

# La imposibilidad sobrevenida de todas las prestaciones en la obligación alternativa

SUMARIO: 1. ELECCIÓN CORRESPONDIENTE AL DEUDOR.—2. ELECCIÓN CORRESPONDIENTE AL ACREEDOR.

## 1. ELECCIÓN CORRESPONDIENTE AL DEUDOR

PAPINIANO habría advertido que «si por el hecho del deudor muriese uno de los siervos debidos, compitiéndole a él la elección..., y después muriese también el otro siervo sin culpa del deudor, de ningún modo se podrá pedir por la estipulación, porque al tiempo de su muerte no había tenido efecto la estipulación» (1).

Sobre la base de este texto romano, POTHIER sentará la doctrina de que «cuando las dos cosas han perecido sucesivamente por falta del deudor o después de su demora, el deudor, bien que tuviese la elección de dar aquella de las dos que quisiera, no tiene el mismo derecho a pagar el precio que querrá de una de ellas, pues por la extinción de la primera ha quedado deudor determinado de la que quedaba, y de aquí quedaba determinadamente el precio de aquella que ha perecido la última» (2).

Curiosamente, empero, a pesar del origen romano del supuesto y de la expresa referencia de uno de los grandes inspiradores de la codificación francesa, el mismo no fue objeto de previsión específica ni en el *Code*, ni en el *Código* italiano de 1865, y ni aun siquiera con toda concreción en el Código Civil italiano de 1942. Entre nosotros, tampoco el Proyecto de Código Civil de 1851 recogió con nitidez la hipótesis, pues a tenor del párrafo segundo de su artículo 1.054, «si las dos cosas se han perdido, y

---

(1) D. 46, 3, 95, 1.

(2) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pág. 140.

la una lo ha sido por culpa del deudor, éste tiene la obligación de pagar el precio de la última que se perdió»; aunque GARCÍA GOYENA despejará cualquier duda al respecto, reseñando que «es también indiferente que las dos cosas se hayan perdido por culpa del deudor, pues que, habiendo quedado la obligación en pura y simple desde que pereció la primera, no se deberá sino el precio de la que pereció últimamente, porque ésta sola debería ser entregada» (3).

En cambio, el Código Civil español, en plena concordancia con el pensamiento de POTHIER, dispondrá en su artículo 1.135: «El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. La indemnización se fijará tomando como base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible».

La hipótesis, pues, es la siguiente: Correspondiendo el derecho de elegir al deudor, las distintas prestaciones de una obligación alternativa van resultando sucesivamente imposibles por virtud de causas imputables a dicho deudor, circunstancia esta última que al determinar la pervivencia, siquiera transformada y restringida en cuanto a su objeto, de la obligación nos conduce necesariamente al supuesto de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados que habrá de soportar el deudor. Ahora bien, las prestaciones debidas eran dos o más, y todas han desaparecido por culpa del deudor, ¿cuál de ellas deberá ser indemnizada?

Se preguntaba GIORGI, ante la omisión del supuesto en el Código Civil italiano de 1865, si en el caso de que las dos cosas hayan perecido por culpa del deudor, conservará éste su derecho de elección sobre el precio como lo habría tenido sobre las dos cosas *in natura*, ya que puede parecer justo quitar al deudor todo derecho de elección en pena de su culpa. En su opinión, la culpa del deudor no produce otro efecto que sujetarlo al resarcimiento de los daños, y el resarcimiento de los daños, según los principios más inconcusos del Derecho, no consiste en otra cosa que en pagar el equivalente en dinero de aquello que hubiera debido entregarse *in natura*; ahora bien, ¿qué era lo que el acreedor habría podido pretender *in forma specifica*? lo antes elegido por el deudor. En consecuencia, «El acreedor no tendrá otro derecho que el de pretender el precio de la misma cosa; no puede arrogarse la facultad de hacer una elección que no le consiente el convenio ni ningún artículo de la Ley»; y por más que LAURENT considere que el acreedor únicamente tendrá derecho al precio de la última cosa, este

---

(3) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 567.

«egregio autor no tiene en cuenta la hipótesis más probable que las dos cosas hayan sido destruidas al mismo tiempo» (4).

El pensamiento del gran clásico civilista italiano adolece de dos defectos. Uno, que el plantearse la posibilidad de que el deudor pueda optar por el pago del valor de la última cosa perecida sólo tiene sentido en el supuesto de perecimiento sucesivo, ya que en el caso de pérdida simultánea, mal cabe hablar de «última cosa perdida»; por lo que, de manera obvia, la simultaneidad no puede ser alegada legítimamente para excluir pareceres como el de LAURENT que refiere. Y el otro, que encontrándose en el campo de que la elección corresponda al deudor y planteándose el supuesto de si éste conservará su derecho a elegir sobre el precio de las cosas destruidas por su culpa, GIORGI concluya señalando que el acreedor no tendrá facultad para exigir el valor de una u otra, pues resulta obligado que la construcción lógica deba ser la de que, según los criterios que maneja, el deudor sí conserva semejante facultad de selección.

Ahora bien, advertido esto, el parecer de GIORGI no deja de tener coherencia y razonabilidad. Si el deudor puede optar entre una cosa u otra y ambas se destruyen por su culpa, la responsabilidad por ésta no debe, aparentemente, pasar de que el mismo venga compelido a indemnizar los daños y perjuicios causados por la desaparición de cada uno de los objetos debidos, pero sin que se aprecie razón suficiente para que semejante circunstancia acarree también la pérdida de la facultad electiva. En consecuencia, el deudor que antes podía optar por realizar una u otra prestación, ahora, devenidas imposibles por su culpa, parece que podría continuar en la posibilidad de decidir cuál de ellas desea indemnizar, pues si el acreedor debía contentarse con la cosa que eligiera el deudor, deberá seguir manteniendo similar aquiescencia respecto a las indemnizaciones sustitutorias.

Como se recordará, no fue ése el planteamiento de POTHIER. Para el clásico francés las cosas ocurren de otra manera a la contemplada por GIORGI, ya que al desaparecer la primera de las cosas debidas, la obligación alternativa queda concentrada sobre la segunda, y, en consecuencia, cuando ésta desaparece también por culpa del deudor, éste ya no puede optar entre el precio de una y otra, pues, por un lado, ha perdido semejante facultad selectiva y, por el otro, no hay otro precio a contemplar que el de la única cosa que constituía el objeto de la obligación. Por tanto, el deudor debe venir compelido a pagar el precio (*rectius*, a abonar el *id quod interest*) de la última cosa perecida.

Así lo explicará también entre nosotros Mucius SCAEVOLA cuando comenta el mandato del artículo 1.135 del Código Civil de que el acreedor

---

(4) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, págs. 455-456.

tendrá derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios con relación a la última cosa desaparecida, y se pregunta, ¿por qué la última? Su respuesta es que así resulta por aplicación del artículo 1.134 cuando la elección es del obligado y la pérdida de la primera cosa hace recaer el deber sobre la segunda, ya que «si ésta se pierde entonces por culpa del deudor, bastan las doctrinas generales sobre los efectos de las obligaciones para que grave sobre él la responsabilidad de la indemnización» (5).

Si cerramos los ojos ante el dictado del artículo 1.135 de nuestro Código Civil, lo cierto es que las cosas no son tan claras como pretenden los autores últimamente citados. Que al hacerse imposible una de las prestaciones debidas, la obligación alternativa se concentre sobre la otra y que, desaparecida también ésta por hecho imputable al deudor, razonablemente dicho deudor debe limitarse a indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que le ocasione esta segunda imposibilidad y la consiguiente no recepción de la prestación residual, quizá suponga fijarse demasiado en el carácter mecánico de la concentración en las obligaciones alternativas (art. 1.134 CC) y marginar indebidamente las circunstancias que se dan en la hipótesis que se estudia, sobrevalorando también en exceso la culpa del deudor en un supuesto en el que, por partirse precisamente de que la elección corresponde a él, a lo mejor no tiene tanto sentido semejante fijación.

En efecto, no puede haber duda alguna de que cuando una de las prestaciones debidas se hace imposible por culpa del deudor y la otra subsiste, la obligación alternativa, que pasa a considerarse simple, debe cumplirse con la prestación residual. Ahora bien, desaparecida ésta también por culpa del deudor, imponer que el resarcimiento que corresponde al mismo debe evaluarse en torno a la segunda de las prestaciones, probablemente suponga magnusvalorar la idea de culpa en un campo donde no tiene demasiada justificación y prescindir indebidamente del elemento de la facultad de elección cuando aún podría y aún debería continuar operando.

Que la obligación alternativa en el caso que se comenta deba considerarse como simple no quiere decir ni mucho menos, diga lo que diga la letra de la Ley, que la misma «se convierta» en simple, pues semejante conversión no se produce a plenitud, no sólo por imposibilidad institucional (otra cosa es la conversión legal de un negocio nulo, supuesto que aquí no viene al caso, porque la obligación nacida como alternativa en ningún momento deviene inválida por el hecho de que se imposibilite una de sus prestaciones), sino porque basta observar la regulación en los Códigos de esta variedad obligatoria para constatar que la inicial condición disyuntiva impri-

---

(5) Mucius SCAEVOLA, *Código Civil*, XIX (segunda edición revisada por MARÍN PÉREZ), Madrid, 1957, pág. 832.

-me carácter y sigue improntando a la relación obligatoria hasta el momento mismo de su extinción.

En consecuencia, cuando las diversas prestaciones de una obligación alternativa desaparecen todas sucesivamente por culpa del deudor, no se alcanza a ver la razón por la que se niega al mismo la posibilidad de optar por la indemnización de aquélla que le parezca, habida cuenta que a él correspondía *ab initio* el derecho de elegir. ¿Por la concentración? ¿Por la culpa? No parece, pues, la primera no ha convertido necesariamente y para siempre a la obligación alternativa en simple, y la segunda puede conducir al resultado absurdo de que al deudor se le imponga la indemnización de la última prestación desaparecida cuando para él resulte indiferente contemplar una u otra y para el acreedor suponga mayor conveniencia la indemnización de la primera. Es difícil, por tanto, intentar relacionar la culpa del deudor con la circunstancia de que el mismo venga obligado a indemnizar al acreedor en función de la prestación que resultó imposible en último lugar.

¿Y a quién protege o beneficia semejante determinación? Resultaría muy difícil establecer una pauta general en el sentido de que la previsión legal beneficia o tutela en principio al acreedor o al deudor. Respecto al acreedor, porque, *in casu concreto*, aquélla puede ser lo mismo beneficiosa o perjudicial en función de que la última cosa desaparecida sea de mayor o menor valor que la primera periclitada. En relación al deudor, porque tampoco tiene mucho sentido considerar que se le niegue, si tal es su deseo, optar por el valor de la primera, habida cuenta que en él residía el *ius electionis*; y si se estima que la determinación legal es como castigo a su culpa, cabe el caso de que la presunta sanción se convierta en beneficio cuando el valor de la prestación residual resulte inferior al de la primera desaparecida. No parece, en consecuencia, que la regla del artículo 1.135 de nuestro Código Civil tenga mayor racionalidad ni justificación, al igual que ocurre con todos los que han tenido como punto de inspiración el pensamiento de POTHIER en este punto, pero, quizá, resultaría demasiado temerario intentar obviar o ignorar los claros términos del mandato legal.

Arguye MANRESA, tratando de razonar la fórmula legal, que cuando la culpa del deudor determine la desaparición de uno o más objetos, habrá con ello un elemento tan sólo para la procedencia de la responsabilidad, pero faltaría el otro y más importante: los perjuicios, que no pueden entenderse causados donde no hay derecho que los sufra; «y es indudable que no lo tiene el acreedor, en ese supuesto de obligaciones alternativas (el del artículo 1.135), para exigir una cosa o servicio determinado, sino que, limitándose a la prestación de uno cualquiera de los atribuidos la facultad que puede ostentar, únicamente cuando todos falten comienza su derecho a

reclamar indemnización, que habrá de tener por base la situación en que nació, es decir, la última prestación posible» (6).

El argumento es equívoco, en primer término, porque en cuanto la primera prestación hecha imposible por culpa del deudor es una prestación debida, siquiera alternativamente, su frustración debe generar la posibilidad de indemnización, por más que el acreedor no pueda reclamarla al no corresponderle el derecho de elección, pues por exigencia dogmática elemental una conducta debida por el deudor deja de constituir prestación cuando su imposibilidad imputable al mismo no acarrea responsabilidad indemnizatoria. Y en segundo lugar, porque resulta con toda evidencia incorrecto afirmar que el derecho del acreedor a la indemnización sólo nace cuando hayan desaparecido todos los objetos de la obligación, ya que una cosa es que la Ley imponga al deudor el resarcimiento por la última prestación devenida imposible y otra, particularmente diferente, que las imposibilidades anteriores imputables al mismo deudor no generan responsabilidad alguna.

Es por ello que creemos que contra el criterio de MANRESA de que «la Ley, en este punto, no declara la licitud de la culpa (sino que) se limita a no atribuirle, con fundamento, consecuencias que no puede causar» (7), resulta más conveniente considerar que la Ley lo único que hace, con fórmula profundamente discutible como se acaba de razonar, es imponer que al objeto de indemnizar al acreedor dañado se tome como base de cálculo la última de las prestaciones desaparecidas, pero sin que ello suponga negar que la desaparición de la primera también ha producido la obligación de resarcir. Cualquier otra construcción conduce inexorablemente, pese a lo que dice MANRESA, a declarar lícita la culpa del deudor, en cuanto se le niegan consecuencias jurídicas adversas para el mismo. Otra cosa es, empero, que la inoperatividad de las mismas en el caso que se contempla constituya, precisamente, una de las causas que justifican la crítica a la solución legal.

Si cuando se considera que en el supuesto de elección del acreedor y culpa del deudor el «precio» de la prestación desaparecida a que puede optar aquél ha de entenderse en el sentido de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, parece fuera de duda que aquí deberá operar el mismo criterio, sustantivamente, porque la razón es la misma y, formalmente, porque el artículo 1.135 del Código Civil, *expressis verbis*, advierte que el acreedor tendrá derecho a la «indemnización de daños y perjuicios».

Curiosamente, empero, no es tal el parecer de DÍEZ-PICAZO. Para este civilista, aunque el Código hable literalmente de «indemnización de daños

---

(6) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VEU-1 (sexta edición revisada por MORENO MOCHOLI), Madrid, 1967, págs. 474-475.

(7) *Ibid.*, pág. 475.

y perjuicios», la regla que establece para fijarla («tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido») parece denotar que no se trata de una genuina indemnización, sino de una sustitución de la prestación imposible por su equivalente pecuniario, que, en rigor, es independiente del resarcimiento de los daños sufridos, que dependerá de su efectiva existencia y de la responsabilidad en que el deudor pueda haber incurrido (8).

Pretender distinguir entre «genuina indemnización» y «sustitución de la prestación imposible por su equivalente pecuniario», aunque puedan darse diferencias cuantitativas, es empresa estéril, porque también en el caso de la indemnización de daños y perjuicios estamos ante un caso de sustitución de la prestación, ya que en lugar del originario objeto de la obligación se coloca otro que está constituido por el monto económico que hay que entregar al acreedor para resarcir los daños que le origina la no percepción de aquél. Cumplimiento *in genere* en lugar de cumplimiento *in natura*, pero, en todo caso, como dice GIORGIANNI, transformación de la obligación originaria en la obligación de resarcir el daño (9).

Por otro lado, intentar semejante distinción en base a considerar que el resarcimiento de los daños sufridos dependerá «de su efectiva existencia y de la responsabilidad en que el deudor pueda haber incurrido», resulta esfuerzo baldío, porque es obvio que de indemnización no cabe hablar sin daño del acreedor y culpa del deudor (dejando a un lado los supuestos de asunción del *casus* y de responsabilidad objetiva); por lo que deberá concluirse que cuando existan prejuicios el deudor deberá resarcirlos, y cuando se den el pago del valor de la prestación también se hace en concepto de indemnización, ya que no existe otro camino jurídicamente adecuado para reemplazar al cumplimiento *in natura* ni cabe excluir el precio de la prestación dentro del cómputo de la indemnización, en cuanto la pérdida de la misma es el principal daño directo que ha sufrido el acreedor, con independencia de que existan o no otros daños directos o indirectos y ganancias frustradas (*damnum emergens* y *lucrum cessans* como contenido posible pero no necesario de todo resarcimiento) (10).

En realidad, cuando el párrafo segundo del artículo 1.135 del Código Civil habla de que «la indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido», está diciendo dos cosas que no son excluyentes o contradictorias sino complementarias. Una, que existe propia y genuina indemnización (la Ley la nomina así expresamente); y la otra, que en la fórmula legal lo determinante es la referencia al criterio de

---

(8) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 506.

(9) GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1959, pág. 159.

(10) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, págs. 234 y sigs.

la última cosa desaparecida, mientras que la mención del valor es algo que podría haber obviado sin mayor problema, simplemente con que la norma hubiera hablado, a los mismos efectos, de que «la indemnización se fijará en función de la última cosa que hubiese desaparecido». En consecuencia, como bien dice ALBALADEJO, la expresión legal no significa que en vez de la última prestación hecha imposible se haya de dar simplemente su valor, sino que se indemnizarán los daños y perjuicios por su incumplimiento, pero que para calcularlos se toma en cuenta (como no podría ser de otra manera, añadimos por nuestra parte) el valor de lo que habría recibido el acreedor por la prestación frustrada, valor al que habrá que sumar otros perjuicios que, además del de no percibirlo, acarree al acreedor la falta de ingreso de la prestación en su patrimonio (11).

Siguiendo la pauta del pensamiento de POTHEER que habla de que «las dos cosas han perecido *sucesivamente* por falta del deudor» y del artículo 1.135 de nuestro Código Civil que, aunque no utiliza dicho adverbio, contempla similar situación al centrar la regla que establece sobre la circunstancia de «la *última* cosa que hubiese desaparecido», hasta aquí nos hemos venido ocupando del supuesto más interesante y problemático de la imposibilidad de todas las prestaciones producida una tras otra de manera sucesiva. Resta ahora considerar sucintamente el punto menor de la imposibilidad coetánea o simultánea de todas las prestaciones disyuntivamente debidas.

RAMS ALBESA sostiene en torno a esta materia una curiosa posición. Sobre la base de que si la elección es una facultad acordada o reconocida al deudor para el cumplimiento normal de la obligación alternativa, no puede pretenderse que por falta de otro punto de referencia se mantenga tal facultad como derecho derivado de una no concentración de la obligación alternativa, estima que en este caso el deudor puede ofrecer al acreedor la reparación debida tomando como base el valor del contenido que él estime procedente, pero ello no impide que el acreedor demande por daños y perjuicios al deudor y tome como base de su reclamación el contenido que más utilidad le hubiera reportado o simplemente prefiriese; por lo que concluye que «no se puede hablar aquí de una elección, ya que en definitiva la solución estará en manos del juez, el cual, a falta de norma expresa y ante la imposibilidad de extraer una regla analógica, tendrá que acudir a su propio arbitrio» (12).

Severas objeciones dogmáticas cabe hacer al planteamiento transcrito. Pretender que no es posible el mantenimiento de la facultad de elección

---

(11) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XV-2, Madrid, 1983, pág. 186.

(12) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, págs. 349-350.



como circunstancia derivada de una no concentración de la obligación alternativa, aparte de lo insólito del lenguaje, se halla muy cerca de una *contradictio in terminis*, pues si por exigencia conceptual mínima y por expreso mandato legal (art. 1.134 CC) la facultad de elección se pierde cuando la originaria obligación alternativa se concentre en una única prestación que sobrevive, resulta de lo más natural y obligado que no produciéndose semejante concentración subsiste incólume el *ius electionis*.

Igualmente, estimar que en la hipótesis en estudio (destrucción simultánea de todos los objetos debidos por culpa del deudor correspondiéndole a él la elección) el deudor puede ofrecer la indemnización que quiera y el acreedor reclamar la que le parezca, por lo que, en definitiva, será el juez quien decida en base a su arbitrio, es algo que ni tiene explicación adecuada ni viene al caso. Ni el acreedor ni el juez tienen nada que decir al respecto, porque por el hecho de que todas las prestaciones debidas desaparezcan contemporáneamente, el deudor no pierde su facultad de elección (en cuanto no hay concentración ni mucho menos extinción de la obligación alternativa), sino que la conserva, por más que ahora semejante elección ya no tenga como punto de referencia los objetos originarios sino las indemnizaciones sustitutorias. *Ex profeso*, prescindimos de los alegatos del autor que se comenta en el sentido de que no existe norma expresa (precisamente las cosas ocurren de esta manera por no existir norma expresa, ya que la solución que pretende es la que necesitaría de claro establecimiento legal) y de la imposibilidad de extraer una regla analógica (*sic*), hipótesis esta última que no hace falta ni resulta posible, ya que la solución viene impuesta por la sustancia misma de la obligación alternativa.

En efecto, en el supuesto que nos ocupa de pérdida de todas las cosas por culpa del deudor y elección concerniente al mismo, habiendo ocurrido todas las pérdidas de manera simultánea, la obligación, al no producirse concentración alguna, continúa siendo alternativa, por más que ahora la disyunción se plantee entre las distintas indemnizaciones que han reemplazado a las iniciales prestaciones, y, en consecuencia, el deudor tampoco ha perdido el derecho de elección que *ab origine* le correspondía.

Si, según hemos tenido ocasión de referir anteriormente, aun en el supuesto de imposibilidad prestacional sucesiva resulta muy difícil justificar dogmáticamente la fórmula legal de que el deudor haya de indemnizar en razón de la última prestación destruida y pierda su derecho de elección, no faltando autores, como GIORGI, que defienden la pervivencia de éste, ¿qué decir ahora, en el caso de imposibilidad prestacional coetánea, cuando no existe previsión legal y resulta la subsistencia del *ius electionis* de la propia estructura alternativa de la obligación y nada exige o justifica su desaparición? Como escribe RUBINO, si las dos prestaciones resultan imposibles contemporáneamente, no se puede afirmar que la obligación alternativa

devenga simple ni procede arrebatar la elección al deudor; lo único que sucede es que ésta se transfiere de las dos prestaciones *in natura* a los respectivos equivalentes en dinero, comprensivos también del pleno resarcimiento del daño (13). Este es, asimismo, el parecer, entre nosotros, de SANCHO REBULLIDA (14) y de ALBALADEJO (15).

Y difícilmente podría ser de otro modo, ya que no se alcanza a ver la razón, una vez excluida la idea de la pérdida como sanción a la culpa del deudor que requeriría de específica mención legal, por la que el deudor que podía elegir en el caso del cumplimiento por equivalente de la obligación alternativa, a menos que se tenga la peculiar e indemostrable concepción de RAMS de que la facultad de elegir inicial del deudor está acordada o reconocida solamente para el cumplimiento y desarrollo normal de la obligación alternativa (16), ya que todo coadyuva y nada impide considerar que, como escribiera hace muchas décadas LAROMBIÈRE, «si las cosas perecen coetáneamente por culpa del deudor, sin que quepa determinar cuál ha perecido la última, el deudor conserva la facultad de pagar a su elección al precio de una u otra» (17).

## 2. ELECCIÓN CORRESPONDIENTE AL ACREEDOR

Trátase aquí del caso de que todas las prestaciones han devenido imposibles por causas imputables al deudor, y al acreedor corresponde la elección. Sin duda, es éste el supuesto más simple y lineal de todos los que se han venido considerando, hasta el punto de que los autores que se ocupen de él lo resuelven con breves y acrílicos comentarios. Así, GIORGI nos dirá que «el acreedor conservará su derecho de elección si ambas cosas han perecido al mismo tiempo por culpa del deudor» (18); y, entre nosotros, Mucius SCAEVOLA se limita a decir que «se aplicará el artículo 1.136, y la elección del acreedor recaerá entonces sobre el precio» (19), mientras que para Díez-Picazo «la existencia de culpa del deudor es decisiva, porque si la elección corresponde al acreedor, el deudor tiene un deber de diligencia que recae sobre la conservación de todas las prestaciones comprendidas en el plan (20).

(13) RUBINO, «Delle obbligazioni», en *Comentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1957, págs. 122-123.

(14) SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, 1985, pág. 107.

(15) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, pág. 187.

(16) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, págs. 349-350.

(17) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, II, Bruselas, 1862, pág. 7.

(18) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, IV, *op. cit.*, pág. 450.

(19) Mucius SCAEVOLA, *Código Civil*, XIX, *op. cit.*, pág. 834.

(20) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 507.

El párrafo tercero del artículo 1.194 del *Code Napoléon* establece al respecto que si han perecido ambas cosas y el deudor ha incurrido en culpa, «el acreedor puede exigir el precio de una u otra, a su elección»; y en los mismos términos se expresa el artículo 1.181 del Código Civil italiano de 1865. Por lo que hace al vigente Código Civil de Italia, a tenor de su artículo 1.290, cuando ambas prestaciones se hayan hecho imposibles y exista culpa del deudor, «si la elección correspondía al acreedor, éste puede pedir el equivalente de la una o de la otra». También nuestro Código Civil sigue la misma pauta al disponer en la regla tercera de su artículo 1.136 que «si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio».

En la hipótesis, pues, de culpa del deudor y elección del acreedor parece de todo punto razonable el tratamiento legal de que debiendo responder el deudor de la desaparición (con indiferencia de que ésta sea sucesiva o simultánea) de ambas prestaciones y sustituidas las mismas, en consecuencia, por las oportunas indemnizaciones de daños y perjuicios (así debe entenderse aquí también el término «precio» que utiliza la Ley española), corresponda (*rectius*, siga correspondiendo) al acreedor la facultad de optar por una u otra indemnización.

Sabido es que si la elección concierne al acreedor y una de las prestaciones alternativas debidas se hace imposible por culpa del deudor, puede aquél optar entre la prestación que subsiste y el resarcimiento del daño que le ocasione la desaparición de la primera. Pues bien, siendo esto así, resulta del todo natural y lógico que si la segunda prestación también se hace imposible por hecho imputable al deudor, aquella opción del acreedor se traslade automáticamente a los dos montos resarcitarios que ahora existirán, ya que sería de todo punto absurdo que lo que se predica respecto a la frustración culposa de una de las prestaciones no se predique asimismo en relación a la desaparición también imputable de la otra, permaneciendo incólumes todos los demás presupuestos del caso. Aparte de que, como escribe RUBINO, si el acreedor que ostenta la elección puede escoger el equivalente de una u otra prestación cuando sólo una ha devenido imposible por culpa del deudor y la otra por caso fortuito, *a fortiori* podrá hacerlo cuando ambas resulten imposibles por culpa del deudor, sin que deba necesariamente atenerse a aquélla que devino imposible la última (21).

Estas últimas palabras merecen una reflexión y nos pueden servir para apuntalar *a posteriori* la crítica que en páginas anteriores hacíamos al dictado legal de que cuando la elección corresponda al deudor y todas las prestaciones perezcan por su culpa, ni el acreedor puede exigir, ni el propio deudor puede optar por otra indemnización que no sea la correspondiente

---

(21) RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pág. 123.

a la prestación que desapareció en último lugar. Decíamos, en efecto, que no se alcanza a ver razón suficiente para que la norma imponga que desaparecidas sucesivamente las diversas prestaciones de una obligación alternativa no pueda el deudor, al que corresponde el derecho de elegir, optar por la indemnización de aquélla que considere oportuno; y concluíamos que no parece, en consecuencia, que la regla del artículo 1.135 de nuestro Código Civil esté dotada de mayor racionalidad o justificación.

Ahora se ve, si cabe, todavía más claro. ¿Por qué el legislador permite elegir entre una y otra indemnización cuando la elección corresponda al acreedor y, en cambio, niega semejante posibilidad en el supuesto de que dicha facultad concierna al deudor? Ya se ha visto que los argumentos de la concentración de la obligación alternativa y de la culpa del deudor en el caso de la imposibilidad sucesiva no servían cuando la elección correspondiera a dicho deudor; y es en este lugar donde encontramos un apoyo suplementario para esta tesis de exclusión.

En efecto, ¿qué razón válida existiría para que si la elección corresponde al deudor, éste no pueda elegir, y, por el contrario, si la opción está atribuida al acreedor, el mismo pueda escoger? En ambas hipótesis existe culpa del deudor y en ambas también la imposibilidad imputable de una de las prestaciones debe desencadenar la obligación del resarcimiento del daño a cargo de dicho deudor; pretender que en una opera la concentración y en otra no, cuando en las dos la *fattispecie* es la misma, supone tratar de manera diferente lo que en sustancia es igual, y considerar que en la primera el deudor pierde el *ius electionis*, cosa que no le sucede al acreedor en la segunda, tiene un punto de incoherencia y absurdo.

Porque afirmar o negar la concentración en función de que la facultad de elegir corresponda al deudor o al acreedor, no parece tener mucho sentido, igual que tampoco lo tiene arrebatar en un caso aquella facultad al deudor y conservársela al acreedor en el otro, cuando en ambos, además, la imposibilidad se ha producido por causa imputable al deudor. Ciertamente que el artículo 1.134 de nuestro Código Civil habla de que «el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable», pero no menos cierto también que la misma regla debe predicarse cuando ello ocurra y la elección corresponda al acreedor, porque la norma está pensada, de manera fundamental, según se tuvo ocasión de ver en su lugar, para el supuesto de que habiendo desaparecido la posibilidad de realizar una de las prestaciones debidas en razón de un acontecimiento fortuito, subsista la posibilidad de que sea ejecutada la otra y la misma se mantenga hasta el instante mismo en que tenga cumplimiento *in specie* la obligación alternativa.

La hipótesis que aquí contemplamos es otra, pues hace referencia a la situación que resulta cuando todas las prestaciones debidas han devenido

imposibles por culpa del deudor en el momento en que se contempla la realización del vínculo obligatorio. En tal momento, ni tiene sentido operar con la tesis de la concentración de la obligación alternativa, ya que todas y cada una de las prestaciones desaparecidas han sido sustituidas por las respectivas indemnizaciones, ni parece haya de tener relevancia alguna el hecho de que la elección corresponda al acreedor o al deudor, habida cuenta que la poco razonable restricción de éste a la necesidad de satisfacer el equivalente pecuniario de la última prestación frustrada ya se ha visto que no es cómodo ni adecuado relacionarla con la culpa del deudor.

Y es que resulta difícil, por no decir imposible, razonar que el acreedor pueda elegir entre las distintas indemnizaciones, mientras al deudor se le niega similar posibilidad, cuando en uno y otro caso no se da diferencia básica alguna para justificar tan disímil tratamiento jurídico. Es más, si se opera con la tesis de la concentración de la obligación alternativa, la misma solución debería predicarse en uno y otro supuesto; pero si lo que se contempla es la culpa del deudor, aparte de que también se da en ambos, arrebatar a éste la facultad electiva y conservársela al acreedor, puede suponer, en el primero de dichos supuestos, una forma un tanto *sui generis* de sancionar al obligado, ya que, según antes se apuntaba, pudiera suceder que el acreedor tenga mayor interés en recibir aquella prestación que ahora, con la fórmula legal, ya no puede escoger el deudor ni él reclamar, por pertenecer, *ex definitione*, el derecho de elegir a éste.

Si el legislador hubiera arrebato tanto al acreedor como al deudor el *ius electionis* en el caso de frustración de las dos prestaciones por culpa del deudor, habría cometido, en nuestra opinión, el error dogmático de hacer desaparecer una facultad que tiene pleno sentido subsista desde la óptica de la peculiar naturaleza jurídica de la especie obligatoria en que opera, pero quizá se hubiera equivocado menos que al disponer que la pierda el deudor y la conserve el acreedor, ya que en este caso al error conceptual viene a sumarse la injusticia de un trato diferenciado sin razón jurídica suficiente. Rectamente miradas las cosas, en el supuesto que nos ocupa, el deudor debería conservar la facultad de elegir entre los equivalentes económicos de las prestaciones imposibles en los mismos términos en que la mantiene el acreedor; pero no es así, y sería lamentable, como por desgracia parece debe concluirse, que toda la explicación descansase en que hubo un texto de PonnER que trató de una determinada manera la hipótesis de la elección del deudor mientras nada dijo en relación a la hipótesis contraria de la elección del acreedor.

También aquí hay que desechar el parecer de RAMS ALBESA de que «sólo manejando una terminología impropia puede hablarse de mantenimiento de la facultad de elección cuando se contempla el supuesto de pérdida de todos los contenidos de la prestación», por lo que se trataría «del ejercicio de una

facultad del acreedor distinta de la facultad de elección que le fue atribuida en la constitución de la obligación alternativa, por la que simplemente se determina la base-valor sobre la que deberá calcularse el montante de la indemnización por daños o perjuicios derivados de la evidente responsabilidad contractual contraída» (22).

Ya hemos dicho en otro lugar que admitir la existencia del *ius electionis* cuando es posible el cumplimiento *in natura* de las prestaciones y negarlo cuando procede su cumplimiento por equivalente es algo que no tiene mayor sentido ni conduce a resultado alguno jurídicamente apreciable, máxime cuando la regla tercera del artículo 1.136 del Código Civil habla con toda claridad de «la elección del acreedor» y el mismo RAMS ALBESA se ve obligado a reconocer que «aquí lo que se da es una pluralidad de opciones, para el acreedor..., al resarcimiento del daño» (23). En realidad, el hecho de que ahora la elección deba hacerse entre prestaciones indemnizatorias no supone ninguna modificación sustancial ni desnaturalización de la misma, sino tan sólo el mero cambio de su contenido material; antes, el acreedor podía optar entre una u otra de las prestaciones originariamente contempladas, mas al sobrevenir la imposibilidad de todas ellas, su opción cambia de referencia objetiva y ahora se dirige a las indemnizaciones sustitutorias, pero sin que la misma pierda nada de su caracterización esencial, ya que, como con acierto resalta DE CRESCENZIO, «cuando los objetos se han perdido, ambos por culpa del deudor, es *natural* que el derecho de elección del acreedor pase de las cosas al precio de ellas» (24).

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES  
Catedrático de Derecho Civil  
en la Universidad de Zaragoza

---

(22) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., págs. 379-380.

(23) *Ibid.*, pág. 380.

(24) DE CRESCENZIO, «Obbligazione», en *Enciclopedia giuridica italiana*, XII-1, Milán, 1923, pág. 258.