Hispánica, Madrid 1959. Estudio preliminar del doctor Mauricio Guzmán.

(54) Promulgado el 30 de agosto de 1936, entró a regir el 14 de noviembre de dicho año. Editorial José María Cajica, Lima 1957.

(55) Puede verse la edición de F. Góngora. Madrid 1879. Después del Proyecto de Eduardo Acevedo y del realizado por el Dr. Narvaja, una Comisión de jurisconsultos, realizó el texto. Ediciones oficiales en 1868, 1893 y 1914. Utilizó para estos datos "Código civil de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado por Celedonio Nin y Silva. Novísima edición. Montevideo 1925.

(56) Además de la edición realizada por el I. de Cultura Hispánica puede verse también "El Nuevo Código civil de Filipinas", por el Dr. JORGE BOCOCO, Madrid 1951.

### III.—Colocación sistemática y concepto.

#### 1.—Colocación sistemática.

En realidad la obligación facultativa constituye una obligación simple (57), con objeto único (58), si bien no faltan autores que la hacen intermedia entre las únicas y las múltiples (59), que hablan de objetos múltiples (60) o de pluralidad de objetos (61). Por último, algunos la consideran como obligación compuesta (62).

Lafaille (63) completando la clasificación de Savigny que distingue las obligaciones de prestación indeterminada, en alternativas, de género, de cantidad y de sumas de dinero, añade las facultativas a dicho grupo.

En conclusión, puede sostenerse que se trata de obligación con objeto único y así ha podido decir Barassi (64) que la obligación facultativa es hipótesis sólo marginal de obligación objetivamente colectiva.

De todos modos la mayoría de los tratadistas colocan esta clase de obligaciones junto a las alternativas. Así Baudry-Lacantinerie (65), Aubry y Rap (66), Bonnacasse (67), Toullier (68), Von

(57) GIORGI, ob. cit., pág. cit., aunque también la configure como modificación accidental del contrato.

(58) PLANIOL, ob. cit., pág. 451. DE PAGE, ob. cit., pág. cit.: "de objeto único, pues la pluralidad de objetos no interviene sino muy indirectamente, muy accesoriamente". También JOSÉ ARIAS RAMOS, "Derecho Romano", 4.ª edición, Edit. R. de D. Privado, Tomo I, pág. 315.

(59) JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, "Derecho civil español común y foral", Tomo III, 8.ª ed., Madrid 1954, pág. 101. JOSÉ MARÍA RUIZ GALLARDÓN, "Derecho civil. Obligaciones", Madrid 1957, pág. 77.

(60) L. JOSSERAND, "Derecho civil", revisado y completado por ANDRÉ BRUN, Tomo IV, Vol. 1.º. Teoría general de las obligaciones, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires 1950, págs. 577 y 599. A. COLIN y H. CAPITANT, "Curso elemental de Derecho civil", trad. de Demófilo De Buen, Tomo III, Madrid 1924, pág. 367. La 2.ª ed. española, revisada por M. BATLLE, Madrid 1943, pág. 404.

(61) F. SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho civil", Tomo IV, Madrid 1899, pág. 22. Dentro de las obligaciones *compuestas* distingue las conjuntivas y distributivas y dentro de estas últimas las específicas, genéricas, alternativas y facultativas. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español", Tomo IV, Madrid 1919, pág. 159. Dentro de la pluralidad de objetos de la prestación, comprende las conjuntivas, alternativas y facultativas.

(62) MORENO MOCHOLF, en los "Comentarios al Código Civil español", de JOSÉ MARÍA MANRRESA y NAVARRO, 5.ª ed., Tomo VIII, Vol. 1.º, Madrid 1950, página 295. F. BONET RAMÓN, "Derecho civil común y foral", Tomo I, Madrid 1940, pág. 465. Las divide en simples y compuestas, y estas últimas en conjuntivas, alternativas y facultativas.

(63) Ob. cit., cap. XV, núm. 877.

(64) "La teoría...", cit., página cit., si bien coloca sistemáticamente a las facultativas dentro de las colectivas.

(65) Ob. cit., pág. cit.

(66) AUBRY ET RAU, "Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae", 5.ª ed., Tomo IV, pág. 71, París 1902.

(67) J. BONNACASSE, "Elementos de Derecho civil", trad. de José María Cajica. Puebla, Méjico, Tomo II, pág. 567.

(68) "Le Droit civil français", 6.ª ed., Vol. III, París, § 700.

Thur (69), Pacchioni (70), Ricci (71), Miccio (72), Grosso (73), Trabucchi (74), Polacco (75), Enneccerus (76), Coelho da Rocha (77), y en España Burón (78), Valverde (79), Santa Cruz Teijeiro (80), y en cierto sentido Hernández Gil (81).

La colocación junto a las alternativas se debe al peso de la tradición y por ser éstas más conocidas. De todas formas las analogías resultan evidentes cuando la elección en la alternativa compete al deudor, y existen casos de duda, cuando no resulta claro a qué tipo de obligación han querido someterse las partes en su oscura convención (82).

## 2.—Concepto.

Podemos adelantar un concepto de obligación facultativa —se obtendrá más detallado después del estudio de sus características y efectos, así como de las analogías y diferencias con otras figuras afines— como aquella obligación que tiene un sólo objeto, que es el único que el acreedor puede exigir, y que si desaparece sin culpa del deudor produce la extinción del vínculo obligatorio, pero se faculta al deudor a entregar otra prestación distinta de la debida, produciéndose así su cumplimiento (83). Existe, por tanto, en esta clase de obligación una facultad de sustitución dejada exclusivamente al deudor —si volet— (84). Un sólo objeto está “in obligatione”, al otro sólo “in facultate solutionis” (85).

Se rigen por las mismas reglas que las obligaciones simples,

(69) Ob. cit., pág. 56.

(70) G. PACCHIONI, “Obbligazioni e contratti”, Cedam-Padova 1950, página 46.

(71) F. RICCI, “Derecho civil teórico y práctico”, trad. por Eduardo Ovejero, Tomo XIII, Madrid, pág. 209.

(72) Ob. cit., pág. 342.

(73) Ob. cit., pág. cit.

(74) Ob. cit., pág. cit.

(75) “Le obbligazioni”, cit., pág. cit.

(76) Ob. cit., pág. cit.

(77) M. A. COELHO DA ROCHA, “Instituições de Direito civil portuguez”, Tomo I, Coimbra 1852, 4.<sup>a</sup> ed., 1867. En ambas pág. 77.

(78) G. BURÓN GARCÍA, “Derecho civil español según los principios, los Códigos, leyes precedentes y la reforma del Código civil, Valladolid 1900, Tomo III, pág. 474.

(79) C. VALVERDE Y VALVERDE, “Tratado de Derecho civil español”, Tomo III, Valladolid-Madrid 1913.

(80) JOSÉ SANTA CRUZ TEJJEIRO, “Derecho Romano. Obligaciones y contratos”, Valencia 1947, pág. 121.

(81) Ob. cit., pág. 154: “próxima a la alternativa”.

(82) FERNANDO FUEYO LANERI, “Repertorio de voces y giros del Código Civil Chileno”, Santiago de Chile 1952; aquí explica la relación entre ambas figuras.

(83) PLANIOL, ob. cit., pág. cit. GIORGI, ob. cit., pág. cit.

(84) MESSINEO, “Manual...”, cit., pág. 429.

(85) GIORGI, ob. cit., pág. 459: “una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis”.

excepto en lo referente a la facultad concedida al deudor de liberarse cumpliendo una prestación diferente a la debida (86).

#### IV.—Caracteres y efectos.

##### 1.—Caracteres.

La mayoría de la doctrina estima que la obligación facultativa es una obligación con un solo objeto (87), prestación (88), o cosa, como se señala más impropriadamente (89). En este sentido, el mismo Delvincourt incidió en mayor precisión (90), pues indicó como objeto en la obligación facultativa, una *cosa determinada*. Este defecto se encuentra también en los textos legales: así en los Códigos civiles de Chile—art. 1.505—, El Salvador—art. 1.376—, Colombia—art. 1.562—, Ecuador—art. 1.495— y Uruguay—artículo 1.318—, aparece una idéntica definición: “Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor pagar con esta cosa o con otra que se designa.”

Por el contrario, el Código argentino la define más precisamente en el artículo 643: “es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra”.

Después de lo indicado podemos señalar: 1.ª La imprecisión de Delvincourt, porque la prestación principal, o sea, la que figura “in obligatione”, puede no ser de cosa determinada e incluso puede consistir en un dar, hacer o no hacer (91), pudiendo, incluso, presentar mayor complicación y ser así simple o compleja (92), e incluso ser indeterminada, si bien todo ello por razones ajenas

(86) *Ibidem*. MESSINEO, ob. cit., pág. cit.

(87) AUBRY Y RAU, ob. cit., pág. 45. COLÍN Y CAPITANT, ob. cit., págs. 367 y 368. DE PAGE, ob. cit., pág. 276. BONNECASE, ob. cit., pág. cit. RUGGIERO, “Instituciones...”, cit., pág. cit. DE DIEGO, ob. cit., pág. 59. CASTÁN, ob. cit. página 101. JOSÉ MARÍA VILLAR Y ROMERO, “Derecho civil”, Madrid 1943, página 457. RUIZ GALLARDÓN, ob. cit., pág. 77.

(88) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 215. PLANIOL, ob. cit., pág. 451. BARASSI, “La teoría...”, cit., pág. 249. TRABUCCHI, ob. cit., pág. 448. MICCIO, obra cit., pág. 342. VON TUHR, ob. cit., pág. 56. VALVERDE, ob. cit., pág. 69. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 154. Objeto o prestación emplean al respecto, ARIAS RAMOS, ob. cit., pág. cit., y FEDERICO PUIG PEÑA, “Tratado de Derecho civil español”, Tomo IV, Vol. 1.º, Ed. R. de D. Privado, pág. 75.

(89) POTHIER, ob. cit., pág. 189. GIORGI, ob. cit., pág. 458. MESSINEO, “Istituzioni di Diritto Privato”, 2.ª ed., Cedam-Padova 1940, pág. 437. VAN WETTER, ob. cit., pág. 216. LAURENT, “Cours elementaire de Droit civil”, Tomo II, Bruselles-Paris 1878, pág. 479. MORENO MOCHOLI, en “Comentarios de Manresa”, cit., pág. 394. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 55. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit. página cit. LAFAILLE, ob. cit., pág. 432, alude a “una sola deuda principal a la que se adhiere otra accesoria”.

(90) Ob. cit., pág. 131.

(91) COLMO, ob. cit., § 377. REZZONICO, ob. cit., pág. 505.

(92) RUGGIERO, “Istituzioni...”, pág. 101.

a ser facultativa (93), e incluso puede operarse mayor confusión, ser genérica, alternativa o compuesta por varias prestaciones (94).

2.<sup>a</sup> La afirmación de la doctrina de que esta clase de obligaciones sólo contiene una prestación "in obligatione" puede inducir a error, ya que tanto la prestación principal como la accesorial se encuentran en la obligación, pues de no ser así el deudor no podría cumplir entregando el objeto "in facultate solutionis" (95). Lo que ocurre es que ambas prestaciones no se encuentran en el mismo plano, ni con el mismo alcance en el vínculo obligatorio. Porque en definitiva para que el deudor pueda cumplir válidamente con la prestación accesorial, ésta debe figurar en la obligación, o concedérsele después de contraído el vínculo, por acuerdo con el acreedor —dación en pago—.

Así ha podido decir un tratadista (96), que si se contempla la obligación con facultad alternativa desde el punto de vista del acreedor es *única*, porque sólo hay una prestación que cumplir, (mejor podría decirse que reclamar); si se enfoca con relación al deudor es *múltiple*, ya que comprende dos prestaciones, y por último si tenemos en cuenta el derecho de elección, evidentemente es alternativa.

Como los elementos de toda obligación, en sentido de relación son: un sujeto activo que tiene facultad de exigir la prestación (acreedor), un sujeto pasivo obligado (deudor), un objeto consistente en un acto del deudor (prestación) y un vínculo jurídico entre los sujetos, en virtud del cual el deudor queda obligado respecto al acreedor a satisfacerle la prestación prometida (97); ciertamente, la obligación facultativa tiene como objeto la prestación principal, pero resulta poco correcto afirmar que la prestación "in facultate solutionis" no figura en la obligación (98).

Todo radica, a nuestro juicio, en confundir el lado activo y el pasivo de la obligación. El acreedor no puede exigir el objeto accesorial, pero si el deudor presta éste extingue la obligación (99), por ello se ha afirmado que la pluralidad de objetos no interviene sino muy accesorialmente (100). Así señalaron Aubry y Rau que el objeto accesorial no podría ser considerado comprendido en la obli-

(93) ALBALADEJO, ob. cit., pág. 504.

(94) MORENO MOCHOLF, ob. cit., pág. cit.

(95) ANTONIO BORRELL Y SOLER, "Derecho civil español", Tomo III, Barcelona 1955, pág. 127.

(96) F. GARCÍA MARTÍNEZ, "Derecho civil", Tomo I, Valencia 1942, página 277.

(97) CASTÁN, ob. cit., pág. 448.

(98) PUIG PEÑA, ob. cit.: "Un solo objeto o prestación está situado en la obligación". DE GÁSPERI, ob. cit., § 1107: "La prestación accesorial no forma objeto de la obligación...". BARASSI, "La teoría...", pág. 249.

(99) Por ello, LAFAILLE, ob. cit., pág. 123, afirma con acierto: "De antemano se determina una manera de extinguir la obligación". En idéntico sentido, GROSSO, ob. cit., pág. 134, que alude a "prestación preventivamente determinada". Ver también MICCIO, ob. cit., pág. 342.

(100) DE PAGE, ob. cit., pág. 276.

gación, si bien se encontraba unido para facilitar el pago (101), pues desde que nace la obligación facultativa existe una aceptación previa del eventual pago futuro, no idéntico al debido (102), y así, la prestación facultativa aparece determinada desde el nacimiento de la obligación (103).

Con mayor precisión ha podido decir Josserand (104) que los dos objetos están estipulados, pero sólo uno está "in obligatione".

## 2.—Efectos.

A.—Supuestos normales.—La naturaleza de la obligación facultativa queda determinada desde su nacimiento (105), porque como constituye una obligación simple y se rige por las reglas de esta clase, salvo la facultad concedida al deudor de liberarse prestando una cosa diferente a la debida (106), por eso la naturaleza y carácter se determinan por la prestación que forma su objeto (107).

En este sentido se pronuncia el artículo 644 del Código civil argentino, al señalar que "la naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella" (108).

Así resulta fácil determinar si la obligación facultativa es divisible o indivisible (109), mobiliaria o inmobiliaria (110), genérica o específica (111), dineraria (112), etc...

Ello puede revestir trascendencia, con referencia a los legados, a la comunidad conyugal (113) e incluso en la adquisición de la propiedad en aquellos sistemas en que se adquiere por contrato

(101) Ob. cit., pág. 45. También VON TUHR, ob. cit., pág. cit., que afirma: "se autoriza al deudor para que en su lugar de ella (la principal) entregue otra a título de supletoria".

(102) ALBALADEJO, ob. cit., pág. 504.

(103) DALLOZ, "Repertoire de Droit civil", dirigido por Vergé y Ripert, Tomo III, París 1953; voz: "obligations facultatives", pág. 649. MESSINEO, "Manual...", cit., pág. 429.

(104) Ob. cit., pág. 600. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pág. cit.: "La otra cosa está reservada como facultad de su arbitrio en la estipulación".

(105) POLACCO, "Le obbligazioni...", § 41. TOULLIER, ob. cit., § 700. DE DIEGO, ob. cit., pág. cit.

(106) PUIG PEÑA, ob. cit., pág. cit.

(107) GIORGI, ob. cit., § 443.

(108) DE GÁSPERI, ob. cit., § 1108. COLMO, ob. cit., pág. 374. R. F. ROUSSET, "Apuntes de Derecho civil", Tomo B I, Buenos Aires 1916, pág. 228. REZZONICO, ob. cit., págs. 507 y 508.

(109) AUBRY Y RAU, ob. cit., pág. 45. POLACCO, "Le obbligazioni...", página 41. R. RIVAROLA, "Instituciones de Derecho civil argentino", Tomo I, Buenos Aires 1907, pág. 156. DE GÁSPERI, ob. cit., § cit. VELEZ SANSFIELD, en notas al Código civil, cit. pág. 150. BURÓN, ob. cit., § 1245.

(110) POTHIER, ob. cit., § 243. PLANIOL, ob. cit., § 1325. BAUDRY LACANTIERE, ob. cit., § 1051. VIGIÉ, ob. cit., § 1357. AUMAITRE, ob. cit., pág. 181. TOULLIER, ob. cit., § 700. LAURENT, ob. cit., pág. cit. COLIN Y CAPITANT, ob. cit., página 368.

(111) DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 56. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 154.

(112) *Ibidem*.

(113) En el Derecho francés y en el aragonés. Ver POTHIER, loc. cit., y TOULLIER, loc. cit.

(114), no así en nuestro Derecho, aunque sí afectará a la adquisición de los frutos de la cosa debida —artículo 1.095 del Código civil español— si bien esta adquisición de frutos aparece sujeta a la condición resolutoria, potestativa del deudor, de cumplir entregando el objeto que se encuentra “in facultate solutionis”.

Con ello queda patentizado que el objeto principal es decisivo para la suerte del vínculo (115) y por ello ha señalado Messinec (116) que si la cosa “in obligatione” no perece, los efectos de la facultativa son análogos a los de la alternativa, esto es, se produce la liberación mediante la prestación que elija el deudor. Pero esta fórmula resulta demasiado simple y debe puntualizarse más aún en ciertos extremos.

El acreedor no podrá reclamar en su demanda más que el pago de la cosa o prestación que le es debida (117). Ahora bien, como el derecho a reclamar ante los Tribunales no suele tener cortapisas, añaden los autores que el acreedor no podrá reclamar más que dicho objeto “obrando en justicia” (118).

Efectivamente, esta es la cosa debida (119) y por ello los Tribunales sólo pueden condenar a entregar dicho objeto (120). Otros autores precisan más aún, indicando que el acreedor, sólo puede reclamar o la cosa principal, o en su caso la indemnización de daños y perjuicios (121), pues de no ser así, podría alegarse por el demandado “plus petitio” (122).

Pero a pesar de esta reclamación del acreedor, siempre queda al deudor la posibilidad de liberarse, cumpliendo la prestación “in facultate solutionis” (123). El artículo 646 del Código civil de la República Argentina señala que “el acreedor de una obligación facultativa puede, en su demanda, no comprender sino la

(114) VIGIÉ, ob. cit., pág. cit. En nuestro Derecho civil la tradición está espiritualizada en muchos casos.

(115) RUGGIERO, “Istituzioni...”, pág. 101.

(116) MESSINEO, “Manual...”, cit., pág. cit. “Istituzioni...”, pág. 437.

(117) LARENZ, ob. cit., pág. 181. TUHR, ob. cit., pág. 56. GIORGI, núm. 444. GROSSO, pág. cit. BARASSI, “La teoría...”, pág. 249: “Istituzioni...”, pág. 130. RICCI, pág. 209. PLANIOL, § 1325. BAUDRY-LACANTINERÍE, § 1051, AUBRY Y RAU, página 45. VIGIÉ, § 1351. LAURENT, ob. cit., pág. cit. BONNECASE, ob. cit., página 567. BURÓN, § 1246. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pág. cit. VELEZ SANSFIELD, obra cit. VALVERDE, ob. cit., pág. cit. PÉREZ Y ALGUER en anotaciones a ENNECCERUS, pág. 116. COLMO, § 375. IGNACIO DE CASSO Y ROMERO, “Diccionario de Derecho Privado”, 2 tomos, 1950. Tomo I voz: “obligación facultativa”. HERNÁNDEZ GIL, pág. 155. RUIZ GALLARDÓN, ob. cit., pág. 77.

(118) PLANIOL y VALVERDE, loc. cit.

(119) BAUDRY-LACANTINERÍE, loc. cit. BARASSI, ob. y loc. cit. BONNECASE, obra cit. y loc. cit. RICCI, ob. cit., pág. cit. COLIN y CAPITANT, ob. cit., página cit. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. cit., etc. ...

(120) PLANIOL, ob. cit., loc. cit. TUHR, ob. cit., pág. cit. VALVERDE, ob. cit., página cit.

(121) CASSO, ob. cit. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. cit.

(122) BURÓN, ob. cit., pág. cit. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., loc. cit.

(123) BAUDRY-LACANTINERÍE, loc. cit. VIGIÉ, ob. cit., pág. cit. VON TUHR, obra cit., pág. cit. HERNÁNDEZ GIL, loc. cit.

prestación principal". Este precepto parece calcado de Aubry y Rau (124) y ha sido rectificado por la doctrina. Así, Velez Sarsfield (125) señala al respecto que basta con que el acreedor pida la prestación principal; alude a que sólo puede pedir dicha prestación, Colmo (126), quien critica el texto legal, y De Gásperi (127) lo interpreta en el sentido de que el obligado tiene la posibilidad de liberarse mediante el cumplimiento de la prestación accesoria. También Rezzonico (128) hace una crítica de la expresión legal.

Por el contrario, los Códigos de Chile —art. 1.506—, El Salvador —art. 1.377—, Colombia —art. 1.563—, Ecuador —art. 1.496, moderno 1.562— y Uruguay —art. 1.319, 1.358 de la última reforma— (129) indican que "en la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor está directamente obligado".

Por parte del deudor existe un "ius variandi" (130), pues la posibilidad de elección aparece en el momento mismo del nacimiento de la obligación y depende del deudor, que tiene el derecho de hacer una prestación a título de cumplimiento, sin necesidad del asentimiento del acreedor (131).

Ahora bien, el deudor no se libera por manifestar su deseo de cumplir la prestación "in facultate solutionis", sino que tiene que prestarla efectivamente (132), pero en él reside esta potestad de elección (si volet) (133) y por ello esta facultad o "ius variandi" se otorga en beneficio del deudor (134).

El ofrecimiento de la prestación accesoria no tiene carácter de acto jurídico potestativo; el deudor puede retirar la oferta mientras el acreedor no la acepte, (135), pues esta declaración de querer cumplir la prestación subrogada implica únicamente una notificación de lo que intenta y por ello no le vincula jurídicamente (136).

(124) Ob. cit., pág. cit.

(125) En las notas al Código civil citado.

(126) § 375. MACHADO y BUSSO, citados por COLMO, ob. cit y loc. cit. SALVAT, "Tratado de Derecho civil argentino. Obligaciones en general", Buenos Aires 1923, núm. 606. ROUSSET, ob. cit., pág. 227.

(127) § 1110. Así también lo señala el artículo 964 del Proyecto Freitas.

(128) Ob. cit., pág. 508: "en realidad sólo esa (la prestación principal) puede pedir".

(129) También el Proyecto de Código para la República Oriental del Uruguay", por Dr. ENRIQUE AZAROLA, Montevideo 1895, artículo 2.347.

(130) MESSINEO, "Istituzioni...", pág. 345. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., locución cit. PUIG PEÑA, loc. cit. De opción habla VALVERDE, ob. cit., § 1246.

(131) ENNECCERUS, pág. 114.

(132) *Ibidem*. LARENZ, ob. cit., pág. 172, cita el § 362 del Código civil alemán, que equipara la prestación sustituida a la debida. CASSO, ob. cit. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. cit. VON TUHR, pág. 57. JOSÉ PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", Tomo I, Vol. II, Derecho general de las obligaciones, Barcelona 1959, pág. 227. HERNÁNDEZ GIL, pág. 155. DÍAZ PAIRÓ, página cit. 56.

(133) MESSINEO, "Manual...", pág. 429.

(134) D'ORS, ob. cit., pág. 22. DE PAGE, ob. cit., pág. 276.

(135) VON TUHR, ob. cit., pág. 57.

(136) LARENZ, ob. cit., pág. 172.

Ello se evidencia teniendo en cuenta, que si con la sola declaración del deudor, sin ir acompañada del acto del cumplimiento, pudiera cambiarse el objeto de la prestación debida, se concedería al obligado una facultad aún más amplia que la de sustituir la prestación, ya que entonces podría novar o transformar la obligación, de tal manera que la prestación inicialmente debida quedaría sustituida por otra, y el acreedor se encontraría con que a partir de determinado momento, en lugar de la determinada prestación sólo podría reclamar otra (137). Teóricamente resulta irreprochable este razonamiento, pero en la práctica no está ausente de dificultades en aquellos casos en que el silencio del acreedor valga por una aceptación, en cuyo supuesto podría producirse novación (138).

Distinto caso es el supuesto de que el deudor declara querer cumplir la prestación originariamente debida, entonces sí pudiera aludirse a una renuncia eficaz a su derecho de sustitución. Téngase en cuenta que este derecho está concebido en beneficio del deudor y éste puede dejar perecer la prestación accesoria.

Se plantea, asimismo, el problema referente al obligado que cumple con la prestación principal desconociendo la facultad de sustitución, si en tal supuesto se otorga al deudor el derecho de repetición. El punto es discutido en Derecho alemán. Se pronuncia afirmativamente, Enneccerus, Kipp, Siber, Titze y Oertmann; en contra, Lehmann, Longheineken, Pescatore y el Tribunal Supremo Alemán (139). La solución afirmativa tiene su fundamento en que, desde el punto de vista económico es distinta esencialmente una obligación facultativa de otra carente de esta facultad otorgada al deudor, pero en contra puede señalarse que resulta absurdo resolver el cumplimiento de una obligación existente por la única razón de tener abierto un modo de extinción más ventajoso. Por otra parte el deudor ha cumplido lo que debía (140).

La prestación "in facultate solutionis", al igual que ocurre con la principal puede ser simple, compuesta, divisible o indivisible, genérica, específica, etc..., o incluso puede estar constituida por varias prestaciones (141). Es, como hemos visto, objeto no debido, pero que se relaciona con el cumplimiento (142), aparece como una manera de pagar (143) y si no representa cumplimiento auténtico es considerado como equivalente al mismo (144), respondiendo a una facilidad de pago que se reconoce al deudor (145).

Esta prestación subordinada no influye en la vida de la obliga-

(137) PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 227 y 228.

(138) *Ibidem.* VON TUHR, pág. 57.

(139) ENNECCERUS, ob. cit., pág. cit. LARENZ, pág. cit. CASSO, ob. cit., voz: "facultas alternativa".

(140) CASSO, ob. cit. y loc. cit.

(141) ALBALADEJO, ob. cit., pág. 504.

(142) DIAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 55.

(143) ROUSSET, ob. cit., pág. 223.

(144) MICCIO, ob. cit., pág. 342.

(145) JOSSERAND, ob. cit., pág. 600.

ción, sino sólo en su cumplimiento y se ha designado como accesoria (146), aunque, como veremos más adelante, no es muy correcta esta designación, ya que puede resultar equívoca haciendo suponer que existen dos obligaciones y una es accesoria de la otra.

A este respecto conviene señalar que el artículo 649 del Código argentino establece que “no tendrá influencia alguna sobre la prestación principal, ni la pérdida o deterioro de la cosa, ni la imposibilidad del hecho o de la omisión que constituye el objeto de la prestación accesoria” y el 650 del mismo texto: “la nulidad del acto jurídico por motivo del objeto de la prestación accesoria no induce nulidad en cuanto a la prestación principal” (147).

La pérdida de la accesoria no hace incurrir al deudor en responsabilidad, así el artículo 1.206 del Código civil de Filipinas: “La pérdida o deterioro de la cosa destinada a la sustitución por la negligencia del obligado, no le hace incurrir en responsabilidad.”

Si la cosa o prestación puesta para facilitar el pago resulta imposible o se extingue, la obligación queda como estaba, esto es simple (148), o sea, pierde el deudor la “*facultas solutionis*” (149).

Ahora bien, si el deudor hace uso de su “*facultas solutionis*” responde de todas las consecuencias, como si hubiere debido siempre y exclusivamente el objeto sustituto y no puede volver a la prestación primitiva (150).

En este sentido el artículo 1.206 del Código filipino: “La pérdida o deterioro de la cosa destinada a la sustitución por la negligencia del obligado, no le hace incurrir en responsabilidad, pero tan pronto la sustitución ha quedado realizada el obligado es responsable por la pérdida de la que ha entrado en la sustitución, cuando incurre en mora, negligencia o dolo.”

## B.—Supuestos anormales.

a) Vicio o nulidad originarios.—Hace nula la obligación el vicio inherente a la cosa debida (151), cuando ésta no es suscepti-

(146) MESSINEO, “Manual...”, cit., pág. 429. DE GÁSPERI, ob. cit., § 1107. LAFAILLE, ob. cit., pág. 123. COLMO, ob. cit., § 374. RIVAROLA, ob. cit., página cit. REZZONICO ob. cit., pág. 507. ARTURO ORGAZ, “Diccionario de Derecho y Ciencias sociales”, Córdoba 1952, pág. 304.

(147) Con razón, DE GÁSPERI, ob. cit., § 1113, tacha estos preceptos de exclusivamente doctrinales, indicando que nada se perdería con su supresión. Ver LAFAILLE, ob. cit., § 1003. ROUSSET, ob. cit., pág. 330.

(148) RUGGIERO, “Istituzioni...”, pág. 101. Se convierte en pura y simple, dice PLANIOL, ob. cit., § 1326. En pura, señala COLMO, ob. cit., § 375. La terminología no resulta muy aceptable, ya que la obligación pura se contraponen a la condicional o a plazo. Debiera decirse que permanece simple, desapareciendo, en perjuicio del deudor, la “*facultas solutionis*”.

(149) MORENO MOCHOLÍ, ob. cit., pág. 394, afirma que la destrucción del objeto accesorio no complica la relación jurídica. ¡Tanto que no la complica! La simplifica notablemente.

(150) CASSO, ob. cit., voz: “*Facultas alternativa*”; añade que debe saneamiento al acreedor por razón de vicios ocultos si de venta se trata.

(151) GIORGI, § 444. BURÓN, § 1246. DE GÁSPERI, § 1107.

ble de ser objeto de una obligación (152) por imposibilidad (153) o ilicitud originarias (154). La nulidad de esta prestación arrastra la de la accesoria (155), porque no se concibe obligación sin objeto o con objeto ilícito. En este sentido el artículo 659 del Código civil de Costa Rica señala que “una obligación facultativa que adolece de algún vicio inherente a la cosa que forma su objeto, es nula aunque no adolezca de ningún vicio la cosa designada para facilitar el pago” (156) y de modo semejante, el artículo 645 del Código argentino: “Cuando la obligación facultativa es nula por un vicio inherente a la prestación principal, lo es también, aunque la prestación accesoria no tenga vicio alguno” (157).

En estos casos el deudor queda liberado y nada importa que la prestación satélite que tiene finalidad subrogatoria, exista, sea lícita y posible.

b) Nulidad derivada.—Esta ilicitud e imposibilidad pueda no ser originaria (158), pero produce los mismos efectos que si lo fuere. El percimiento fortuito de la prestación “in obligatione” libera al deudor totalmente (159).

a) Liberación del deudor.—Ya hemos dicho que el percimiento fortuito del objeto principal libera al deudor. Este percimiento puede ser físico o jurídico, destrucción de la cosa o prohibición de la Ley—Ley que prohíbe transacciones sobre determinados bienes—. En ambos casos se produce la liberación, siempre que el percimiento ocurra sin culpa (ni dolo) o morosidad del deudor.

En estos casos, el acreedor no puede reclamar el objeto “in facultate solutionis” (160) y si el deudor cumple esta prestación subrogada, se da el derecho de repetición a su favor (161).

(152) BAUDRY-LACANTINERIE, § 1051.

(152) BARASSI, “La teoría...”, pág. 249. “Istituzioni...”, pág. 180. BONNECASSE, pág. 567. PLANIOL, § 1525. ENNECCERUS, ob. cit., pág. cit. PÉREZ Y ALGUER, pág. cit. CASSO, ob. cit. D’ORS, pág. 22.

(154) JOSSEERAND, ob. cit., pág. 601.

(155) COLMO, § cit.

(156) Alberto BRENES, “Tratado de las obligaciones y contratos”, San José 1923, págs. 54 y sigts.

(157) Dice MACHADO, comentando este precepto: “si me obligué a entregar la Luna, con facultad de sustituir esta obligación dando 2.000 pesos, o a herir a Pedro, con la facultad de sustituirla dando 1.000 pesos o cuando me obligué a contrabandear tales efectos con la facultad de sustituirlos pagando 2.000 pesos, en todos estos casos, siendo nula o no existiendo la obligación principal, lo es también la accesoria... Ocurriría lo mismo si el contrato ha tenido por objeto una cosa que no existía y se consideró como existente”. REZZONICO, ob. cit., pág. 509.

(158) ROTONDI, ob. cit., pág. 320.

(159) VALVERDE, loc. cit. SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit. BAUDRY-LACANTINERIE, locución cit. TOULLIER, § 700. JOSSEERAND, loc. cit. AUMAITRE, loc. cit. COLIN Y CAPITANT, ob. cit., pág. 368. PALACCO, “Le obbligazioni...”, pág. 41. GROSSO, locución cit. RICCI, pág. 209. VILLAR Y ROMERO, ob. cit., pág. 217.

(160) VAN WETTER, ob. cit., pág. 217.

(161) PLANIOL, ob. cit., núm. 1.325. GIORGI, ob. cit., pág. 458. ROTONDI,

En dicho sentido se pronuncia, no sólo la doctrina sino el propio Derecho comparado. Así, el artículo 660 del Código Civil de Costa Rica: "La obligación facultativa se extingue, si la cosa a que el deudor está obligado directamente perece sin su culpa." También los Códigos de Chile —art. 1.506—, El Salvador —artículo 1.377—, Colombia —art. 1.563—, Ecuador —art. 1.496— y Uruguay —art. 1.358— se expresan de modo semejante: "si dicha cosa (se refiere a la principal) perece sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora no tiene derecho para pedir cosa alguna". Con ligeras variantes —sustituir "dicha" por "esa" y "derecho" por "acción"— el artículo 2.347 párrafo, 2.º, del Proyecto de Código civil para la República Oriental del Uruguay del Dr. Enrique Azarola.

También el Código civil de Argentina se pronuncia en términos semejantes, en su art. 647: "la obligación facultativa se extingue cuando la cosa que forma el objeto de la prestación principal perece sin culpa del deudor, antes que éste se haya constituido en mora o porque se hubiera hecho imposible su cumplimiento, aunque el objeto de la prestación accesoria no hubiera perecido y fuere posible su entrega" (162).

b')—No liberación del deudor.—1.º Supuestos de dolo y culpa. La mayoría de los tratadistas exigen para que se produzca la liberación del deudor por pérdida de la prestación debida, la ausencia de culpa en el mismo, pero no suelen aludir a estos supuestos por considerar que se resuelven conforme a las reglas generales.

En estos casos de pérdida de la prestación principal por culpa o dolo del deudor la obligación no se concentra sobre el objeto "in facultate solutionis", porque éste no está "in obligatione", sino sólo "in prestatione" (163) y la consecuencia es que el acreedor puede demandar daños y perjuicios (164). Entonces la obligación cambia de contenido, y así la obligación de dar una cosa específicamente determinada se convierte por la pérdida, culpable o dolosa del objeto debido en una obligación de indemnizar (165),

---

obra cit., lug. cit.: "porque la segunda prestación representa para el deudor una mera facultad y no una obligación".

(162) Encuentra BIBILONI superflua la frase "antes de que éste se haya constituido en mora", porque el deudor se libera también si a consecuencia del caso fortuito hubiere igualmente perecido en poder del acreedor. Ver DE GÁSPERI, § 1111. Todo este artículo aparece tomado de AUBRY Y RAU, § 300. Así también lo indica LAFAILLE, ob. cit., pág. 124. COLMO, ob. cit., § 377, que critican el precepto desde el punto de vista jurídico. Desde un aspecto gramatical en la obra de COLMO, "Técnica legislativa del Código civil argentino", Buenos Aires 1917, alude también a la trabucación del género por la especie en materia de "cosa" (pág. 238) y al exceso en el empleo de sinónimos (página 245).

(163) GROSSO, ob. cit., pág. cit.

(164) CASSO, ob. cit., loc. cit. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. COLIN Y CAPITANT, ob. cit., pág. 368. PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 76. HERNÁNDEZ GIL, ob. citada, pág. 155.

(165) CASSO, ob. cit., voz: "facultas alternativa".

pero el deudor sigue disfrutando de su "facultas" frente a la obligación alterada (166). Estos efectos se subordinan, claro está, a la forma pura, condicional o a plazo en que se haya contraído la obligación (167).

Lo mismo que la doctrina, los Códigos suelen referirse al perecimiento del objeto debido sin culpa del deudor. En este sentido los textos legales de Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay, pero el Código civil argentino introduce una notable innovación. Dice el artículo 648 que "si el objeto de la prestación principal hubiese perecido o se hubiese hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido o la cosa que era objeto de la prestación accesoria".

Con razón critican Machado, Segovia y Busso este precepto (168) entendiendo que encierra un grave error la doctrina que desnaturaliza el carácter de las obligaciones facultativas al permitir al acreedor exigir la prestación accesoria. La prestación accesoria no se debe al acreedor y con este sistema se transforma la obligación facultativa en una obligación alternativa cuya elección corresponde al acreedor.

También Salvat (169) y Lafaille (170) critican el artículo 648, indicando que ni Velez Sarsfield apunta su origen, y por otra parte ninguna fuente concreta autoriza tal conclusión, no existiendo Código ni autor alguno que así declare, pues lo correcto sería pretender el resarcimiento, pero en modo alguno el inconcebible criterio de permitir el acreedor elegir una prestación que la parte no tomó a su cargo y que se reservó utilizar a su voluntad como medio de extinguir el crédito. No parece justo, además, crear una pena civil, puesto que el damnificado queda a cubierto con la indemnización de daños y perjuicios a su favor.

De Gásperi (171) reitera que con ello se desnaturaliza la obligación. Ya hemos visto que se transforma en una alternativa con elección del acreedor.

Galli (172) y Colmo (173), mantienen que si subsiste el defecto técnico, tal objeción es vencida por la justicia. El primero apunta que el deudor en este caso se halla en situación de imputabilidad y no puede reclamar la observancia de las formas exactas de la obligación. Colmo señala que en otros supuestos —saneamiento por evicción— ha consagrado el Código argentino, en favor del acreedor, el derecho a pedir otra especie o cantidad, no obstante haber quedado individualizadas las anteriores especie y cantidad. Aquí el equivalente de la prestación principal se tenía a mano en la prestación

(166) COLIN Y CAPITANT, ob. cit. y loc. cit. CASSO, ob. cit. PÉREZ Y ALGUER, loc. cit. HERNÁNDEZ GIL, loc. cit.

(167) BURÓN, ob. cit., § 1246.

(168) Citados por REZZONICO, ob. cit., pág. 510.

(169) Ob. cit., núm. 608.

(170) Ob. cit., pág. 124.

(171) Ob. cit., § 1112.

(172) Cit. por REZZONICO, ob. cit., pág. cit.

(173) Ob. cit., § 378.

accesoria, y tal equivalencia con relación al deudor no puede discutirse (174).

De Gásperi considera endeble este razonamiento, porque lo típico de la facultativa es que el acreedor no puede reclamar la accesoria. Sin perjuicio de las críticas, Salvat considera como única explicación del precepto en cuestión, que el legislador confiere este derecho al acreedor como una penalidad del deudor por su culpa. De Gásperi pone de relieve que con esta solución de permitir al acreedor pedir el precio de la perecida o la accesoria, sin aludir para nada a la indemnización de perjuicios, hace pensar que éstos pueden pedirse con cualquier elección (175).

En conclusión señala Lafaille que el artículo subsiste y debe aplicarse (176). Por nuestra parte se desnaturaliza la obligación facultativa y sólo resulta explicable como una pena civil que transforma la obligación originaria, simple con facultad alternativa en una con pluralidad de objetos, alternativa con elección del acreedor.

Lo dicho respecto a la culpa puede entenderse en idéntico sentido respecto al dolo del deudor.

2.º Mora del deudor.—Sus efectos se determinan conforme a los principios generales y con subordinación a la forma pura, condicional o a plazo (177), aplicando la doctrina de las obligaciones simples (178), pero con la reserva, estipulada a favor del deudor de poder cumplir su obligación mediante la prestación “in facultate solutionis”.

Así durante la mora del deudor la obligación no se concentra sobre la prestación accesoria, porque ésta no se encuentra “in obligatione”, sino sólo “in praestatione” (179). La particularidad principal, a más de facultarse al acreedor a exigir daños y perjuicios, consiste en que si durante la mora del deudor se pierde el objeto principal, el deudor no queda liberado, a diferencia de los supuestos normales.

Así los Códigos civiles de Chile —art. 1.506—, El Salvador —artículo 1.377—, Colombia —art. 1.563—, Ecuador —art. 1.486— y Uruguay —art. 1.598— exigen para que el deudor quede liberado por el perecimiento fortuito del objeto “in obligatione”, que no esté constituido en mora. En este sentido también el art. 647 del Código argentino.

Este primer efecto aparece claro en el Código civil español, que en caso de mora hace de cuenta del obligado los casos fortuitos, así aparece de los artículos 1.096 párrafo 3.º y 1.182, estableciendo,

---

(174) ROUSSET, ob. cit., pág. 230.

(175) No obstante las críticas, BIBILONI, artículo 952 de Freitas, con relación a las obligaciones de hacer, e incluso la reforma de 1936, mantuvieron este desdichado precepto.

(176) Ob. cit., pág. 130.

(177) BURÓN, ob. cit., § 1246, 3.º SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pág. cit.

(178) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit.

(179) GROSSO, ob. cit., pág. cit.

por otra parte, el artículo 1.183 una presunción desfavorable al deudor.

El Derecho argentino, por el contrario, permite la liberación del deudor a pesar de la mora, si la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor (180). Pero si no se produce el perecimiento, el acreedor tiene derecho a pedir daños y perjuicios por el retardo. ¿Pierde el deudor su "ius variandi" en este caso? Así lo entiende Giorgi (181), basándose en precedentes del Derecho Romano (182) y de la Casación italiana (183) y el principio aparece justo, pero deberá acudirse a la interpretación para conocer si esa ha sido realmente la voluntad de las partes contratantes (o de la ley en su caso) y al sentido de todas las disposiciones (184).

De no aceptarse esta solución, las consecuencias pueden resultar complicadas para el acreedor, quien habrá de acudir a juicio para pedir la prestación principal, única a la que tiene derecho. En este juicio y en su período alegatorio podrá el deudor en su tesis defensiva mantener su facultad alternativa, y si el Tribunal estima la demanda condenará al deudor al cumplimiento de la prestación principal, pero permitiéndole entregar en su lugar la prestación accesoria. Ahora bien, en el caso de que el deudor no compareciera ni alegare la "facultas solutionis", sería condenado al pago de la prestación "in obligatione". ¿Existen en la ejecución de sentencia términos hábiles para alegarlo o cumplir con la prestación subordinada? Con referencia al Derecho alemán la solución debe ser negativa (185) y De Filippis (186) llega a sostener que la mora del deudor le hace perder su "ius variandi".

La solución en el Derecho español resulta discutible; en principio, en el período alegatorio del pleito se cierra la aportación fáctica en aplicación del principio preclusivo que domina el proceso civil, y la ejecución del fallo judicial tiene como finalidad exclusiva llevarlo a la práctica completando la declaración con su resultado, en el sentido de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, "juzgando y

(180) Cfr. DE GÁSPERI, § 1111. BIBILONI, "Anteproyecto", Tomo I, página 128.

(181) Ob. cit., § 444 bis.

(182) L. 57, I) De solut (XLVI; 3): "si quis stipulatus fuerit decem in melle: solvi quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur: sed si semel actum sit, et petita decem fuerim, amplius me solvi non potest".

(183) Cas. Rom. 17 de julio de 1879, respecto a la obligación adquirida por una compradora de bienes procedentes del Patrimonio eclesiástico, decidiéndose, al respecto, que si bien la Ley de 15 de agosto de 1865 concedió a los compradores la facultad de pagar el precio de títulos del Patrimonio eclesiástico, así como en dinero, esta facultad se pierde por el adquirente cuando incurre en mora judicial.

(184) GIORGI, ob. cit., loc. cit.

(185) ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Obrigações pecuniarias", en *Boletín do Ministerio da Iusticia*, núm. 52, enero 1956, págs. 249 y sigts., siguiendo a NUSSBAUM.

(186) "Corso completo di Diritto civile comparato", Vol. V, Napoli 1875, página 152. En contra, POLACCO, "Le obbligazioni...", pág. cit.

haciendo ejecutar lo juzgado". Así resulta también de determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establecen incidentes para los daños y perjuicios o de frutos y rentas o cuentas de una administración, pero en lo demás parece deducirse que sólo pueden suscitarse cuestiones sobre la inteligencia y efectos de la sentencia. Las demás cuestiones deben suscitarse en juicio independiente —sentencia de 10 de octubre de 1908—, no pudiendo hacerse declaraciones, ni variaciones que contradigan la parte dispositiva —sentencia de 8 de junio de 1927— e incluso se prevé una modalidad de recurso de casación —art. 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, cuando se resuelven puntos *sustanciales* no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o se provea en contradicción a lo ejecutoriado. Pero desde otro punto de vista, se admiten incidentes en la ejecución y con una interpretación demasiado espiritualista, el Tribunal Supremo ha aludido a que la ejecución debe atender a la sentencia como un todo orgánico y se incide en error cuando el juzgador se atiene a los términos literales y se desconocen obligaciones implícitamente contenidas en los considerandos —sentencias de 6 de octubre de 1933 y 26 de junio de 1950—.

En resumen, creemos que en el Derecho español este supuesto hace perder al deudor su "ius variandi", y ello por diversas consideraciones: en primer lugar, porque se cerró la fase alegatoria y el hecho de la "facultas alternativa", que no fue alegado, no puede formar ya parte del proceso; en segundo lugar, porque militan en esta tesis razones de justicia, no sólo el castigo a la mora del deudor, y a la falta de alegación al respecto, sino la propia naturaleza de la ejecución que busca realizar lo más realmente posible el fallo, en este caso la prestación principal.

Para evitar esta incertidumbre el Código civil de Perú señala en su art. 1.200 que "si el deudor es omiso en hacer la elección, el Juez le señalará un plazo para que cumple con hacerla, y si vencido este plazo el deudor se mantuviere en la omisión la elección corresponderá al acreedor".

Cierto que con ello se desnaturaliza la obligación facultativa, más lógico hubiera sido señalar que la omisión reiterada en la elección hace perder al deudor su "facultas alternativa", pero la mora del deudor debe tener un límite en el que ya no pueda utilizarse para liberarse la prestación accesoria.

La pérdida del objeto "in facultate solutionis" acarrea responsabilidad al deudor que incurre en mora, tan pronto la sustitución ha quedado realizada según el art. 1.206 del Código civil de Filipinas.

#### V.—*Definición.*

Supuestos el concepto y caracteres no resulta difícil dar una definición de esta clase de obligaciones, y por ello vienen a resultar coincidentes las formuladas por los diversos autores.

Planiol (187) la define diciendo: “la obligación es *facultativa* cuando el deudor debe una *prestación única*, pero con *facultad de liberarse* cumpliendo otra prestación determinada en lugar de la debida”. Y dicha definición ha sido seguida por otros tratadistas (188) debiendo su difusión no sólo al prestigio de su autor, sino también a que gráficamente caracteriza esta clase de obligaciones.

Para Grosso (189) es “aquella obligación en la que el deudor tiene concedida la facultad de liberarse con una prestación preventivamente determinada, distinta de la debida”. Para Pacchioni (190), obligaciones facultativas son “aquellas que tienen como objeto propio una sola prestación, pero el deudor de esta sola prestación tiene concedido, por convención o por ley, liberarse con otra prestación”. En sentido más extenso, Sánchez Román (191) señala que “mediante esta clase de obligaciones no se entiende sometida más que una de las cosas en ella mencionadas, siendo la otra simplemente una forma subsidiaria de ejecución de lo pactado, o pago de lo debido y careciendo por tanto el acreedor de todo derecho respecto a ella”. Castán por su parte, define estas obligaciones como “aquellas en que, debiéndose un sólo objeto, concede al deudor la facultad de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, de tal modo que el deudor puede elegir entre el uno y el otro, mientras que el acreedor no puede exigir más que el objeto debido” (192).

En realidad, muchos autores las definen yuxtaponiendo los elementos o notas caracterizadoras, más bien que dando una pincelada expresiva y gráfica que las resalte. En aquel extenso sentido, deben definirse como “aquellas obligaciones en que debiéndose una sola prestación, cuyo perecimiento fortuito libera al deudor, se concede a éste la facultad de realizar una prestación distinta, preventivamente determinada, con efecto liberatorio”.

También los Códigos civiles que se ocupan de estas obligaciones las definen en formas parecidas. Así el artículo 643 del Código argentino: “La que no teniendo por objeto sino una sola prestación da al deudor la facultad de sustituir esta prestación por otra” (193). El

---

(187) Ob. cit., pág. cit.

(188) A. PERRAUD-CARMANTIER, “Petit Dictionnaire de Droit”, París, página 186. También VAN WETTER, BURÓN, COELHO DA ROCHA, VIGIÉ, AUMAITRE, LAURENT, etc.

(189) Ob. cit., pág. 229.

(190) Ob. cit., pág. 46.

(191) Ob. cit., pág. cit.

(192) Ob. cit., pág. 101.

(193) “Contribución a la obra preparatoria de la reforma del Código Civil. Estudios críticos y proyectos”, Tomo 2.º, editado por el Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Nacional de la Plata 1935, pág. 210, se critica este artículo y se indica que esta definición no existe en los Códigos brasileño, alemán o suizo, y que se trata de un mero artículo doctrinal. La primera objeción no parece acertada. Dichos Códigos, brasileño, suizo y alemán, no se ocupan directamente de estas obligaciones y al no dedicarles preceptos mal pueden definirlos. Ahora bien, los Códigos no deben definir, sino regular y disponer, quedando a la doctrina y a la ciencia jurídica este cometido. En este sentido

artículo 1.562 del Código civil de Colombia de modo semejante la describe: 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." Idéntica definición aparece en los artículos 1.505 del Código civil de Chile, 1.376 de El Salvador, 1.495 de Ecuador (194) y 1.312 de la República Oriental de Uruguay (195) como vimos anteriormente.

No obstante ocuparse de las obligaciones facultativas, dedicándoles específicos preceptos al respecto, carecen de definiciones legales los Códigos civiles de Costa Rica, Perú e implícitamente Filipinas. Los dos primeros regulan las especialidades dentro de las alternativas y el último en su art. 1.206, que contiene diversas prescripciones, señala: "Cuando ha sido convenida la prestación, pero el obligado puede entregar otra en sustitución, la obligación es llamada facultativa"; que si bien puede aparecer como definición no aparece como tal en un artículo a tal fin específico destinado.

## VI.—Fuentes de las obligaciones facultativas.

### 1. Introducción.

El problema de las fuentes en esta clase de obligaciones no reviste peculiaridad alguna con la doctrina general de las fuentes de toda clase de obligaciones, que debe darse aquí por reproducida para evitar innecesarias repeticiones. Si se examinan en este lugar las fuentes es con el propósito exclusivo de vislumbrar la mayor frecuencia de los casos, así como las dificultades que presenta, pero en modo alguno se altera la doctrina común.

Por ello y, como resumen, puede concluirse que las fuentes de las obligaciones facultativas son la voluntad particular y la ley (196) o voluntad estatal.

---

dice COLMO, ob. cit., pág. 257: "El Código ha definido sin necesidad". Desde otro punto de vista, este último autor, en su obra "Técnica legislativa del Código...", cit., página 226, sostiene que en el artículo que nos ocupa aparece indebida y erróneamente acentuado el monosílabo "da". Se refiere a la edición oficial.

(194) En la última edición oficial corresponde al artículo 1.561, pues la citada en texto tenía 2.506 artículos y un título y artículo final. En la otra el número de articulado es de 2.542 además de título y artículo final.

(195) Las ediciones oficiales de 1868, 1893 y 1914 presentan este artículo, respectivamente, el 1.331, el 1.318 y el 1.357. El Proyecto de Código civil para la República Oriental del Uruguay, del Dr. Enrique Azarola, Montevideo 1895, le dedica los artículos 2.346 a 2.349. El primero de ellos contiene la definición con mejor estilo que el Código: "Obligación facultativa es la que teniendo por objeto una cosa o prestación determinada confiere al deudor la facultad de sustituirla por otra".

(196) L. BARASSI, "Istituzioni de Diritto civile", 4.<sup>a</sup> ed., Milano 1955, página 438. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 55. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. 116.

## 2. Clases.

A) Voluntad particular.—Pueden crearse estas peculiares obligaciones por contrato, aunque en la práctica (197) sean más frecuentes los casos testamentarios (198). En una convención puede resultar más raro que el acreedor esté dispuesto a aceptar una liberación del deudor, mediante una facultad de sustitución, ya que el interés de aquél no es otro que el cumplimiento de la obligación tal y como aparece contraída (199). Aparte de lo dicho, en los casos que aparecen creadas contractualmente estas obligaciones, no resulta fácil distinguirlas de las alternativas por el descuido de las partes en caracterizarlas (200).

En supuestos no contractuales, es frecuente el caso del testador que permite a sus herederos entregar con efecto liberatorio al legatario cosa distinta de la señalada como legado (201). En este sentido señala Josserand (202), como ejemplo: un testador lega a una persona una parte de su mobiliario y de su biblioteca, pero previniendo que la ejecución de esta disposición podría resultar desagradable a su heredero, que desea conservar dichos bienes, le autoriza a cumplir tal obligación entregando al legatario una suma de dinero.

B) Supuestos legales de obligaciones facultativas.—Como hemos señalado, también la Ley puede crear esta clase de obligaciones. Examinaremos por ello los casos más frecuentes citados en la doctrina extranjera para determinar si son o no aplicables al Derecho patrio.

a) El caso más citado por la doctrina francesa (203) y por la italiana (204) es el de *la rescisión de la compraventa por lesión*. Los artículos respectivos de los Códigos de ambos países, artículos 1.681 y 1.534, regulan dicha institución. Pero esta opinión dista de ser unánime, estimándose que en este caso más que de facultad de liberarse con la prestación de cosa diversa, lo que existe en realidad es la posibilidad de prevenir o cortar un juicio ofreciendo una determinada prestación (205).

El supuesto es conocido desde el Derecho Romano. Originaria-

(197) ENNECCERUS, ob. cit., pág. 114. VON TUHR, ob. cit., pág. 56. GIORGI, obra cit., pág. 458. DALLOZ, ob. cit., pág. 649. CASSO, ob. cit., voz: "Facultas alternativa". PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 75.

(198) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 215. PLANIOL, ob. cit., pág. 451.

(199) PLANIOL, ob. cit., pág. cit. GIORGI, ob. cit., loc. cit. COLMO, ob. citada, § 372.

(200) LUIS DE GÁSPERI, ob. cit., pág. 335.

(201) PLANIOL, ob. cit., pág. cit. GIORGI, ob. cit. y loc. cit.

(202) Ob. cit., pág. 601.

(203) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 215. DALLOZ, ob. cit., pág. 650. PLANIOL, ob. cit., pág. 451. AUBRY Y RAU, ob. cit., pág. 45, nota 7. VIGIÉ, obra citada, página 606. JOSSEERAND, ob. cit., pág. 601, etc.

(204) RUGGIERO, "Instituciones...", pág. 45, nota 1. MICCIO, ob. cit., página 343. POLACCO, "Le obbligazioni...", pág. 113.

(205) MESSINEO, "Manual...", cit., pág. 429.

mente el precio no tenía que ser justo, pero la reforma que el Código de Justiniano atribuyó a las Constituciones de Diocleciano, y que pudo incluso ser aún posterior, permitió atacar la venta por lesión de más de la mitad (*lessio enormis*). La facultad de pedir la rescisión se atribuyó sólo al vendedor (206).

En España, aunque pudieran encontrarse precedentes históricos favorables a la justicia del precio (Fuero Real, Partidas, Ordenamiento de Alcalá y Leyes recopiladas) que siguieron los patrones romano-canónicos, no persistió la exigencia de dicho requisito. La tradición negativa puede encontrarse en el Fuero Juzgo, Fueros Municipales y en el Derecho aragonés. Por ello, el Proyecto de 1851, primero, y el Código civil, después, prescindieron de la justicia del precio, siguiendo así las tendencias dominantes de la economía liberal (207).

En Cataluña el derecho tradicional seguía los criterios de los Capítulos III y VI "De emptione et venditione" de las Decretales de Gregorio IX, siendo las compraventas rescindibles por lesión, cuando el comprador o vendedor hubieren sido perjudicados en más de la mitad del justo precio de la cosa (*lessio ultra dimidium*), concediéndose al contratante lesionado el derecho a rescindir el contrato o a pedir el abono de la diferencia entre el precio entregado o recibido y el justo valor de la cosa objeto de la convención (208).

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960, promulgado por Ley de dicha fecha, en el libro IV, título I, Capítulo II, se refiere a este punto en los artículos 323 a 325, ambos inclusive, bajo la rúbrica "De la rescisión por lesión".

En virtud de estas disposiciones, "los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso relativos a *bienes inmuebles*, en que el *enajenante* haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez" (art. 323, párrafo 1.º). El comprador o adquirente demandado *podrá evitar la rescisión* mediante el pago en dinero al vendedor o enajenante del complemento del precio o valor lesivos, con los intereses, a contar de la consumación del contrato" (art. 325, párrafo último).

En virtud de estos preceptos, el enajenante en supuesto de lesión "ultra dimidium" puede pedir la rescisión de la enajenación y, por tanto, a soportarla está obligado el adquirente, pero se libera pagando el complemento del precio más los intereses. Parece configurar el supuesto como una obligación facultativa y si el inmueble perece por causa fortuita no imputable al adquirente queda éste liberado.

b) Otro caso, semejante al anterior, citan algunos autores con referencia a los artículos 891 del Código civil francés y al 1.038 en

(206) GIRARD, ob. cit., pág. 575.

(207) CASTÁN, ob. cit., 6.ª ed., Tomo III, pág. 24.

(208) LUIS MOUTÓN OCAMPO, "Diccionario de Derecho Foral", Madrid 1905, Tomo II, págs. 119 y 120. Voz: lesión. GUSTAVO LA IGLESIA Y GARCÍA, "Manual de Derecho Foral español", Madrid 1903, pág. 574.

relación con el 1.042 del italiano y que tratan de la rescisión de la partición (209).

En lo que respecta al Derecho español, el artículo 1.074 de nuestro Código civil señala que “podrán ser rescindidas las particiones por *causa de lesión en más de la cuarta parte*, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas”, y el artículo 1.077 añade que “el heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.”

Como se desprende del texto citado la acción ejercitable por el heredero lesionado es la acción rescisoria —arts. 1.075 y 1.078—, pudiendo optar el demandado entre indemnización o consentir que se proceda a nueva partición. No aparece el carácter de obligación facultativa, sino más bien de una alternativa, y ya señaló Messineo con referencia al Código italiano que se trata más bien de prevenir o cortar un juicio que de permitir liberarse con prestación distinta de la establecida en la obligación (210).

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1911, da a entender que esta opción no ha de hacerse precisamente al contestar la demanda por lo que infringe el artículo 1.077 la sentencia que no concede en su fallo esta opción y condena a la práctica de nueva partición. No obstante, esta opción queda supeditada a las circunstancias del caso, y cuando sea ineludible nueva partición, el demandado no podrá optar —sentencias de 19 de mayo de 1945 y de 9 de marzo de 1951—. Por ello, Hernández Gil (211) afirma que resulta difícil discriminar en este caso qué prestación goza de prioridad y cuál encarna la mera facultad sustitutoria. En sentido de considerar este supuesto como obligación facultativa, Puig Peña (212) y Pérez y Alguer (213).

En resumen, debe estimarse como un supuesto de “facultas alternativa”, ya que el derecho del heredero lesionado es exclusivamente impugnar la partición, pedir su rescisión para practicar otra nueva. Este es el derecho exigible, pero el heredero (o herederos) reclamado puede optar —o sea, cumplir— tanto por la petición adversa, cuanto por la indemnización de la diferencia.

c) Otro caso señalado en la doctrina italiana (214) en base al artículo 1.278 de su texto legal es el referente a la liberación del deudor en casos de deudas en moneda sin curso legal (moneda extranjera) entregando moneda nacional al cambio según el día del vencimiento.

(209) Ver notas 203 y 204 de este trabajo.

(210) “Manual...”, cit., pág. cit.

(211) Ob. cit., pág. 156.

(212) Ob. cit., pág. cit.

(213) Ob. cit., pág. cit.

(214) BARASSI, “La teoría...”, pág. 249. MESSINEO, “Manual...”, pág. 429. TRABUCCHI, ob. cit., pág. 448. PACCHIONI, ob. cit., pág. 46.

Paes da Silva (215) se ocupa de manera expresa de este punto al paso que los demás tratadistas lo dejan simplemente enunciado, señalando que esta facultad aparece determinada por la dificultad de obtener moneda extranjera, y está reconocida al deudor en numerosas leyes: artículo 41 de la Ley Uniforme sobre letras de cambio, artículo 36 de la Ley Uniforme del cheque, § 244 del Código civil alemán, artículo 84 del suizo, 947 del brasileño, etc.

Lo que pretende el acreedor es obtener un valor y no precisamente la moneda extranjera, por ello puede configurarse como una facultad alternativa del deudor, que debe moneda extraña, pero que se libera pagando en moneda nacional (216).

Por lo que afecta a nuestro Derecho, debe tenerse en cuenta el párrafo primero del artículo 1.170 del Código civil que establece que “el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregarse la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España”. Tal y como aparece configurado el precepto no presenta una facultad del deudor, sino más bien una subsidiaridad producida por la *imposibilidad*, claro está que puede deberse también a la política del Estado español, por ello no cabe configurarse como una facultad de sustitución.

Si la protección a la moneda nacional es muy intensiva, ni siquiera podrá el acreedor reclamar moneda extranjera, sino su conversión en nacional. ¿Dónde está aquí la obligación facultativa? Por otra parte, los problemas del “*periculum rei*” desaparecen porque la moneda extranjera como género no puede perecer (217).

d) Para Barassi (218), Ruggiero (219) y De Gásperi, que sigue a Molitor y Lacerda Almeida (220), es facultativa la obligación del tercer adquirente de un bien raíz hipotecado respecto del acreedor, porque puede liberarse del pago si hace abandono del inmueble. Así parece desprenderse del artículo 2.013 del Código italiano y del artículo 3.169 del argentino.

Con referencia a nuestro Derecho el punto resulta debatido, y para determinararlo hemos de partir de dos teorías diferentes al respecto: 1.º) *Teoría de la prestación*, que atribuye al acreedor hipotecario una pretensión dirigida a exigir la prestación de una cantidad de dinero con cargo al inmueble gravado e impuesto al propietario del mismo de una cantidad de dinero en el momento de la ejecución; y 2.º) *la teoría de la acción directa*, que niega dicha prestación y señala que el acreedor no puede compeler al tercer poseedor a

(215) Ob. cit., pág. cit.

(216) NUSSBAUM, § 22, II.

(217) Con relación al pacto de pago en oro o en plata el Tribunal Supremo ha declarado que el abono de la diferencia o quebranto del cambio, precisa para que se estime hecho el pago la aquiescencia del acreedor para la determinación exacta de la cantidad (papel moneda) a satisfacer—Sentencia de 18 de noviembre de 1944—. Aquí no aparece la sustitución facultativa del deudor en modo alguno.

(218) Ob. cit. últ., pág. 76.

(219) “Instituciones...”, pág. 45, nota 1.

(220) Ob. cit., § 1107.

que pague. El tercer poseedor está facultado a pagar, pero no obligado. El acreedor sólo puede exigir la venta del inmueble hipotecado (221).

¿Cuál de estas soluciones ha seguido el legislador español? Ateniéndonos al tenor literal de los preceptos, el art. 126 de la Ley Hipotecaria —que se refiere no al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de dicho texto, sino al juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el supuesto que se persigan bienes especialmente hipotecados y éstos hubieren pasado a un tercer poseedor— permite al acreedor reclamar de aquél el pago de la parte de crédito. El tenor liberal es como sigue: “*podrá* el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito...” “Requerido el tercer poseedor... *deberá* verificar el pago con los intereses correspondientes...” (222).

Pero este modo de expresarse responde más bien al tono pragmático con que debe producirse el legislador, mas no responde a la verdadera naturaleza (223). Así aunque el precepto diga que si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes —tercera postura que puede adoptar— será *responsable* con los suyos propios además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales que su morosidad diere lugar. Mas esto no presupone que el tercer poseedor esté obligado a pagar, y por ello la Ley no le impone la indemnización de todos los daños y perjuicios derivados de la mora (artículo 1.101 del Código civil).

El tercer poseedor puede pagar, pero no está obligado a hacerlo. En cualquier supuesto este tercero nunca es deudor (224) y desde el punto de vista del Derecho material aparece como responsable de la deuda de otro, a causa del derecho de persecución que constituye la esencia de la hipoteca; en el aspecto procesal, el tercer poseedor asume la postura de un *interesado*, que no sustituye como parte al deudor por la obligación personal (225).

Por ello, en conclusión, debemos señalar que el tercero, por el principio de persecutoriedad real que la hipoteca comporta, está obligado a soportar la ejecución, pero puede liberarse de esta obligación pagando el crédito e intereses. Se trata de un supuesto legal de obligación facultativa, pues si los bienes hipotecados pudiesen estar en poder del tercero sin culpa alguna de éste, quedaría liberado. El hecho de que se le requiera y las expresiones utilizadas por el legislador no significa otra cosa que las transformaciones comportadas por el proceso en orden a la posibilidad de intervenir en él y con relación a las distintas posturas procesales.

(221) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, “Instituciones de Derecho Hipotecario”, Barcelona 1941, Tomo III, págs. 22 y sigts.

(222) La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1917 parece sostener que el requerimiento al tercer poseedor es meramente una facultad que la ley otorga al acreedor, quien puede o no ejercitarla.

(223) ROCA SASTRE, ob. últ. cit., pág. 25.

(224) LEONARDO PRIETO CASTRO, “Derecho Procesal civil”, Tomo II, Zaragoza 1949, pág. 506.

(225) *Ibíd.*, pág. 507.

e) Los escritores galos (226) consideran también como obligación facultativa el caso que el inmueble hipotecado haya perecido o sufrido degradaciones que le hagan insuficiente para garantizar el crédito del acreedor, en cuyo caso el deudor puede liberarse del pago, aumentando la hipoteca o constituyendo un suplemento de la misma.

En lo que afecta al Derecho español en estos supuestos, conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, se acude al procedimiento de poner los bienes en administración judicial, y no se trata, por tanto, de un caso de "facultas solutionis".

f) Dentro del campo del Derecho sucesorio sí citan los artículos 547 y 574 del Código italiano, que permiten al heredero satisfacer los derechos hereditarios del cónyuge superviviente y del hijo natural en forma distinta de la establecida en la Ley (227).

El Código civil patrio, en el artículo 839—antes de la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958, artículo 838—, establece que "los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, *procediendo de mutuo acuerdo*, y en su defecto, en virtud de mandato judicial". Parece deducirse del texto que los herederos no tienen la facultad de sustituir, sino de *proponer* la sustitución. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1911, y no existe, por tanto, una verdadera "facultas solutionis" (228).

Por el contrario, el párrafo segundo del artículo 840 del Código civil establece que "los hijos legítimos *podrán* satisfacer la cuota que corresponde a los naturales en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación". Aunque exista algún autor que estime dudosa la obligación facultativa en este caso (229), no cabe duda que los hijos legítimos pueden liberarse entregando cosas distintas a las debidas, en la forma señalada en el texto (230). Por ello algún autor ha aludido en este caso a facultad de potestativo ejercicio (231).

g) Otro caso citado es el que aparece regulado en el artículo 651 del Código italiano, carga de un legado de cosa propia del heredero gravado o de un tercero (232). En nuestro ordenamiento se da esta situación cuando la cosa pertenece al heredero o legatario gravado, "quienes al aceptar la sucesión deberán entregar la cosa legada o su justa estimación" (art. 863); pero no en el supuesto de legado de

(226) PLANIOL, ob. cit., pág. 451. DALLOZ, ob. cit., pág. 650.

(227) MESSINEO, "Manual...", pág. 429.

(228) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 156. En contra, PÉREZ Y ALGUER, obra cit., y CASSO, ob. cit.

(229) HERNÁNDEZ GIL, pág. cit.

(230) CASSO, ob. cit. Ver también SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., Tomo VI, Volumen II, pág. 912, en donde se señala que a diferencia de lo que ocurre con el cónyuge viudo, aquí se da a los hijos legítimos libertad completa para elegir la forma de pago, claro está que a condición de estimar los bienes justamente.

(231) JUAN VALLET DE GOYTISOLO, "Apuntes de Derecho sucesorio", Madrid, 1955, pág. 33.

(232) MESSINEO, "Manual...", cit., pág. cit.

cosa ajena (art. 861), pues en este caso está obligado el heredero a adquirirla, y no siendo posible, a dar su justa estimación. El primer supuesto comprende una obligación facultativa, el segundo subsidiaria.

h) Planiol señala también al respecto el artículo 211 del Código francés (233) semejante a nuestro artículo 149: "El obligado a prestar alimentos podrá a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho".

El que tiene derecho a los alimentos sólo puede reclamar éstos, o sea, la pensión o cantidad que el Tribunal fije, pero es facultativo del obligado a prestarlos cumplir mediante la otra forma señalada. Así, si este obligado a prestarlos hubiese sufrido una reducción en su fortuna que le imposibilitase hacerlo sin desatender sus propias necesidades—art. 152, núm. 2—no podría el acreedor reclamar la otra forma de cumplimiento. Parece por ello que el precepto en cuestión contempla una "facultas alternativa".

i) Rezzonico, con referencia al Derecho argentino, señala el artículo 1.202, facultad de arrepentirse del contrato cuando se hizo con arras (234).

En cuanto al Derecho patrio, hay que acudir al artículo 1.454 del Código civil, que claramente establece "que si hubieren mediado arras o señal en el contrato de compraventa, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas".

La presunción general respecto a las arras en el contrato de compraventa a diferencia de la cláusula penal, es su carácter de penitenciales, y así, mientras no se pruebe que ha sido otra voluntad la de las partes (arras confirmatorias), se permite, con su entrega, desligarse del contrato. Por ello se ha visto un supuesto de obligación facultativa en el artículo 1.454 (235).

Las arras penitenciales se diferencian de la cláusula penal—artículo 1.153—en que mientras no se prueba que fue otra la voluntad de las partes, en aquéllas se trata de una entrega realizada y en esta figura de una prestación prometida. Ambos supuestos son considerados como obligaciones facultativas (236).

La Sentencia de 28 de diciembre de 1946, al separar la multa "penitencialis" de la cláusula penal, alude en el primer caso, a que "surge la obligación de pagar la cantidad señalada cuando existiendo la

(233) Ob. cit., pág. 451.

(234) Ob. cit., pág. 506, nota 101. También VAN WETTER, ob. cit., pág. 166, si bien parece referirse al Derecho Romano, objeto de su obra.

(235) CASSO, ob. cit. ROCA SASTRE, y PUIG BRUTAU, "Estudios de Derecho Privado", Tomo I, pág. 284.

(236) Ob. últ. cit. Sobre las arras puede verse además, QUINTANO RIPOLLÉS, "Las arras en el novísimo Derecho contractual", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1950, págs. 752 y sigs. MANUEL MUÑOZ GONZÁLEZ, "Arras penitenciales y arras confirmatorias", en *Boletín de la Justicia Municipal* 1948, pág. 250, aunque no aludan para nada a la cuestión que nos ocupa referente al tipo de obligación facultativa.

reserva del derecho de resolución a cambio de esa prestación pecuniaria, se hace uso de tal *facultad* por su titular”.

j) Colmo (237), Lafaille (238) y De Gásperi (239) señalan también al respecto el artículo 1.837 del Código civil argentino, referente al beneficiario de una donación sobre quien pesa la obligación de prestar alimentos al donante; que puede liberarse de esta obligación mediante la devolución de los bienes donados o de su valor, si los hubiese enajenado.

En nuestro Derecho puede ser revocada la donación “si el donatario niega indebidamente alimentos al donante” (art. 648, número 3) (240), y por ello debe sostenerse la negativa, a diferencia del Derecho argentino. En nuestra opinión, por el hecho de negar alimentos se produce la revocación de la donación, pero si el donatario está obligado legalmente a prestar alimentos no puede liberarse devolviendo la cosa, a no ser que ésta suprima la necesidad de los alimentos en el donante. Téngase en cuenta que pueden existir otras personas más obligadas a la deuda alimenticia, parientes obligados, por ello en la devolución de lo donado pudiera contemplarse un simple medio de cortar una reclamación. Aunque el supuesto de nuestro Código dista mucho de ser claro y preciso hay que concluir sosteniendo la opinión negativa.

k) Miccio alude al supuesto relativo de perecimiento de uno de los objetos deducidos en la obligación alternativa—arts. 1.289 y 1.290 del Código italiano—(241). Una obligación alternativa cuya elección corresponde al deudor se asemeja notablemente a una facultativa, siempre que el objeto “in obligatione” de ésta no perezca (242). Incluso Ennecerus (243) apunta que con el comienzo de la ejecución forzosa el derecho de elección se transfiere al acreedor que lo ejercita contra una cosa de la alternativa, quedando al deudor una “facultad alternativa”, pero esta concepción es discutida en la doctrina alemana y dista de ser clara (244).

Con relación al caso planteado debe tenerse en cuenta en el Derecho español que cuando la elección corresponde al deudor, tiene éste que indemnizar la última cosa o servicio, por lo que más que una facultad de sustitución debe hablarse de concentración.

l) Se cita como supuesto legal de obligación facultativa el con-

(237) Ob. cit., § 372.

(238) Ob. cit., pág. 112.

(239) Ob. cit., § 1107, donde dice: “de los ejemplos citados por COLMO, la única, a nuestro parecer, de tal carácter, es la del beneficiario de una donación...”.

(240) A. FUENMAYOR, “La deuda alimenticia del donatario”, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 151 y sigts.

(241) Ob. cit., pág. 344.

(242) Más adelante, al separar las facultativas de otras figuras afines, trataremos esta cuestión más extensamente.

(243) Ob. cit., pág. 108, nota 14.

(244) POLACCO, “Le obbligazioni...”, pág. cit.

trato estimatorio (245) regulado en el artículo 1.557 del Código italiano. Nuestra legislación no regula expresamente esta figura jurídica, pero nada impide su existencia al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

Por virtud de este contrato la persona que recibe la cosa mueble con su estimación, contrae la obligación de adquirirla dentro de un plazo determinado, con el derecho de retener la parte del precio que exceda a la estimación cuando la haya vendido, o la obligación de devolverla en caso contrario (246).

Se puede contemplar una facultad alternativa, ya que la prestación debida por el "accipiens" es una sola, el pago del precio (obligación pecuniaria) pero tiene facultad de liberarse restituyendo la cosa recibida. Hace notar Messineo que la obligación principal por ser dinero "nunquam perit" y por ello se palia el efecto de la obligación facultativa, ya que nunca se podrá producir la liberación del deudor por perecimiento de la cosa principal (247).

m) Baudry-Lacantinerie (248) alude al supuesto de rehúse de aceptación de una letra de cambio. En este caso el librador queda obligado con relación al tenedor a afianzar, a no ser que prefiera el reembolso con los gastos (art. 120 del Código de comercio francés). Pero nuestro artículo 481 parece contemplar una obligación alternativa en favor del acreedor (249).

n) Otro ejemplo de Derecho Mercantil se encuentra en algunas figuras de contratos bursátiles con premio (250).

Con relación al Derecho español, el artículo 32 del Reglamento de la Bolsa de Madrid regula esta clase de operaciones, *facultando* al tomador (comprador) para abandonar el contrato, mediante el pago de la prima. Señala Garrigues (251) que el concepto de operaciones con prima es más amplio y abarca todos los contratos bursátiles a plazo, en los cuales un contratante, mediante el pago de una prima, se reserva el derecho de apartarse de la ejecución del contrato. El mismo autor citado señala que debe contemplarse en estos casos un contrato con cláusula penal (252) y ello confirma la tesis de una obligación facultativa.

ñ) Aún señalan los autores supuestos más raros regulados en la ley en que puede vislumbrarse la obligación con facultad alternativa. 1.º, Enneccerus (253) alude a las obligaciones en que se proyecta una prestación de un tercero, aquellos supuestos en que el deudor

(245) MESSINEO, "Manual...", pág. cit.

(246) JOAQUÍN GARRIGUES, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo II, Madrid 1940, pág. 158.

(247) MESSINEO, ob. cit., pág. cit.

(248) Ob. cit., pág. 215.

(249) Así parece deducirse del tenor literal: "tendrá derecho el tenedor... a exigir que afiancen a su satisfacción el valor de la letra o depositen su importe, o le reembolsen con los gastos de protesto y recambio...".

(250) MESSINEO, "Manual...", pág. cit. "Istituzioni...", págs. 437 y 493.

(251) Ob. cit., pág. 206. Sobre las clases, pág. 207.

(252) *Ibidem*, pág. 208.

(253) Ob. cit., pág. 173, nota 11.

mismo tiene que cumplir, pero siendo admisible el cumplimiento por persona determinada (254). 2.º, En Italia, en algunos arrendamientos agrícolas, el colono se obliga a pagar en determinada fiesta o época del año productos de la tierra o de la industria agrícola, que a falta de prestación “in natura” se sustituye por una suma de dinero (255). 3.º, Se ha llegado a afirmar que el deber de prestación que incumbe al deudor en toda prestación constituye una simple facultad alternativa—Sohm y Brunetti—, pero este criterio es combatido por Barassi (256), que claramente indica que el deudor es siempre libre—su voluntad es incoercible—de escoger la vía que prefiera. El deudor debe prestar si quiere cumplir, esto es, si quiere evitar que el Estado llamado por el acreedor expropie sus bienes. La tesis de Brunetti, a juicio de Barassi, desconoce el carácter coercible de la obligación en su aspecto abstracto y teórico (257). 4.º, Incluso Polacco (258), en su esfera amplia de la dación en pago, llega a encontrar un supuesto del “aliud pro alio” en el Derecho penal, citando, a este respecto, el artículo 67 del Código penal sardo de 1859. La multa, en caso de impago, se conmuta en cárcel a razón de un día por cada tres liras dejadas de abonar, sin que la privación de libertad puede exceder de los dos años. La obligación del condenado consiste en pagar la multa, que es precisamente la pena impuesta. Todas las reformas del legislador español han tenido por objeto evitar el impago y hacer de peor condición al pobre que al solvente, pero al final de esta evolución legislativa, de la que no es caso ocuparse aquí, como el arresto sustitutorio por impago de multa también cobijado por la condena condicional—número 3.º del artículo 93 del Código penal español—, no deja de prestar ventajas la insolvencia.

El cumplimiento de esta obligación subsidiaria—son palabras del párrafo segundo del artículo 91 del Código penal patrio—extingue la obligación del pago de multa aunque el reo mejore de fortuna, y ello podría hacer pensar en una obligación facultativa, si no fuese porque el Tribunal sentenciador puede exigir esta responsabilidad subsidiaria. ¿Dónde está la obligación con “facultas alternativa”? Por si ello fuera poco, piénsese que el objeto principal—dinero—“nunquam perit”, y se llegará a confirmar más aún la solución adoptada aquí.

## VII. ANALOGIA Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

### 1. *La obligación alternativa.*

A. Introducción.—Ya hemos visto, al tratar de la colocación sistemática, cómo la mayoría de los tratadistas sitúan las obligacio-

(254) PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. 175. Consideran estos supuestos aplicables al Derecho español.

(255) MICCIO, ob. cit., pág. 343.

(256) “La teoría...”, cit., pág. 73.

(257) *Ibidem.*

(258) “Della dazione...”, pág. 8.

nes facultativas junto a las alternativas, y señalábamos allí que las causas de ello obedecían a la tradición, a ser más estudiadas éstas, pero también a su evidente analogía cuando la elección correspondía al deudor.

Esta idea trasciende a los Códigos, y así, bajo la rúbrica común de obligaciones alternativas y facultativas, el Código civil de Costa Rica dedica a éstas los tres últimos artículos del epígrafe, y el de Filipinas, el postrero.

La misma designación "facultad alternativa" presenta semejanzas terminológicas, y ello corrobora lo ya expuesto.

B. Analogías.—De hecho, a veces se confunden ambas obligaciones (259) por ser figuras próximas (260). Los efectos de las facultativas son semejantes a las alternativas en los supuestos que el objeto "in obligatione" no perezca. Se produce así la liberación con el cumplimiento de la prestación elegida por el deudor (261) hasta el extremo de que no existe verdadera obligación alternativa cuando las dos o más prestaciones deducidas en la obligación sean idénticas. Existirá entonces obligación facultativa o de género (262).

Esta analogía se evidencia más si se tiene en cuenta que en ambas clases de obligaciones el título o instrumento al designar el objeto incluye dos o más prestaciones. De ahí la indudable similitud exterior (263), pues del contrato derivan dos obligaciones distintas, pero disyuntivas, y no puede pactarse el cumplimiento de ambas (264).

Machado se pregunta en qué se diferencia una obligación cuando prometo entregar una casa o una estancia, de cuándo me obligo a entregar mi casa con la facultad de reemplazarla con mi estancia (265).

En la obligación alternativa lo más frecuente es que la elección esté atribuida al deudor y esta elección se ejercita solamente (266) realizando la efectiva prestación, pues si pudiese hacer la elección con anterioridad al pago o cumplimiento tendría el deudor una facultad más amplia que la de sustituir la prestación, ya que supondría novarla y desde tal momento, el acreedor no tendría derecho al objeto principal, sino al que le sustituyese en este carácter. Este caso aproxima notablemente la obligación que nos ocupa a la alternativa con elección de deudor (267).

C. Diferencias.—Estas analogías no excluyen notables y destacadas diferencias. Ya Pothier (268) señaló que no debían confundirse con las alternativas, "las contratadas con la cláusula de poder pagar

(259) VALVERDE, ob. cit., pág. 69.

(260) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 154.

(261) MESSINEO, "Manual...", cit., pág. 429.

(262) *Ibidem*.

(263) REZZONICO, ob. cit., pág. 506.

(264) BORREL Y SOLER, ob. cit., pág. 127.

(265) Tomo II, pág. 373.

(266) Ver *supra* lo referente a efectos de las obligaciones facultativas, IV, 2.

(267) PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 227 y 228.

(268) Ob. cit, Tomo I, pág. 189.

cierta cosa en lugar de la debida”, que no son otra cosa que las actuales facultativas, aún no “bautizadas” por Delvincourt. Las diferencias sustanciales se refieren a la extensión de las potestades del acreedor y de los correlativos derechos del deudor, al régimen de riesgos y a las condiciones de validez jurídica (269).

La diferencia se suele expresar según la fórmula tradicional de las escuelas (270), indicando que en la facultativa “una res in obligatione, plures in facultate solutionis”, mientras que en la alternativa “plures sunt in obligatione, una autem in solutione”; pero ello no resulta muy exacto, pues en la primera los dos objetos están enunciados en la obligación y el pago sólo se realiza con uno de ellos, en la alternativa no son varias prestaciones, sino posibilidades de prestación. De todos modos la frase latina ha quedado. Se puede concluir que en la facultativa sólo un objeto es debido, en la alternativa todos son debidos (271) y por ello Windscheid manifiesta que en el supuesto de una obligación de contenido determinado en que el obligado tenga la facultad de liberarse con otra prestación, ésta no se encuentra “in obligatione”, sino sólo “in solutione” (272).

Con precisión ha señalado Albaladejo (273) que en la obligación facultativa se debe una prestación individualizada, mientras que en la alternativa no está individualizada.

Como consecuencia de lo expuesto, la naturaleza de la facultativa queda determinada desde el principio, como ocurre con las simples (274), porque la multiplicidad no se deduce de la facultativa (275), mientras que en las alternativas sólo puede determinarse su naturaleza después de la elección.

En las alternativas todos los objetos son debidos o pueden llegar a serlo cuando cese la incertidumbre por el fenómeno de la *concentración*, mientras que en las facultativas sólo una prestación es debida, exigible por el acreedor, la otra aparece sólo como facultad del deudor para liberarse con su cumplimiento, pero sin que le pueda ser exigida.

Las consecuencias son fácilmente previsibles: 1.º La obligación facultativa es nula cuando lleva un vicio inherente a la cosa debida, a diferencia de la alternativa, que han de ser nulas todas las prestaciones para anular la obligación. 2.º La facultativa se extingue cuando perezca el objeto “in obligatione”, a diferencia de la alternativa, en que la desaparición de un objeto concentra en los otros la obligación. 3.º En la facultativa el acreedor sólo puede pedir la cosa debida, mien-

(269) REZZONICO, ob. cit., págs. 506 y 507.

(270) RUGGIERO, “Istituzioni...”, pág. 100. POLACCO, “Le obbligazioni...”, pág. 113.

(271) POTHIER, ob. cit., pág. cit.

(272) Ob. cit., pág. 19 y nota 5.

(273) Ob. cit., pág. 504.

(274) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1.051. GIORGI, pág. 458. POLACCO, “Le obbligazioni...”, págs. 113 y sigts. MESSINEO, “Manual...”, página 429. DE GÁSPERI, § 1107. BURÓN, pág. 474. VALVERDE, pág. 69. DE DIEGO, página 159.

(275) MESSINEO, ob. últ. cit., pág. cit.

tras que en la alternativa con derecho de elección a su favor puede pedir cualquier objeto.

D. Dificultades prácticas.—De todas formas, esto que desde un punto de vista teórico resulta evidente en el terreno práctico, no deja de presentar dificultades. La incertidumbre acerca de si una concreta obligación es alternativa o facultativa se debe tanto a la similitud de situaciones, cuanto a las defectuosas formas de ciertos contratos o cláusulas testamentarias (276) y al descuido de las partes por caracterizar debidamente la obligación (277).

En estos casos debe recomendarse un minucioso análisis del texto y de las circunstancias (278), acudiendo a las reglas de interpretación (279) para determinar la voluntad de los contrayentes o del testador, lo cual representa un arduo problema (280).

E. Resolución legislativa de los casos dudosos.—Cuando fracasa la hermenéutica y no bastan las reglas de interpretación, el legislador suele resolverlo, pero de modo no uniforme.

Por una parte, los Códigos civiles de Argentina —arts. 685—, Colombia —art. 1.564—, Chile —art. 1.507—, Ecuador —art. 1.497—, El Salvador —art. 1.378— y Uruguay —art. 1.359—, además del Proyecto de Freitas, del de Biliboni y del de 1936 se inclinan en favor de la alternativa, mientras que los textos civiles de Costa Rica —art. 661— y Perú —art. 1.119—, además del Proyecto de Enrique Azarola —artículo 2.349— (281) lo hacen a favor de la facultativa.

Por el criterio del “favor debitoris” debe preferirse la facultativa (282), y así lo entienden Colmo (283) y Lafaille (284), pero Gallí y Salvat (285) opinan de modo contrario, el primero, en base de que las obligaciones se contraen para cumplirse y “es más jurídica la solución que facilita la extinción de la obligación por el cumplimiento, que la que prefiere la extinción por imposibilidad” (286), y el segundo, estimando que los casos o supuestos en que el título de la obligación designa más de un objeto, lo normal es que el deudor goce de una

(276) LAFAILLE, ob. cit., pág. 125.

(277) DE GÁSPERI, § 1107.

(278) *Ibidem*.

(279) GIORGI, ob. cit., pág. 458. CASTÁN, ob. cit., pág. cit.

(280) ROTONDI, ob. cit., págs. 319 y 320. BARASSI, “La teoría...”, pág. 249, siguiendo a CONDIÁN, atiende al interés del acreedor, si se satisface con una de las prestaciones, la obligación debe estimarse alternativa, si el interés inicial se refiere a una sola, hasta el extremo de dar una importancia subordinada a la otra, debe considerarse facultativa. Ver también RUIZ GALLARDÓN, ob. citada, pág. 77.

(281) FUEYO LANERI, “Derecho civil”, Tomo IV, Santiago de Chile 1958, página 178, comentando el artículo 1.507 del Código civil chileno, señala que “es una regla en favor del acreedor, por cuanto entraron en juego mayor número de cosas y el riesgo no resultará de una sola, que es la única debida en la obligación facultativa”.

(282) GIORGI, ob. cit., pág. 458. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 56.

(283) Ob. cit., núm. 382.

(284) Ob. cit., pág. cit.

(285) “Obligaciones en general”, 4.<sup>a</sup> ed., 1941, núm. 610.

(286) Citado por REZZONICO, ob. cit., pág. 511.

facultad de sustitución en las condiciones que caracterizan la obligación alternativa.

En el orden procesal, sostiene Enneccerus (287) que el deudor que alega la facultad alternativa tiene que probarla porque encierra una excepción modificativa de la pretensión, mientras que la afirmación de la alternatividad es una negación de la acción, pero este criterio no resuelve la duda, pues menos significa una modificación de la acción que una negación.

En cuanto a nuestro Derecho civil, estimamos que en caso de duda debe preferirse la alternatividad, que es la regulada por el Código civil, la obligación más extendida y quien afirma lo excepcional, o sea, la "facultas alternativa", ha de probarla. Las consecuencias no agravan la situación del deudor, salvo que aquí el perecimiento no le libere, pues queda otro objeto "in obligatione", pero en definitiva se equiparan en sus consecuencias, esto es, en la *elección*.

## 2. Obligaciones con cláusula penal.

Obligaciones con cláusula penal son aquellas en que se estipula una prestación, generalmente pagar una suma de dinero, a cargo del deudor y a favor del acreedor para el caso de que aquél no cumpla lo que le incumbe o al cumplir contravenga el tenor de la obligación (288).

Esta cláusula penal presenta una doble finalidad: sancionar el incumplimiento o el cumplimiento inadecuado de la obligación y evaluar por anticipado los perjuicios que al acreedor habrá de ocasionarle dicho incumplimiento. Tienen de común estas obligaciones y las facultativas en que en ambas sólo un objeto es debido, y si éste perece por caso fortuito se extinguen (289). Se diferencian en que en la cláusula penal no se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación cumpliendo la pena (290), pues lo que lleva ínsito esta cláusula es una sanción para el incumplimiento o para el retardo (291). Mientras que en la facultativa existe una obligación única y una simple "facultas solutionis", la cláusula penal supone una segunda obligación más gravosa, condicionada al incumplimiento de la primera (292).

El deudor de la obligación con cláusula penal no puede, en principio, o sea, si no le está reconocido por pacto, liberarse de la obligación principal cumpliendo la pena, pues, a falta de este pacto, no puede presumirse así la voluntad de las partes (293).

Nuestro Código civil señala en el artículo 1.153 que "el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en

(287) Ob. cit., pág. 115.

(288) CASTÁN, ob. cit., Tomo II, 6.ª ed., pág. 502, siguiendo a CASSO.

(289) MESSINEO, "Manual...", cit., pág. 431.

(290) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, "Estudios...", pág. 272.

(291) MESSINEO, "Istituzioni...", pág. 437.

(292) ALVARO D'ORS, ob. cit., pág. 22. LAFAILLE, ob. cit., pág. 123, nota 151.

(293) ENNECCERUS, ob. cit., pág. 189.

el caso de que *expresamente* le hubiese sido reservado este derecho". Por ello el deudor no puede obligar al acreedor a recibir en lugar del objeto de la obligación el cumplimiento de la pena, porque ésta no es debida más que de modo accesorio, o sea, sólo cuando la obligación principal no se ha cumplido, ya que queda al acreedor la facultad de pedir la ejecución cuando ésta es posible (294). Además, a diferencia de la facultativa, aquí el acreedor tiene derecho a exigir la pena o prestación accesorio, pero este derecho está *condicionado* a que el deudor no cumpla la obligación (295).

Finalmente, cuando el deudor en la obligación con cláusula penal tiene concedido *expresamente* el derecho de cumplir prestando la pena, no existe tal cláusula penal, que se ha desnaturalizado, y lo que queda en su lugar en una obligación facultativa. Así lo entienden Van Wetter (296), Roca (297), Espín Cánovas (298) y Castán (299).

3. La dación en pago.—La "datio in solutum" es un modo de extinción de la obligación al igual que ocurre con el pago o cumplimiento; pero mientras el pago supone la realización de la prestación debida, mediante la dación en pago, la obligación se extingue al ser ejecutado un *aliud*, prestación distinta del objeto de la obligación (300). Las analogías de esta figura con la obligación facultativa aparecen claras si se tiene en cuenta que en ésta no es la obligación misma la facultativa, sino la dación en pago la que tiene este carácter (301). Por ello, Grosso apunta en relación con la "facultas alternativa" la posibilidad de una "datio in solutum" preventiva y consentida del acreedor (302). Puig Brutau, por su parte, considera la facultad de sustitución como una autorización previa para extinguir la obligación por dación en pago (303).

Una concepción amplia de la "datio in solutum" y como consecuencia más impropia (304) comprendería la dación voluntaria y la necesaria, faltando así uno de los requisitos indispensables cual es la voluntariedad del acto. Polacco mantiene esta tendencia y bajo la rúbrica de dación en pago *necesaria* (305) incluye los casos en que se

(294) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 487. ESPÍN CÁNOVAS, "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", *Revista de Derecho Privado*, marzo 1946, pág. 151.

(295) DE GÁSPERI, ob. cit., pág. 444.

(296) Ob. cit., pág. 157.

(297) Ob. últ. cit., pág. cit.

(298) Ob. cit., pág. cit.

(299) Ob. cit., pág. 503, quien añade que el supuesto de multa de arrepentimiento se aproxima a la obligación facultativa.

(300) CASLOS R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Naturaleza jurídica de la dación en pago", ANUARIO DE DERECHO CIVIL, julio-septiembre 1957, págs. 753.

(301) VAN WETTER, ob. cit., pág. 216.

(302) Ob. cit., pág. 229.

(303) Ob. cit., pág. 228. ALBALADEJO, ob. cit., pág. 503, nota 1: "La obligación facultativa consiste en la posibilidad de una dación en pago de'ada a la voluntad del deudor".

(304) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, "El cumplimiento de las obligaciones", Madrid 1956, pág. 363.

(305) "Della Dazione...", pág. 33.

produce la prestación del “aliud por alio” “invito creditoris, debitoris” o entrambos. Casos como éstos pudieran contemplarse en la ejecución forzosa, en el deterioro de la cosa debida, en la obligación facultativa, etc. (306).

Así ha podido configurarse la “facultas alternativa” como dación en pago, porque si bien es cierto que el acreedor ha consentido desde el principio en recibir la cosa puesta “in facultate solutionis”, el recibirla no era un derecho para él, puesto que nunca había podido pedirla, no importando que el consentimiento del acreedor se hubiera manifestado desde el principio (307).

Mas a pesar de lo reseñado aparecen claras las diferencias entre ambas figuras. En la obligación facultativa la posibilidad de elección existe desde el momento mismo del nacimiento de la obligación y depende *unilateralmente* del deudor, mientras que en la dación en pago depende del acuerdo entre acreedor y deudor (308). O sea, este acuerdo es contemporáneo en la “facultas alternativa” a la constitución del vínculo obligatorio, al paso que en la “datio in solutum” tiene lugar en el momento del pago o cumplimiento por asentimiento del acreedor para que el deudor se libere por la realización de una prestación distinta (309).

En el moderno Derecho español ha desaparecido el beneficio de “datio in solutum” forzosa que la Novela 4.<sup>a</sup> del Capítulo III otorgaba al deudor en determinados supuestos (310). Los autores citan, además de la facultativa, algunos supuestos ciertamente dudosos (311).

En la dación en pago la extinción de la obligación se produce no mediante el cumplimiento de la prestación inicialmente debida, sino a través de la realización de un “aliud”. La obligación de realizar este “aliud”, dependiente por naturaleza de la obligación inicial, se antepone a ésta por lo que a su ejecución se refiere. Establecida la dación en pago, el deudor está obligado a realizar el “aliud” y podrá ser condenado a ejecutarlo, el acreedor se ve constreñido a recibirlo.

La dación en pago impone, pues, al deudor, el deber de ejecutar la prestación convenida en lugar de la debida, y como no le concede la simple posibilidad de realizar el “aliud” no se identifica con la facultativa (312).

Römer y Bendorff—que configuran la dación en pago como un contrato real—sostienen que el convenio de “in solutum datio” esta-

(306) BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. cit.

(307) JUAN LATOUR BROTONS, “Notas sobre la dación en pago”, en *Revista de D. Privado*, julio-agosto 1953, pág. 635.

(308) MESSINEO, “Manuel...”, pág. cit. “Istituzioni...”, pág. 437.

(309) DE GÁSPERI, ob. cit., Vol. III, pág. 73. LAFAILLE, ob. cit., pág. 123: “El deudor debe una prestación, pero se libera prestando otra determinada de antemano sin que el acreedor necesite prestar su conformidad”.

(310) CARLOS R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 755. También ha desaparecido en el Derecho argentino. Ver DE GÁSPERI, ob. cit., pág. 73.

(311) CARLOS R. FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. cit., el artículo 1.827 del Código civil.

(312) *Ibidem*.

blece una “facultas alternativa” en favor del deudor—cuando éste puede cumplir la obligación con la realización de un “aliud” para extinguir la relación obligatoria—(313); pero esta tesis desconoce el carácter unitario de la institución, niega su independencia dogmática e ignora los rasgos peculiares que claramente la diferencian de otras figuras jurídicas. Un contrato en el que se establezca que el deudor *puede* realizar una prestación distinta de la debida, o bien que el acreedor puede exigirla (sin venir obligado a recibirla), no podrá en modo alguno considerarse como un convenio de dación en pago (314). Concluimos con Miccio (315), señalando que en la obligación facultativa el deudor tiene desde el principio asegurada la posibilidad de recurrir a la “datio in solutum”, que podría obtenerse convencionalmente en el momento de exigirse la prestación, pero que resultaría aleatoria en cuanto podría ser rechazada por el acreedor.

#### 4. *Las obligaciones accesorias.*

Según Casso, obligaciones accesorias son aquellas que preparan otra principal o dependen de ella, y añade que el objeto que se debe por sí mismo es causante y determinante de la obligación, originando la principal, pero la prestación debida por consideración o como secuela de otra determinante para su cumplimiento o garantía motiva la obligación accesoria (316).

Estas obligaciones pueden ser: por su origen, voluntarias y legales; y por su finalidad, complementarias (entrega de títulos en las compraventas) y de garantía (pignoraticia, hipotecaria, anticrética); y por último, atendiendo a la manera de exigirlas, subrogantes (que sustituyen a la principal incumplida) y adjuntas (que se cumplen juntamente con la principal) (317).

Nuestro Código civil, siguiendo el precedente de las Leyes de Partidas y el modelo del Código francés, prescinde de estas obligaciones, de las que se ocupan los autores (318). En cambio, el Código civil argentino se ocupa de las accesorias y las define en el artículo 523: “De dos obligaciones una es principal y otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra”. Así, la principal tiene existencia propia, la accesoria depende de la existencia o validez de aquélla (319).

Si se atiende a la prestación podría configurarse la obligación facultativa como una obligación simple, acompañada de una accesoria, y así, la nulidad de la primera extinguiría la segunda, mientras que la nulidad de la facultativa no influiría sobre la prestación principal.

(313) *Ibídem*, nota 150.

(314) *Ibídem*.

(315) *Ob. cit.*, pág. 342.

(316) *Cit. por CASTÁN*, *ob. cit.*, págs. 473 y 501.

(317) *Ibídem*, pág. 501.

(318) TOULLIER, *ob. cit.*, Tomo VI, pág. 499. AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, Tomo IV, § 304.

(319) REZZONICO, *ob. cit.*, pág. 99.

Constituiría la prestación “in facultate solutionis” una prestación accesorio, voluntaria y subrogante en la aludida clasificación; por ello, la mayoría de los tratadistas (320) llaman al objeto “in obligatione”, principal, y al que se encuentra “in facultate solutionis”, accesorio.

Ahora bien, si se contempla el vínculo se observa que existe una única obligación y esa “única” obligación fija un objeto o prestación como exigible, pero permite al deudor sustituirlo por otro preventivamente fijado.

Así lo atestigua la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1957, que separa la obligación facultativa de la accesorio, señalando que en el caso enjuiciado la devolución del capital prestado, que es el objeto de la obligación principal, permanece único e invariable, no sustituible por la prestación de hipoteca e intereses, que no actúa como objeto distinto, sino como complemento y elemento accesorio y conjunto de la obligación principal (321).

Concluimos, por tanto, señalando que existe una sola obligación y la accesoriedad se refiere al objeto “in facultate solutionis”.

##### 5. *Obligación suspensiva potestativa del deudor.*

Messineo (322) separa la “facultas alternativa” de la obligación suspensiva, potestativa, dejada a la voluntad del deudor.

El artículo 1.115 del Código civil español establece que “cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”. En la obligación facultativa no queda al arbitrio del deudor la subsistencia y validez del vínculo obligatorio, pues éste ha surgido y con plena eficacia, lo único que se ha señalado —por ley o por voluntad— es que el deudor obligado puede cumplir prestando un objeto distinto, fijado de antemano. El acreedor no puede exigir su cumplimiento, pero el deudor se libera con dicha prestación.

##### 6. *Obligación de género.*

Se ha pretendido encontrar analogías con la obligación genérica, indicándose que, cuando las prestaciones, dos o más señaladas en la obligación, sean idénticas, no existirá nunca obligación alternativa, sino obligación de género o facultativa (323). Ciertamente que en la obligación genérica tiene el deudor mayor margen de cumplimiento que en la específica, ya que puede elegir dentro del género sin traspasar los

---

(320) Ver *supra* IV. Caracteres y efectos.

(321) Un comentario de esta Sentencia, de la que fue ponente don Celestino Valledor, puede verse en R. de D. Privado, julio-agosto de 1957, páginas 775 y 776. Al tratar de la jurisprudencia patria sobre las obligaciones facultativas, desarrollaremos más esta resolución.

(322) “Manual...”, cit. pág. últ. cit.

(323) *Ibidem*.

límites que la Ley le traza (324). El artículo 1.167 del Código civil señala que “cuando la obligación consiste en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior ni el deudor entregarla de la inferior”.

Por otra parte, en las obligaciones genéricas rige el principio “genus numquam perit”, lo que implica que el riesgo de perecimiento no lo soporta el acreedor—art. 1.182 a contrario sensu, en relación con el artículo 1.452—.

Certeramente ha mantenido Hernández Gil (325) que el género no es prestación y por tanto no existe pluralidad de prestaciones en la genérica como existen en la alternativa y en la facultativa del lado del deudor.

Saleilles (326) ha indicado con relación a las obligaciones de género que hasta tanto el deudor tenga especializado el objeto nada es concretamente debido. Cuando se ha producido la elección, el objeto elegido queda fijado, la elección es irrevocable y la obligación considerada como simple, pero en la obligación facultativa el objeto o prestación aparecen determinados inicialmente (327).

## 7. Otros supuestos.

Los otros casos de aparentes analogías aún resultan más extraños. Así la novación tácita objetiva, que supone la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla. Mas fácilmente se comprende que en la obligación facultativa no se produce la extinción de una obligación y la creación de otra, el objeto debido no cambia y sólo se permite al deudor “ab initio” cumplir prestando un objeto distinto, pero preventivamente señalado.

El único problema, ajeno a esta cuestión, consiste en determinar si la transformación de una obligación simple en facultativa o la inversa suponen novación.

Azurza (328) señala en estos supuestos, cuando al objeto “in obligatione” se añade o suprime la “facultas alternativa”, que el deudor no está obligado a más, el acreedor no puede exigir nada nuevo y la nueva facultad reviste simplemente el carácter de una facilitación al deudor. Sería arbitrario, dice el autor citado, contemplar un “animus novandi” en estos casos (329).

(324) CASTÁN, ob. cit., pág. 496.

(325) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, en explicación de Cátedra “Apuntes de clase”, editados por el S.E.U. Derecho Civil, 3.ª Lección, año 1950.

(326) RAYMOND SALEILLES, “Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour L'Empire allemand”, 2.ª ed., París 1901, pág. 10.

(327) TOULLIER, ob. cit., pág. cit.

(328) P. J. AZURZA, “Notas sobre la novación”, *Revista de D. Privado*, julio-agosto de 1950, págs. 608 y 609.

(329) *Ibidem*, nota 64. Dicha tesis aparece abonada por GIORGI, BAUDRY-LACANTINERIE Y ANDREOLI. “La novazione tácita objetiva”, por algunas senten-

A este respecto debemos distinguir la pérdida de la “*facultas alternativa*” de su creación posterior. El primer caso no supone novación, pues ni cambia el objeto debido, ni la exigibilidad, y con lo que va a cumplir el deudor es con la prestación debida “*in obligatione*”; pero el segundo caso, por su aproximación a la dación en pago, no resulta tan claro, sobre todo ante la inorgánica manera de concebir el instituto novatorio nuestro Código civil. Ahora bien, de aceptarse la tesis de que la facilitación al deudor no supone novación no habría inconveniente en admitirlo.

El otro supuesto resulta aún más difícil de concebir en cuanto a sus analogías con la obligación facultativa (330).

### VIII. FACULTAD ALTERNATIVA EN FAVOR DEL ACREEDOR

Solamente los escritores germánicos se han ocupado, por lo general, de esta figura, que en los países latinos no ha tenido eco ni aceptación.

Mantuvieron la existencia de la “*facultas alternativa*” en favor del acreedor: Regelsberger, Langhneineken, Litten, Herzberg (331) y Oertmann (332). Siber empezó negando su existencia, pero la admitió en sus últimas obras; Molitor se mantuvo escéptico y Pescatore negó el concepto de la facultad alternativa del acreedor (333).

Los Códigos civiles de los países americanos de lengua española se ocupan—los que hemos visto—de las obligaciones facultativas a favor del deudor, que suelen ser los estudiados por los tratadistas latinos—franceses, italianos, españoles, etc.—. Rotondi (334) atribuye siempre la elección al deudor, a diferencia de las alternativas en que puede corresponder al acreedor y en idéntico sentido se pronuncia Rodríguez-Arias (335).

La figura carece de mayor trascendencia y como ha puesto de relieve Hernández Gil (336) la obligación equivale a la alternativa, por-

---

cias de nuestro Tribunal Supremo, de las que se desprende, así lo parece al menos, que la simple facilitación al deudor no supone novación.

(330) Se refiere al precontrato. S. MORO LEDESMA, “El precontrato, notas para su estudio”, en *R. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1934, pág. 254, señala, siguiendo a GELLER, que dicha obligación (la facultativa) nacida de un contrato perfecto es totalmente ajena a la finalidad de un “*pactum de contrahendo*”.

(331) Citados por ENNECERUS, ob. cit., pág. cit. y CASSO, ob. cit.

(332) PAUL OERTMANN, “*Das Recht der Schuldverhältnisse*”, Berlín 1899, § 262, II, 2, G.

(333) Sobre este problema puede verse GESRHEIN, “*Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Recht*”, 1906, págs. 52 y sigts. ENNECERUS, obra cit., § 20, II nota 5. LARENZ, ob. cit., pág. 319.

(334) Ob. cit., pág. 319.

(335) LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, “*Derecho de obligaciones según los Códigos civiles y la Jurisprudencia española y panameña*”, Madrid 1965, pág. 147.

(336) “*Derecho de obligaciones*”, cit., pág. 156.

que entonces el deudor, en rigor, en todo momento adviene obligado a realizar una de las dos (o más) prestaciones.

En nuestra patria, que sepamos, sólo Casso (337) y los anotadores de Enneccerus, Pérez y Alguer (338) se han ocupado de esta figura.

Lo más peculiar de la facultad alternativa del acreedor radica, a diferencia de la obligación facultativa normal, en que en ésta el objeto sustituido nunca es debido, pero en aquella que se autoriza al acreedor por Ley o negocio jurídico a exigir en lugar de la prestación estipulada en sí, otra prestación; desde que el acreedor pide la prestación sustituta, ésta es debida ya.

La única separación con relación a la obligación alternativa con elección del acreedor se establece con referencia a los riesgos. Si la cosa debida se perdiera fortuitamente, el acreedor no puede exigir la otra prestación, pues toda relación jurídica se ha extinguido.

La cosa juzgada respecto al objeto principal se extiende también al objeto sustituto (339) y el acreedor puede ser puesto en "mora accipiendi" de la prestación debida en virtud del ofrecimiento de una de ellas (340).

En principio sólo se adeuda una prestación, pero el acreedor, mediante una declaración expresa, puede exigir otra en su lugar. Tal declaración del acreedor tiene una significación jurídicamente configuradora, y en tanto no se hace dicha manifestación, puede el deudor realizar el cumplimiento mediante la prestación a que únicamente esta obligado (341). Así, pues, no se necesita, como en la alternativa, separar la declaración del acreedor, cuando a éste corresponde la elección, ya que la prestación debida no está relativamente indeterminada, sino determinada desde el principio, como ha quedado dicho. La declaración del acreedor es únicamente necesaria cuando quiera producir una modificación de la realización obligatoria (342).

Como casos legales en el Derecho alemán se citan los § 249, párrafo 2.º, 843, párrafo 3.º, y 915 (343) y también los § 844, párrafo 2.º, 845 y 1.580, párrafo 2.º (344).

Se ha señalado también que si el acreedor exigió la prestación accesorio, puede, no obstante, reclamar la principal mientras el deudor no se preste a efectuar aquélla (345). Sin embargo, puede haber casos en que el hecho de reclamar la prestación principal después de haberse exigido la otra, constituye una infracción a las normas de la buena fe, principalmente cuando la otra parte haya hecho preparativos para aceptar o realizar la prestación ofrecida (346).

---

(337) Ob. cit., voz: "Facultas alternativa".

(338) Ob. cit., pág. cit.

(339) CASSO, ob. cit. ENNECCERUS, ob. cit.

(340) *Ibidem*.

(341) LARENZ, ob. cit., pág. 172.

(342) *Ibidem*.

(343) ENNECCERUS y LARENZ, obs. cits.

(344) Sólo ENNECCERUS.

(345) TUHR, ob. cit., pág. 57.

(346) *Ibidem*.

El Código civil del Perú, en su artículo 1.200, permite configurar una transformación de una obligación facultativa en una obligación de este tipo, pero con "facultas alternativa" del acreedor, cuando el obligado es omiso en realizar la elección. Dice así el artículo citado: "si el deudor es omiso en hacer la elección, el juez le señalará un plazo para que se cumpla con hacerla y si vencido este plazo el deudor se mantuviere en la omisión, la elección corresponderá al acreedor".

Incluso Casso (347) señala como "facultas alternativa" del acreedor en el Derecho español el derecho del propietario de una cosa mueble, unida a otra principal, a exigir en lugar de la indemnización, la separación, aunque la cosa principal sufra algún detrimento, cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento o perfección es mucho más preciosa que la cosa principal (art. 378, párrafo 2.º).

## IX. LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 1. *Posición doctrinal.*

Nuestros antiguos tratadistas, por lo general, no aludían en sus obras a las obligaciones facultativas (348), si bien no faltan algunos que se ocupen de ellas, aunque someramente (349).

Ya en obras más recientes se alude al tema (350), aunque no

(347) Ob. cit., lugar cit.

(348) No se ocupan de ellas: BENITO GUTIERREZ FERNÁNDEZ, "Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español", Tomo IV, 2.ª ed., Madrid 1871. MALUQUER, "Manual de Derecho civil español", Barcelona 1875. MODESTO FALCÓN, "Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral", Salamanca 1878. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, "Elementos de Derecho civil y penal de España", Madrid 1881. SALVADOR DEL VISO, "Lecciones elementales del Derecho civil", 5.ª ed., Tomo III, Valencia 1884. NICOLÁS DE PASO y DELGADO, "Derecho civil español conforme al Código de 1889", Madrid 1890. JULIO OTERO y VALENTÍN, "Tratado elemental del Derecho de Obligaciones según el libro IV del Código civil español", Valladolid 1893. Q. MUCIUS SCAEVOLA, "Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial", Tomo XIX, Madrid 1902. FRANCISCO DE LA ESCOSURA y MATHEU, "Derecho civil", Tomo I, Madrid 1911. AMALIO MARICHALAR y CAYETANO MENRIQUE, "Recitaciones de Derecho civil de España", Tomo IV, Madrid 1921. JOSÉ MARÍA PLANAS y CASALS, "Derecho civil: español común y foral", Tomo II, Barcelona 1925, etc., etc.

(349) JOAQUÍN ESCRICHE, "Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia", Nueva ed., reformada por José Vicente Caravantes y León Galindo y de Vera, Tomo IV, voz: "obligación facultativa", Madrid 1876, págs. 304 y 305. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit. BURÓN, ob. cit. VALVERDE, ob. cit. DE DIEGO, obra cit. JOSÉ VIÑAS MEY, "Derecho civil español", Tomo II, Madrid 1925, página 23. VICENTE JAÉN, "Derecho civil", Madrid 1928, págs. 312 y 313. JOSÉ MARÍA MANRESA y NAVARRO, "Comentarios al Código Civil español", Tomo VIII, 4.ª ed., Madrid 1929, pág. 164, casi idéntica a la citada en este trabajo continuada por MORENO MOCHOLÍ.

(350) BONET y RAMÓN, GARCÍA MARTÍNEZ, PUIG PEÑA, ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU, CASSO, CASTÁN, BORREL y SOLER, RUIZ GALLARDÓN, HERNÁNDEZ GIL ALBALADEJO, RODRÍGUEZ ARIAS, obs. cits., y J. SANTAMARÍA ANSA, "Comentarios al Código Civil", Madrid 1958. Tomo II, págs. 68, 69 y 70.

siempre (351). Mucho ha influido el silencio legal sobre esta clase de obligaciones, pues nuestro Código civil silencia por completo esta categoría (352).

Ahora bien, que el Código no se ocupe de ellas no quiere decir que las obligaciones facultativas estén desterradas del Derecho español. Por una parte, en este trabajo hemos visto numerosos casos legales en nuestro Derecho; por otra, y en virtud del fecundo principio de autonomía de la voluntad que rige en materia crediticia y tiene su base en el artículo 1.255 del Código civil español, permite establecerlas contractualmente. Otro tanto debe señalarse en materia sucesoria.

El citado artículo 1.255 señala que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Este precepto, para muchos autores, representa la justificación de la posibilidad de esta especie obligatoria (353).

No falta algún autor (354) que ante el silencio legal pretende se apliquen por analogía las reglas de las alternativas, pero como hemos visto que se contraponen ambas especies por la determinación, el “periculum rei”, la mora, la elección, etc.... ¿Cómo puede hablarse de analogías?

Señalan algunos tratadistas que en principio el artículo 1.166 se opone a la existencia de la facultad de sustitución (355). Dicho precepto establece que “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere cosa de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”.

Por nuestra parte señalamos que el precepto últimamente citado no se opone a la obligación facultativa; está concebido para argumentar en la “datio in solutum”, en que un objeto o prestación es debido, pero por acuerdo de acreedor y deudor se entrega otra cosa como pago. En el caso de la facultad de sustitución, el acreedor ha de recibir forzosamente la prestación “in facultate solutionis”, si el deudor la presta. Desde el momento del nacimiento de la obligación existe una aceptación del eventual pago futuro no idéntico al debido (356).

De seguir esta tesis, debiera tenerse en cuenta también el artículo 1.901 (357), puesto que el deudor de la “facultas alternativa” entregó

(351) V. MALLOL GARCÍA y F. ORTÍ MIRALLES, “Diccionario Jurídico-Legislativo”, Valencia 1950. La nueva Enciclopedia Jurídica Española Seix aún no ha publicado el tomo correspondiente a las obligaciones.

(352) PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. cit. RUIZ GALLARDÓN, ob. cit. ALBALADEJO, ob. cit. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. cit.

(353) Así lo entienden: CASSO, CASTÁN, RUIZ GALLARDÓN, ALBALADEJO en sus obras citadas.

(354) GARCÍA MARTÍNEZ, ob. cit., pág. cit.

(355) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. ALBALADEJO, ob. cit., pág. cit.

(356) ALBALADEJO, ob. cit., pág. cit.

(357) CASTÁN utiliza para la construcción los artículos 1.901, 1.255 y 1.166.

cosa que nunca debió, en el caso de entregar el objeto accesorio, pues nunca le pudo ser exigido por el acreedor.

Repetimos que estos preceptos no se oponen a la obligación facultativa, pues en ésta, desde el principio, el acreedor ha de aceptar el objeto o prestación de sustitución, aunque no puede exigirlo, pues así consta en el acuerdo obligatorio.

Mayor alcance se ha pretendido sacar del artículo 1.153, en cuyo inciso primero se prevé un supuesto de obligación con facultad alternativa (358). Dicho precepto, colocado dentro de la sección dedicada a las obligaciones con cláusula penal, establece que "el deudor no podrá eximirse de cumplir con la obligación pagando la pena, *sino en el caso de que expresamente le hubiere sido reservado este derecho*", pero como vimos al separar la obligación facultativa de otras figuras afines, en este supuesto se desnaturaliza la cláusula penal. Así lo que resulta es la obligación facultativa. Este es el precepto de nuestro Código civil que regula esta materia.

## 2. *La obligación facultativa según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

Nuestro Tribunal Supremo ha conocido casos que indudablemente pueden configurarse como obligaciones facultativas, pero que sin embargo no se planteó en el recurso problemas sobre esta clase de vínculos ni se les designó por su nombre.

Así, Casso (359) cita al respecto las Sentencias de 6 de febrero de 1906, 22 de diciembre de 1908 (360), 17 de junio de 1925 y 14 de noviembre y 7 de diciembre de 1927 (361), y algún otro autor (362) señala al respecto las Sentencias de 13 de marzo y 20 de junio de

(358) PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. cit. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. cit.

(359) Ob. cit., voz: "obligación facultativa".

(360) En ella se sostiene en relación a la cláusula penal, que puede pedirse el cumplimiento de la obligación y la pena, si ésta se podría reclamar en cuanto pidiera cualquiera de los obligados la nulidad de lo convenido; Jurisprudencia civil. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 112, 3.º de 1908, octubre-diciembre, núm. 148, Madrid 1910. Otra sentencia de igual fecha se refiere a la rescisión de la compraventa por lesión en Cataluña, pero tampoco nombra las obligaciones facultativas.

(361) También ambas tratan de la cláusula penal. La primera, publicada el 19 de septiembre de 1928, número 66, Tomo VI, de 1927, Madrid 1929. La segunda, publicada el 6 de diciembre de 1928, Tomo XCVII, Vol. VIII, de 1927, Madrid 1930.

(362) "Repertorio Doctrinal y legal por orden alfabético de la Jurisprudencia civil española establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias dictadas en recurso de casación y decisiones de competencia desde 1.º de enero de 1883 al 31 de diciembre de 1888, y de las Resoluciones que en materia civil y en el mismo plazo han dictado la Dirección de los Registros y la de Gracia y Justicia del Ministerio de Ultramar. Por la redacción de la revista de Legislación y Jurisprudencia. Bajo la Dirección del Excmo. Sr. don Eduardo Dato e Iradier, ex Ministro de Gracia y Justicia, Vocal de la Sección 2.ª de la Comisión de Codificación y Director de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 1903. El último tomo que aparece bajo la dirección de Dato es el Tomo VII (1914-1917). Los demás son de la Revista de Legislación y Jurisprudencia.

1902 (363), 27 de junio y 12 de octubre de 1916 (364) y 16 de mayo de 1923 (365), pero ninguna de estas resoluciones emplea la expresión de obligaciones facultativas.

La primera Sentencia, a mi juicio, que nombra las obligaciones facultativas—al menos yo no he encontrado ninguna de fecha anterior—y que por cierto no es citada por ningún tratadista, es la de 2 de junio de 1910 (366), de la que fue Ponente el Magistrado don Tomás Domínguez.

Para comprender la doctrina del Supremo y los motivos del recurso, debemos partir de los antecedentes. Existía en el testamento de un causante una cláusula de legado, de este tenor: “Deja y lega a su muy estimada nietecita, doña María de las Mercedes de Borrás y de Dalmases, como legado voluntario y en recuerdo del mucho cariño que el testador la profesa, la cantidad de cincuenta mil pesetas, equivalentes a diez mil duros, por una sola vez, cuya suma deberá serle satisfecha por su infrascripto heredero en los plazos, modo y forma dispuestos en este testamento, siempre que haya ella cumplido veinticinco años; a no ser que contrajera matrimonio a disgusto y sin la aprobación y espontáneo consentimiento de su tío, don Augusto María de Borrás, a quien impuso el deber de satisfacer en las épocas correspondientes los legados voluntarios anteriormente dispuestos a favor de doña María de las Mercedes de Borrás, doña Consuelo, doña Dolores y don Ramón María de Ortiz y de Borrás, y de los demás hermanos de éstos, debiendo siempre verificarlo, bien fuese en dinero efectivo de oro o plata, precisamente, no en calderilla, ni otra cualquier especie de papel amonedado, pues en el caso que éste fuese de curso forzoso, entonces podría verificarlo entregando tal papel, no por el valor nominal que el mismo represente, sino por el real y efectivo que éste se cotice a la sazón en esta plaza, o bien entregando fincas de igual valor o importe, a elección del heredero para que sirvan éstas en pago o a cuenta de los mencionados legados. El señor testador da y confiere la más amplia facultad a su referido heredero para que pueda satisfacer el legado voluntario hecho a favor de su nietecita, doña María de las Mercedes de Borrás, en metálico, de una

---

(363) La primera, publicada el 20 de junio, bajo el núm. 78, por la Dirección de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. El Tomo 98, 1.<sup>a</sup> edición, 1902, enero-junio, Madrid 1902, declara que es inaplicable el artículo 1.132 del Código civil, cuando no se trata de obligación alternativa. Respecto a la segunda, nada he encontrado en ella que más o menos remotamente se refiera a nuestro tema.

(364) Número 56, publicada el 12 de octubre, Tomo LV, Vol. III de 1916, Madrid 1918, se refiere a un supuesto de obligación alternativa con elección del acreedor. La segunda, núm. 16, publicada el 6 de febrero de 1917, Tomo LVI, Vol. 4.<sup>o</sup> de 1916, Madrid 1919, versa sobre cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

(365) Publicada el 5 de diciembre. Número 59 del Tomo LXXVII, Volumen 2.<sup>o</sup> de 1923, Madrid 1925. Se refiere a una obligación alternativa con elección del deudor.

(366) Publicada el 28 de septiembre, núm. 44. Colección Legislativa de España. Primera serie. Parte tercera. Jurisprudencia civil, Tomo XXXVII, Volumen 2.<sup>o</sup> de 1910, mayo-septiembre, Madrid 1912, págs. 314 a 326.

sola vez, siempre y cuando la legataria haya cumplido la edad de veinticinco años, y demás condiciones a ella impuestas, o bien para que pueda asimismo verificarlo en dos plazos, es a saber: en cuanto a una mitad, siempre que haya cumplido la edad de veinticinco años y demás condiciones impuestas, y en cuanto a la otra mitad, al cabo de cinco años de haber debido satisfacer dicha mitad, debiendo entenderse aquí... que no devengará ninguna clase de éstos (de intereses), sino a contar desde el día en que, respectivamente, deban hacerse efectivos en todo o en parte según los términos en que han sido hechos, no pudiendo exceder en este caso del cuatro por ciento anual". La referida legataria cumplió los veinticinco años el 5 de febrero de 1900, y se casó con consentimiento y aprobación de su tío, el heredero. El citado heredero, gravado con el legado, escribió una carta en catalán en que hacía la siguiente proposición al nuevo matrimonio: "Les haré efectivas o si quieren les guardaré seis meses o un año para que puedan encontrar buen empleo con buen interés, en cuyo caso yo le abonaré durante dicho tiempo el interés del cinco por ciento".

Reclamado por la legataria, el Juzgado condenó al heredero en Sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial; el heredero interpuso recurso de casación. Su dirección técnica señaló, entre otros motivos, en el segundo una cita de la Ley 6.<sup>a</sup>, párrafo 1.<sup>o</sup>, Libro XLII, Título I De re judicata del Digesto, que declara que cuando la obligación es una sola en la cosa, pero distinta en la forma de pago "*in facultate solutionis*" o sea, que puede pagarse de dos maneras, es nula la sentencia que condena a hacerlo de una de ellas solamente; o bien en los términos usados por este Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 1876, es nulo el fallo que no sostiene al demandado en el derecho de escoger entre las dos formas que la Ley, aquí la voluntad del testador, ofrece de solventar la obligación, puesto que es obvio que en el caso de autos, no siendo la obligación alternativa, o sea, de venir obligado el recurrente alternativamente a diversas prestaciones, según la definición del artículo 1.131 del Código civil y el Derecho Romano, *plures res in obligatione et plures in solutione*, sino a la sola prestación de cincuenta mil pesetas con facultad de poder hacer el pago en dinero o fincas de igual importe, constituyendo una obligación facultativa en el pago, llamada así en Derecho Romano cuando *una res in obligatione et altera in facultate solutionis*, o sea, obligación simple, en la cual el deudor debe una sola cosa, pero puede valerse de dos medios de pago, al declarar la Sala sentenciadora que una vez hecha la opción no le era dable separarse de ella y quedaba obligado, infringe las leyes citadas en este motivo, toda vez que el recurrente, que debía una cosa, las cincuenta mil pesetas y en su *facultate solutionis* estaba dar fincas podía en esta facultad, cambiar de voluntad cuantas veces le plugiere hasta el momento de realizar el pago".

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, basándose en que el recurrente había renunciado a su facultad de opción, mejor diríamos a su "*facultas solutionis*" sin que ello implicara novación.

He aquí la doctrina: “Considerando que la casación pretendida no puede prosperar por el primer motivo del recurso, porque si bien don Miguel María de Borrás facultó a su hijo don Augusto a quien instituyó heredero en el testamento, bajo el cual falleció, para que pudiera satisfacer en metálico o en fincas el legado de cincuenta mil pesetas con que agració a su nieta doña María de las Mercedes de Borrás, no lo es menos que don Augusto renunció al derecho de opción comprometiéndose a pagar el legado en metálico, mediante carta que dirigió al esposo de su sobrina el cinco de febrero de mil novecientos cinco, puesto que en ella, después de reconocer que había llegado el momento de tener que abonar las cincuenta mil pesetas del legado, le proponía entregarlas en el acto o aguardar seis meses o un año, en cuyo caso satisfaría un interés del cinco por ciento, para que entre tanto pudiera encontrar un buen empleo con buen interés, lo que evidentemente equivale a ofrecer el pago en dinero, proposición que no se mantuvo dentro de los límites de una simple oferta, sino que llegó a constituir un pacto formal por la aceptación de la legataria, como lo demuestra el principio de ejecución que tuvo lo convenido con la entrega a la acreedora de la primera anualidad del interés prometido, y la manifestación que don Augusto hizo en su escrito de veintitrés de junio de mil novecientos seis, de haberse puesto de acuerdo con su sobrina para abonarle el cinco por ciento anual hasta la entrega del legado, por todo lo cual es inconcuso que la Sala sentenciadora al condenar al heredero a que hiciese efectivo el legado en metálico, no ha infringido la Ley y doctrina de la jurisprudencia que en dicho motivo se alegan”.

Y en el segundo Considerando se indica que “también es improcedente el recurso por los motivos segundo y tercero, en cuanto al primero de éstos, porque la Ley del Digesto *De verborum obligationibus*, que en él se cita, se refiere a las obligaciones alternativas, y como se reconoce por el mismo recurrente la impuesta a él por el testamento de su padre no es de esta clase, sino facultativa, y porque no se opone el fallo recurrido a la otra ley del mismo Cuerpo Legal, y sentencias de este Tribunal Supremo que en el propio motivo se invocan, dada la virtualidad de la renuncia al derecho de opción de que se ha hecho mérito; y en cuanto al segundo, porque el convenio entre el heredero y la legataria no implica una novación...”.

Como hemos dicho, esta sentencia del Supremo nombra la obligación facultativa, pero en lo demás se pronuncia tímidamente sobre sus efectos.

Cierto que concede implícitamente al obligado la facultad de cumplir eficazmente con la prestación “in facultate solutionis”, pero reconoce que al proponer el obligado la forma de cumplimiento, ser aceptada ésta por la parte acreedora y darse principio a la ejecución convenida, no puede utilizarse una forma distinta que se ha perdido. De no seguirse la tesis del Tribunal Supremo, habiéndose renunciado por el deudor a la “facultas alternativa”, renuncia aceptada por el acreedor, en este caso el pago de la deuda con entrega de fincas, y

comenzada a ejecutar por el obligado la prestación "in obligatione", pago de la cantidad, se seguiría el absurdo de falta de identidad en el pago, artículo 1.157 del Código civil, al cumplir el deudor la prestación "in obligatione" y la "in facultate solutionis" en parte.

En la misma línea, puede señalarse la Sentencia de 6 de marzo de 1941, que contempla un supuesto que el demandado adeudaba una suma obligándose, en defecto del pago, a vender determinada dehesa (367).

Procede esta Sentencia de un recurso de casación, interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, procedente a su vez del Juzgado de Primera Instancia de Coria. La Audiencia resolvió el pleito de mayor cuantía juntamente con otro acumulado, declarando nulo el contrato por el cual el demandado declaraba adeudar la citada suma y en su defecto vender la mitad de una dehesa determinada por un precio fijado, condenando a dicho demandado al pago de la cantidad de cincuenta mil pesetas, que era la estipulada. Interpuesto recurso de casación fue estimado.

Ahora bien, en esta sentencia no se trata de una obligación facultativa, sino alternativa, así lo expresa claramente el Supremo: "notoriamente alternativa" en el segundo Considerando; "pudieran ser cumplidas alternativamente dos obligaciones..." en el cuarto Considerando. Lo que ocurre es que la alternativa con elección del deudor y la facultativa en supuestos normales tienen muchos puntos de contacto, ya que al deudor corresponde en ambos casos elegir la prestación que quiera. Por otra parte, la mayor parte de la actividad desplegada por la Sala Primera en esta resolución fue para revocar la nulidad decretada por la Audiencia. La tesis del Supremo radica en señalar que a partir de la nota adicional consignada en el documento por el cual el prestatario confesaba haber recibido una nueva cantidad como parte del precio, "comienza a dibujarse un propósito que en definitiva cristalizó por el asentimiento del causante de aquellos en el acto conciliatorio precursor del pleito, en la contestación a la demanda, en el escrito de súplica y aún en el litigio, que, a pesar de su anormalidad, afluyó a una acumulación que ahora obliga a hacerse cargo, si no de todas, de algunas de las cuestiones que en él se suscitaron por donde puede aprenderse que, sin oposición formal de los demandantes y hoy recurridos, don E. G. y luego sus causahabientes, optaron, válida y lícitamente, por cumplir una de las dos obligaciones contenidas en el contrato inicial, aceptando así un ofrecimiento que por los acreedores les había sido hecho, con tanta reiteración como claridad...".

También se ha citado por algún autor (368) la Sentencia de 2

---

(367) Referencia de Aranzadi: "Repertorio de Jurisprudencia". Año VIII 1941, núm. 305. No he encontrado la Colección Legislativa correspondiente a dicho año.

(368) Los continuadores de Dato. Nota citada más atrás. Puede verse la sentencia en la Colección Legislativa y en Aranzadi.

de marzo de 1943, de la que fue ponente don Celestino Valledor, pero en dicha Sentencia se calificó de alternativa la obligación del prestatario. En 19 de julio de 1935, dos personas otorgaron escritura pública en la que se pactó un contrato de préstamo por virtud del cual el prestatario recibió del prestamista la cantidad de cien mil pesetas en billetes del Banco de España, obligándose a devolver la misma "en buena moneda de plata o en billetes del Banco de España, en curso voluntario que no ofrecieren descuento alguno", dentro del término de tres años. Realizado el pago por consignaciones durante la dominación marxista, el prestatario pidió se aprobara la consignación, que se declaró bien hecha por el Juzgado y la Audiencia Territorial. Interpuesto por el demandado, prestamista, el recurso extraordinario por haberse dictado ambas sentencias por funcionarios extraños al Movimiento Nacional, la Audiencia revocó dichas sentencias absolviendo al demandado; formulado el recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo dio lugar al recurso. Pero, como decimos, dicha obligación fue calificada acertadamente de alternativa por el Supremo, por lo que huelga mayor comentario.

La Sentencia de 28 de diciembre de 1946, publicada en la Colección Legislativa, octubre-diciembre 1946, Madrid, 1953, páginas 752 a 775, de la que fue Ponente don Felipe Gil Casares, presenta, entre otros problemas, un supuesto de cláusula penal y marca una línea, que encontraremos más tarde en la de 23 de enero de 1957 y en la de 28 de febrero de 1961.

En una escritura notarial otorgada entre las partes litigantes, figuraba como pacto agregado sobre rescisión y en su caso indemnización que si alguna de las partes faltare a los compromisos contraídos quedaría obligada a indemnizar a la otra en la cantidad de cien mil pesetas.

La parte demandante promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Valencia, sobre resolución de contrato de promesa de venta, el Juzgado estimó en lo sustancial la demanda, que apelada fue confirmada por la Audiencia Territorial. Se interpuso recurso de casación y entre sus motivos, y en el tercero se alude a violación del artículo 1.153 del Código civil "El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado ese derecho". Se dice así en este motivo: "... la facultad de eximirse de cumplir con la obligación principal pagando la pena (obligación accesoria), no puede interpretarse deductivamente en virtud de analogías o de argumentos erróneos por parte de los Tribunales. Y esto es precisamente lo que trata de evitar el párrafo primero del artículo 1.153, cuando exige la existencia de una cláusula expresa, que formalmente así lo declare, para que pueda reconocer como eficaz y valedera en Derecho la facultación... En efecto, debe pensarse que se trata nada menos que de sustituir una obligación principal con una obligación accesoria, y que tal sustitución equivale a convertir una obligación simple en obligación facultativa, o, como dice Barassi, con facultad alternativa".

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Dice así el cuarto Considerando, que es el que afecta a este punto: “sobre la indicada base de examen que la figura jurídica contenida en el pacto agregado aparece como una reserva de la facultad de resolución a cambio de pago de una cantidad, no en el estricto concepto de pena convencional, sino en el de multa “poenitenti lisis”, o dinero de arrepentimiento, mediante cuyo abono se atribuyó a las partes la facultad de extinguir retroactivamente los efectos del contrato, poniendo en conocimiento del otro contratante la decisión adoptada; de donde se sigue que en el caso actual no se halla comprendido, como erróneamente sostiene el motivo sexto del recurso, en el supuesto previsto por el artículo 1.124 del Código civil—cuyos efectos han llegado a estimarse por algún sector de la doctrina como resultado de una condición resolutoria tácita, sino que constituye un convenio de resolución, producto de la expresa voluntad de las partes, convenio cuya licitud resulta indiscutible a virtud de lo establecido en el artículo 1.255 del citado Código; y si los contratantes se reservaron la facultad de resolución a cambio de pago de una cantidad de dinero, es obvio que al declarar la Sala sentenciadora que mediante esa entrega pueda cualquiera de las partes hacer uso de dicha facultad no quebranta el aforismo “pacta sunt servanda”, ni infringe los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del Código civil, como sostiene el motivo séptimo de los invocados”.

Es curioso, porque como ya señalamos, la cláusula penal que permite con la ejecución de la pena eximirse del cumplimiento de una obligación principal constituye una obligación facultativa y tales efectos produce, aunque el Supremo no la nombre. Sobre la distinción entre ambas figuras, ya dejamos dicho atrás al respecto.

Tiene mucha importancia la Sentencia de 23 de enero de 1957 porque la citan diversos autores (369). Se refiere a ella otra posterior sentencia del Supremo (370), e incluso fue objeto de comentario en una Revista (371). Fue Ponente de esta resolución don Celestino Valledor (372), y para su mejor comprensión es preciso señalar sus antecedentes. En 28 de junio de 1945 se otorgó una escritura entre don José Marsans Claramunt y don Emilio Ballester Roig, por la que éste reconoció haber recibido de aquél la cantidad de doscientas mil pesetas para la adquisición de sesenta y nueve chalets, situados en Madrid, que en la misma escritura el demandado recibió del actor otras veinticinco mil pesetas para completar el pago de las escrituras de compra de dichos chalets, o sea, los gastos notariales y registrales, así como los de Impuesto de Derechos Reales; que, como consecuencia, el señor Ballester reconoció deber en la firma de la escritura indicada

---

(369) Así, FRANCISCO BONET RAMÓN, “Código Civil Comentado”, Madrid 1962, págs. 853 y 854, RODRÍGUEZ ARIAS, ob. cit., pág. cit.

(370) Sentencia de 28 de febrero de 1961, que más adelante será examinada.

(371) *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1957, págs. 775 y 876.

(372) Número 49, Tomo LV, enero 1957, de la Colección Legislativa, Madrid 1958, págs. 564 a 577, inclusive.

al señor Marsans la cantidad de doscientas veinticinco mil pesetas, que se obligó a devolver el día 31 de diciembre de aquel mismo año de 1945, o antes, caso de realizarse la venta total o parcial de los referidos chalets, o a medida que fuesen formalizándose las ventas de los mismos, y que, en cualquier caso, de no poder el señor Ballester realizar la devolución del capital de las doscientas veinticinco mil pesetas, se comprometía a pagar los intereses de dicha cantidad, a razón del cuatro por ciento anual a partir del 1 de enero de 1946, y además a garantizar dicho crédito mediante hipoteca sobre fincas de su propiedad, siendo los gastos que se causaren a cargo del señor Ballester.

En la contestación de la demanda, en el hecho quinto se decía: “que en la escritura de referencia se estipuló una obligación del pago de la suma estipulada dentro de un plazo que finalizaba el 31 de diciembre de 1945, pero en el pacto cuarto se modificó sustancialmente el tercero, de tal forma que, a partir de aquel vencimiento, era factible el cumplimiento mediante otra fórmula, la de constitución de hipoteca y pago de intereses, convirtiéndose así la primitiva obligación de pago que revestía la modalidad de obligación a plazo en una obligación facultativa, desde el momento en que el deudor podía pagar y, además en caso de no poder cumplir con el pago, cumplía con la constitución del gravamen real; que el requerimiento de 6 de diciembre de 1947 sólo instaba el pago de los intereses y la constitución de la hipoteca, y polarizada en extremo opuesto la petición de la demanda se contrae al pago de capital e intereses, por lo que el requerimiento carecía de eficacia, ya que le faltaba la previa invitación al pago, y la demanda no podía prosperar porque tratándose de un obligación facultativa no podía obligarse al demandado al pago del capital, puesto que siempre estaba facultado para constituir en su lugar una hipoteca que le garantizase, ni podría tampoco condenársele a la constitución de esa hipoteca a que se obligó, siempre que previamente se le exhibiesen los poderes que se pudieran estimar bastantes... Por la parte demandada se solicitó la acumulación de otro procedimiento contra el actor sobre una supuesta sociedad civil y otros extremos; el Jgado condenó al señor Ballester y la Audiencia, en el recurso de apelación, confirmó en lo sustancial el fallo de primera instancia.

Al interponerse el recurso de casación, en el segundo motivo se alegó sobre el pacto cuarto: “Tal pacto establece una *obligación facultativa*, que no es alternativa, en cuanto el deudor siempre está obligado al pago o devolución de la suma mutuada, pero está facultado para cumplir creando la hipoteca sobre sus fincas, como se deduce del inicio del pacto cuarto... Desde el momento que hay esta facultad, no puede haber sentencia que, sin infringir los preceptos indicados, condene al pago o devolución de la cantidad mutuada, ya que esta clase de obligaciones facultativas las reconoce el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de junio de 1910...”.

El Tribunal de Casación declaró no haber lugar al recurso. En el cuarto Considerando declara “que en el segundo motivo se denuncia también interpretación errónea referida a la cláusula cuarta de la

escritura de reconocimiento de deuda, de la que a juicio del recurrente, surge a su favor la obligación facultativa de sustituir la devolución del capital prestado con la constitución de hipoteca que garantice el crédito y con el señalamiento de un interés del capital prestado a partir de 1 de enero de 1946 para el caso de que en esta última fecha el deudor no hubiera podido pagar el débito, y como lo que en este pleito se pide, y la Audiencia concede, es la condena al pago de la cantidad prestada, se le priva de la aludida facultad de sustitución que se le concedió por la cláusula cuarta, pero a este planteamiento del motivo segundo hay que oponer para desestimarlos:

Primero: Que lo que notoriamente establece la cláusula cuarta, en relación con la tercera, es un aplazamiento indefinido de la devolución del capital, si no pudiera ser realizado antes del 31 de diciembre de 1945, mediante la transformación del préstamo originariamente sin interés en préstamo con intereses y garantía hipotecaria, pero no la sustitución de la obligación principal de devolver lo prestado por el establecimiento de la obligación secundaria y accesorio, puesto que, no obstante el cumplimiento de lo accesorio, subsiste conjuntamente la obligación principal.

Segundo: Porque se desfigura en este motivo el concepto de la obligación facultativa, tal como lo entiende la doctrina científica, que le asigna como contenido un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, mientras que en caso ahora debatido la devolución del capital prestado, que es el objeto de la obligación principal, permanece único e inalterable, no sustituible por la prestación de hipoteca e intereses que no actúa propiamente como objeto distinto, sino complemento o elemento accesorio y conjunto de la obligación principal.

Tercero: Porque, en definitiva, lo que sin duda se aprecia es la voluntad rebelde del deudor a cumplir el compromiso contraído, primero negándose a la prestación de garantía e intereses, y ahora, en el pleito, a devolver el capital, escudándose en la facultad de sustituir esta obligación por aquélla, y tal posición, contradictoria, injustificada y equívoca, no puede contar con el amparo de los Tribunales".

Independientemente de lo postura del deudor de no querer cumplir su obligación a que el Considerando aludió, no se contempla una obligación facultativa sino una accesorio en el supuesto de falta de pago en determinado plazo.

Prescindiendo de alguna sentencia, que sólo indirecta y remotamente puede referirse al tema (373), se ocupa de las obligaciones

---

(373) La de 11 de mayo de 1951, Tomo LXXIX, mayo de 1951, Madrid 1963, núm. 303, págs. 205 a 215. Fue Ponente don Pablo Murga; interesa al solo efecto de determinar qué debe entenderse por alternativa. La cláusula en cuestión decía literalmente: "Que para el caso de incumplimiento de lo pactado por el señor Abad o el nuevo propietario, quedaban obligados a indemnizar al señor Fernández con la cantidad de cien mil pesetas por daños y perjuicios". En el Considerando 3.º se dice: "... excluyendo la calificación de alternativa a la obligación contraída, al no tratarse del cumplimiento de una dualidad en objetos que de su texto resulta, por el contrario,

facultativas la de 28 de febrero de 1961 (374), de la que fue Ponente don Francisco Bonet Ramón. Dice así un Considerando: “Que la doctrina científica distingue cuidadosamente de la obligación alternativa, la obligación con facultad alternativa (“facultas alternativa”), facultad de solución, derecho de apartar, no debiéndose en este género de obligaciones una u otra prestación, sino sencillamente sólo una, pero teniendo el deudor derecho a liberarse mediante otra prestación, o sea, el derecho a hacer una prestación a título de cumplimiento, sin necesidad del asentimiento del acreedor, y aunque nuestro Código civil no las regula, oponiéndose en principio a ellas en el artículo 1.166, deja el cauce abierto a su existencia mediante el pacto modificativo de esta regla, o en el caso que las establezca una disposición legal especial, y expresa, como puede calificarse el precepto contenido en el artículo 1.153, habiéndoles dado definitiva carta de naturaleza la jurisprudencia de esta Sala, que ha declarado en su Sentencia de 23 de enero de 1957, que la obligación facultativa tal como la entiende la doctrina científica, tiene como contenido un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto”.

Y otro Considerando: “Que en el caso de autos, determinado en la cláusula 31 del documento suscrito por los litigantes el 30 de junio de 1951, que el hoy recurrente se constituye en fiador solidario del arrendatario hoy codemandado, y en la 14 que la falta de pago de la renta de dos cuatrimestres por éste, dará derecho al fiador para subrogarse en los derechos del arrendatario, hay que concluir la existencia de una obligación facultativa a favor del recurrente, cuya prestación está determinada por la fianza, atribuyéndosele como deudor un “ius variandi” consistente en la subrogación de los derechos del arrendamiento, que comporta como es natural el cumplimiento de las obligaciones anexas, como el previo pago de las rentas en descuberto” (375).

Es esta indudablemente la resolución del Supremo más importante en relación con las obligaciones facultativas. Hace su construcción, partiendo del silencio legal, con frases que recuerdan a Enneccerus y otros germanistas, determina sus efectos y aplica dicha doctrina al caso de autos. Tal resolución no merece sino elogios, lástima que en otras ocasiones que el Tribunal hubiera podido aludir a esta figura más o menos directamente lo haya silenciado.

Las posteriores a esta última carecen de mayor interés, a pesar de ello las citaremos por la mayor o menor analogía con la figura de

---

que existía una obligación principal—la entrega del local—y otra defectiva, secundaria, que es la indemnización a satisfacer la que viene a compensar, en parte, los daños y perjuicios causados por el incumplimiento”.

(374) Número 142 del Tomo 96, febrero de 1961, Colección Legislativa, páginas 681 a 691. Por cierto que en el 2.º Considerando, por errata de imprenta, se dice “consiste” en lugar de “consistente”. Y además de la citada existe alguna más, “titulado” por “títulos”. Creemos que debiera cuidarse más la publicación de la jurisprudencia.

(375) También la cita la obra “Código Civil Comentado”, pág. 854. Y RODRIGUEZ ARIAS, ob. cit., pág. cit.

la "facultas alternativa". Así, la de 31 de octubre de 1962 (376), de la que fue Ponente don Francisco Rodríguez Valcárcel, hacía referencia a un préstamo garantizado con hipoteca, en que la cantidad prestada debiera devolverse en plata o en oro y de no verificarlo en cualquiera de estos dos metales amonedados y venir obligado el acreedor a percibir el reintegro en papel moneda "sería abonable el descuento que en el día del pago sufra en esta plaza de Gerona".

Tanto la Sentencia del Juzgado como la de la Audiencia Territorial, confirmatoria, condenaron al pago de la cantidad en su equivalente en billetes del Banco de España de curso forzoso o legal al tipo de cotización que tenía en la plaza de Gerona o del que sirva de módulo en territorio nacional el día 4 de marzo de 1940, abonando la diferencia entre el papel moneda—diferencia de valor—y la especie monetaria oro o plata que elijan los demandados, así como los intereses de dicho capital.

El segundo Considerando declara que dicho contrato "encierra una cabal obligación alternativa en beneficio del deudor facultado, por lo tanto, para elegir en su exclusivo beneficio uno y otro de los indicados valores para liberarse frente al acreedor". Recuérdese lo que dejamos dicho sobre este punto al tratar de los supuestos legales de obligaciones facultativas (377); ahora bien, mientras el objeto "in obligatione" no perece o no reclame el acreedor y cumpla el deudor, los efectos de la alternativa son idénticos a la facultativa. De ahí esas expresiones que pueden parecer equívocas "facultado", "elegir", porque se dan en ambos supuestos.

Otra Sentencia, que nombra la facultativa, es la de 29 de abril de 1965 (378), de la que fue Ponente don Federico Rodríguez Solano y Espín. Los demandados debían entregar a la entidad actora una cantidad mensual de fuel-oil y en el supuesto que no se le abonase, en concepto de indemnización y por cada mes la suma de 15.000 pesetas. El Juzgado de Guernica estimó en parte la demanda y la Audiencia Territorial de Burgos confirmó la sentencia en el recurso de apelación.

En el segundo motivo de casación planteó el recurrente el problema "relativo a considerar si la obligación que aparece concretada en la segunda parte del citado pacto integra una obligación con cláusula penal—tesis del recurrente—o por el contrario una obligación alternativa—tesis del Juzgado—o en su caso una obligación facultativa como entiende, aunque siempre con la timidez que caracteriza su sen-

---

(376) Colección legislativa, Tomo 112, octubre de 1962, número 767, páginas 797 a 801 inclusive. Erratas en tercer Considerando, dice: "tiene su correlativo", debiendo decir "correctivo". En el cuarto, "repelas", por "repulsa". Llamamos la atención sobre estos defectos, que en una publicación oficial debieran evitarse.

(377) Ver a este respecto a LUIS DIEZ PICAZO, "Estudios sobre Jurisprudencia civil", Vol. 1.º, Editorial Tecnos, 1967, donde se estudia sistemáticamente la doctrina del Supremo sobre la cláusula de estabilización, el pago en oro y plata o en moneda extranjera.

(378) Colección Legislativa de España. Jurisprudencia civil, abril 1965, Madrid 1970, págs. 723 y sigts.

tencia la Sala de lo Civil de la Audiencia; que el Juzgado de Primera Instancia entendió que se estaba ante el supuesto de una obligación alternativa, es decir, del tipo de obligación que el deudor queda limitado a una solamente de las dos prestaciones previstas, y se extingue por la ejecución de cualquiera de ellas, que la Audiencia, inexplicablemente, sostiene que estaba ante el supuesto de obligación facultativa, que en el fondo es lo mismo que la alternativa, pero correspondiente la elección al deudor o incluso permitiéndole entregar un objeto distinto de aquel inicialmente establecido; que su tesis es que ese pacto sólo integra una obligación principal, con cláusula penal, cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de la obligación principal; que una discrepancia de esta naturaleza sólo puede plantearse en casación por la vía del número 1.º... si la tesis de la obligación alternativa resulta poco convincente, lo que en ningún caso puede ser admitido es que se esté ante una obligación facultativa, habida cuenta para ello que ninguna posibilidad se ofrece al deudor de alterar su primitiva y única prestación". El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso planteado. Dicen así, respectivamente, sus Considerandos segundo y tercero: "que la finalidad de la "stipulatio poenae", regulada en los arts. 1.152 a 1.155 del Código civil, no se limita exclusivamente a fortalecer, garantizar o asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como pudiera desprenderse de los términos en que fue redactada la Ley cuarenta del Título XI de la Partida V, puesto que para ello cuenta nuestro Ordenamiento positivo con otras figuras jurídicas, tales como las consignadas en los arts. 1.822, 1.857, 1.881 y concordantes del mismo Cuerpo legal, ni a sustituir aquélla, según parece destacar el párrafo primero del 1.152 de dicho Código, por una simple indemnización de daños y abono de intereses predeterminados cuantitativamente, en el contrato, porque para llegar a ese resultado, al menos en su parte esencial, bastaría con acudir a las prevenciones contenidas, entre otros, en los artículos 1.101 y siguientes, y párrafo segundo del 1.125 de la Ley Civil sustantiva, sino que su verdadero objeto está constituido por un conjunto de funciones armónicamente coordinadas, entre las que, además de las anteriormente expresadas, ocupa un lugar preeminente, como su propio nombre indica, y salvo el pacto en contrario que prevé la primera parte del 1.153, y la estrictamente punitiva, reflejada, bien mediante una posible agravación del resarcimiento (Sentencia de 8 de enero de 1945) o por la necesidad de que la inexecución de lo convenido sea imputable al deudor (Sentencias de 27 de mayo de 1894 y 5 de noviembre de 1956), puesto que, de quedar siempre al arbitrio de éste la elección de la prestación a cumplir, se estaría en presencia de una "disyuntiva stipulatio" o del supuesto regulado en los artículos 1.131 y posteriores del mismo texto legal, de lo que se infiere que todos esos móviles, caracteres o requisitos deben entenderse por lo general subsumidos dentro de la cláusula penal, sin que pueda excluirse ninguno de ellos a no ser que el propio pacto o el conjunto de elementos probatorios aportados al proceso lo indiquen de forma clara y explícita y terminante".

“Considerando que sentado lo anterior, el pacto contenido en el párrafo segundo de la estipulación tercera, letra A) del documento privado de 3 de noviembre de 1956 no puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 1.152 del Código civil, porque ni los contratantes emitieron al efecto la oportuna declaración de voluntad ni sus términos literales concuerdan por completo con los caracteres y requisitos anteriormente expuestos, al conferir al deudor unas facultades superiores a las que el precepto señala, ni tal pacto constituye una obligación autónoma o independiente que pueda desligarse de cualquier otro vínculo subsistente entre quienes suscribieron, por integrar tan sólo una de las varias contraprestaciones convenidas, como dice la Sentencia que se impugna “en un complejo negocio jurídico de transmisiones verificado entre las partes” morfológicamente representadas en dicho documento y en otras dos escrituras públicas de igual fecha, con las que aquél forma un conjunto armónico y unitario, por lo que los Tribunales no pueden adoptar medidas aisladas acerca de su exigibilidad o anulación sin exponerse a provocar un enriquecimiento injusto a favor de alguno de los litigantes, cosa que prohíbe la jurisprudencia de esta Sala, proclamada entre otras, en sus Sentencias de 1 de mayo y 30 de junio de 1950, ni, en último término, porque, aun cuando hipotéticamente se suscitase alguna duda acerca del significado y alcance de tan repetido pacto, la misma habría de resolverse al contrario de lo pretendido en el sentido del recurrente, dado el criterio restrictivo con que deben interpretarse las cláusulas penales (Sentencia de 5 de noviembre de 1964), por lo que, al haberlo entendido así el Tribunal “a quo” no violó el artículo 1.155, ni aplicó indebidamente el 1.131, ambos del Código civil, decayendo en su consecuencia el segundo motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sobre todo si se tiene presente que el primero de los preceptos sustantivos indicados constituye el complemento del 1.152, cuya infracción no se alega, y que el 1.131 no regula las obligaciones facultativas en que la resolución de la Audiencia se funda”.

Con relación a la cláusula penal, debe tenerse en cuenta lo dicho con anterioridad y en relación a las últimas líneas del considerando tercero, que nombra las facultativas, hay que señalar que no aparece regulado ni el artículo 1.131, ni otro del Código civil, y el recurrente, por ello, debió citar no ley sino doctrina legal, esto es, dos sentencias que regulen tales obligaciones. En realidad la Audiencia razonaba sobre el supuesto solamente. Por último, la Sentencia de 21 de febrero de 1961, de la que fue Ponente don Manuel Taboada Roca (379), también contempla un supuesto de cláusula penal, y casó la Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de febrero de 1968.

También esta resolución nombra la obligación facultativa. Entre sus numerosos Considerandos, vamos a reproducir aquí los números

---

(379) Colección Legislativa de España. Primera serie. Jurisprudencia civil, enero-febrero 1969, núm. 117, Madrid 1970, págs. 863 y 877.

12, 13, 14, 15 y 16, que son los que se refieren al punto que aquí interesa.

“Considerando que en el quinto motivo, y por adecuada vía procesal, se trae a casación un sugestivo tema que consiste en determinar cuál sea el alcance de la estipulación tercera del contrato celebrado entre los señores Marraco Teresa y el señor Briceño, y cuál es la finalidad que se ha atribuido a la cláusula penal en ella establecida, para lo cual es preciso, en primer lugar, atender a los términos en que viene concebida, ya que si éstos son claros y no dejan duda sobre cuál sea la intención de los contratantes, al sentido de ellos se ha de estar, como dispone el párrafo primero del artículo 1.281”.

“Considerando que de los términos de dicha estipulación aparece que se ha convenido lo siguiente: a) que en el caso de que el señor Briceño vendiese, cediese, traspasase o estableciese una servidumbre o derecho real sobre la finca litigiosa, “la persona o entidad que lo adquiriera, deberá subrogarse en todos los derechos y obligaciones derivadas del presente contrato”, b) que “en el caso que no se verificase así —de que no se verificase esta subrogación—, o en el que se incumpliera el contrato —sin especificación de las causas que pudieran producirlo— se opta por establecer en favor de los señores Marraco, como cláusula penal, la obligación del señor Briceño de satisfacerle la cantidad de 325.000 pesetas”, y c) que en esta cantidad “ambas partes contratantes estiman de mutuo acuerdo los daños y perjuicios que irroque el incumplimiento de lo pactado”, sin determinarse tampoco las causas a que tal incumplimiento ha de obedecer”.

“Considerando que aunque la cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o al cumplirla contravenga su tenor, en sentido estricto sólo merece este nombre —según la doctrina científica—, cuando se estipula que el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena —pena acumulativa, dejando de merecer aquel nombre tanto en el supuesto de que, por pacto expreso se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena —en cuyo caso existe más bien una obligación facultativa con cláusula de sustitución, y surge la pena de arrepentimiento o multa penitenciaria—, como en el supuesto de que se le asigne una función liquidatoria o de cubrimiento del riesgo, en el que, en realidad, viene a constituir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para tal fijación”.

“Considerando que nuestro ordenamiento jurídico admite esa triple finalidad de la cláusula penal, asignándole una “función liquidatoria”, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios en el artículo 1.152, párrafo primero, del Código civil, una misión liberatoria”, en el párrafo primero del artículo 1.153 y Sentencias de 28 de diciembre de 1946, 25 de enero de 1957 y 28 de febrero de 1961 —multa

penitenciaria—, y una “función verdaderamente penal”, en el párrafo segundo de este último artículo —pena acumulativa—, pero aun reconociendo que puede desempeñar cualquiera de esas distintas finalidades, según cuál sea la que se haya convenido; sin embargo, establece como presunción general la sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, pues dispone en el citado artículo 1.152 que ello ocurrirá si no se ha pactado otra cosa, exigiendo, en cambio, en el artículo 1.153 que para que el deudor pueda eximirse del cumplimiento de la obligación, es necesario que “expresamente se le hubiere reservado ese derecho”, y también para que el acreedor pueda “exigir conjuntamente” el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, que esta facultad le haya sido expresamente otorgada”.

“Considerando que en el caso de autos, la cláusula discutida faculta al deudor para eximirse del cumplimiento de la obligación principal pactada, pagando la pena que se estipuló, y, en cambio, no otorga al acreedor, de manera expresa, la facultad de pedir el cumplimiento de dicha obligación principal y, además, la satisfacción de la pena, pues ésta viene señalada como determinación anticipada del importe de los daños, y pactado así la sentencia recurrida, comete las infracciones que se denuncian en el motivo quinto del recurso...”.

Esta sentencia, importantísima porque recoge la totalidad de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula penal, presenta sus analogías y diferencias de esta figura con otras, entre ellas la obligación facultativa.

Finalmente, digamos que entre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no es frecuente que se refieran a obligaciones, pero hemos encontrado una de 13 de mayo de 1963 en que se nombra y alude a la obligación facultativa (380). El recurso gubernativo interpuesto por el Notario contra la calificación del Registrador, aceptado por el Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial, fue revocado por la Dirección, declarando no inscribibles los pactos de la escritura en cuestión. La tesis de esta resolución viene a ser: que carece de trascendencia real la relación jurídica establecida según la cual el plazo de un año para hacer efectiva la cantidad prestada, se entenderá prorrogado hasta que el acreedor requiera notarialmente, en cuyo caso deberá concederse otro plazo mínimo que se determina, transcurridos éstos se entenderán adjudicadas en pago las fincas inscritas, debiéndose otorgar carta de pago para la suma total adeudada. La negativa a la inscripción se apoya en el artículo 18 del Reglamento Hipotecario, y dice así la citada resolución: “en el presente caso, más bien se pone de relieve la existencia de un tipo de obligación facultativa —“una res in obligatione et altera in facultate solutionis”— en la que el deudor puede extinguir la obligación devolviendo la cantidad adeudada o adjudicando en pago determinadas fincas”.

---

(380) Publicada el 31 en la Gaceta. Aparece citada en la Jurisprudencia de Dato, en Aranzadi, también en la obra de RAMÓN ROCA SASTRE y J. DE MOLINA JUYOL, “Jurisprudencia Registral”, Tomo VII, años 1930 a 1939, Barcelona 1953, págs. 812 a 817.

En resumen, se puede predecir que el reconocimiento de esta especie de vínculo obligatorio por la doctrina legal del Tribunal Supremo y el desarrollo de la vida económica y el progreso, hacen cobrar interés en el tema de las obligaciones facultativas, pese al silencio legal sobre las mismas.