

Momento de la elección en las obligaciones alternativas

1. Parece natural que en una variedad obligatoria en la que se da una relativa indeterminación prestacional, cual ocurre en las alternativas, exista interés en que la incógnita se resuelva en un lapso temporal razonable y se puedan instrumentar los pasos que conduzcan a su realización. Retrasar la elección, aparte de incidir sobre el punto de que se incrementan las posibilidades de que alguna o algunas de las prestaciones debidas resulten afectadas en cuanto a su ejecución, supone también mantener un estado de incertidumbre más allá de lo razonable y obturar los conductos normales para que se despeje la incógnita prestacional de la manera adecuada; por lo que resulta natural preguntarse qué tipo de repercusiones jurídicas será capaz de generar el hecho de que no se proceda a la elección de una de las prestaciones en su justo momento por aquel a quien corresponda elegir.

El párrafo 264 del BGB se plantea la materia y dispone su solución en los siguientes términos: «Si el deudor titular de la elección no la realiza antes del comienzo de la ejecución forzosa, el acreedor puede, a su elección, dirigir dicha ejecución forzosa sobre una u otra prestación; el deudor, sin embargo, en tanto el acreedor no haya recibido la prestación elegida en todo o en parte, puede liberarse de la obligación por una de las restantes prestaciones. Si el acreedor titular de la elección está en mora, el deudor puede requerirle para la realización de dicha elección bajo determinación de un plazo prudencial. Con el transcurso del plazo pasa al deudor el derecho de elección, si el acreedor no lleva dicha elección en tiempo oportuno.»

Se trata de una regulación general del supuesto que intenta, con visión práctica, establecer las pautas oportunas en las distintas hipótesis que pueden presentarse, según el *ius electionis* corresponda al deudor o al acreedor. Si concierne al primero y no lo realiza en el momento debido, parece fuera de duda que en un sistema como el alemán en el que rige el principio *dies interpellat pro homine* dicho deudor se halla incurso en mora, y semejante situación, aparte de sus efectos genéricos en cualquier variedad obligacio-

nal, algunos específicos deberá producir en el concreto campo de las obligaciones alternativas que nos ocupa.

El parágrafo 264 del Código Civil alemán dispone, al respecto, que el acreedor puede dirigir la ejecución forzosa una de las prestaciones, determinada a su elección, caso de que el deudor no haya realizado la elección antes del comienzo de dicha ejecución forzosa, en razón de que, como dicen ENNECCERUS y LEHMANN, el deudor no pierde el derecho de elección que le incumbe aunque incurra en mora, por lo que el acreedor tiene que demandar la realización de una u otra prestación a elección del deudor y la sentencia ha de condenar en igual sentido (1). Pero aun en dicho supuesto, mientras el acreedor no haya recibido en todo o en parte la prestación elegida, el deudor pueda liberarse de la obligación ejecutando cualquiera otra de las prestaciones excluidas, algo que revela que su derecho de elección se mantiene todavía incólume, por más que limitado, en cuanto puede ejercitarse «sólo mediante ofrecimiento efectivo», y que, quizá, no tenga demasiado sentido y justificación una vez que, ante la desidia del deudor, se ha permitido al acreedor decidir sobre cuál de las prestaciones disyuntivamente debidas se va a consumir la obligación.

En efecto, sostener como lo hacen los autores citados que aunque el deudor incurra en mora no pierde el derecho de elección, aparte de que no encuentra fácil explicación, habida cuenta los naturales efectos agravatorios que la *mora debitoris* ocasiona, no parece compaginarse muy bien con la propia letra del precepto que faculta al acreedor en dicha hipótesis para orientar la ejecución forzosa de la obligación alternativa hacia aquella prestación que determine, esto es, que elija. Porque, una de dos, o el deudor conserva la facultad de elección y en tal caso debe excluirse cualquier selección por parte del acreedor, o éste puede proceder a elegir y en consecuencia no debe aquél mantener poder alguno en tal sentido, pero no las dos cosas al mismo tiempo.

Aunque el precepto no lo diga expresamente, no debiera parecer exagerado concluir que en el Derecho alemán al no realizar el deudor la elección que le concierne en el tiempo oportuno, decae semejante facultad y pasa a corresponder al acreedor, porque resulta difícil, si no imposible, explicar cómo puede conciliarse la idea de que el acreedor puede proceder a reclamar aquella de las prestaciones que le parezca con la de que, no obstante ello, al deudor no ha perdido su poder de elegir, por más que se halle incurso en mora, tal como sostienen ENNECCERUS y LEHMANN.

Y, sin embargo, aunque resulte contradictoria semejante conclusión y, por tanto, habría que proceder a su exclusión si sólo existiera el inciso

(1) ENNECCERUS y LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1954, pág. 108.

inicial del párrafo **primero** del párrafo 264 del BGB, resulta harto complicado su marginación a la vista del inciso segundo que faculta al deudor, no obstante haber dirigido el acreedor la ejecución forzosa hacia la prestación que él determinó, para cumplir mediante la realización de otra prestación diferente, mientras dicho acreedor no haya recibido en todo o en parte la prestación elegida, ya que, como advierte LARENZ, la simple declaración de elección, sin efectiva oferta de cumplir la prestación, sería inoperante a estos efectos (2).

¿Debe concluirse de ello que a pesar de que el deudor se halla incurso en mora y de que la primera parte del precepto permite al acreedor seleccionar la prestación a ejecutarse persiste en aquél el *ius electionis* y puede hacer uso del mismo hasta el supremo instante de la ejecución material de la prestación escogida? Una conclusión de este tipo, apegada en exceso a la letra de la ley y de difícil justificación lógico-jurídica, por más que haya sido defendida por civilistas tan destacados como SIBER, ENNECCERUS, LEHMANN y LARENZ, había de suscitar, necesariamente, prevenciones y el deseo de encontrar su superación a través de vías razonables.

Sobre la base del pensamiento de STAMMLER, un gran número de autores alemanes (PLANCK, DERNBURG, KIPP, REHBEIN, LITTEN, etc.) ha entendido que con el comienzo de la ejecución forzosa el derecho de elección se transfiere al acreedor, el cual lo ejercita dirigiendo la ejecución forzosa al objeto determinado, o sea, que el crédito se limita a ese objeto, quedando únicamente al deudor una *facultas alternativa*. A ello objeta ENNECCERUS que, aunque semejante concepción se compadece muy bien con la redacción literal del párrafo 264, no se desprende necesariamente de dicho texto y conduce al resultado, sumamente injusto, de que el acreedor no pueda dirigir la ejecución forzosa hacia otra prestación si no consigue la prestación primeramente elegida (3).

2. En realidad, no se entiende la afirmación del docto profesor de Marburgo de que la tesis que critica, por más que se acomodase muy bien a la textualidad de la norma, no se desprenda necesariamente de la misma, porque resulta muy difícil compaginar las ideas de que una determinada pauta se adapte muy bien a la letra de la ley y, sin embargo, no se derive de ella, en cuanto parece que lo segundo ha de venir, salvo justificación suficiente en contrario, cuando se produzca lo primero. Pero, si cabe, más inadmisibles resulta ser ulterior aseveración de que la tesis que desecha conduciría al resultado injusto de que «el acreedor no puede dirigir la ejecución forzosa hacia otra prestación si no consigue la prestación primeramente elegida».

(2) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, pág. 170.

(3) ENNECCERUS y LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, I, *op. cit.*, pág. 108.

Pienso que hay error en tal planteamiento. Cuando se sostiene que con el comienzo de la ejecución forzosa, sin haber optado el deudor, se transfiere al acreedor el derecho de elección y queda tan sólo a favor del obligado la *facultas alternativa* de poder extinguir la obligación mediante una prestación distinta a la reclamada, no se está produciendo el efecto negativo que pretende ENNECCERUS, sino que las cosas ocurren de otra manera, en el supuesto de que el acreedor optante no vea realizado su derecho al no prosperar la reclamación por la vía que libremente adoptó (*ad exemplum*, sobreviene imposible la prestación por él elegida).

Y no se produce, porque en la hipótesis que se considera la obligación no deja de ser alternativa y, en consecuencia, queda abierta siempre la posibilidad de que el acreedor, al que se ha atribuido la elección tras la incuria del deudor, proceda a determinar otra prestación diferente en el supuesto de que no llegue a materializarse la que en un principio seleccionó, sin que al respecto influya negativamente la circunstancia de que la ley reserve al deudor la posibilidad de extinguir la obligación mediante la ejecución de alguna de las otras prestaciones alternativamente debidas.

Ya se ha dicho antes que si se quiere evitar una situación paradójica y contradictoria debe concluirse, a la vista de la primera parte del parágrafo 264 del BGB, que el derecho de elección ha pasado del deudor al acreedor en la hipótesis allí contemplada, y que semejante conclusión no debe excluirse en base a la circunstancia de la posibilidad, un tanto insólita, que el inciso segundo reserva al deudor moroso. Pues bien, si ésta no puede suponer el retorno o la pervivencia del *ius electionis* a favor del mismo, porque ello arruina irremediablemente la facultad que el propio precepto ha otorgado al acreedor ante la omisión del deudor (que, por otra parte, constituye una vía operativa y razonable para salir del *impasse*), y, de todas maneras, no puede ignorarse que la norma permite al deudor actuar en otra dirección prestacional en tanto no se haya consumado, en todo o en parte, la ejecución intentada, alguna explicación coherente deberá buscarse para semejante situación.

En tal sentido, parece sumamente razonable y respetuoso con la norma considerar que la omisión del deudor transfiere al acreedor la elección (en el supuesto de que aquél haya sido condenado a ejecutar la prestación y no realiza la elección antes del procedimiento de apremio —LARENZ—), que la obligación continúa siendo alternativa (*rectius*, puede retomar esta consideración si no se progresa a través de la vía prestacional elegida) y, por tanto, caso de que no obtenga la prestación por él primeramente elegida, el acreedor podrá dirigir la ejecución forzosa hacia cualquiera otra de las prestaciones alternativamente contempladas *ab origine*, y, por último, que la posibilidad última reservada por la ley al deudor no puede ser otra cosa que una *facultas alternativa*.

Por el hecho de que el deudor esté facultado para extinguir el vínculo ofreciendo realmente una de las prestaciones, no se deduce que el acreedor pierda el *ius electionis* que le correspondía, sino que ambas situaciones pueden conciliarse sin mayor esfuerzo. El acreedor, mientras persista la indefinición del deudor, podrá elegir y enfocar la ejecución forzosa hacia otra prestación si fracasa la dirección primeramente intentada, pero todo ello queda subordinado al hecho de que la ley permite al deudor, hasta el momento mismo en que el acreedor haya comenzado a recibir la prestación elegida, ofertar otra concreta prestación. Ello no significa que desaparezcan el carácter alternativo de la obligación y sus normales consecuencias, sino que se adiciona, se complementa la alternatividad, con una *facultas alternativa* a favor del deudor, porque es evidente y propio que ya no puede ostentar el *ius electionis* que originariamente le correspondía al existir la *impossibilitas iuris* de que el mismo ha quedado atribuido al acreedor por expreso mandato legal.

3. La segunda parte del parágrafo 264 del BGB contempla el supuesto de que sea al acreedor a quien corresponda la facultad de elegir y éste no proceda, en tiempo oportuno, a realizar la determinación prestacional correspondiente. También aquí, aunque ahora de manera explícita, se parte de la idea de que dicho acreedor se halle incurso en mora.

Parece obvio considerar que la *mora accipiendi* sólo se producirá una vez que haya transcurrido el plazo, si tal es el caso, dentro del cual debía procederse a elegir la prestación que el deudor ha de realizar; por lo que no resulta procedente la afirmación de ENNECCERUS y LEHMANN de que el acreedor con derecho de elección puede ser puesto en mora en virtud de ofrecimiento verbal de una prestación por parte del deudor (4) ya que difícilmente cabe esta hipótesis en cuanto por definición la selección prestacional aparece conferida al acreedor y, en consecuencia, mal puede el deudor, a los efectos indicados, proceder a una oferta del tipo señalado.

La *mora creditoris* en la obligación alternativa con elección conferida al acreedor sólo se producirá, sobre la base del parágrafo 295, cuando el deudor le formule «requerimiento para que haga la elección» y no tenga respuesta positiva al mismo. En tal caso, a pesar de que la doctrina alemana suele encontrar un cierto paralelismo entre esta hipótesis y la anteriormente considerada, en el sentido de que ni el deudor ni el acreedor pierden *ipso iure* el derecho de elección que les correspondía, lo cierto es que esa no es la situación, porque mientras en relación a la primera la ley habla de que «el acreedor puede, a su elección, dirigir dicha ejecución forzosa sobre una u otra prestación», prueba patente de que le ha sido transferida la posibilidad de elegir, en la segunda la norma se limita a facultar al deudor para

(4) *Ibid.*, pág. 109, núm. 15.

requerir al acreedor a fin de que realice la selección, prueba también concluyente de que éste no ha perdido todavía el *ius electionis* que le pertenecía.

En efecto, el párrafo segundo del parágrafo 264 a lo único que faculta al deudor que ha hecho incurrir a su acreedor en mora es a otorgarle un plazo prudencial para que durante el mismo proceda a determinar la prestación que quiere recibir, algo que no realizó en tiempo oportuno y *motu proprio*. Tan sólo cuando el acreedor no haga uso de su prerrogativa durante este plazo adicional y de gracia es cuando pasa al deudor el derecho de elección. Será ahora cuando se produce la pérdida del mismo por parte del acreedor y su transferencia al deudor.

Algún autor suele considerar, un tanto acríticamente, que la solución legal alemana «favorece claramente el derecho de elección del deudor frente al derecho de elección del acreedor» (5). En realidad, en base a lo que ha quedado dicho en las líneas que anteceden, resulta difícil defender semejante aseveración en términos absolutos, ya que, quizá, el acreedor goce de una posibilidad de permanencia de la elección de la que no disfrute de manera tan clara el propio deudor y, desde luego, en el plano abstracto parece claro que aquél es tratado más benévolamente que éste, en cuanto no hay pérdida mecánica de la facultad de elección respecto al acreedor y sí la hay en relación al deudor, siquiera sus efectos queden en extremo ralentizados y hasta neutralizados, en el segundo supuesto, en base a la *facultas alternativa* que la ley sigue reconociendo al sujeto pasivo de la obligación, no obstante haberse visto despojado del *ius electionis*.

4. En el Derecho Civil italiano, ya con anterioridad al Código de 1942 que ha normado con detalle la materia, la *doctrina* se había ocupado del problema que plantea la circunstancia de que ora el deudor u ora el acreedor no haya procedido en tiempo oportuno a ejercitar la facultad de elegir prestación que le incumbe, y su respuesta solía discurrir por el camino de encontrar una vía operativa y equilibrada que permitiese resolver el *impasse* producido. Así, por ejemplo, GIORGI advertirá que si la elección corresponde al deudor, no le es lícito hacer de ella un arma para impedir o retardar el cumplimiento del contrato, por lo que cuando el deudor, luego de haber sido requerido, incurre en morosidad, el juez puede conceder la elección al acreedor, o ejercitarla por sí mismo en lugar de los contratantes; y las mismas reglas deberá aplicarse al acreedor en el caso, poco probable, de que retarde maliciosamente la elección a él conferida por pacto o testamento (6).

El artículo 1.287 del *Codice Civile* italiano de 1942 ha abordado de

(5) RAMS ALBESA: *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, pág. 227.

(6) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, págs. 439-440.

llo la materia al disponer: «Cuando el deudor, condenado alternativamente a dos prestaciones, no ejecuta ninguna de ellas dentro del término que se le ha asignado por el Juez, la elección corresponde al acreedor. Si la facultad de elección corresponde al acreedor y éste no la ejercita dentro del término establecido o en aquel que se ha fijado por el deudor, la elección pasa a este último. 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.»

El sistema intenta regular las distintas hipótesis que cabe considerar en la materia en estudio y establecer una línea de actuación unitaria en las mismas, aunque, aquí de manera mucho más diáfana que en el Derecho alemán, el legislador italiano muestra un claro síntoma de favor hacia el deudor, hasta el punto de que puede resultar discutible la afirmación de RUBINO en el sentido de que la norma aplica un único principio general: la elección que no es ejercitada por su titular originario, pasa al otro sujeto (7). Y puede resultar discutible en virtud de las matizaciones que la misma establece según se trate de despojar del *ius electionis* no ejercitado oportunamente al deudor o al acreedor.

En efecto, si la elección corresponde al deudor, por más que el mismo se halle incurso en mora al no haber procedido a realizar la determinación prestacional en el término oportuno, ello no supone, a diferencia de lo que hemos visto ocurría (aunque con sustanciales cautelas) en el Derecho civil alemán, que de manera mecánica la facultad de elegir pase a corresponder al acreedor insatisfecho. Hará falta que ésta haya demandado judicialmente el cumplimiento de la obligación alternativa, obtenido sentencia favorable que condene al deudor a ejecutar lo que debe, y que dentro de la misma el Juez le señale un plazo para proceder a la ejecución. Sólo en el caso de que, cubiertos todos esos requisitos y trámites, el deudor no realice la prestación, es cuando la ley atribuye al acreedor el *ius electionis* que decayó en aquél.

5. Obsérvense, pues, dos cosas. La primera, el trato sumamente favorable que la ley dispensa al deudor cuando a él venga atribuida la elección, porque importa poco que no haya procedido a elegir prestación en el tiempo oportuno, y al no cumplir, por tanto, se halle incurso en mora por virtud del principio *dies interpellat...* que rige en el Derecho italiano (art. 1.219, 3.º), ya que mientras no se le reclame en vía jurisdiccional el cumplimiento de la obligación no corre peligro alguno de perder su atribución de elegir; algo que, quizá, resulte desmedido e inconveniente al compeler al acreedor que quiera producir semejante efecto a aventurarse en un proceso judicial, cuando la consecuencia sancionadora podría haberse contemplado perfectamente como uno de los efectos perjudiciales que acarrea la *mora solvendi*, o al

(7) RUBINO: «Delle obbligazioni», en *Commentario del Codice civile a cura de Scialoja e Branca*, Bolonia (Roma), 1957, pág. 83.

menos permitir su consecución como simple actuación de jurisdicción voluntaria tras la mera constatación ante el Juez de que el deudor, llegado el momento del cumplimiento, no ha procedido a designar alguna de las prestaciones debidas disyuntivamente como afectada al pago.

La segunda, la resistencia del legislador a despojar del *ius electionis* al deudor incumpliente, hasta el punto de que no se conforma con que haya de ser demandado judicialmente y condenado mediante sentencia, sino que, además, el Juez debe proceder a otorgarle un nuevo plazo para que proceda a la elección, cuando, aun sin arrebatar ésta al deudor condenado, la selección prestacional podría haberse contemplado como un trámite inmediato dentro de la ejecución de sentencia.

Rubino se plantea que si las partes han previsto la pérdida de la elección por parte del deudor si el mismo no procede a realizarla dentro del término establecido, el tránsito de aquélla al acreedor deberá producirse automáticamente con el simple vencimiento del término contractual, porque los extremos de la condena y del término judicial están establecidos para la tutela del deudor y, por tanto, éste los puede renunciar. Sin embargo, mientras no exista prueba en contrario, no puede admitirse que el vencimiento del plazo de elección determine el tránsito automático de la facultad al acreedor, porque una voluntad en tal sentido no puede considerarse implícita en la pura y simple asignación contractual de un término para la elección, y, *a fortiori*, lo mismo vale en el caso de que el término no esté referido específicamente al ejercicio de la elección, sino, de manera genérica, al cumplimiento de la obligación alternativa (8).

Aun reconociendo lo correcto del planteamiento del civilista italiano citado respecto a las dos últimas hipótesis (plazo para la elección y plazo para el cumplimiento), todavía cabría plantear alguna duda en relación a la solución que patrocina para el primer supuesto: el que las partes hayan previsto expresamente que el deudor perderá la facultad de elección caso de que no proceda a ejercitarla dentro del término establecido al efecto. Se nos dirá que si las partes pueden pactar sin ningún problema la atribución del *ius electionis* al acreedor (art. 1.286 del *Codice*), con mayor razón podrán convenir una consecuencia jurídica como la que se contempla, por simple aplicación del argumento *a maiori ad minus*.

Y, sin embargo, no necesariamente tiene que ser así, porque aunque, sin duda, las exigencias que contempla el primer párrafo del artículo 1.287 del *Codice Civile* (sentencia y plazo judiciales) estén previstas para la tutela del deudor y constituyan, por ende, un beneficio del mismo, de ello no cabe derivar sin más, tal como pretende RUBINO, que son libremente renunciables por el deudor en cualquier momento, pues el ordenamiento jurídico nos

(8) *Ibid.*, pág. 86.

brinda numerosos casos en los que determinadas prerrogativas concedidas a los sujetos jurídicos no son abandonables por ellos, precisamente porque se los quiere tutelar y semejante tutela genérica podría sufrir serio contratiempo si el beneficiario pudiera disponer a su antojo del beneficio.

Al fin y al cabo, en el hecho de que la ley exija que para que el deudor pierda la facultad de elección, que presuntivamente le corresponde, hace falta, nada más y nada menos, que exista una sentencia judicial que le condene a cumplir alternativamente las prestaciones, que se le asigne al efecto un nuevo plazo, y que dentro del mismo el condenado no ejecute ninguna de dichas prestaciones, puede verse, sin mayor esfuerzo, un formidable aparato jurídico orientado a retener al máximo aquella facultad selectiva en la esfera jurídica del deudor, incluso contra su propia voluntad, en cuanto se estime que existen consideraciones de orden público para sancionar semejante adscripción.

Si tal fuera el caso, entraríamos en el campo en que la renuncia debe ser excluida por expreso mandato legal (art. 6.º, 2 CC), en cuanto resultaría que en la circunstancia de dificultar en extremo la posibilidad de que el deudor pierda el *ius electionis* que le esté asignado anida una consideración de interés o conveniencia genérica que debe dejarse a cubierto de renunciaciones, imposiciones y captaciones. También aquí deberían ponderarse el criterio del *favor debitoris* y la circunstancia de que la condición preponderante suele corresponder en los contratos al acreedor, por lo que la consideración de la persistencia de la tutela al deudor aun contra su «voluntad» podría encontrar apoyo en la idea de que en dicha tutela latan consecuencias que trascienden a la pura discreción del deudor. Y todo ello aun prescindiendo de, a la vista de la forma en que está redactada y de los factores que juzgan en su seno, que bien pudiera considerarse que la norma recogida en el párrafo primero del artículo 1.287 del *Codice Civile* es de *ius cogens*, y, por tanto, huelga cualquier disquisición sobre si cabe o no excluir su operatividad mediante el convenio de los interesados.

6. El codificador italiano contempla la situación de distinta manera en el caso de inacción del sujeto legitimado para elegir cuando éste sea el acreedor, pues en el mismo se produce el tránsito de la facultad de elección al deudor por la sola circunstancia de que aquél deje pasar inactivo el término establecido o el que haya sido fijado por el deudor, sin necesidad de que, a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis contraria, se vea compelido a instaurar juicio alguno al respecto.

Ha señalado RUBINO que semejante circunstancia es del todo natural, porque no sería justo que el incumplimiento por parte del acreedor del deber de elegir produjese al deudor la molestia y la dilación de tener que recurrir a un proceso con el solo objeto de poder obtener la elección y mediante ella cumplir la obligación; por lo que es suficiente que el deudor asigne extra-

judicialmente al acreedor un término para la elección, y ésta pasa a él de manera automática si aquél no la ejercita dentro del mismo, término que puede haber sido convenido en el contrato constitutivo de la obligación o, en caso de silencio contractual, fijado unilateralmente por el deudor (9).

Existe un fondo de verdad en tales planteamientos, pues no son las mismas la posición del acreedor pidiendo al deudor que se defina en relación a la prestación que desea cumplir y la de éste reclamando a aquél que proceda a señalar qué prestación quiere recibir, ya que es obvio que el acreedor nunca podrá ser el sujeto activo del cumplimiento y, por tanto, resultaría desmesurado, impropio y sin sentido que para obtener su simple definición respecto al objeto que elige el deudor se viera compelido a tener que instaurar, nada menos, que un proceso judicial.

Pero admitido esto, que es razonable, no puede dejar de reconocerse también que la argumentación de RUBINO recuerda un tanto el inadecuado planteamiento *post hoc ergo hoc*, esto es, la ley lo dice, luego la justificación debe seguir el camino legal, cuando, quizá, lo adecuado sería cuestionarse también por qué en el caso de elección atribuida al deudor hace falta entablar juicio para que el mismo pueda perder semejante prerrogativa. Bien que dicho proceso no haga falta en la hipótesis contraria de elección atribuida al acreedor, ¿pero puede justificarse por eso sólo que cuando la elección corresponda al deudor sí se precise la iniciación de un proceso?

Como antes decíamos, el legislador italiano se ha inclinado en demasía hacia el deudor, exigiendo una actuación extraordinaria para que el mismo pueda ser despojado de la facultad de elección, nada menos que la incoación de un juicio, cuando, posiblemente, lo razonable habría sido prescindir de semejante trámite tanto en el caso de elección correspondiente al acreedor como en el de elección atribuida al deudor. La circunstancia de que es el deudor y no el acreedor el que está obligado a cumplir la obligación alternativa no es suficiente para justificar que si quiere aquél obtener la facultad de elegir deba realizar el proceso para reclamar el pago, porque esto es algo desmedido e inadecuado al fin que procura, ya que, en numerosos casos, si el acreedor pudiese obtener por otro procedimiento menos oneroso (por ejemplo, señalando un plazo) la definición del deudor respecto a la prestación que desea cumplir, no haría falta ocurrir al proceso judicial para obtener la realización de dicha prestación.

Piensa también RUBINO que el tránsito de la facultad de elección al deudor no se trata de una forma de *mora accipiendi* y de una especial sanción por tal mora, porque el retardo del acreedor no es en recibir la prestación, que resulta imposible antes de la elección, en cuanto la oferta formal de pago, presupuesto necesario para la *mora creditoris*, sólo puede

(9) *Ibid.*, pág. 87.

realizarse mediante una prestación ya determinada. Se trataría, por tanto, de una sanción especial por una particular *mora debendi* del acreedor, es decir, por la mora en el ejercicio de la elección, la cual, amén de un poder, constituye siempre también un deber, puro cuando afecta al acreedor, accesorio a la obligación principal cuando concierne al deudor (10).

7. ¿*Quid iuris*? La construcción de RUBINO presenta demasiados puntos dudosos, aun dejando aparte lo discutible que resulta hablar de imposibilidad de la prestación antes de la elección y su peculiar conformación de ésta como un poder-deber, que hemos tenido ocasión de considerar en páginas antecedentes, pues no deja de sonar insólito y aun paradójico que el acreedor que no realiza la elección en tiempo oportuno no incurra en *mora in accipiendo* y sí en cambio en *mora in solvendo*, aunque sea particular, al no haber ejercitado en tiempo oportuno su deber de elegir.

Esto es, verdadera y propia *mora creditoris* no pueda ser, porque no ha tenido lugar el requisito de la oferta de pago por el deudor, en cuanto la prestación no está todavía determinada, pero genuina y auténtica *mora debitoris* tampoco, porque estamos en presencia no de un deudor sino de un acreedor, por más que RUBINO le asigne la titularidad de un discutible y borroso deber de proceder a la elección prestacional. Pues bien, para el civilista italiano resulta más razonable aceptar que estamos en presencia de una particular *mora solvendi* que concluir que, por más que no se trate de la propia *mora accipendi*, nos hallamos más cerca de ésta que de la contraria.

Otro es nuestro parecer al respecto. El punto de partida debe consistir, tal como admite el mismo RUBINO, en estimar que la pérdida de la facultad de elección constituye una sanción al acreedor por no haber ejercitado la misma en su oportunidad; ahora bien, aceptado que se trata de una sanción, la pregunta lógica y siguiente deberá ser la de inquirir a través de qué mecanismo jurídico se le irroga al acreedor.

Que en cuanto no hubo ni pudo haber ofrecimiento de pago no pueda hablarse de verdadera y propia *mora creditoris* parece fuera de toda duda (11) pero más meridiano resulta que mucho menos cabrá hablar de auténtica *mora debitoris* en relación a alguien que ostenta el papel principal e inobjetable de acreedor en la relación obligatoria alternativa. En consecuencia, si la pérdida de la facultad de elección por el acreedor no puede ser otra cosa que una sanción que se inflige al mismo y si, como parece inexcusable, semejante sanción no puede ligarse a otro mecanismo jurídico que no sea el de la mora, resulta mucho más conveniente y adecuado considerar que en el supuesto de acreedor que no realiza la elección que le

(10) *Ibid.*, págs. 87-88.

(11) CRISTÓBAL MONTES: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, págs. 188 y sigs.

conciene en tiempo oportuno estamos ante una especial y *sui generis mora accipiendi* antes que en presencia de una también especial y *sui generis mora solvendi*, aunque sólo sea por proximidad conceptual y por respetar el papel principal e inocultable de acreedor o deudor que corresponde a cada uno de los sujetos de la relación obligatoria, papel que no puede trastocarse ni desfigurarse por las circunstancias de que se trate de una obligación alternativa y de que el derecho de seleccionar una u otra prestación de las debidas esté atribuido al deudor o al acreedor. Por lo demás este es el punto de vista de la normativa alemana, que en esta materia sirvió de inspiración al codificador italiano, ya que en el párrafo segundo del parágrafo 264 del BGB se habla de «si el acreedor titular de la elección está en mora...».

El artículo 1.287 del Código Civil italiano cierra, finalmente, el tratamiento de la decadencia de la facultad de elección, disponiendo que si ésta se ha atribuido a un tercero y el mismo no procede a ejercitarla dentro del término que al respecto se le haya señalado (término que puede venir dado en el negocio constitutivo de la obligación o en un momento posterior), la elección se hará por el Juez.

8. No vamos a replantearnos la problemática de la elección encomendada al *arbitrium boni viri* de un tercero, pero no nos resistimos a adelantar la reflexión de que el sistema italiano al sancionar semejante solución en el caso de elección atribuida a tercero no deja de incurrir en una cierta incoherencia o desarmonía, porque si corresponde al deudor y no la realiza, pasa al acreedor, si concierne al acreedor y permanece inactiva, se atribuye al deudor, mientras que si el tercero no practica la elección, es el Juez al que corresponde designar cuál de las prestaciones alternativamente debidas deberá ser realizado.

¿Por qué no se predica similar solución en los otros dos casos? Quizá porque al legislador le parece más adecuado y propio, muy probablemente con harta razón, que en un campo como el de la facultad de elección en las obligaciones alternativas debe darse protagonismo a los sujetos y marginarse la actuación del Juez. Pero, obsérvese que otro tanto podría decirse en relación al tercer supuesto, pues también allá cabría sostener que no hay por qué dar entrada a la determinación judicial y, en consecuencia, caso de que el tercero no elija, retorna la facultad de elección a los sujetos de la obligación, y primeramente al deudor en cuanto existe una presunción *iuris tantum* de pertenencia al mismo. El codificador italiano ha querido evitar complicaciones y circuitos reiterativos, ha cortado por lo sano y ha resuelto que la inacción del tercero sea suplida por el Juez. Solución tan válida como la otra, pero que deja un cierto regusto de que está recurriendo a un *tetium genus* que no se *incardina* con facilidad en el mecanismo de atribución de la facultad de elegir que ha jugado en las otras dos hipótesis.

¿Es mala tal solución? El hecho de que no armonice no quiere decir que

sea inadecuada, ya que, quizá, *in abstracto* sea más conveniente y recomendable que la de establecer la rotación de la elección del deudor al acreedor y del acreedor al deudor, y, en consecuencia, debieran ser las otras soluciones las que claudicasen ante ésta. En efecto, mientras al atribuir la elección al Juez, por más discutible que pueda resultar semejante adscripción de acuerdo a la peculiar *substantia iuris* de la obligación alternativa, el problema queda plenamente resuelto, pues se tiene la completa seguridad de que la autoridad judicial cumplirá la encomienda, al pasar la elección de uno a otro de los sujetos, no existe garantía alguna de que en el nuevo titular no volverá a repetirse el mismo fenómeno de no elección de la prestación a ejecutar. Y, en tal caso, ¿qué ocurre? Se le arrebató también la facultad de elección y se vuelve a atribuirle a su titular originario, y así *ad infinitum* si éste tampoco realiza la determinación prestacional.

Quizá, por ello, lo más práctico y seguro hubiera sido atribuir al Juez la elección en los tres supuestos de que la misma no se haya hecho por el deudor, el acreedor o el tercero al que *ab initio* viniese asignada. El codificador italiano parece haber intuido este peligro, aunque no lo desvele, al hablar en los dos primeros casos de «la elección corresponde al acreedor» y «la elección pasa a este último» (el deudor), mientras en el tercero afirma tajantemente que «la misma (la elección) se hace por el Juez», algo que supone una situación particularmente diferente de las otras en cuanto al grado de seguridad y certeza.

9. ¿Qué ocurre en el Derecho Civil español en este punto? Nuestro Código Civil, al igual que en su día hiciera el *Code Napoléon*, ha callado inexplicablemente a la hora de decidir qué sucede cuando el deudor que ha de elegir no lo hace en tiempo oportuno, o el acreedor a quien expresamente se hubiera concedido la facultad de elegir tampoco procede a determinar la prestación, ni mucho menos, claro está, se ocupa de esta materia en el caso de que la inacción se deba al tercero-electo, ya que ni siquiera contempla de manera específica semejante posibilidad de atribución del *ius electionis*. No debe extrañar, en consecuencia, que nuestra jurisprudencia no se pronuncie al respecto y la mayor parte de nuestros civilistas ni se plantean semejante circunstancia.

Tampoco en Francia se ha ocupado la doctrina de profundizar en la materia y los autores se limitan a comentar la solución alemana e italiana y a plantear los problemas que suscita una hipotética importación de la misma. Así, por ejemplo, GLEBER considera que los Tribunales sólo pueden ejercitar coacción indirecta sobre el elector para que ejercite su facultad, y ello porque la ejecución forzosa de una obligación de hacer ha de revestir la forma de indemnización de daños y perjuicios, y porque una resolución judicial no puede servir de título para suplantarse una actividad tan personal como la facultad de elección; en consecuencia, dada la insuficiencia de los

principios generales para proporcionar una solución y ante la tesitura de que los Tribunales tengan que suplantar una actividad personal o respetar la abstención del elector en perjuicio de la otra parte, sugiere que la regulación legal sea completada con medios previstos por las partes para vencer semejante resistencia, como podría ser, por ejemplo, la transmisión a la otra parte de la facultad de elección (12).

Laten en esta exposición del autor galo las viejas y superadas concepciones de *nemo ad factum praecise cogi potest* y de que no pueda la voluntad del Juez sustituir la voluntad de la parte incumplidora de la obligación, algo que la doctrina y también ya la jurisprudencia vienen marginando de manera creciente en todos los países. Que la facultad de elegir en las obligaciones alternativas sea una actividad personal del sujeto al que incumbe, es algo innegable, pero ello no quiere decir que se trate de un hecho personalísimo, y, por tanto, no cabe, sin más, excluir la posibilidad de que ante la inactividad del titular, proceda el Juez a determinar qué prestación debe ser ejecutada, porque no existe obstáculo de importancia para admitir que en la obligación de hacer que envuelva la emisión de una declaración de voluntad, la omitida voluntad del deudor puede ser sustituida por la del Juez, tal como ha reconocido en nuestro país la Sentencia de 1 de julio de 1950 (13) algo que, *mutatis mutandis*, puede servirnos también en nuestra materia, por más que no estemos ante una genuina *obligatio facere*.

Por otra parte, recurrir a que sean los interesados quienes mediante las oportunas cláusulas prevean y resuelvan la cuestión, no es más que una forma de eludir el problema, pues es obvio que éste sólo existe y se plantea con toda virulencia cuando las partes no han establecido nada al respecto, porque no en balde nos hallamos en la esfera del *ius dispositivum*.

10. Entre nosotros, como decíamos, los autores suelen eludir la cuestión, aunque no falta tampoco alguna posición bienintencionada y voluntarista, como la de De la Cuesta, por ejemplo, que ante semejante problemática no duda en considerar que cabe la consagración en el Derecho español de las soluciones del parágrafo 264 del Código Civil alemán o del artículo 1.287 del Código Civil italiano, «por vía jurisprudencial y con base en los principios generales de la buena fe consagrados en el artículo 1.258 del Código Civil y en el artículo 7.º, 1 del mismo Cuerpo legal (14); aunque el autor, al parecer, se considere relegado de cualquier esfuerzo argumental en tal sentido.

(12) GLEBER: «Les obligations alternatives», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1969, págs. 26 y sigs.

(13) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, III, Madrid, 1988, págs. 239-240.

(14) DE LA CUESTA: «Las obligaciones alternativas», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 1.

ALBALADEJO parte de la idea de que, en principio, el retraso en el cumplimiento no priva del derecho a elegir, ni pasa éste a la otra parte desde que llegó el tiempo en el que el cumplimiento debió realizarse, pero obliga a indemnizar los daños que acarree el retraso en la elección. Si la parte a la que procede hacer la elección no la realiza, la otra parte, que tiene derecho a que la determinación de la prestación se haga en el tiempo previsto, puede pedir a los Tribunales que condenen a aquélla a hacerla, y si no acata el fallo, que la haga el propio Tribunal, a cuyo efecto éste puede señalar ya la prestación con la que se deberá cumplir, si no se elige otra por el elector (15).

Pero, en nuestro país, han sido PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER quienes con mayor extensión y profundidad se han ocupado de la materia. Sobre la base de que la *mora solvendi* no significa el incumplimiento definitivo de la obligación, consideran lógico que el deudor incurso en ella no pierda su derecho de elección y, en consecuencia, que no quepa afirmar la transferencia del derecho de elección al acreedor, cosa que ningún precepto del Código Civil autoriza. El acreedor deberá demandar al deudor para que se le condene a realizar a su elección una de las prestaciones alternativamente debidas, por más que, llegada la oportunidad de la ejecución forzosa, la ley española no contemple lo que ocurrirá si el deudor no hace o se resiste a hacer la elección que le corresponde.

Piensen los anotadores de ENNECCERUS que la solución no es, empero, difícil si se considera que si bien la elección es un derecho del deudor, debe ser y es también un deber en un momento determinado, el de la efectividad de la obligación, por lo que no resulta violento en nuestro Derecho que el Juez, aplicando por analogía los artículos 1.098 del Código Civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haga por sí la elección. Solución frente a la que no puede objetarse que el deudor no ha sido previamente condenado a hacer, porque, aunque así sea, es lo cierto que ese hacer que consiste en elegir es antecedente necesario ineludible para llevar a efecto la sentencia que le condene a las prestaciones alternativamente debidas; ni tampoco cabe aducir en contra que el hecho de elegir sea personalísimo.

De la misma manera, tampoco caduca el derecho de elección cuando corresponde al acreedor y éste incurra en *mora accipiendi*, aunque aquí no quepa sostener un criterio paralelo al anterior, en cuanto el punto de partida de aquella solución es el haberse dictado una sentencia condenando al deudor al pago de una de las prestaciones alternativamente debidas. No sería práctica la solución de obligar al deudor a seguir un pleito para que se condenase al acreedor a hacer la elección, porque esto no resolvería el

(15) ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XV-2, 1983, pág. 175.

estado de incertidumbre del deudor en cuanto a la concentración de la obligación, y le colocaría en la necesidad de conservar a disposición del acreedor todas las cosas alternativamente debidas a consignarlas todas ellas, perdiendo durante largo plazo su disponibilidad, aparte de que este criterio, excesivamente oneroso, no estaría de acuerdo con el espíritu de los artículos 1.131 y 1.177, pues el deudor sólo está obligado a realizar una de las prestaciones, y si se le obligase a consignar todas, la consignación perdería su correlación con el pago o cumplimiento. Por ello, para PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, la solución pudiera estar en aplicar el artículo 1.258 (buena fe, equidad en las relaciones) y *a contrario sensu* el artículo 1.167 (sobre obligaciones genéricas), considerando liberado al deudor que elija de buena fe y consigne la prestación que sea de presumir hubiera elegido el acreedor o, en su caso, la de mayor valor (16).

11. Muchas y muy valiosas son las ideas que manejan los anotadores de ENNECCERUS, aunque, quizá, padezcan una excesiva inclinación hacia las pautas alemanas, de difícil encaje, algunas de ellas, en el sistema civil español; pero sobre la base de los planteamientos que formulan es de donde debe partir cualquier indagación que pretenda solucionar, de una manera razonable, el problema que plantea entre nosotros la ausencia de una norma que discipline los pasos a dar cuando el deudor o el acreedor a quien corresponda el *ius electionis* no lo ejecute en su oportunidad.

El primer acierto, me parece, consiste en asentar ambos supuestos sobre la base de la mora, la única que permite legitimar cualquier actividad sancionadora posterior, y no discriminar el segundo de ellos, según pretende RUBINO, excluyéndolo de la situación de *mora creditoris*, por más que no se trate de una verdadera y propia manifestación de la misma, sino de una particular especie, y ello tan sólo en el caso del deudor, como bien puede, no procediera a ofrecer todas las prestaciones alternativamente debidas, ya que en él no se advierte cuál pudiera ser la diferencia con la genuina *mora accipiendi*.

Que el deudor al que corresponda la elección incurra en mora, no supone que el mismo pierda la facultad de elegir, porque semejante sanción sólo puede derivar de la norma y ésta calla al respecto (otra cosa es que el pacto de los interesados, como bien puede ocurrir, lo haya previsto), ni tampoco que la aludida facultad pase *ministerio legis* al acreedor, ya que no existe disposición legal al respecto. ¿Habría que deducir de ello que en nuestro sistema civil, al igual que ocurre en los Derechos alemán e italiano, el acreedor deberá demandar para que se condene al deudor a cumplir una de las prestaciones y, caso de no hacerlo, pueda el Juez hacer la elección?

(16) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, I, Barcelona, 1954, págs. 110 y 111.

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER reconocen paladinamente que existe una laguna al respecto en el Derecho español, pero que la misma puede salvarse sin dificultad, en cuanto la elección es también un deber en el momento de la efectividad de la obligación, y, por ende, aplicando por analogía el artículo 1.098 del Código Civil y el 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede el Juez proceder a la elección de una de las prestaciones alternativamente debidas.

Late aquí, como se observará, la idea de RUBINO de la elección como derecho-deber, que en otro lugar hemos combatido y que, por lo demás, tampoco sirve para solventar el problema que se plantea. En efecto, no deja de resultar un tanto paradójico que siendo necesario que el acreedor demande la condena del deudor a cumplir la obligación alternativa y, habiendo obtenido sentencia en tal sentido, proceda el Juez a practicar la elección, caso de que el condenado no se decida por una u otra de las prestaciones debidas; porque, en tal caso, ¿cuál es la razón justificativa de que haya que entablar pleito pidiendo la ejecución de la obligación, pleito que luego se revela como innecesario e intrascendente?, y ¿por qué no podría el acreedor pedirle al Juez directamente, una vez constatada la inacción del deudor, que procediese a señalar con cuál de las prestaciones ha de darse cumplimiento a la obligación alternativa?

12. Obsérvese que los Derechos alemán e italiano contemplan como necesaria la incoacción del juicio reclamatorio, pero no para que el Juez proceda a practicar la elección, sino para que ésta pase al acreedor en el supuesto de que el deudor no se decida por una de las prestaciones en la fase de la ejecución forzosa, algo que no excluye que el acreedor pueda evitar el pleito cuando no desee la asunción del *ius eligendi* sino tan sólo que el Juez resuelva la *incertidumbre* y así se lo pida, una vez que el deudor haya caído en mora.

Pues bien, como en nuestro Derecho, por ausencia de previsión legal, no cabe que la elección se transfiera al acreedor, ¿para qué exigir la tramitación de un proceso que se *enrumba* fundamentalmente a la consecución de dicho objetivo? Parece mucho más razonable prescindir de él cuando por su través no puede alcanzarse aquella finalidad y sólo se consigue el que el Juez realice la selección, algo para cuya justificación no precisa de toda una actuación contenciosa, máxime cuando aun habiendo obtenido sentencia condenatoria no se advierte cómo el Juez podría realizar la elección, ya que ésta no es la materia del *petitum* y, en consecuencia, no ha podido ser objeto de la condena. Si el deudor no ha sido condenado a hacer la elección, no cabe su sustitución por el Juez en esta tarea, sin que sirva al respecto el alegato de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER de que «es lo cierto que ese hacer, que consiste en elegir, es antecedente necesario ineludible para llevar a efecto la sentencia que le condene (al deudor) a las prestaciones alternativamente

debidas», porque ya se ha visto que en los sistemas que contemplan el proceso judicial, la sentencia condenatoria no conduce a la elección por parte del Juez sino a la transferencia de la misma al acreedor.

Pienso, pues, que el remedio propuesto es desproporcionado y, además, no garantiza el objetivo perseguido, en cuanto está importado de unos ordenamientos que lo contemplan para otra finalidad (el tránsito de la facultad de elección al acreedor), que entre nosotros no cabe. Aquí, eliminada semejante posibilidad, que no se puede introducir, según pretende DE LA CUESTA, en base al principio general de la buena fe consagrado en los artículos 7.º y 1.258 del Código Civil, no se comprende la necesidad de adentrarse en un camino tan enojoso y polémico. Cuando la elección corresponda al deudor y éste no la realice en tiempo oportuno, el acreedor podrá acudir al Juez sobre la base, primero, de que aquél se haya incurso en retraso prestacional y, en segundo lugar, de que constituyendo la elección uno de los presupuestos precisos para el cumplimiento de la obligación alternativa, puede el Juez proceder a realizarla cuando la parte a quien concierne rehúya efectuarla, ya que, en otro caso, quedaría en manos del deudor retrasar indefinidamente el cumplimiento de la obligación alternativa. Nada obsta, empero, a que el Juez, antes de realizar la elección, conceda al deudor un plazo de gracia por si quiere practicarla él personalmente (arg. ex arts. 1.124 y 1.128 CC).

Curiosamente, los anotadores de ENNECCERUS siguen un camino diferente cuando la elección esté atribuida al acreedor. Ahora, no ven práctica la solución de obligar al deudor a seguir un pleito (¿acaso lo es respecto al acreedor?), ni la de que el obligado proceda a consignar todas las cosas debidas, por lo que debería bastar con que eligiera una de buena fe y tuviese lugar la consignación de la misma.

13. Aun dejando a un lado que no se alcanza a ver la razón por la que hipótesis iguales deban tratarse de manera diferente (si elige el deudor, le reemplaza el Juez, si elige el acreedor, la elección pasa al deudor), ni tampoco la necesidad de que haya de procederse a la consignación de todas las cosas debidas, por cuanto la *mora creditoris* no precisará más que de la oferta de ejecución de todas las prestaciones alternativamente debidas, nos parece que también en este supuesto el tratamiento debe ser el mismo. Si el acreedor no procede a señalar una de las prestaciones en la oportunidad correspondiente, tampoco aquí se transferirá la facultad electiva al deudor, pero sí podrá éste instar del Juez que realice la selección que aquél no ha practicado, sobre la base de que la autoridad judicial está legitimada para despejar los obstáculos que impiden el recto cumplimiento de las obligaciones. Y, desde luego, que la misma solución de sustitución de la voluntad del legitimado por la del Juez deberá darse cuando la facultad de elegir una de las prestaciones alternativamente debidas se haya encomendado a un tercero.

Quizá se arguya que en nuestro sistema no hay base legal suficiente para esto y que resulta difícil impetrar la intervención del Juez fuera del trámite de ejecución de sentencia; pero si se advierten las exigencias derivadas del principio de buena fe, las consecuencias sancionadoras de la mora, por un lado, y, por el otro, que en relación a quien ostenta el *ius electionis* difícilmente cabe considerar que soporta una obligación de hacer, y, por ende, no se comprende cómo podría ser condenado a elegir, no parece que haya en nuestro sistema civil una solución diferente de la que ha quedado expuesta, so pena de caer en el absurdo de que la parte que no elige no pierde la facultad, pero tampoco será reemplazado por el Juez, en cuanto no es posible dictar una sentencia operativa contra ella en tal sentido; algo que se parecería peligrosamente a un callejón sin salida.

Aparte de que si «donde hay interés hay acción» y si hoy todos los ordenamientos jurídicos admiten el sistema de acciones innominadas no se acierta a ver por qué, según el caso, el acreedor o el deudor no pueda pedir la actuación judicial, al objeto de que la misma produzca la elección prestacional que la contraparte no ha querido realizar, pues resulta difícilmente ocultable que cuando la elección concierne al deudor existe un interés razonable por parte del acreedor en conocer oportunamente con cuál de las prestaciones debidas será satisfecho su derecho, y cuando compete al acreedor también se dará en el deudor una legítima expectativa en torno a la noticia tempestiva de qué concreta prestación habrá de cumplir. Si se trata, pues, de intereses razonables en ambos casos y si nada obsta, antes bien todo propicia, a que los mismos puedan encontrar vía adecuada a través de la intervención judicial, la cual siempre estará facultada para conceder al deudor o acreedor que no hizo en tiempo oportuno la elección un plazo adicional de gracia para que la practique, ¿por qué negar la única vía que atiende adecuada y cumplidamente a la solución del supuesto, máxime cuando la misma ni tan siquiera padece las limitaciones e incongruencias a que pueden conducir las fórmulas alemana e italiana?

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