

La imposibilidad sobrevenida de la prestación en las obligaciones alternativas, con elección atribuida al acreedor

SUMARIO: 1. NOCIONES INTRODUCTORIAS.—2. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL ACREEDOR.—3. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL DEUDOR.

1. NOCIONES INTRODUCTORIAS

Aunque en las obligaciones alternativas la elección de la prestación a ejecutar corresponde normalmente al **deudor**, puede estar también atribuida al acreedor cuando así lo hayan dispuesto las partes o resulte de las circunstancias del vínculo. Como dice el artículo 1.132 del Código Civil, «la elección corresponde al deudor a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor», precepto que debe interpretarse con las cautelas y previsiones pertinentes y que excluye, desde luego, la necesidad de que el «expresamente» se entienda en su estricta literalidad, ya que, como bien dice ALBALADEJO, basta con que utilizando los medios normales de interpretación se puede averiguar con seguridad que hubo efectivamente voluntad de que eligiese al acreedor (1).

Como se trata de una materia que no plantea mayores problemas, con la mención de la misma en el artículo 1.132 hubiera bastado, tal como ocurre en la generalidad de los Códigos Civiles. Curiosamente, empero, el codificador español, que tan parca, fragmentaria y conflictivamente ha contemplado la variedad obligatoria que nos ocupa, se sintió **compelido** a reproducir la norma en el poco afortunado párrafo primero del ar-

(1) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XV-2, Madrid, 1983, págs. 155-156.

título 1.136, a cuyo tenor «cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquella hubiese sido notificada al deudor».

El precepto es de escasa utilidad y conveniencia, no sólo por el carácter reiterativo del mismo, en un punto, además, como el de la concesión expresa que, sabido es, hay que entender con toda ponderación y laxitud, sino porque incluye unas precisiones de dudosa oportunidad y rigor, no resolviendo ningún problema en la esfera de la alternatividad prestacional y sí, en cambio, contribuyendo a generar algún equívoco o malentendido.

En efecto, la frase «la obligación cesará de ser alternativa» no tiene justificación dogmática y encierra un sensible desconocimiento de la sustancia de la alternatividad. Cuando tiene lugar la elección de la prestación a ejecutar por uno u otro de los sujetos de la relación obligatoria, lo mismo que cuando resultan imposibles todas las prestaciones debidas menos una, a pesar de que es frecuente que las normas civiles hablen de conversión de la obligación alternativa en simple (*ad exemplum*, art. 1.193 del *Code* o art. 1.289 del *Codice*), lo cierto es que no tiene lugar transmutación alguna ni se produce ningún cambio de naturaleza, porque la originaria conducción de alternativa continuará afectando, con una u otra incidencia, al vínculo nacido de esa manera hasta el momento mismo de su extinción.

Si así no fuera, difícilmente tendrían sentido las reglas que estamos considerando en relación a las diversas situaciones en que pueden encontrarse las obligaciones alternativas. Es por ello que aunque en diversos supuestos pueda hablarse de que la obligación alternativa se conforma o se considera como simple, conviene excluir la idea de conversión o cambio de la *substantia iuris* del vínculo porque la misma encierra una patente incorrección dogmática.

Parecida equivocación se padece cuando, tal como hace el artículo 1.136 de nuestro Código Civil, se dice que la obligación «cesará» de ser alternativa porque, en realidad, no existe tal cese, como se encarga de constatar el resto del contenido de dicho precepto en las distintas hipótesis de imposibilidad sobrevenida de la prestación que contempla, correspondiendo la elección al acreedor; y no existe semejante cese porque la naturaleza de una obligación no es algo que se adquiera y se pierda en función de determinadas contingencias, sino que constituye una caracterización que, con una u otra fuerza, acompaña al vínculo desde el nacimiento a la extinción. Algo, pues, que impide aceptar literalmente la afirmación de ALBALADEJO de que «acaba la especialidad de la obligación alternativa desde que se efectúe la concentración, bien por medio de la elección, bien por cualquier otro procedimiento» (2).

(2) *Ibid.*, pág. 183.

Resulta también innecesaria y **conflictiva** la segunda parte del precepto que se comenta, relativa al cese de la alternatividad «desde el día en que aquélla (la elección) hubiera sido notificada al deudor», tanto porque semejante circunstancia ya había sido establecida de manera genérica y con mejor dicción jurídica en el artículo 1.133 del Código Civil («la elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada»), como porque no resulta correcta la expresión legal «desde el día», ya que las particulares consecuencias de la elección se producen *desde el momento* de su notificación (3).

2. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL ACREEDOR

La primera de las dos hipótesis que procede considerar en el supuesto de que el *ius electionis* resulte conferido al acreedor es la de que él mismo haya procedido a tornar imposible una de las prestaciones alternativamente adeudadas. Los Códigos Civiles, excluidos el italiano de 1942 y el mexicano, no la contemplan de manera expresa, quizá bajo el prejuicio que en su día expresara GIORGI de que se trata de un caso rarísimo, por no decir imposible, sobre el que las leyes callan, precisamente porque «quod raro evenit, praetereunt legislatores» (4). Cuando lo cierto es que, aunque no frecuente, tampoco resulta insólito que la culpa del acreedor pueda determinar la exclusión de una de las prestaciones, por más que a él le corresponda la facultad de elegir.

Acaecido el evento que se considera, cabe enfocar la situación resultante bajo ángulos diferentes. Sobre la base de un texto de JAVOLENO que parece arrebatar la facultad electiva al acreedor cuando haya incurrido en culpa (en realidad, la fuente contempla específicamente la mora *accipiendi*) (5), diversos autores clásicos consideraron que la circunstancia apuntada debía determinar que el acreedor culpable ya no pudiera escoger, de manera tal que habría de considerarse satisfecho con aquella de las prestaciones que había hecho imposible y el deudor resultaría liberado desde el momento en que se produjo el hecho impositivo.

Sobre la base del pensamiento de DEMOLOMBE, GIORGI argumentará en este sentido que no resulta admisible que el acreedor conserve, no obstante su culpa, el derecho de opción y pueda en base al mismo reclamar la cosa que subsiste, puesto que el deudor puede encontrar, precisamente, su pleno

(3) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, pág. 365.

(4) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, pág. 450.

(5) D. 45,1,105.

resarcimiento en obligar al acreedor a contentarse con la cosa destruida; por lo que estima que si semejante pretensión aparece de manera concreta en el caso oportuno, será difícil que el Juez rechace la demanda del deudor y no lo declare eximido (6).

El parecer del clásico civilista italiano descansa en la idea de que si el deudor tiene derecho al resarcimiento por la actuación del acreedor, puede considerar que la reparación consista en que no se le obligue a realizar la prestación que subsiste; curiosa forma de reparación que no es *in natura* ni por equivalente y que encierra la paradoja de estimar que el deudor pueda encontrar su resarcimiento «en obligar al acreedor a contentarse con la cosa destruida», cuando lo cierto es que ni éste puede obtener satisfacción alguna con algo que ya ha desaparecido ni la reparación del deudor consistiría en ello, sino, a lo sumo, en que frustraría la posibilidad de que el acreedor, no obstante su culpa, pudiese obtener la prestación residual.

Cabe también una segunda posición, que consistiría en considerar que, a pesar de su acción destructiva, el acreedor mantendría incólume su facultad de elección, pudiendo optar entre la prestación que subsiste, con el aditamento de tener que indemnizar al deudor por la pérdida de la otra, y el reclamo del valor de la cosa desaparecida. Postura de difícil defensa porque encierra el contrasentido, de imposible superación, de que alguien al que resulta imputable la pérdida de un determinado objeto pueda proceder, empero, a exigir su precio, ya que lo ordinario es lo opuesto, esto es, que quien tiene derecho a recibir una cosa pueda reclamar su valor (*rectius*, la indemnización de los daños y perjuicios causados), cuando el deudor provoque voluntariamente su destrucción o pérdida. Mantener a ultranza el *ius electionis* del acreedor pese a su reprochable proceder supone una visión de dicha facultad electiva demasiado «sacramental», que entra en conflicto con otros intereses legítimos superiores y que no encuentra justificación desde la óptica estricta de las consecuencias que se mueven en el seno de las obligaciones alternativas. Como ha resaltado RAMS ALBESA, la tesis que se comenta resulta inaceptable en cuanto antepone a todo otro derecho la facultad de elección, algo que implica sacar de su contexto el derecho de elegir, que no pasa de ser un mecanismo jurídico orientado a la determinación de la presentación que habrá de ser cumplida por el deudor (7).

De CRESCENZIO ha sostenido que en el supuesto de imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones por causa imputable al acreedor, correspondiendo al mismo la facultad de elegir, la obligación alternativa queda concentrada en la prestación que sobrevive y, en consecuencia, no existe otra salida que la recepción de ésta por parte del acreedor y la correspon-

(6) *Ibid.*

(7) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 383.

diente indemnización al deudor por la pérdida de la primera. La prestación subsistente opera *in obligatione et in petitione* y sobre ella quedan circunscritas todas las posibilidades operativas de la obligación alternativa (8).

Se ha objetado a esta tesis que se fundamenta en la interpretación de la obligación alternativa más mecanicista posible al entender que la pérdida de uno de los contenidos de la prestación concentra ésta sobre lo que resta de ella (9), sin querer advertir, quizá, que éste es el juego normal del vínculo disyuntivo. Cuando en él una de sus prestaciones deviene imposible (no uno de los contenidos de la prestación, algo que supone trasladar como factor de caracterización de las alternativas lo que es simple elemento estructural de la prestación), lo natural y obligado es que se concentre en la otra, pero no por matiz mecánico alguno, sino sencillamente porque, al margen de la culpa del deudor o del acreedor, la obligación alternativa debe subsistir mientras sobreviva alguno de sus originarios objetos.

Lo único que sucede es que aquí es el propio acreedor-electoral el que mutila sus posibilidades de elegir al hacer imposible por su culpa una de las prestaciones. ¿Deberá ser suficiente semejante circunstancia para excluir que pueda reclamar la prestación que subsiste? Si se considera que al corresponderle la facultad de elección siempre habría podido ignorar la prestación que imposibilitó y que su culpa, por ello, escasamente tiene algo que ver con la determinación de obtener la otra de las prestaciones, no parece que quepa formular mayores objeciones a la tesis que se comenta. Eso sí, como resultaría injusto e incoherente que el deudor perdiera a un tiempo la primera de las prestaciones por culpa del acreedor y la segunda por reclamación del mismo en base a la concentración producida en la obligación alternativa, es natural que si realiza esta última deba ser indemnizado por la detracción de la otra.

El Código Civil mexicano se inclinó por la tesis que hemos expuesto en primer lugar al disponer en su artículo 1.974 que si la elección es del acreedor y una de las cosas debida se pierde por su culpa, «con la cosa perdida quedará satisfecha la obligación». Privación, pues, al acreedor de la facultad de reclamar la cosa que subsiste y exclusión de la subsistencia de la relación obligatoria no obstante continuar existiendo uno de sus iniciales objetos; punto de vista un tanto radical y singular, habida cuenta de que estamos en la hipótesis de que el *ius electionis* corresponde al acreedor y de que no se aprecia razón suficiente para que el mismo resulte excluido *in radice*, aunque su actuación culpable haya determinado la desaparición de una de las prestaciones, precisamente porque en base a él siempre podría

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

(9) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 383.

haber eludido la recepción de la misma. En el fondo, suena como justificación de tan extrema postura la vieja y excluible aseveración de GIORGI de que «el deudor puede encontrar, precisamente, su pleno resarcimiento en obligar al acreedor a contentarse con la cosa destruida» (10); cuando no es eso de lo que se trata ni resulta posible el contenido de semejante afirmación.

La hipótesis que se considera no había sido prevista por el Código Civil italiano de 1865, pese a que la doctrina, como se ha visto, se la planteara. El inciso primero del párrafo segundo del artículo 1.289 del *Codice Civile* de 1942 la ha recogido plenamente a través de la fórmula de que «cuando la elección corresponde al acreedor el deudor quedará liberado de la obligación si una de las dos prestaciones se hace imposible por culpa del acreedor, salvo que éste prefiera exigir la otra prestación y resarcir el daño». Fórmula ecléctica que intenta conciliar el parecer clásico de extinción de la obligación con la exigencia lógica de que el acreedor pueda todavía reclamar la prestación subsistente si está dispuesto a indemnizar.

RUBINO estima que en el caso de estudio la ley presume, salvo prueba en contrario, que el acreedor elige la prestación devenida imposible, por lo que el deudor resulta liberado de la obligación por imposibilidad no imputable a él del objeto debido. Pero el acreedor puede, por el contrario, elegir la otra prestación que subsiste posible; en cuyo caso queda obligado a resarcir, por ilícito extracontractual, los daños ocasionados al deudor por la sobrevenida imposibilidad de la primera prestación. Mientras en las hipótesis de elección del deudor la ley, no obstante la imposibilidad de una prestación, conserva la elección al deudor como sanción a la culpa del acreedor, aquí, en cambio, aunque la culpa sea del mismo titular de la elección, ésta se mantiene igual en base a la circunstancia de no perjudicar sustancialmente al deudor, el cual, o resulta liberado de la obligación, o consigue al menos el resarcimiento del daño sufrido. Ciertamente, reconoce, hubiera sido posible la otra solución de sustraer la elección al acreedor y extinguir automáticamente la obligación, tal como se sostenía por parte de la doctrina (GIORGI, POLACCO, THIBAUT), bajo el Código Civil de 1865 y ante el silencio del mismo (11).

Creo que se trata de una interpretación excesivamente apegada a la letra de la ley. Pretender que en la hipótesis del inciso primero del párrafo segundo del artículo 1.289 del *Codice* la norma establece una presunción *iuris tantum* de extinción de la obligación, en base a considerar que, de todas maneras, dicho acreedor puede decantarse por la otra prestación que

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

(11) RUBINO, «Delle obbligazioni», en *Comentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1957, pág. 110.

subsiste, no es una construcción lógica ni verosímil, ni responde a la realidad de las cosas.

Del hecho de que el precepto italiano no haya sido excesivamente claro en su formación no cabe derivar, según pretende RUBINO, unas conclusiones que se aproximan peligrosamente a la *contradictio in adiecto*. En efecto, resulta contradictorio decir que, en principio, la obligación se extingue, salvo que el acreedor prefiera la otra prestación porque esta última posibilidad se encuentra, cuando menos, en el mismo plano de operatividad teórica que la primera, en cuyo caso difícilmente cabe considerar el supuesto de una presunción *iuris tantum*, supuesto que necesariamente ha de reflejar para tener semejante catalogación jurídica la idea de normalidad, de que eso sea lo ordinario, de que tal situación es lo que naturalmente ha de ocurrir.

Si del plano teórico descendemos a la realidad de las cosas, la explicación de RUBINO todavía se torna más increíble, porque ¿tiene sentido considerar que en una obligación alternativa con elección conferida al acreedor, éste se decantará normalmente por la prestación devenida imposible por su culpa?, o ¿será más razonable pensar que si dicha prestación fuera su preferida no la habría hecho imposible? El simple hecho de la destrucción de una de las prestaciones debe llevarnos a considerar como hipótesis ordinaria que el acreedor prefiere la otra y que, en consecuencia, la reclamará aunque tenga que soportar el pago de resarcimiento del daño irrogado al deudor.

Si esto es así como irrefragable dato emanado de la realidad de las cosas y si a ello no se opone, pese a su defectuosa dicción, la norma contemplada, parece que la conclusión no puede ser la que defiende RUBINO. El acreedor-elector que por su culpa torna imposible una prestación continúa teniendo dos posibilidades, en el mismo plano de igualdad: o considerar extinguida la obligación o reclamar la otra a indemnizar. ¿Es ello injusto o desmerece excesivamente al deudor? De ninguna manera, pues no hay que olvidar que el *ius electionis* corresponde al acreedor y él bien podría haberse inclinado por la prestación devenida imposible por su culpa, posibilidad de elección que no debe perder por más que se haya restringido *de facto* el campo de actuación de la misma.

La comparación que establece con la hipótesis antecedente no es correcta, pues en ella la elección correspondía al deudor y la culpa es del acreedor, pudiendo aquél sancionar a éste precisamente porque a él estaba atribuida la facultad de elegir. Ahora no tiene sentido, en el supuesto negado de que ello pueda considerarse *stricto iuris* como sanción, contemplar castigo alguno por la actuación del acreedor, porque a él corresponde el *ius eligendi*, y esta circunstancia es la que marca la pauta en el sesgo de las obligaciones alternativas. Si con algún otro supuesto debería ser comparado es con el de elección y culpa en el deudor, y aquí la diferencia de trata-

miento, de claro *favor debitoris*, queda patente, pues mientras en dicho supuesto la obligación alternativa «se convierte» en simple, en el caso de elección y culpa en el acreedor no ocurre lo mismo, cuando, quizá, a lo mejor no sería tan anómalo que la ley hubiera ensayado el mismo tratamiento (*similia, similibus*).

Con todo, el tratamiento del Código Civil italiano en el supuesto que se contempla (dando por buena la dudosa interpretación de RUBINO) todavía le parece a RAMS ALBESA excesivamente benévolo para el acreedor, pues estima que si en el artículo 1.278 del *Codice* se sanciona la mora en la elección del acreedor transfiriéndola al deudor, «sería lógico que una agresión patrimonial acarree como mínimo igual perjuicio para quien la infiera», pero no ocurre así, y «ni siquiera la presunción contenida en la primera parte de la solución queda elevada a la categoría de presunción *iuris et de iure* (12).

Se trata de cosas diferentes. Ciertamente que el artículo 1.278 arrebató la opción al acreedor que no hace uso de ella, pero el mismo precepto se le arrebató también al deudor inactivo; por lo tanto, de predicarse un tratamiento similar a lo que ocurre en este campo, parece que la solución no debería ser la que propugna RAMS ALBESA, sino exactamente la contraria, esto es, si con culpa y elección del deudor la obligación alternativa resulta simple, con culpa y elección del acreedor el resultado debería ser el mismo, mientras, como se ha visto, no ocurre así y existe un trato claramente favorable al deudor. Lo que sucede es que el punto que nos ocupa poco o nada tiene que ver, al objeto de extrapolar soluciones, con el relativo al no ejercicio del *ius electionis* por su titular. Aparte de que no acaba de entenderse bien que el autor citado lamente que la culpa del acreedor no acarree la pérdida de la facultad electiva y que ni siquiera la supuesta presunción que la ley establece sea *iuris et de iure*, pues ¿acaso si dicha presunción tuviese tal carácter no equivaldría ello a negar al acreedor toda posibilidad de elección?

Como sabemos, el caso que se está considerando no tiene regulación expresa de nuestro Código Civil, ya que el artículo 1.136 del mismo relativo al supuesto de que la elección corresponderá al acreedor no lo contempla; no debe extrañar, por tanto, que la doctrina no le dedique excesiva atención. Con todo, MUCIUS SCAEVOLA sostuvo para nuestro Derecho la misma solución del artículo 1.974 del Código mexicano (extinción de la obligación), «porque el que con culpa pierde la cosa que se le debía, se considera que se ha hecho pago», aunque no parece estar muy convencido de esta tesis cuando a continuación afirma que «no sería un desatino que el acreedor reclamase la cosa restante, satisfaciendo la indemnización corres-

(12) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 384.

pondiente a la pérdida de la primera» e, incluso, «quizá se satisficiera más la lógica de éste que del otro modo» (13). También para RAMS ALBESA en este tipo de supuesto es donde debe jugar su papel dentro de las alternativas el principio del *favor debitoris* y, en consecuencia, «el hecho del acreedor extingue la obligación y libera al deudor plenamente» (14).

Ya hemos visto que no se trata aquí del juego del criterio de *favor debitoris*, sino del desarrollo coherente y lógico de lo que supone la facultad de elegir en las obligaciones alternativas, con indiferencia de que corresponda al acreedor o al deudor. Es, debe ser, tan determinante esta circunstancia que cuando dicha facultad está atribuida al acreedor, el hecho de que la culpa del mismo provoque la imposibilidad de una de las prestaciones no tiene por qué suponer su pérdida. Por tanto, no es que la ley presume que el acreedor elige la prestación imposible, sino que el mismo, ante la situación de que no queda más que una de las prestaciones debidas, puede optar entre dar por extinguida la obligación, con la consiguiente liberación del deudor (que en esto consiste realmente su supuesta elección de la prestación devenida imposible), y reclamar al deudor la prestación residual. Claro está que como en este último caso el deudor sufriría el doble e injusto perjuicio de la pérdida de ambas prestaciones, tendrá derecho a reclamar del acreedor el resarcimiento (*ex art. 1.902*) del daño que le produjo la desaparición culpable de la primera. Esta, creemos, es la solución que corresponde en nuestro Derecho Civil ante la ausencia de previsión legal y en acatamiento de los dictados que emanan de la sustancia y función de las obligaciones alternativas.

3. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL DEUDOR

Resta por considerar la hipótesis de que correspondiendo la elección al acreedor una de las prestaciones debidas se haga imposible por causa imputable al deudor, supuesto que tradicionalmente ha sido recogido por los Códigos Civiles. Así, a tenor del artículo 1.194 del *Code*, «si el deudor está incurso en culpa, el acreedor puede exigir la cosa que quede o el precio de la que haya perecido»; y en los mismos términos el artículo 1.181 del Código Civil italiano de 1865. De acuerdo al inciso segundo del párrafo segundo del artículo 1.289 del *Codice Civile* de 1942, «si de la imposibi-

(13) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XIX (2.^a edición, revisada por MARÍN PÉREZ), Madrid, 1957, pág. 384.

(14) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 384. En los mismos términos, DE LA CUESTA, «Las obligaciones alternativas», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 23.

lidad debe responder el deudor, el acreedor puede elegir la otra prestación o exigir el resarcimiento del daño»; y según dispone la regla segunda del artículo 1.136 del Código Civil español, «si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido».

Práctica coincidencia, pues, entre las distintas normas civiles. Sólo el Código Civil mexicano rompe esta armonía al establecer en su artículo 1.969 que «si la elección compete al acreedor y una de las dos cosas se pierde por culpa del deudor, puede el primero elegir la cosa que ha quedado o el valor de la pérdida, con pago de daños y perjuicios», prescripción interesantísima, según luego tendremos ocasión de ver, pues a diferencia de lo que ocurre en las otras normas el acreedor que opta por el cumplimiento de la prestación que subsiste puede reclamar también la indemnización de los hipotéticos daños y perjuicios que semejante limitación de su facultad electiva le haya producido.

Que cuando la elección corresponda al acreedor y el acto culpable del deudor determine la imposibilidad de una de las prestaciones, pueda el primero optar entre la prestación que sobrevive y el equivalente económico de la que desapareció, parece algo tan lógico y natural dentro de la configuración y juego de las obligaciones alternativas que escasamente necesita justificación. Así lo estimó siempre el pensamiento civil clásico, que por boca de LAROMBIÈRE advertirá que la previsión legal se acomoda a «la más perfecta justicia» (15), y en el decir de GIORGI se trata de «una disposición consagrada en todas las legislaciones y tan racional que no requiere explicación» (16).

Como se observará, los Códigos latinos del siglo pasado hablan de que el acreedor puede elegir entre la cosa que pervive y el «precio» de la que haya desaparecido. No hace falta ahondar demasiado para percatarse de que el pago por el deudor del precio o valor de la cosa parecida, entendido literalmente, podría suponer para el acreedor un perjuicio injustificado, ya que la forzosa exclusión de dicha cosa (*rectius*, de la prestación hecha imposible) puede ocasionar a aquél un determinado detrimento patrimonial superior a la estricta estimación pecuniaria de la cosa según el mercado; y sin que ello pueda neutralizarse aduciendo que siempre puede el acreedor inclinarse por el cumplimiento *in natura* de la prestación que subsiste, porque tal cosa supondría desequilibrar el juego igual de los dos brazos de la opción. No debe extrañar, por tanto, que ya LAURENT advirtiera que puede el acreedor demandar, a título de daños y perjuicios, el precio de la cosa

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

(16) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, IV, op. cit., pág. 449.

que ha perecido (17); y mucho más recientemente, y entre nosotros, LACRUZ ha indicado que por «precio» ha de entenderse en este lugar la indemnización de daños (18).

En realidad, no puede ser otro el correcto sentido dogmático de la defectuosa expresión legal en la hipótesis que se contempla, pues en ella las cosas ocurren de la siguiente manera: una de las prestaciones debidas subsiste tal como fue configurada y la otra ha devenido imposible por culpa del deudor; la primera puede ser objeto de cumplimiento *in natura*, mientras que la segunda, al no liberarse el deudor de responsabilidades por resultar imputable a él la imposibilidad sobrevenida, sólo podrá ser objeto de realización *in genere* o por equivalente. En consecuencia, por más que la ley hable de «precio» de la cosa perdida, es obvio que, rectamente, no puede referirse más que al *id quod interest*, pues la no ejecución culpable de la prestación debida no se subsana con el pago de su estricta valoración pecuniaria de mercado, sino que da lugar «a la indemnización de los daños y perjuicios causados» (art. 1.101 CC) (19).

No es éste el parecer de HERNÁNDEZ-GIL, para quien la regla segunda del artículo 1.136 del Código Civil ofrece las novedades de introducir en el objeto de la obligación alternativa el precio correspondiente a la prestación perecida por culpa del deudor, con lo que el perecimiento modifica el derecho de elección pero no lo restringe, y de que en el régimen del Código Civil «haya de tenerse en cuenta precisamente el precio de la prestación, lo cual significa que no ha de estarse a la lesión patrimonial experimentada, sino al valor objetivo atribuido a la prestación» (20).

Que nuestro Código Civil hable de «precio» de la cosa desaparecida por culpa del deudor no constituye novedad alguna, pues se limita a reproducir la expresión, al igual que los restantes Códigos latinos salvo el italiano de 1942, que en su día utilizara el *Code Napoléon*. Lo que sí supone novedad importante es que HERNÁNDEZ-GIL estime que el eludido término debe entenderse en su estricta acepción literal, algo que, como se ha visto, ha sido rechazado desde el primer momento por lo más calificado de la civilística y que, además, resulta de imposible encaje dogmático.

En efecto, según acabamos de resaltar, la justificación conceptual de que el acreedor pueda reclamar al deudor determinada suma cuando por culpa de éste una de las dos prestaciones alternativamente debidas devenga imposible, no es otra que la de que estamos ante un supuesto de imposibi-

(17) LAURENT, *Principes de Droit civil français*, XVII, Bruselas-París, 1878, pág. 257.

(18) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, pág. 43.

(19) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, págs. 73 y sigs., y 234 y sigs.

(20) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 154.

lidad imputable al deudor, en el que, como dice correctamente GIORGIANNI, no se extingue la obligación originaria, «sino que se transforma en la obligación de resarcir el daño» (21). Ahora bien, cuando tal ocurre, la única salida que el Derecho Civil contempla es la de que el deudor culpable indemnice al acreedor los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación le ha irrogado; y no se alcanza a ver la razón para que esto no ocurra también en la hipótesis de la regla segunda del artículo 1.136 del Código Civil, ni se entiende por qué el uso de la palabra «precio», que se sabe de dónde proviene y se conoce la forma en que ha sido considerada en su propia fuente, vaya a suponer entre nosotros nada más y nada menos que establecer una excepción insólita en el régimen general del incumplimiento de las obligaciones por imposibilidad de la prestación imputable al deudor.

Con una dificultad adicional. Aunque el Código Civil hable del precio de la «cosa» perecida, se sabe sin objeción alguna que estamos ante una de las tantas incorrecciones técnicas de nuestro Código, pues es obvio que se está refiriendo a una de las prestaciones de la obligación alternativa que devino imposible, tal como ha rectificado adecuadamente el Código Civil italiano de 1942. Ahora bien, si lo perecido, desaparecido, destruido o hecho imposible no es una cosa sino, *in genere*, una prestación, ¿cómo podrá hablarse del «precio» de ésta en todos aquellos casos en que su contenido no consista precisamente en la entrega de una cosa corporal? No parece, por tanto, que pueda dudarse de que el precio de la regla segunda del artículo 1.136 del Código Civil no es otra cosa que el resarcimiento del daño que al acreedor le haya causado la imposibilidad de que pueda ejecutarse una de las prestaciones de la obligación alternativa.

Trátese, como dice RUBINO, de que la fórmula legal debe ser susceptible de abarcar también a la prestación de hacer (y a la de no hacer), pero sobre todo de resaltar que aun en la prestación de dar el resarcimiento no se limita siempre y necesariamente al valor objetivo de la cosa o, desde luego, de la prestación, es decir, el ulterior de aquel determinado acreedor por no haber obtenido la cosa (o la prestación) *in natura* (22).

Esto es lo correcto, pues por más que se trate de la entrega de una cosa, la imposibilidad de proceder a la misma por culpa del deudor debe generar un tipo de responsabilidad que no puede agotarse en el pago del precio de aquélla, sino que ha de comprender la indemnización de todos los daños y perjuicios que la no recepción de la cosa haya originado al acreedor, es decir, resarcimiento de los daños directos e indirectos y abono de las razonables y demostrables ganancias que el incumplimiento impidió obtener, ya

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

(22) RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pág. 113.

que no existe razón válida alguna para que no opere aquí también el juego del daño emergente, en cuanto disminución de una utilidad ya integrada en el patrimonio, y del lucro cesante, como privación de una utilidad no poseída, pero que sí habría sido poseída sin la violación del vínculo (23).

En el caso que nos ocupa, elección del acreedor y culpa del deudor, a pesar de que una de las prestaciones debidas ha resultado imposible por hecho imputable al obligado, el juego típico de la alternatividad se mantiene vivo, en cuanto el acreedor pueda continuar eligiendo entre una u otra actuación del deudor, por más que ahora una de éstas consista en el resarcimiento del daño producido por el evento que se comenta. Este ha sido y es el parecer dominante en la doctrina que se ocupa de la materia; así, RUBINO habla de que «el acreedor manifiesta su elección en un sentido o en otro» (24) y, entre nosotros, HERNÁNDEZ-GIL considera que el perecimiento de una de las cosas debidas por culpa del deudor «modifica el derecho de elección, pero no lo restringe» (25).

Curiosamente, empero, RAMS ALBESA sostiene que no puede hablarse de conservación de la facultad de elección, al menos en el sentido que debe darse a esta locución en el ámbito de las obligaciones alternativas, «puesto que el ejercicio de la facultad de elección queda referido para los contenidos de la prestación alternativa *in natura*, lo que en el supuesto que nos ocupa ya no es posible». En su sentir, los autores italianos que hablan de la conservación del *ius electionis* lo hacen inducidos por la defectuosa dicción del párrafo segundo del artículo 1.289 del *Codice Civile* («elegir la otra prestación o exigir el resarcimiento del daño»), cuando, obviamente para él, no se trata de elegir, sino, como dice nuestro Código Civil, de «reclamar» la otra (26).

Creo que se trata de una inadecuada apreciación de las cosas. Cuando en una obligación alternativa una de las dos prestaciones debidas resulta imposible, puede suceder, tal como se ha tenido ocasión de ver, que el acreedor no ostente otra posibilidad ni pueda ser sometido a otra actuación que la de recibir la prestación que resta (caso de elección y culpa del deudor). La ley habla entonces, incorrectamente, de que la obligación alternativa «se convierte» en simple, aunque, en realidad, no suceda tal, sino simplemente que en adelante las cosas van a ocurrir como si el vínculo obligatorio disyuntivo tuviera esa consideración. Pero puede suceder también, cual ocurre en tres de los cuatro casos típicos, que la imposibilidad de una de las prestaciones, por más que afecte al contenido de la elección,

(23) BARASSI, *La teoría generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1948, pág. 469; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, op. cit., págs. 234 y sigs.

(24) RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pág. 113.

(25) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 154.

(26) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 371.

no suponga la desaparición de la misma, ya porque el deudor pueda optar entre la liberación y la ejecución de la otra prestación más el resarcimiento, o bien porque el acreedor esté facultado para escoger entre la liberación del deudor y exigir la prestación restante resarciendo el daño, o pueda discernir entre la prestación viva y la reparación del daño, que es la hipótesis que nos ocupa.

Que en algunos de ellos pueda dudarse de que, por más que se mantenga la posibilidad de elección, estemos en presencia de la típica **alternatividad** prestacional, no empece para que en la hipótesis en estudio resulte claro que no hemos salido del campo operacional propio de ésta. Pretender, como intenta RAMS ALBESA, que de facultad de elección sólo cabe hablar mientras subsistan las prestaciones *in natura* no resulta adecuado, porque tan prestación debida es la conducta del deudor originariamente contemplada como su equivalente económico en caso de incumplimiento, ya que en otro caso difícilmente cabría hallar título jurídico suficiente para reclamar el resarcimiento del daño. Cuando en una obligación alternativa y por hecho imputable al deudor una de sus prestaciones cambia de contenido y pasa a ser indemnizatoria, el originario carácter de la misma continúa y la posibilidad de optar que ostenta el acreedor es *sic et simpliciter* la genuina facultad de elección que desde el **principio** le correspondía. Que una de las prestaciones debidas pueda ser cumplida *in natura* o *in genere* no cambia en nada la naturaleza alternativa de la obligación y, por ende, no desvirtúa ni impide el juego del inicial *ius electionis*, pues ¿cómo cabría sostener lo primero, tal como admite RAMS, si se afirma que lo segundo no tiene lugar?, o ¿acaso cabe hablar rectamente de **alternatividad** cuando ha desaparecido el básico y caracterizador derecho de elección?

Por lo demás, frente a lo que pretende el autor citado, tampoco los términos legales predeterminan una u otra dirección. La facultad electiva que sigue ostentando el acreedor no descansa en que el Código Civil italiano hable de «elegir» ni en que el nuestro emplee el verbo «reclamar», porque resulta claro que tanto uno como otro término se refieren no a la elección en sí, sino a la posibilidad que ostenta el acreedor de exigir la realización de la prestación que sobrevive; la capacidad de elegir, la facultad de que el acreedor opte en una u otra dirección prestacional, según los preceptos que se comentan, no se encuentra en esas palabras, sino en la conjunción disyuntiva «o», que en ambas normas se encuentra presente e implica la existencia y subsistencia de la **alternatividad** (*aut... aut*).

Antes reseñábamos que, de acuerdo al artículo 1.969 del Código Civil mexicano, en la hipótesis que estamos considerando (elección del acreedor y culpa del deudor), «puede el primero elegir la cosa que ha quedado o el valor de la pérdida, con pago de daños y perjuicios», y que la prescripción resultaba en extremo interesante. Efectivamente, si el acreedor se decide

por la prestación que subsiste puede verse subjetivamente perjudicado frente a lo que habría supuesto poder obtener la otra prestación que ha devenido imposible por culpa del deudor; que en este caso puede reclamar el resarcimiento del daño que se le produzca parece justo y razonable, sin que constituya elemento obstativo el que también pueda optar por la indemnización del perjuicio que le ocasionó la desaparición de la otra prestación, porque ello nos sitúa en perspectiva diferente y no viene al caso.

¿Sería posible en el Derecho Civil español una conclusión similar? Ante la ausencia de expresa previsión legal no parece posible su adopción, pues no existe forma de aditamentar el reclamo del acreedor cuando se haya decidido por la prestación residual. En efecto, no cabe contemplar en este supuesto la indemnización de daños y perjuicios como sustitución de la prestación debida porque ésta subsiste y, precisamente, es reclamada *in specie*, y no cabe tampoco considerar un hipotético resarcimiento del daño por ilícito extracontractual, ya que el hecho del deudor que ha determinado la imposibilidad de la otra prestación y en el que se hallaría la fuente del daño no implica ataque injusto a un bien ajeno, sino destrucción voluntaria de una posibilidad de actuar propio que a lo único que puede dar lugar es a que su responsabilidad indemnizatoria se configure como sustitutoria de la prestación devenida imposible.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza