

LA FACULTAD DE ELECCIÓN EN LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS. NOCIONES BÁSICAS Y ATRIBUCIÓN SUBJETIVA

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

I. NOCIONES BÁSICAS

1. Para que tenga lugar el cumplimiento de una obligación alternativa ha de proceder la concentración de la misma, precisamente en aquella de sus prestaciones que va a ser objeto de realización; pues bien, no existe duda alguna de que el más ordinario, natural e importante medio de concentración es la actuación del *ius electionis* por aquel de los sujetos al que corresponda. Cuál sea la *substantia iuris* del mismo no es algo exento de discusión y duda.

Se trata, en principio, del reconocimiento y admisión, como no podía ser de otra manera en la recta conformación de las cosas, de que la voluntad de los sujetos debe ser básica a la hora de señalar cuál de entre las varias prestaciones alternativamente debidas va a tener verificación, porque la inclusión de semejante modalidad a ellos se debe y porque lo normal es que el interés del negocio no se subordine, en algo tan importante como la precisión de aquello que se ejecute, a eventos ajenos al juego del querer de los partícipes. La relativa indeterminación que la disyuntividad encierra y la mayor complejidad, indefinición y oscurecimiento de la misma sólo pueden tener cumplida explicación, ordinariamente, a través de la previsión de que un acto de voluntad posterior pondrá fin a semejante estado de cosas.

Parece, pues, que tal posibilidad de actuación de los sujetos de la relación obligatoria entraña la existencia a su favor de un poder jurídico. ¿Constituye un genuino derecho subjetivo? Aun-

que no sea éste el lugar adecuado para adentrarse en el difícil y debatido tema del concepto del derecho subjetivo, en una simple apreciación de las cosas parece que si la obligación se conforma como el juego derecho-deber no tendría mucho sentido configurar el que sin mayor rigor denominamos derecho de elección o derecho a elegir como propio derecho subjetivo, aunque sólo sea por la simple consideración de que correspondiendo al acreedor no haría falta tal caracterización en cuanto el mismo ya ostenta la superior titularidad del derecho de crédito, y viniendo atribuido al deudor no dejaría de ser un tanto paradójico que asumiendo la condición de sujeto pasivo de la relación ostentase nada menos que todo un derecho subjetivo, el cual, como es obvio, no cabría ejercitarlo más que frente al acreedor.

2. Con las matizaciones y advertencias que hemos formulado en otra obra¹, quizá podría verse en el *ius eligendi* una simple facultad jurídica que permitiría a quien la disfrute provocar la concentración objetiva de la obligación, aunque esta construcción siempre tropezará con el obstáculo de que si se considera que las facultades forman parte del contenido de los derechos subjetivos, no es empresa fácil determinar de qué derecho *in concreto* se trata en nuestra hipótesis, máxime cuando la elección corresponda efectuarla, como es la regla, al deudor. Siempre sobrevolará sobre una caracterización semejante la sombra de la duda, en cuanto las facultades no son poderes autónomos, sino tan sólo los variados aspectos del contenido de un derecho subjetivo².

Que al ejercitar la elección el sujeto opte, como resulta evidente, por una u otra de las varias prestaciones contempladas, no significa, contra el parecer de Hernández-Gil³, que estemos ante un derecho de opción. Este derecho puede tener naturaleza jurídica real, configurándose como uno de los derechos reales de adquisición preferente, según reconoce sin mayor problema la doctrina⁴, la norma jurídica (artículo 14 del Reglamento hipotecario) y las resoluciones de la Dirección General de los Registros (Res. de 27 de marzo de 1947), por lo que no se alcanza a ver cómo una titularidad de este tipo podría tener campo de maniobra en el ámbito que nos ocupa. Pero es que aunque se configure como

¹ CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pp. 176 y ss.

² RUBINO, «Delle obbligazioni», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1957, p. 57.

³ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, p. 145.

⁴ ROCA-SASTRE, «Contrato de opción», en *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid, 1948, pp. 350 y ss.; MENGUAL, «La opción como derecho y como contrato», en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1935, pp. 131 y ss.; MEZQUITA DEL CACHO, «El pacto de opción y el derecho que origina», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Madrid, 1928, pp. 171 y ss.; TORRES LANA, *Contrato y derecho opción*, Madrid, 1982, pp. 2 y ss., etc.

derecho personal de opción tampoco se adivina cuál puede ser su juego, porque su cometido no pasa de ser el de simple fijación o determinación de aquella de las prestaciones que va a ser cumplida, sin que presente ninguna de las notas u objetivos del verdadero derecho de opción. Sería lo mismo que si en el ámbito sucesorio *mortis causa* se caracterizara el *ius delationis* como derecho de opción en base a que su ejercicio determina la aceptación o repudiación de la herencia. Una cosa es que la actuación de un determinado derecho dé lugar a situaciones de opción, escogencia o diferenciación, y otra que el mismo deba configurarse por ello como derecho de opción estricto.

3. Mayor difusión tiene la idea de que en el *ius eligendi* estamos ante uno de los derechos llamados potestativos, de formación o de configuración jurídica, en cuanto su actuación dé lugar a que una obligación con varias prestaciones se delimite como obligación con prestación única, algo que, en principio, parece constituir o al menos hallarse cerca de una modificación jurídicamente trascendente, ya que, mediante él, como dice la sentencia de 27 de junio de 1916, «se produce la concentración, por lo que la obligación alternativa se convierte en obligación simple».

Así, para Enneccerus el derecho de elección es un derecho de formación por cuyo través tiene lugar la determinación de cuál de las prestaciones debidas alternativamente ha de producir el cumplimiento de las obligaciones⁵. Según Díez-Picazo, se trata de una facultad que pertenece al amplio grupo de los llamados derechos potestativos o facultades de configuración jurídica⁶. Y en el sentir de Hernández Gil, estamos ante un derecho potestativo o de formación, en cuanto provoca por sí una modificación jurídica⁷.

Parece que hay exageración en semejante caracterización del *ius electionis*, en cuanto no se alcanza a vislumbrar qué clase de modificación jurídicamente relevante se ha producido cuando el mismo es ejercitado. Que de las varias prestaciones en liza una tan sola sea la escogida es algo que, sin duda, delimita o define la relación obligatoria de cara a su cumplimiento, pero no se advierte cómo cabe configurar tal acontecer como materialización de un genuino derecho potestativo, si por tal se entiende aquella facultad que permite operar la adquisición, cambio o extinción de una relación jurídica, sin constricción para otro sujeto. En consecuencia, tiene razón Rubino cuando señala que la elección no es un derecho potestativo, en cuanto su efecto inmediato consiste no

⁵ ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1954, pp. 104-105.

⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 503.

⁷ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 145.

en producir una modificación de orden jurídico en la preexistente relación, sino tan sólo en determinar un elemento de hecho, es decir, la prestación debida⁸.

Esto es lo exacto. Al considerar que el mero señalamiento de una de las diversas prestaciones debidas como objeto a cumplir constituye una configuración o modificación jurídica, una de dos, o se tiene una idea demasiado amplia y ayuna de rigor dogmático de lo que ha de entenderse por modificación jurídica, o no hay forma de insertar en ésta aquella situación. Nada nace, nada cambia, nada se extingue cuando el acreedor o el deudor pone fin a la situación de indefinición en torno al cumplimiento en el supuesto de prestaciones disyuntivamente debidas, sino que tan sólo tiene lugar una reordenación de los elementos fácticos en juego mediante la concreción de qué prestación va a ser realizada. Ver en ello al ejercicio de un derecho potestativo supone trascender de la escueta sustancia de esta imprecisa categoría de derecho subjetivo, en cuanto el mismo supone que su titular puede querer con efectos respecto a la esfera jurídica del sujeto pasivo, el cual no puede y no debe hacer nada y solamente se somete a las consecuencias de la declaración de voluntad⁹.

4. Sobre la base de una idea poco clara y menos desarrollada de Barassi, en el sentido de cuando la elección corresponde al deudor la misma constituye un derecho pero al mismo tiempo un débito ínsito en su deber de prestación¹⁰, Rubino ha elaborado la sugestiva teoría de considerar la elección como un poder-deber. La elección es un poder al suponer la posibilidad unilateral de determinar una u otra de las prestaciones debidas alternativamente, pero a la vez es un medio necesario para completar los presupuestos del cumplimiento de la obligación, y, por tanto, un deber. No se trata de un verdadero y propio derecho subjetivo, o, al menos, no está atribuido en el exclusivo interés del sujeto llamado a ejercitarlo, sino de un poder que se complementa con la idea del deber, tanto cuando la elección corresponde al deudor, como cuando la misma está asignada al acreedor, en cuyo caso dicho deber se desenvuelve como una manifestación singular del deber general que atañe a todo acreedor de poner al deudor en situación de liberarse de su obligación¹¹.

También entre nosotros Díez-Picazo ha considerado que cuando la elección corresponde al deudor, no sólo constituye una facultad, sino que además forma parte de su deber de prestación, en el sentido de que si bien aquél puede pretender excluir la elec-

⁸ RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., p. 58.

⁹ SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, Madrid, 1964, p. 71.

¹⁰ BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1948, p. 260.

¹¹ RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., p. 57.

ción de otras personas y en particular del acreedor, no es libre, en cambio, de decidir entre ejercitar la elección o no, en cuanto dicho ejercicio es parte de su deber jurídico de prestación¹²; tesis que para el caso del deudor-electo le parece a Rams Albesa plenamente convincente¹³.

Mientras que en el campo del Derecho público la especie del poder-deber opera con relativa fluidez, en cuanto determinadas potestades son al mismo tiempo deberes cívicos (*ad exemplum*, el derecho-deber de sufragio, al menos en algunos ordenamientos) y otro tanto ocurre en el ámbito del Derecho de familia (patria potestad), en la estricta esfera del Derecho de obligaciones la situación se presenta mucho menos clara, sin perjuicio de que, como se admite sin mayores problemas, la condición de acreedor vaya acompañada de facultades complementarias y de cargas¹⁴, y la de deudor de deberes accesorios y facultades específicas¹⁵.

Sin duda que, corresponda al acreedor o al deudor, la elección supone un poder jurídico, en razón de que atribuye a su titular la potestad de seleccionar una u otra de las prestaciones debidas sin contar con el otro sujeto. Sin duda también que tanto el acreedor como el deudor están sujetos a realizar todo aquello que haga posible el cumplimiento de la obligación y, en concreto, respecto a la alternativa, la selección prestacional pertinente. Y sin duda, en fin, que entre los deberes (*rectius*, cargas) que incumben al acreedor está el de facilitar la liberación del deudor y el de colaborar en lo que sea preciso para que el mismo pueda realizar la prestación. Pero este juego de situaciones jurídicas, este haz de derechos y deberes, ¿pueden ponerse en recíproca relación y dependencia hasta el punto de estimar que en toda obligación alternativa uno de sus sujetos ostenta el derecho-deber de elección?

Parece un tanto exagerado y forzado, porque, obsérvese bien, se intenta poner en conexión lo que es un poder singularizado y exclusivo de la variedad obligatoria de las alternativas con una serie de deberes que nada tienen de específicos respecto a esta modalidad, en cuanto existen en toda relación obligatoria. El poder de elegir del acreedor entre las prestaciones disyuntivamente previstas no tiene nada que ver con el deber genérico que incumbe al acreedor de facilitar la liberación del deudor o el de éste de hacer lo que sea pertinente para que tenga lugar el cumplimiento de la prestación, algo esto último que es mera consecuencia o emanación natural del deber de prestación que caracteriza la situación jurídica de todo deudor.

¹² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pp. 503-504.

¹³ RAMS-ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, p. 290.

¹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pp. 72 y ss.

¹⁵ CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

En realidad, se estarían conjugando categorías jurídicas distintas y se pondrían a jugar en un mismo plano poderes específicos con deberes generales, configurándose un híbrido e inarmónico derecho-deber, formado a un tiempo por el singularísimo poder que en la obligación alternativa concierne al acreedor o al deudor para determinar con qué prestación concreta se va a realizar el vínculo y una serie de deberes generales, abstractos y constantes, ora atinentes al acreedor, ora relativos al deudor, que en toda obligación existen como exigencia inexcusable para propiciar su cumplimiento.

No parece, pues, que en relación al *ius electionis* la idea del derecho-poder sea la más conveniente, porque en Derecho, como en cualquier otro orden lógico, no cabe colocar en plano de igualdad lo que se encuentra a niveles diferentes, ni es posible armonizar lo genérico con lo concreto, ni tiene sentido elaborar categorías jurídicas que por obra y gracia de los elementos que las componen no podrán funcionar con pleno encaje y sin chirridos. Un derecho-deber como el que pretende *in genere* Rubino o como el que contempla más restrictivamente Díez-Picazo, en cuanto pretende conjugar lo inconjugable, no sirve como formulación dogmática adecuada y plantea muchos más problemas que los que resuelve.

5. En hipótesis, cabría también la posibilidad de considerar que cuando la elección corresponde al deudor la misma se configura como un deber accesorio del básico deber de prestación y cuando esté atribuida al acreedor constituiría una carga del mismo, entendida ésta como la conducta que opera en función de presupuesto necesario para el ejercicio de una facultad por parte de dicho acreedor o como «imperativo del propio interés para evitar un perjuicio», en la caracterización clásica de Goldschmidt y Esser. Aun dejando aparte la circunstancia, dogmáticamente inadmisibles, de que una misma situación jurídica se califique conceptualmente de una u otra manera según se contemple en relación al acreedor o al deudor, lo cierto es que si resulta difícil ver el *ius electionis* como un deber más en el marco de los débitos que incumben al deudor, todavía lo es más considerar que el mismo pueda constituir una carga que incumba al acreedor, habida cuenta la caracterización de esta categoría jurídica; por lo que parece razonable la afirmación de Cabanillas Sánchez de que «la facultad de elección en la obligación alternativa concedida al acreedor, tiene poco que ver con la carga»¹⁶, aunque, a continuación, incurra en la, en nuestra opinión, equivocada tesis de ver en aquella facultad un supuesto de las denominadas facultades de configuración jurídica.

¹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor...*, op. cit., p. 62.

6. Quizá, por tanto, no tenga mucho sentido intentar encajar la elección en alguna de las concepciones que se han bosquejado y menos elaborar en torno a ella la siempre discutible, confusa e imprecisa noción del poder-deber, cuando lo que ocurre es que la escogencia a practicar es tan sólo algo que emana con carácter necesario de la propia formulación institucional de la obligación alternativa. Si lo configurador de ésta es la existencia de varias prestaciones disyuntivamente adeudadas, es obvio que, por exigencia natural, habrá de procederse a señalar cuál de ellas va a ser objeto de realización, porque ello emana necesariamente del concepto mismo de la variedad obligatoria que se considera; y, en consecuencia, no tiene mayor sentido adentrarse en la conformación dogmática de algo que se nos presenta como un mecanismo natural y obligado de la relación alternativa.

Cierto que en el denominado *ius electionis* cabe vislumbrar la idea de poder jurídico, en cuanto faculta a su titular para actuar de una u otra manera y en cuanto dicho actuar tiene repercusiones jurídicas, pero ese aspecto, en nuestra opinión, se desdibuja sensiblemente si se tiene en cuenta que el poder en cuestión carece totalmente de autonomía, no tiene caracterización propia y no posee perfiles definidos, en razón de que su sustancia y función no son otras que las de preparar a la obligación alternativa para ser ejecutada mediante el señalamiento de una de las prestaciones presentes en la misma. Que ello sea un derecho, un deber o un poder-deber, quizá suponga exagerar los términos, ya que su actuación queda un tanto lejos de la justificación y cometido normal de los mismos, en base a que aquí no se pasa de la simple reordenación de los elementos presentes en la obligación, de un reacomodo fáctico, de preparar materialmente la relación obligatoria para que se efectúe su ejecución, en suma, como sutilmente advierte Rubino, de un medio preciso a fin de «contemplar los presupuestos necesarios para el cumplimiento de la obligación»¹⁷.

II. ATRIBUCIÓN SUBJETIVA

1. Que la elección de la prestación a realizar corresponda a uno u otro de los sujetos presentes en el vínculo obligatorio es algo tan propio y natural como que semejante asignación pertenezca al ámbito dispositivo de la autonomía contractual de las partes, las cuales pueden orientar el *ius eligendi* en la dirección que les parezca, como pueden convenir, asimismo, que su ejercicio será objeto del común acuerdo o se realizará de una u otra forma o con sujeción a determinadas modalidades, precisiones o

¹⁷ RUBINO, *Delle obbligazioni, op. cit.*, p. 57.

condicionantes. Nada nuevo ni extraño en un campo signado por la nota de la irrestricta soberanía dispositiva de los sujetos intervinientes.

¿Podrá encomendarse la elección a un tercero? Es obvio que las partes contratantes en base al principio de la autonomía de la voluntad pueden encomendar a un extraño la designación de cuál será el concreto objeto de los contemplados que habrá de realizarse, de la misma manera que compete al testador el poder de hacer similar encomienda para discernir entre los diversos bienes legados; pero, en semejantes casos, ¿estaremos ante una obligación y legado alternativos o ante una obligación y legado condicionales?

En el Derecho romano la materia parece estar suficientemente clara. Gayo advertirá que «si se comprendió la persona extraña de este modo: la que eligiese Ticio de las dos, el que estipuló no puede pedir de otro modo que si eligiese Ticio»¹⁸; texto que ha entendido siempre la romanística en el sentido de que la elección del tercero opera como condición, y, en consecuencia, no existe obligación alguna hasta que el tercero haya elegido (condición cumplida), y si el mismo muere sin haber realizado la elección, su heredero no podrá efectuarla, ya que se trata de un acto que aquél debe realizar personalmente¹⁹. De todas maneras, Justiniano estableció que en el supuesto de legado alternativo (*legatum optionis*) con elección encomendada a tercero, si éste deja pasar un año sin hacerla, se considere traspasada la elección al legatario; matiz que determinaría el que la obligación deje de ser condicional y se convierta en alternativa²⁰.

La civilística tradicional (Pothier, Demolombe, Giorgi, etc.) así lo verá también, aunque no falte alguna voz discordante (Ricci, por ejemplo), y los Códigos civiles de modelo francés silenciarán el supuesto, hablando en exclusiva de acreedor y deudor a la hora de contemplar la referencia subjetiva del derecho de elección («la elección le pertenece al deudor, si no se le ha concedido expresamente al acreedor», art. 1.190 del *Code*, y en similares términos

¹⁸ D. 45,1141,1.

¹⁹ D'ORS, «En torno a la llamada obligación alternativa», en *Revista de Derecho privado*, 1944, p. 20.

²⁰ «Que si alguno dejase la elección del siervo o de la cosa, no al legatario, sino al arbitrio de un tercero, Ticio, por ejemplo, y Ticio no quisiese elegir, o no pudiese, o hubiere premuerto, en este caso dudaban también los antiguos lo que se había de disponer, entre si se había extinguido el legado o si se debía ayudar al legatario a fin de que la elección se hiciese al arbitrio de hombre honrado. Establecimos que si el que estuviese encargado de elegir no lo hiciese dentro del año, por negligencia, por impotencia o por haber premuerto, se entiende que se concede al legatario la facultad de escoger; mas éste no puede escoger el mejor esclavo o la mejor cosa, sino que debe limitarse a una de un valor intermedio, pues, de otro modo, queriendo ayudarle, perjudicaría al heredero»: C. 6,43,3,1.

el art. 1.132 de nuestro Código civil). Algo que llevará a la mayor parte de la doctrina de nuestros días a considerar que si la facultad de elección está atribuida a un tercero, semejante circunstancia hace las veces de un hecho futuro e incierto que determina el cambio de la obligación, formalmente alternativa, en obligación condicional, por más que conserve el aspecto externo de aquélla y le sean aplicables algunas de sus reglas. Construcción jurídica que inducirá a algún autor de la hora presente (Rams Albesa) a aseverar, sin aparente obstáculo, que «en el supuesto de elección atribuida a un tercero, la obligación nacida es estructuralmente una alternativa, pero en esencia se trata de una obligación condicional»²¹.

El Código civil alemán, aunque no contemple específicamente semejante posibilidad en el ámbito de las obligaciones alternativas, al regular en los párrafos 317, 318 y 319 la determinación *in genere* de la prestación en las relaciones obligatorias derivadas de contrato, ha dado pie para que se admita sin mayor problema que en aquéllas la facultad de elegir puede estar atribuida a un tercero, sin que resulte afectada en nada su sustancia jurídica. Así, por ejemplo, Enneccerus y Lehmann señalaron que la determinación de la prestación dentro de los límites trazados por el contenido de la obligación debe hacerse en virtud de elección del deudor, del acreedor o de un tercero, supuesto este último en el que si el tercero hace una elección abiertamente injusta o si la retrasa o no puede o no quiere hacerla, puede sustituirse por una sentencia judicial²².

Pero ha sido el Código civil italiano de 1942 el que ha roto de una manera clara y terminante con semejante estado de cosas. En su artículo 1.286 dispone que «la elección corresponde al deudor, si no se ha atribuido al acreedor o a un tercero»; en el párrafo tercero del artículo 1.287, a propósito de la decadencia de la facultad de elección, ordena que «si la elección se deja a un tercero y éste no la hace dentro del término que se le ha asignado, la misma se hace por el juez»; y, consonante, en materia sucesoria establece que «en el legado alternativo la elección corresponde a quien sufre la carga, a menos que el testador la haya dejado al legatario o a un tercero» (art. 665). Algo que a la doctrina italiana actual le parece de lo más natural, ya que si en tema del objeto del contrato la determinación de la prestación puede deferirse a un tercero (art. 1.349), lo mismo debe ocurrir *a fortiori* en el ámbito de las obligaciones alternativas, campo en el que la determinación del tercero se circunscribe, según escribe Rubino, a un círculo más circunscrito de objetos²³.

²¹ RAMS ALBESA *Las obligaciones alternativas*, op. cit., p. 261.

²² ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., pp. 103-106.

²³ RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., p. 81.

2. Como hemos señalado en otro lugar²⁴, no existe en nuestro ordenamiento civil una pauta general como la del artículo 1.349 del *Codice civile*, ya que sólo se dan remisiones a la determinación prestacional por parte de tercero en figuras concretas. Así, según el artículo 1.447 del Código civil el señalamiento del precio en el contrato de compraventa puede dejarse «al arbitrio de persona determinada», y a tenor del artículo 1.690, en la esfera del contrato de sociedad, pueden los socios «confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas».

Sobre la base de esas concretas previsiones legales, ¿cabrá inducir en nuestro Derecho la presencia de una prescripción genérica que permita la determinación de las prestaciones por voluntad de tercero? Ya hemos dejado escrito que pocas dudas puede haber respecto a la contestación afirmativa, si se tiene en cuenta nuestra tradición romanista, el amplio juego de la autonomía privada y las manifestaciones que de la figura afloran en el articulado de nuestro Código civil. Nada vamos a añadir en este lugar, por más que el precepto general sobre la materia (art. 1.273) calle injustificadamente en este punto e, incluso, plantee una regulación, en torno a la determinación del objeto del contrato, a todas luces inadecuada, corta y mutiladora, que ha ocasionado, numerosas perplejidades, dudas e incongruencias en la doctrina española, y que, en nuestra opinión, no cabe restringir a una sola variedad obligacional, sino que debe entenderse en el sentido de que permite la determinación posterior de las prestaciones, siempre que se haya establecido al respecto un criterio suficiente de determinabilidad²⁵.

No parece, en consecuencia, que exista inconveniente alguno para el juego en el ámbito de las obligaciones alternativas de la elección encomendada a un tercero. El problema no es ése, sino el de considerar, tal como ha hecho la doctrina tradicional, que semejante previsión determina la inclusión en el negocio fuente de un hecho futuro e incierto (el señalamiento prestacional a realizar por dicho tercero) que convierte la obligación alternativa en condicional, o, por el contrario, estimar que una previsión de ese tipo no tiene por qué afectar la sustancia del vínculo disyuntivo.

3. La aparente facilidad y comodidad que brinda la fórmula condicional, si bien puede explicar el que la mayor parte de los autores se deje captar quietamente por ella, no excluye, empero, que la misma lleve *in nuce* una profunda e insalvable contradicción: la presencia de una obligación condicional allí donde se quería otra alternativa, sin que haya mediado ninguna previsión al res-

²⁴ CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, op. cit., pag. 184.

²⁵ *Ibid.*, p. 180.

pecto de los sujetos interesados (¿dónde queda el *animus novandi?*), y sin que exista razón jurídica suficiente para justificar semejante transmutación. Hernández-Gil ha intentado aliviar tan atípica situación arguyendo que si bien la tesis de la condicionalidad no resulta del todo exacta para explicar los casos de determinación de la prestación mediante el concurso del tercero, es lo cierto que se comunica a la obligación una incertidumbre, algo que, empero, no significa que desaparezca la naturaleza alternativa de la misma. «La nota de la condicionalidad, si en rigor la hay —escribe—, podrá añadirse a la obligación alternativa, ya por la actuación del tercero a su arbitrio, ya mediante la subordinación de los efectos de la obligación a cualquier acontecimiento futuro e incierto; pero el carácter condicional que asume la obligación no viene a reemplazar su previa y propia naturaleza alternativa, que subsiste»²⁶.

Algo se avanza con esta construcción, porque al menos la alternidad querida por las partes no se nos desvanece en la sima de la condicionalidad, ni se predica el singular conjunto de una obligación externamente alternativa pero en su interior condicional, ni se intenta, según pretende Rams Albesa, que cuando la elección se atribuye a un tercero, la obligación nacida es *estructuralmente* una alternativa, pero en esencia se trata de una obligación *condicional*, ya que no se acierta a entender cómo algo puede tener la estructura de una cosa y la esencia de otra diferente; pero, en cualquier caso, no se alcanza el grado de precisión y rigor dogmático deseable.

Ya se sabe que la obligación alternativa como cualquier otra variedad obligatoria puede formularse como pura o como condicional, pero que ello no significa poner en comunicación uno y otro concepto, y menos considerar que cabe el trasvase jurídico de la primera a la segunda. En el fondo, lo que hay es un simple error terminológico, porque aunque por comodidad y por utilización mecánica de la defectuosa dicción legal hablamos de «obligaciones condicionales» (art. 1.114, C.c.), lo cierto es que al negocio generador de la obligación se le ha incorporado la modalidad o elemento accesorio que implica la condición. Ello da lugar a que el contrato (él sí) resulte condicional o sometido a condición y su eficacia quede supeditada al cumplimiento o no del evento futuro e incierto en que la misma consiste, pero no a que nazcan obligaciones condicionales, aunque sólo fuera por la razón de que tratándose de una condición suspensiva las obligaciones no existen hasta que la misma se realiza.

Cuando en una obligación alternativa la elección de la prestación a cumplir se encomienda a un tercero, es cierto que se comunica a la misma, como dice Hernández-Gil, una cierta «in-

²⁶ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 147.

certidumbre», pero esa incertidumbre escasamente tiene algo que ver con aquella previsión, sino que emana con toda naturalidad de la propia esencia de la obligación alternativa, en cuanto la misma implica, *ex definitione*, variedad de prestaciones disyuntivamente debidas; ni más ni menos que lo que ocurre cuando el *ius electionis* está atribuido al deudor o al acreedor. Y desde luego no guarda relación alguna con el evento condicional, que es algo que puede añadirse o no a la alternidad, pero que en ningún caso la reemplaza o desnaturaliza.

El doble supuesto que plantea Hernández-Gil de que la nota de condicionalidad (siempre bajo la tibia convicción de «si en rigor la hay» en relación al primero de ellos) puede añadirse en la obligación alternativa, bien por la actuación del tercero o bien mediante la subordinación de sus efectos a cualquier acontecimiento futuro e incierto, no es dogmáticamente tal ni supone paridad de situaciones, porque si bien es correcto que en el segundo de ellos la obligación será ciertamente alternativa condicional, en el primero, por el contrario, la contemplación del actuar del tercero no supone, *stricto iuris*, la inclusión de elemento condicional alguno. De todas maneras, la aseveración del civilista citado se debilita sensiblemente y hasta resulta irrelevante cuando, tras las afirmaciones expuestas, concluye que «el carácter condicional que asume la obligación no viene a reemplazar su previa y propia naturaleza alternativa, que subsiste»; porque ¿en qué queda entonces la nota de condicionalidad?, y, sobre todo, ¿para qué hace falta referirse a la misma si no hemos salido del ámbito estricto de la alternatividad?

4. La contemplación de que la elección de una de las prestaciones alternativamente adeudadas ha de realizarla un tercero no supone, en consecuencia, la inclusión de condición alguna en el negocio generador del vínculo y, por ende, nada tiene que ver con hipotéticos cambios de naturaleza del mismo, ni ello sería posible, ni tiene sentido alguno su planteamiento y admisión. Lo único que ocurre es que a la hora de precisar cómo se elegirá entre una y otra prestación las partes han convenido que semejante determinación la haga una tercera persona y no una de ellas, algo que ni quita ni pone nada respecto al carácter alternativo del vínculo generado.

Quizá la causa principal de la confusión en ordenamientos civiles como el nuestro, que no contemplan expresamente la atribución del *ius eligendi* a un tercero, se halle no tanto en el hecho de que el tercero puede realizar o no la concentración prestacional que se le ha encomendado (algo que parece guardar un cierto parentesco funcional con el mecanismo de la condición), sino en la circunstancia de que la aludida identificación facilita sobremana las cosas, aparentemente al menos, en el caso de que dicho tercero decida eludir la determinación que le concierne.

Sentenciar que en tal supuesto la condición suspensiva inserta se ha frustrado y, por tanto, la obligación supuestamente alternativa no llega a nacer, es una cómoda solución, que evita interrogantes y problemas, y remite a la seguridad del juego de un recurso jurídico tan conocido y corriente como el de la *condicio facti*. Si a esto se añade que semejante solución parece encontrar, *servata distantia*, un cierto apoyo legal en el supuesto de que la determinación o fijación del precio en el contrato de compraventa se haya dejado «al arbitrio de persona determinada», ya que según el párrafo segundo del artículo 1.447 del Código civil, «si ésta no pudiese o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato», la conclusión que se comenta parece harto recomendable y conveniente.

Pues bien, aunque no faltan autores, como Badenes Gasset, que estiman que «cuando se encomienda a un tercero la fijación del precio, la venta es condicional, porque su eficacia depende de que el tercero llegue a señalarlo»²⁷, y en el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 21 de abril de 1956, 22 de noviembre de 1966, etc.), parece razonable considerar que no estemos en presencia de una compraventa sometida a condición, sino que, como advierte García Cantero, lo que procede es considerar que las partes no han querido subordinar la eficacia del contrato al hecho futuro e incierto de la fijación del precio por el tercero, sino que más bien hay que pensar que las mismas quieren la eficacia del contrato en todo caso, limitándose a delegar de común acuerdo, en otra persona, la determinación precisa de uno de sus elementos esenciales²⁸.

Efectivamente, semejante situación es engañosa, primero, porque en el artículo 1.447 del Código civil no estamos ante un supuesto de venta condicional, por más que la no fijación del precio por el tercero determine su ineficacia, ineficacia directamente emanada de la ley y no del juego de una supuesta condición suspensiva que no se adivina por parte alguna (solución, por lo demás, harto criticable y poco práctica), y, en segundo lugar, porque aunque se tratase de una genuina *condicio facti*, la fórmula valdría para el caso legalmente contemplado y a lo sumo para aquellos otros en los que se apreciase «identidad de razón» (algo, de todas maneras, muy discutible por tratarse de un precepto sancionador, excluido, en principio, del juego analógico: art. 4.º, 2, C.c.), pero no se advierte cómo podría trasladarse al supuesto en que se haya dejado al arbitrio de un tercero la determinación de cuál de las prestaciones disyuntivamente debidas ha de ser realizada.

²⁷ BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, I, Barcelona, 1979, p. 245.

²⁸ GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albadalejo*, XIX, Madrid, 1980, pp. 49-50.

La dificultad reside en que si se prescinde de la condición no se sabe qué hacer cuando el tercero no elija una u otra prestación. En los ordenamientos civiles alemán (parágrafo 319 del B.G.B.) e italiano (art. 1.287), en tal supuesto se establece que la elección frustrada del tercero se sustituirá por la determinación judicial, pero en el español no se dice nada, y ello parece complicar las cosas, amén de generar la tentación de deslizarse hacia la vía cómoda de la condición suspensiva incumplida: la obligación supuestamente alternativa no llegará a tener eficacia.

Aun dejando a un lado que en el caso de obligación con diversidad de prestaciones cuya selección se haya encomendado a un tercero la obligación nace desde luego y nada más lejos de la voluntad de las partes que el que su eficacia se haga depender de su acontecer futuro e incierto, la verdad es que si en la misma planteamos la existencia de una relación obligatoria condicional, igual debería concluirse en las hipótesis de que la elección corresponda al acreedor o al deudor, y, por ende, toda obligación alternativa sería siempre condicional, ya que su eficacia se haría depender del acontecimiento incierto de una determinación voluntaria. Algo que supondría, incluso, la desaparición de la categoría misma de las obligaciones alternativas, porque ¿para qué ocurrir a ella si toda su trama se puede explicar perfectamente a través del juego del evento condicional?

5. Pienso que las cosas ocurren de otra manera. El Código civil español como no contempla expresamente la elección por tercero nada dice tampoco en relación a la frustración de tal acontecer, pero tampoco dice nada cuando el deudor o el acreedor no elige, hipótesis contempladas específicamente, mientras, por ejemplo, el *Codice civile* en su artículo 1.287 dispone que cuando el deudor no elija, la elección corresponde al acreedor, cuando no lo haga éste, pasará al deudor, y cuando la eluda el tercero, la misma se hará por el juez. ¿Qué ocurrirá en nuestro sistema?

Pues parece que al no existir pauta legal orientadora los tres supuestos de elección por parte del deudor, acreedor y tercero deberán ser tratados de la misma manera, porque los tres, como se ha visto, inciden de igual modo en la estructura de la obligación alternativa y porque *ubi lex non distinguit...* Ahora bien, ¿cuál será el tratamiento jurídico adecuado?

Si la obligación alternativa es una obligación plenamente existente, si las partes la han querido eficaz en cuanto no la han subordinado a condición alguna (cosa que, por lo demás, pueden hacer sin problema si así les place) y si la elección, en realidad, no pasa a ser más que un medio preciso a fin de completar los presupuestos necesarios para el cumplimiento de la obligación²⁹,

²⁹ RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., p. 57.

no parece que la solución a la interrogante planteada pueda ser otra que la de estimar que si el deudor no elige, el acreedor le pueda compeler judicialmente en tal sentido, que si es el acreedor quien no realiza la elección, quepa al deudor similar iniciativa, y si, en fin, es el tercero el que no se decide a señalar la prestación que ha de ser cumplida, puedan tanto el deudor como el acreedor reclamar judicialmente ante semejante omisión.

Cualquier otra solución que permita poner en entredicho la eficacia de la obligación alternativa en tales supuestos, desnaturalizaría la figura, introduciría subrepticamente el juego de la condición, que se ha rechazado con claridad, o daría lugar a discriminaciones y efectos jurídicos diferentes entre supuestos sustancialmente idénticos. Desde luego no hay por qué advertir que en los tres supuestos contemplados, al tratarse de un hacer personal de acreedor, deudor o tercero, el pronunciamiento del juez no podrá imponer la necesidad de que los mismos procedan ineluctablemente a la elección prestacional eludida (*nemo ad factum praecise cogi potest*), sino que la voluntad del propio juez sustituirá la de las partes o al tercero, y será él quien proceda a señalar cuál de las varias prestaciones disyuntivamente contempladas ha de realizarse por el deudor, circunstancia que no tiene por qué resultar extraña en nuestro sistema civil, ya que la jurisprudencia viene admitiendo sin problemas que la obligación de emitir una manifestación de voluntad debe considerarse como fungible y, por ende, que el juez puede sustituirla por la suya (sentencias de 1 de julio de 1950, 28 de junio de 1974, etc.).

Díez-Picazo pretende distinguir entre el supuesto de que el tercero tenga un interés personal en la prestación y el de que resulte un mero arbitrador que trata de salvar la falta de acuerdo entre las partes, ya que mientras en el primer caso la falta de elección del tercero hará ineficaz el negocio, en el segundo tal omisión deberá ser suplida por la autoridad judicial³⁰. En realidad, se trata de una supuesta distinción sin mayor fundamento, ya que ni es fácil colubrar la hipótesis del tercero que no tenga interés alguno en las prestaciones alternativamente contempladas, ni se alcanza a apreciar cómo semejante interés puede afectar a la eficacia del negocio creador de la obligación. Si esto es así, no parece que exista mayor obstáculo para que su tesis parcial de intervención de la autoridad judicial pueda extenderse a todo supuesto en que la elección de la prestación a cumplir se haya dejado a tercero, tal como por nuestra parte pensamos.

6. El supuesto, empero, de que la elección prestacional esté atribuida a un tercero resulta excepcional, porque lo ordinario y natural es que semejante actuación corresponda a las partes pre-

³⁰ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 505.

sententes en la relación obligatoria, y, de manera muy particular, al deudor, por elemental aplicación del criterio de *favor debitoris*, que supone la interpretación de toda obligación en sentido favorable al obligado y en la dirección de que implique la vinculación menor del mismo (*in obligationibus quod minus est sequimur*); algo que en el ámbito de las obligaciones alternativas parece debe consistir, precisamente, en que sea posible a la persona obligada la elección de aquella de las cosas debidas de manera disyuntiva «que más cómodamente pueda entregar o cuya entrega le resulte menos onerosa»³¹.

Este pensamiento, que encuentra su origen remoto en la previsión de Gayo de que «los reos son más favorecidos que los actores»³², ha parecido siempre harto razonable, escasamente ha despertado suspicacias y ha pasado a la generalidad de los Códigos civiles, que se limitan a constatar que si los interesados no han previsto otra cosa «la elección corresponde al deudor» (art. 1.190 del *Code*, art. 1.286 del *Codice*, parág. 262 del B.G.B., art. 1.132 de nuestro Código civil, etc.). Y, sin embargo, se ha cometido cierta exageración en esta forma de ver las cosas.

En efecto, una cosa es que en caso de «duda», como dice el Código civil alemán, o cuando las partes no hayan previsto nada al respecto, el *ius eligendi* resulte atribuido al deudor, porque parece más razonable, en principio, que ante semejante imprecisión sea la voluntad del obligado la que resuelva en uno u otro sentido, y otra que se refuerce tanto el protagonismo de éste a la hora de decidir cuál debe ser la dirección prestacional en la obligación alternativa que resulte poco menos que insólita y extravagante semejante atribución al acreedor, hasta el punto de que se precise una puntualización categórica de los interesados para que el sujeto activo de la obligación quede facultado al objeto de poder realizar la elección de la prestación que deberá ser cumplida, máxime si, como es evidente, existen casos de obligaciones alternativas en que de su propio contexto emana la circunstancia de que el señalamiento deberá hacerlo el acreedor.

Es decir, que el criterio de que corresponde a las partes el señalamiento pertinente respecto a la atribución del *ius electionis* y de que si aquél no se produce éste corresponde al deudor, no es otra cosa que una pauta meramente indicativa, desde el momento en que se dan hipótesis en las que la elección viene pre-determinada a favor del acreedor y en las que el pacto en contrario de los sujetos para atribuirle al deudor supondría un profundo desvirtuamiento de la peculiaridad de la relación obligatoria. En este sentido, advierte con razón Díez-Picazo que para poder con-

³¹ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX (segunda edición, revisada por Marín Pérez), Madrid, 1957, p. 820.

³² D. 50, 17, 125.

cretar a quién corresponde la facultad de elección «habrá que atender al propósito práctico perseguido por las partes y a la función empírica que las mismas han atribuido al negocio»³³; y resalta Lacruz que no tiene sentido mantener la elección a favor del deudor cuando, según apariencia y concepciones sociales evidentes, corresponde al acreedor, «como si se rifan alternativamente dos premios de valor diferente sin decir que el favorecido podrá escoger, mas sobreentendiéndolo así cualquier partícipe en el sorteo»³⁴.

El no haber advertido o valorado suficientemente estas circunstancias es lo que llevó al codificador francés a incluir en el artículo relativo a la materia (art. 1.190) la poco afortunada expresión de que para que la facultad de elegir corresponda al acreedor debe habersele concedido «expresamente». El Código civil italiano de 1865 recogerá en su artículo 1.178 el mismo señalamiento, y el artículo 1.132 de nuestro Código civil sucumbirá también a semejante rigor, disponiendo que «la elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor»

7. Aunque no faltaron voces que desde el principio advirtieron que lo de la atribución expresa al acreedor no pasaba de ser más que una inconveniente exageración que iba a plantear más problemas que los que resolvería e, incluso, podía conducir a situaciones netamente incongruentes y hasta injustas, por lo que debería bastar al respecto con que la intención de las partes se pueda conocer de manera indubitable, aunque sea a través de medios indirectos (Demolombe), el grueso de los comentaristas franceses, llevados por su particular devoción a la letra del Código civil, sostendrá que el término «expresamente» reclama la atribución explícita al acreedor, hasta el punto de que, por más que no haga falta el empleo de una fórmula sacramental, no será suficiente la utilización de cualesquiera términos por los interesados si de los mismos no se traduce con suficiente claridad y énfasis dicha atribución.

Así, Laurent considera que será adecuado al respecto si en el contrato se habla de que el acreedor «tomará», pero, en cambio, no bastarían las palabras de «pedirá» o «exigirá», porque no son suficientes para dar a entender que la elección es del acreedor³⁵. A Giorgi le parece, con razón, que en esa manera de argumentar hay un poco de mezquindad leguleya, ya que aunque se considere, como él consideraba, que la voluntad de conceder la elección al acreedor debe ser expresa, «creemos suficiente el sentido total del

³³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 503.

³⁴ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, p. 41.

³⁵ LAURENT, *Principes de Droit civil français*, XVII, Bruselas-París, 1878, pp. 229 y ss.

contrato, atribuyendo a las palabras, según las reglas generales de la interpretación, el significado que resulte conforme con la común intención de los contratantes»³⁶.

También entre nosotros Mucius Scaevola se pronunciará a favor de la valoración rigurosa del término «expresamente», incluso en los casos en que por tratarse de obligaciones constituidas para la seguridad de los derechos del acreedor, como la fianza y la hipoteca, el pensamiento tradicional solía atribuir a éste la elección de la cosa en que la obligación debía consistir, porque nuestro autor no advierte diferencia esencial entre el caso en que se deben entregar al acreedor cosas o deban prestársele servicios y aquel en que hayan de constituirse garantías en su beneficio; por más que no deje de reconocer que «el demasiado rigor de la palabra *expresa*, empleada por la ley, lleva muchas veces la duda al ánimo y conduce a declaraciones de los Tribunales contrarias a lo que, habiendo sido el natural y verdadero pensamiento de los contratantes, no se acertó a expresar, sin embargo, en forma suficiente, clara y definida, para quedar incluida en la categoría de las manifestaciones expresas a que se refiere la ley»³⁷.

Hay evidente exceso en estas manifestaciones y un apego excesivo a la literalidad de la ley. Cierto que el término «expresamente» está ahí y no cabe ignorarlo, pero no menos cierto que existe también consenso en nuestra doctrina en el sentido de que la utilización de esa palabra en el artículo 1.132 como en otros del Código civil (por ejemplo, el artículo 1.137 a propósito de la solidaridad) no debe entenderse en su estricta literalidad, sino en el sentido de que las partes tienen una voluntad real en esa dirección, esto es, desean de manera verdadera y firme semejante determinación, incluso aunque no lo hayan manifestado en forma expresa³⁸.

Claro que el problema se obvia si como ocurre en el párrafo 262 del B.G.B. la ley se limita a señalar que «el derecho de elección en la duda corresponde al deudor», o como sucede en el artículo 1.286 del *Codice civile* italiano la norma habla de que «la elección corresponde al deudor, si no se ha atribuido al acreedor o a un tercero», pero no parece que las cosas deban discurrir por otro camino en aquellos ordenamientos civiles, como el nuestro, en los que se prescribe que la elección ha de atribuirse al acreedor «expresamente», porque una interpretación diferente conduciría a situaciones que en unos casos aparecerían reñidas con la realidad misma de los hechos y en otros significarían, in-

³⁶ GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, p. 439.

³⁷ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, *op. cit.*, pp. 820-821.

³⁸ CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, 1985, p. 16.

cluso, el desconocimiento y vulneración de la voluntad de las partes, claramente orientada en una dirección distinta de la que patrocinaría la exigencia literal de la norma.

8. Porque, en efecto, ¿qué es lo que realmente se quiere significar cuando la ley habla de concesión expresa de la elección al acreedor? Pues sencilla y llanamente lo siguiente: Ésta es una materia, como tantísimas otras del Derecho de obligaciones, entregada al imperio de la determinación de las partes, regida por la pauta de la autonomía de la voluntad y la libertad de pacto; algo que significa tan sólo que la suprema y última resolución en torno a cuál de los sujetos ostentará el *ius electionis* corresponde, en principio, a ellos, y, en consecuencia, la pueden ordenar como tengan a bien. Por tanto, aunque, en ausencia de previsión, la ley se incline por el deudor, no existe duda alguna de que los interesados han podido contemplar la solución inversa de que la elección corresponda al acreedor. En tal caso, lo digan o no expresamente, lo manifiesten o no de manera tajante, procedan o no a especificar semejante voluntad, no puede existir duda alguna de que la misma entrará a jugar con sólo que del contexto negocial y de sus implicaciones pueda derivarse con suficiente rigor la existencia de una determinación semejante.

La ley no va más allá, ni puede ir en este campo esencialmente dispositivo, de recordar que la decisión corresponde a los interesados y de que si los mismos no manifiestan que el *ius eligendi* se atribuye al acreedor, vendrá reconocido al deudor. Ahora bien, cuál sea la forma de esa manifestación, es indiferente no obstante la utilización del término «expresamente», porque lo que en realidad se quiere significar es que sea real, efectiva, verdadera, constante y pueda acreditarse la determinación volitiva de hacer la adscripción que se comenta. Como bien dice Albaladejo, no tiene que haber concesión expresa, sino que el espíritu de la ley es que basta que, utilizando los medios normales de interpretación, se pueda averiguar con seguridad que hubo efectivamente voluntad de que eligiese el acreedor, esto es, que haya certeza de concesión al acreedor de la facultad de elegir, de modo que, en la duda, quien haya de elegir sea el deudor³⁹.

Ninguna novedad hay en lo antedicho, porque ello es el juego normal en las materias regidas por el imperio de la voluntad negocial, pero es que creo todavía puede darse un paso más bajo el amparo de la protección que brinde la red de que caso de que se produzca una situación dudosa, imprecisa o no resoluble la elección corresponderá al deudor. Y es que aunque las partes no se hayan paseado por el punto en cuestión y, en consecuencia, no

³⁹ ALBADALEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XV-2, Madrid, 1983, pp. 165-166.

pueda hablarse de que existe una voluntad común, expresa o tácita, formada al respecto, deberá concluirse que el *ius electionis* corresponde al acreedor si así resulta de las características de la obligación, del objetivo que la misma debe concluir, del juego normal de las conductas que han de instrumentarse, de las exigencias a que responda la particular relación alternativa generada y del propósito final que anima al negocio que dio existencia a un vínculo jurídico de tan peculiar conformación.

9. Y todo ello sin dejar de advertir, por otra parte, que en esa misma dirección de facilitar al máximo la adscripción al acreedor de la facultad de elección conspira la circunstancia de que el juego del principio de *favor debitoris* que, como se ha visto, es el punto de referencia y el criterio orientador en esta materia, puede resultar hartamente dudoso y hasta problemático en el nuevo campo en que hoy se generan masivamente la mayor parte de los vínculos alternativos (grandes almacenes, compañías de seguros, restaurantes, agencias de viaje, transporte, etc.), porque en el mismo el deudor no suele ser el desfavorecido ni el acreedor el que ostenta «la fuerza del contrato», sino más bien sucede lo contrario. Aplicar mecánicamente en ese contexto un criterio nacido en condiciones muy diversas y reforzar todavía más la vigorosa posición del deudor mediante su juego puede suscitar legítimas aprensiones y desnaturalizar en buena medida un mecanismo pensado para reglar situaciones de signo muy diferente. Es lo que advierte Rams Albesa cuando señala que «toda esta intensa y extensa contratación de obligaciones alternativas se hace por medio de contratos de adhesión, siendo el deudor por lo general la parte más poderosa económica y socialmente hablando, por lo que la aplicación del principio del *favor debitoris* desequilibraría aún más, si cabe, la desigualdad de las partes»⁴⁰.

Resulta obvio que en cuanto en la obligación alternativa, pese a la diversidad de prestaciones en su seno existente, sólo una de ellas debe ejecutarse, ni el deudor podrá pretender realizar el pago con parte de una y de otra de las prestaciones, ni el acreedor estará facultado para exigir semejante mistificación. Dejando aparte la soberanía de la voluntad de las partes, que en este punto supondría, probablemente, la pérdida de la condición de alternativo del vínculo, no cabe otra solución que la de que a la hora de su cumplimiento la relación obligatoria alternativa tiene que materializarse en una sola de las prestaciones debidas. Aunque con referencia sólo al deudor nuestro Código así lo contempla en el párrafo segundo de su artículo 1.131 al disponer que «el acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra».

⁴⁰ RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pp. 265-266.

10. No es éste el lugar para plantearse la incidencia que en el vínculo obligatorio tiene la imposibilidad de la prestación, ora originaria, ora sobrevenida; ya lo hemos hecho en otro lugar, y a él nos remitimos⁴¹. Pero ello no obsta a que quepa plantearse alguna reflexión al respecto cuando la obligación en cuestión sea de sustancia disyuntiva.

Si en una obligación con dos prestaciones que las partes querrían contemplar como alternativamente debidas resulta que una de ellas es *ab origine* imposible, es del todo natural que, pese a la determinación de los interesados y pese a la nominación que intenten dar al vínculo obligatorio, no estaremos en presencia de uno de naturaleza alternativa, ya que la prestación imposible quedará automáticamente fuera de la relación obligatoria y ésta se conformará como unitaria o simple. De la misma forma ocurrirán las cosas, en cuanto a su resultado final, si habiendo nacido la obligación como alternativa, con posterioridad una de las dos prestaciones deviene imposible por causa no imputable a ninguna de las dos partes; también aquí la obligación resultará de prestación única.

Ello es algo que corresponde al juego normal de los factores que operan en la correcta configuración y subsistencia de las relaciones obligatorias, en el sentido de que sin prestación posible no llegan a nacer (en nuestro caso como alternativas) y con imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable se extinguen irremediabilmente. Que, por tanto, en cuanto corresponde a la normativa básica e inexcusable de toda obligación, quizá no hiciera falta recordarlo en tema de alternativas, o, a lo sumo, compendiarlo en un precepto que recuerde con propiedad y rigor lo que debe ocurrir en esta área cuando se den aquellos acontecimientos. Es lo que hace el artículo 1.288 del *Codice civile* al disponer que «la obligación alternativa se considera simple, si una de las dos prestaciones no podía constituir objeto de la obligación o si ha llegado a ser imposible por causa no imputable a alguna de las partes».

11. En nuestro Código civil, por el contrario, las cosas no ocurren de esa manera. Con ocasión de ocuparse normativamente de diversos aspectos concernientes al ejercicio del derecho de elección por parte del deudor (y ésta es la razón de que nos ocupemos de semejante materia en este lugar), el Código civil dedica dos preceptos a contemplar de manera confusa, reiterativa y hasta parcialmente contradictoria una situación que, a tenor de lo apuntado, no tiene por qué plantear complicación alguna. En el párrafo segundo del artículo 1.132 se dice que «el deudor no tendrá de-

⁴¹ CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, pp. 23 y ss.

recho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación»; y a tenor del artículo 1.134, «el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable». ¿Cuál es la lectura correcta que debe hacerse de los transcritos preceptos?

Cuando el artículo 1.132 estatuye que «el deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles» comete una doble inexactitud, primero, porque no sólo no es el deudor el que supuestamente no podría elegir, sino que análoga prohibición debería operar en relación al acreedor⁴², y segundo, porque no tiene sentido alguno hablar de facultad electiva a favor de uno u otro sujeto cuando la imposibilidad de una de las prestaciones ha determinado la conformación de la supuesta obligación alternativa como obligación simple.

Pero es que, además, el precepto, frente a lo que pretende Hernández-Gil⁴³, no cabe limitarlo al supuesto de imposibilidad originaria, pues al referirse la segunda parte del mismo a aquellas prestaciones «que no hubieran podido ser objeto de la obligación», parece claro que es aquí donde se contempla aquella variedad de imposibilidad, y, por consiguiente, en la primera parte hay que sobreentender la imposibilidad sobrevenida, ya que, en otro caso, la norma estaría diciendo dos veces lo mismo: que el deudor no pueda elegir una prestación cuando la misma fuera *ab initio* imposible o ilícita y que tampoco puede hacerlo cuando no pueda constituir objeto de la obligación, aunque, con toda evidencia, esto sea lo mismo, ya que la inadecuación para configurar la referencia objetiva de la relación obligatoria vendrá dada, precisamente, por resultar imposible o ilícita. Como se ve, todo un prodigio de rigor dogmático, de precisión y de coherencia.

Pero es que la situación se torna todavía más caótica a la vista del artículo 1.134, porque aquí es evidente que se contempla la imposibilidad sobrevenida de una de las dos prestaciones debidas alternativamente, y resulta que, como se acaba de ver, este mismo supuesto está también incluido en el precedente artículo 1.132, aunque ahora se contemple bajo el dudoso enfoque de la pérdida del derecho de elección por parte del deudor.

12. Semejante imprecisión normativa obliga a intentar la racionalización del conjunto y a reconducir las expresiones legales a la esfera de la visión armónica de las cosas. Aunque reiterativos, confusos y hasta contradictorios la interpretación de ambos preceptos debe conducir a una valoración jurídica similar a la que establece el artículo 1.288 del *Codice civile*,

⁴² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 504.

⁴³ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 152.

en el doble supuesto de imposibilidad originaria y de imposibilidad sobrevinida de una de las dos prestaciones disyuntivamente adeudadas.

En el primer caso, la nuda realidad es que la obligación que se quería como alternativa nace como simple, algo que resulta de la impostergable necesidad de que toda prestación debe ser posible y lícita, y que no amerita de específica mención normativa. Díez-Picazo contempla este supuesto como límite al derecho de elección del acreedor o del deudor⁴⁴, cuando lo cierto es que ésa no resulta la consideración correcta, porque la visión adecuada de las cosas no es que las partes vean perdido o limitado su derecho de elección, sino que éste no se tuvo nunca en razón de la imposibilidad originaria de una de las prestaciones disyuntivamente queridas.

Si la obligación es simple no tiene sentido hablar de *ius electionis* y, por ende, en ningún caso tendrá lugar la pérdida o limitación del mismo, por la sencilla razón de que no se ha ostentado en momento alguno. Cuando se estaba redactando el Código civil francés, al artículo 1.192 se le hacía decir que «la obligación contraída de una manera alternativa, se convertirá en pura y simple...», a lo que el Tribunalado hizo notar que ello supondría la admisión de que hubo algún momento en el que la obligación no tenía semejante configuración, cuando en el supuesto contemplado la obligación siempre tuvo dicha condición de pura y simple, y jamás había dejado de serlo. El definitivo artículo 1.192 del *Code* rectificó, por tanto, la defectuosa fórmula disponiendo que «la obligación es pura y simple aunque contraída de manera alternativa, si una de las dos cosas prometidas no pudiera ser el objeto de la obligación»; expresión mucho más correcta, aunque resulte innecesaria e impropia la nota de pura, pues nada tiene que ver en este lugar, por activa o por pasiva, cualquier referencia al elemento condicional.

Tienen razón, pues, Mucius Scaveola y Hernández-Gil cuando nacen notar, respectivamente, que no es que el deudor pierda o no tenga el derecho, sino que la obligación no es alternativa, y en este supuesto huelga hablar de la facultad de elegir entre dos⁴⁵, y que no es exacto que el deudor carezca de derecho a elegir las prestaciones no idóneas, pues lo que realmente ocurre es que éstas, de igual modo que no pueden integrar en general el objeto de las obligaciones, tampoco pueden integrar el de las obligaciones alternativas⁴⁶. Y, en cambio, carece de justificación el señalamiento de Díez-Picazo en el sentido de que «al quedar limitado el derecho de elección se admite la validez de la obligación respecto de las

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁵ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, *op. cit.*, p. 822.

⁴⁶ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 152.

prestaciones restantes»⁴⁷, pues no es cierto que se limite el *ius electionis* y que ello excluya la nulidad de la obligación respecto al resto, sino que la imposibilidad originaria de una de las dos prestaciones queridas disyuntivamente conforma desde el principio a la obligación como de prestación única, y esta circunstancia torna inadecuada y errónea cualquier referencia al derecho de elección. La exclusión de éste no salva a la obligación alternativa de la nulidad, sino que lo que sucede es que el mismo no puede existir desde el momento no que estamos en presencia de una obligación con un solo objeto debido.

En el segundo caso, el de la imposibilidad sobrevenida, la obligación nació realmente como alternativa, y luego la irrealizabilidad de una de las prestaciones incide sobre el vínculo obligatorio y determina su conformación como obligación simple. No estamos ante un supuesto de conversión legal ni de novación, sino ante la simple circunstancia de la concentración de una originaria obligación con dos prestaciones en el ámbito objetivo de una única prestación. La relación obligatoria ha visto achicarse, por la imposibilidad sobrevenida de una de sus prestaciones, su punto de referencia objetivo, y ello determina su nueva consideración como obligación simple en torno a la prestación que sobrevive, pues, como dice Mucius Scaveola, «aquí no se trata ya de las cosas que no pudieron ser nunca constitutivas de la obligación, sino de las que, lícitas y posibles, dejaron después por alguna razón de ser realizables»⁴⁸.

Siendo ello así, en este punto sí que es obvio que se produzca la pérdida de un *ius electionis* que llegó a tener existencia en cuanto la obligación fue plasmada en su fuente como alternativa, pero sin que ello suponga, como pretende el artículo 1.134, que semejante pérdida sólo se da en relación al deudor: lo perderá el deudor cuando a él corresponda la elección, y lo perderá el acreedor cuando al mismo esté atribuida semejante facultad.

¿Se producirá la concentración aludida con indiferencia de que la imposibilidad de una de las prestaciones sobrevenga por hechos atribuibles o inatruibibles a uno de las partes? Hernández-Gil piensa que sí, pues, en su opinión, los términos amplios del artículo permiten afirmar que se comprenden aquí tanto la imposibilidad imputable cuanto la no imputable al deudor, ya que basta que sólo sea realizable una de las prestaciones, sin inquerir la causa por la cual se hayan hecho irrealizables las demás, para que se imponga la concentración sobre la única prestación que subsiste como posible⁴⁹. El tratamiento que la normativa civil da a la ma-

⁴⁷ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁸ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, *op. cit.*, p. 823.

⁴⁹ HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, p. 152.

teria de los riesgos en las obligaciones alternativas permite negar firmemente semejante afirmación, ya que la concentración sólo se produce en el caso de que, como dispone el artículo 1.288 del *Codice civile*, una de las prestaciones haya llegado a ser imposible «por causa imputable a alguna de las partes».

