

El ejercicio de la facultad de elección en las obligaciones alternativas

1. La elección, en cuanto significa determinar con cuál de las prestaciones debidas va a tener cumplimiento la obligación alternativa, se instrumentará por cualquier vía jurídicamente relevante para conseguir semejante objetivo. Como nos recuerda GIORGI, hubo un tiempo en que para el pensamiento clásico (COLMET DE SANTERRE, DEMOLOMBE, etc.) la elección, cuando correspondiese al acreedor, debía hacerse mediante demanda, y si concernía al deudor a través de una oferta real o consignación, pero que ya el mismo LAURENT había sostenido que era suficiente al respecto cualquier manifestación de voluntad del deudor o del acreedor a quien pertenezca la elección, sin necesidad del consentimiento explícito o la aceptación de la otra parte (1).

Y no parece que deba ser otro el tratamiento de la materia. Acreedor o deudor facultado para realizar la elección de una u otra de las prestaciones disyuntivamente adeudadas, deberá realizar la determinación precisa para que la incógnita prestacional quede despejada y el vínculo adquiera el grado de concreción que permita su cumplida verificación. Semejante comportamiento de las partes constituye una exigencia derivada de la naturaleza misma de la obligación alternativa y el camino idóneo, fuera del supuesto de la reducción de ésta a obligación simple por la imposibilidad sobrevenida sin culpa de todas menos una de sus prestaciones, para que tenga lugar el juego selectivo previsto en dicha variedad obligatoria.

Desde el momento en que estamos en el campo de determinación objetiva a cargo de los sujetos, resulta necesario vincular el mismo al ámbito de las declaraciones o manifestaciones de voluntad. La elección constituye una declaración de voluntad unilateral por parte del deudor o del acreedor, orientada a precisar a través de cuál de las varias prestaciones debidas al

(1) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, págs. 441-442.

vínculo alternativo va a tener realización y que, como toda manifestación de voluntad, podrá tener lugar de manera expresa o en forma tácita.

2. Sobre la base de que en el párrafo segundo del artículo 1.286 del Código Civil italiano se establece que «la elección se hace irrevocable con la ejecución de una de las dos prestaciones o bien con la declaración de elección comunicada a la otra parte», buena parte de la doctrina ha tendido a considerar que existen dos formas de practicar la elección: una, mediante la declaración de voluntad del sujeto legitimado, y la otra, a través de la realización por el deudor de una de las prestaciones sin advertencia previa, o de la aceptación del cumplimiento por el acreedor sin preliminar reclamo por su parte.

En realidad, en uno y otro caso estamos en el ámbito del único campo de las declaraciones de voluntad, sin que quepa estimar que sólo en el primero tropezamos con una genuina exteriorización de la voluntad, mientras en el segundo tan sólo tiene lugar una actuación de voluntad, porque como resalta con acierto RUBINO, también la ejecución efectiva de una prestación o la aceptación de dicha ejecución suponen, en principio, manifestación de la voluntad de elección, sólo que en tales supuestos no se trata de una manifestación expresa, sino tácita (2).

Es obvio que en esta materia, regida por el principio de autonomía de la voluntad, nada obsta a que las partes se pongan de acuerdo para realizar de consuno la elección o para que aun correspondiendo la misma en exclusiva a acreedor o deudor el facultado permita al otro participar en la designación del objeto a cumplir, porque como puede leerse en la Sentencia de 6 de marzo de 1941, «aun existiendo pacto expreso de elección a favor del acreedor, no excluye la posibilidad de que éste convenga con su deudor los términos del cumplimiento»; pero, asimismo, admitidas dichas variantes, debe reconocerse que la hipótesis normal de elección vendrá dada por la circunstancia de que la elección se estime hecha desde el momento en que la parte que ostente el *ius electionis* manifieste expresa o tácitamente su voluntad, sin que haga falta aceptación de la misma por la otra.

3. No siempre, sin embargo, se ha admitido sin réplica el carácter unilateral de la declaración de elección, ya que, sobre la base de una cierta imprecisión de las fuentes romanas en este punto, buena parte de la civilística clásica estimó que la determinación del objeto sólo podía considerarse plena cuando el señalamiento hecho por uno de los sujetos hubiera sido aceptado por el otro. Nuestro Tribunal Supremo también en algún

(2) RUBINO, «Delle obbligazioni», en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1957, pág. 60.

momento sucumbió a esta concepción, y así en la Sentencia de 16 de mayo de 1923 puede leerse que la efectividad de la opción depende de que la elección hecha, aparte de notificarse al acreedor, sea aceptada por éste o se declare procedente.

ALBALADEJO considera que dicha concepción debe rechazarse porque la misma supondría la negación de que cualquiera de los sujetos tuviese derecho a elegir, algo que implica el que « prospere sin más, es decir, sin necesidad de aceptación, la elección que él haga » (3). Aparte de que, como se ha tenido ocasión de considerar en páginas antecedentes, es más que dudosa la hipótesis de que en la elección pueda verse la presencia de un genuino derecho subjetivo, siempre cabría estimar que el supuesto derecho de elegir se conformaría como derecho a tomar la iniciativa en el momento de practicar la selección prestacional, esto es, como derecho a plantear o sugerir a la otra parte con cuál de las prestaciones debidas se intenta cumplir la obligación, circunstancia que, sin duda, precisaría de la aceptación del destinatario, pero que no tendría por qué arrebatar la condición de derecho al mecanismo jurídico puesto en funcionamiento.

La explicación de la negativa a la aceptación no debe ir por ese camino, sino por el de indagar las consecuencias que determinaría la exigencia de aquélla. Si a la elección por parte del acreedor o del deudor debiera corresponder siempre, para que fuera eficaz, la aceptación del otro de los sujetos, en una fase tan circunstancial e instrumental como es la de determinar a través de cuál de las diversas prestaciones debidas se va a cumplir la obligación alternativa, tendríamos, nada más y nada menos, que la conclusión de un genuino contrato entre los sujetos participantes, algo que se nos revela como absolutamente exagerado e impropio en cuanto el referido contrato no serviría ni para constituir, ni para regular, ni para extinguir una relación obligatoria entre los contratantes, que son los cometidos normales de semejante variedad negocial.

Aparte de que toda la construcción legal de que sea uno u otro de los sujetos involucrados quien ostente el *ius electionis* no sólo para actuarlo, sino también para instrumentar un variado cuadro de posibilidades jurídicas en el caso de que sobrevenga la pérdida de algunos de los sujetos debidos, dejaría de tener sentido y justificación en el caso de que siempre hiciese falta el acuerdo de los interesados para que la elección sea eficaz. Y dejaría de tener sentido porque al tener que practicar la selección del objeto mediante el juego combinado de las voluntades de ambos sujetos, quizá ya no estaríamos en el ámbito de una genuina obligación alternativa, sino ante un supuesto de formación sucesiva del contrato en el que « el concurso de la

(3) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XV-2, Madrid, 1983, pág. 167.

oferta y de la aceptación sobre cosa» (art. 1.261 CC) se habría demorado por las partes contratantes para un momento ulterior.

Cuando lo cierto es que el acto de ejercicio de la elección, aun tratándose de una declaración expresa, no sólo no constituye contrato, sino que ni siquiera negocio jurídico unilateral, porque no se advierte en modo alguno cuál sería la reglamentación de intereses que semejante declaración instrumenta. Cuando el deudor o el acreedor manifiesta que es ésta y no otra la prestación que en definitiva va a ser realizada, de la misma manera que no están ejercitando derecho alguno, tampoco concluye ningún negocio jurídico porque la suya no es una declaración de voluntad negocial, ni siquiera de tipo modificativo, sino únicamente de tipo instrumental, en cuanto no pasa de ser otra cosa que una determinación voluntaria que clarifica y posibilita el camino para que la obligación alternativa pueda ser cumplida.

4. Hemos dejado dicho en otro lugar que cuando tiene lugar la elección del objeto a cumplir, en realidad no se pasa de una simple reordenación de los elementos presentes en la obligación, de un reacomodo fáctico, de preparar materialmente la relación obligatoria para que pueda efectuarse su ejecución. Ver en ello un negocio jurídico sin duda resulta improcedente porque no se acierta a percibir el juego de intereses comprometido ni dónde se encuentran aquellos efectos jurídicos *ex voluntate* que parecen hallarse en la base y caracterización de todo genuino negocio jurídico (4).

Al practicar la elección ni se constituye ni se extingue ni aun siquiera se modifica la relación obligatoria existente entre las partes, por lo que por más que quepa hablar de declaración de voluntad de una de ellas, bajo ningún concepto será posible configurar la misma como constitutiva de negocio jurídico en razón de que no se trasciende del estricto campo de la ordenación de los elementos fácticos presentes en la obligación alternativa; y ello no parece constituya factor suficiente para poner en pie un auténtico negocio jurídico. Como bien dice RUBINO, el acto de ejercicio de la elección tiene como efecto propio e inmediato determinar un elemento de hecho (la prestación debida), de manera tal que las mutaciones jurídicas que se derivan de ella no son efecto directo de la elección, sino meramente indirecto, en cuanto constituyen simple consecuencia de la determinación de la prestación que ha provocado (5).

Declaración de voluntad, pues, expresa o tácita, a través en este segundo supuesto del *factum concludentium* de la ejecución efectiva de una prestación por parte del deudor o la aceptación de dicha ejecución por parte del acree-

(4) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 34.

(5) RUBINO, *Delle obbligazioni*, *op. cit.*, pág. 69.

dor, según corresponda a uno u otro la titularidad del *ius electionis*. Ahora bien, semejante declaración de voluntad por la que se instrumenta al ejercicio de la facultad de elegir es, además de unilateral, recepticia; es decir, que aunque, según se ha tenido ocasión de ver, no hace falta para su eficacia la aceptación de la otra parte, sí se precisa, empero, que su destinatario tenga conocimiento de ella. Estamos en el campo de la notificación de la elección.

5. A tenor del artículo 1.133 del Código Civil, «la elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada», y de acuerdo al artículo 1.136 *eiusdem*, «cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor». Es decir, la obligación nacida como alternativa no pierde ese carácter por más que el sujeto al que esté atribuida la elección realice la misma en tanto no tenga conocimiento de la determinación practicada el otro sujeto de la relación obligatoria, por lo que la notificación (*rectius*, «conocimiento») de la elección se configura como un requisito de eficacia de ésta.

Aunque no con el grado de precisión técnica exigible, nuestro Tribunal Supremo así lo viene reconociendo desde antiguo al declarar que «la efectividad de la opción que dicho artículo (1.132) autoriza depende de que la elección hecha se haya notificado al acreedor» (Sentencia de 16 de mayo de 1923) y que «la obligación alternativa se convierte en obligación simple y vinculará al obligado a su cumplimiento cuando aquel a quien esté atribuida la facultad de elección la notifique fehacientemente a dicho obligado» (Sentencia de 2 de marzo de 1956).

Con dos precisiones. Una, que lo verdaderamente determinante a la hora de la fijación de la obligación alternativa y de su tratamiento como obligación simple no es tanto, pese a la literalidad de la Ley, la notificación a la otra parte, sino su conocimiento. ALBALADEJO parece no entenderlo así cuando considera que la elección no produce efecto aunque dicha otra parte tenga conocimiento o noticia de la misma por un medio distinto a la notificación (6), mientras HERNÁNDEZ-GIL considera que «como en orden a la notificación lo importante es el fin perseguido, el conocimiento, y no el medio utilizado, carece de trascendencia omitirla si el destinatario de la notificación se da por enterado de la elección» (7).

6. Este parece ser el criterio correcto. La Ley habla de notificación como mecanismo ordinario y normal para que el sujeto interesado venga a conocimiento de la determinación prestacional tomada por la otra parte,

(6) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, pág. 146.

(7) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 146.

pero éste y no aquélla es lo esencial, porque no se trata tanto de que el titular del *ius electionis* resulte vinculado a poner en funcionamiento algún tipo de actuación informadora, sino de que una vez tomada la determinación de cuál de las prestaciones debidas va a ser ejecutada, quién ha de recibirla o quién ha de efectuarla, sepa cómo se ha concentrado el objeto plural de la relación obligatoria. De requerirse estrictamente la notificación, no se entendería cómo tendría lugar la misma en los supuestos en que la declaración de elección se realiza tácitamente, esto es, mediante el pago del deudor o su aceptación por el acreedor, porque en los mismos es obvio que no se da la comunicación previa al interesado, aunque no existe inconveniente para unimismar el acto del conocimiento y el de la realización de una de las prestaciones.

Y la otra, que a pesar de que la Sentencia de 2 de marzo de 1956 hable de «notificación fehaciente», es obvio que cuando la notificación o comunicación por parte del deudor o del acreedor tenga lugar, no precisa de forma alguna (otra cosa es que exista acuerdo sobre tal extremo), sino que podrá realizarse a través de cualquiera de los medios de comunicación que en el sentir ordinario se estiman como suficientes al objeto de tener noticia de un determinado evento. En consecuencia, por más que pueda resultar conveniente a efecto de preconstituir la prueba de fehaciencia de la notificación, como dice HERNÁNDEZ-GIL, cabría efectuar la notificación, bien por conducto notarial, bien a virtud de una demanda de conciliación, bien por carta constatando su expedición y recepción o por cualquier otro medio privado de comunicación (8).

7. Notificada la elección practicada, ¿se retrotraerán sus efectos al momento en que tuvo lugar el acto de voluntad que produjo la determinación prestacional? Como se observará, la interrogante es la misma que la que se plantea DÍEZ-PICAZO a propósito de si los efectos de la elección se producen desde que ésta se emite por el que elige, siempre que después sea efectivamente comunicada, o si sólo se producen desde que la declaración de elección llega a conocimiento de la otra parte (9), porque en el fondo de lo que se trata es de dilucidar si cabe o no atribuir eficacia retroactiva a la notificación.

La doctrina española (DÍEZ-PICAZO, ALBALADEJO), a la vista de la aparente claridad de los artículos 1.133 y 1.136 del Código Civil, no parece albergar duda alguna sobre la circunstancia de que los efectos de la elección arrancan desde el instante mismo en que el interesado tiene conocimiento de ella,

(8) *Ibidem*.

(9) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 504.

sin ninguna otra incidencia *ex tunc*; y, sin embargo, la cuestión no es tan clara o, al menos, permite alguna reflexión al respecto.

Efectivamente, una cosa es que la notificación o el conocimiento constituya elemento preciso para que la elección realizada por el deudor o el acreedor produzca su peculiar efecto de conformar la obligación alternativa como simple, y otra, perfectamente diferenciable, que acaecido tal evento no pueda retrotraerse semejante consecuencia jurídica al instante en que la elección tuvo lugar. Si se observan bien las cosas, el artículo 1.133 del Código Civil lo que viene a decir es que la elección practicada no resulta operativa mientras no sea objeto de comunicación, pero no excluye la posibilidad de que una vez notificada puedan arrancar sus efectos desde la fecha en que jurídicamente resultó conformada. Es decir, que sin notificación la elección no es eficaz, pero no necesariamente que presente la notificación no sea posible contemplar los efectos de la elección desde la fecha de su real existencia, habida cuenta, sobre todo, que la notificación no es elemento constitutivo o esencial de la elección desde el momento en que no integra su estructura, sino tan sólo circunstancia precisa para que la misma desarrolle sus consecuencias, esto es, simple requisito de eficacia.

También en el caso de un negocio sometido a condición suspensiva su eficacia depende de que el evento llegue a tener realidad, pero ello no obsta a que producido tal acontecer los efectos negociales se hagan arrancar de la fecha de conclusión del negocio (art. 1.120 CC), porque en el campo de la eficacia nada impide que las consecuencias jurídicas se contemplen a partir del instante en que el mecanismo que las genera ve levantarse el obstáculo que provocaba su detención; y todo parece reclamar semejante situación, habida cuenta de que no se está en presencia de un elemento de existencia, sino frente a otro de mera efectividad.

Es decir, que así como resulta natural que cuando se completa una figura jurídica mediante la aparición de aquel de los factores estructurales que faltaba (caso de formación sucesiva del negocio y otros), no quepa estimar que aquélla debe considerarse existente desde el instante mismo en que arrancó su configuración, porque ello equivaldría a tener presente algo que en realidad no existió, no se da obstáculo de importancia para que semejante situación se produzca cuando la figura ya estaba completa desde el principio y lo único que faltaba era despejar el factor que por mandato legal detenía su eficacia.

Esto es lo que pienso ocurre en el tema que nos ocupa. La notificación no es una *conditio iuris* para la validez de la elección, sino mera *conditio iuris* para la eficacia de la misma y, por tanto, en cuanto la determinación prestacional está completa desde el momento en que el acreedor o el deudor manifiesta su voluntad al respecto, por más que no resulte eficaz en cuanto la Ley ha subordinado su eficacia a la notificación al destinatario, no existe

obstáculo para que una vez realizada ésta los efectos se estimen desde que tuvo lugar la elección, porque la misma ya estaba rectamente constituida y completa, por más que no fuese todavía eficaz al faltar el supuesto que detenía su operatividad jurídica. Este es el tipo de argumento jurídico que suele utilizarse para justificar la retroactividad de la condición suspensiva cumplida, y no se alcanza a ver la razón para que no pueda jugar también en el punto que nos ocupa, máxime cuando la notificación no presenta algunas de las notas que hacen más problemática y dudosa la regla de la retroactividad en el campo de las condiciones.

8. En íntima conexión con la materia que se está tratando está la de si una vez realizada la elección podrá el que la hizo modificar su criterio e inclinarse por una u otra de las prestaciones distintas a la originariamente elegida o, lo que es lo mismo, si la elección es o no revocable. Y decimos en íntima conexión porque la circunstancia de que sostengamos la notificación de la elección hace arrancar los efectos de ésta de la fecha en que se adoptó, no empece en nada la consideración de que, con antelación a la comunicación, pueda el titular del *ius electionis* variar de opinión, ya que la retroacción de efectos sólo se producirá una vez que se haya puesto en conocimiento del destinatario la opción practicada por aquél.

Ya tuvieron ocasión de considerar los romanistas que en el ámbito del Derecho romano y de referir que cuando la elección correspondiese al deudor, la *variatio* o *mutatio voluntis*, quedaba abierta hasta el momento mismo del pago, mientras que si concernía al acreedor, no obstante la disparidad de criterios, podía razonablemente concluirse que en el Derecho clásico cabría revocar la elección hasta el momento de la *litis contestatio* y en el Derecho justiniano hasta que procediese a reclamar judicialmente una de las prestaciones disyuntivamente debidas.

La civilística moderna se ha mostrado más restrictiva en relación al ejercicio del *ius variandi* y, como ha recordado MARANI TORO, se orientó en dos grandes direcciones: una, que permitía la modificación de la elección realizada hasta el momento en que era aceptada por la otra parte, y la otra, que hacía arrancar la exclusión de semejante facultad modificativa del simple hecho de la notificación (10). En la primera dirección se inclinaron autores como ZACHARIE, DEMOLOMBE y RICCI, mientras en favor de la segunda rompió brecha LAURENT, en razón de que, como posteriormente resaltaría GIORGI, por más que la elección será definitiva e irrevocable cuando haya sido aceptada, puede llegar a ser definitiva aun antes de la aceptación siempre que sea notificada (11).

(10) MARANI TORO, «Natura ed effetti delle obbligazioni alternative», en *Rivista di Diritto Civile*, 1932, pág. 87.

(11) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, IV, op. cit., pág. 443.

Nuestro Código Civil no contiene previsión expresa al respecto, ya que se limita a establecer que «la elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada» (art. 1.133), con el alcance y circunstancias que más arriba han quedado especificados. Ahora bien, cabe plantearse la pregunta de qué ocurrirá con la elección que haya hecho el acreedor o deudor antes de que la misma haya sido notificada o después de su notificación. ¿Podrá el que elige mudar de opinión e inclinarse por una prestación distinta de la que originariamente escogió? Esto es, ¿cuál será el campo de actuación del *ius variandi* que parece connatural a la sustancia de la obligación alternativa?

9. Que antes de que se produzca la comunicación al otro sujeto quepa la mutación de criterio en orden al objeto con que se va a cumplir la obligación disyuntiva parece de todo natural y propio en razón de que estamos en presencia de una declaración recepticia que no ha llegado a su destinatario y de que no se ha generado ningún interés legítimo que justifique la negación al acreedor o deudor optante de la posibilidad de volver sobre sus pasos. La irrevocabilidad de un acto jurídico y el juego del principio *adversus factum proprium venire non potest* sólo se justifican cuando la mutación que se intente entre en conflicto con expectativas generadas a favor de los otros sujetos involucrados en el operativo jurídico puesto en marcha, pues en principio, de la misma manera que la persona es libre de materializar o no una determinación jurídica, lo es también de retractarse de aquella ya emitida en base a un genérico y legítimo *ius poenitendi* que forma parte del estricto campo de su libertad civil.

Pero es que, además, así resulta también de la particular conformación jurídica que la Ley otorga a la elección. En efecto, si ésta no produce efecto mientras no haya sido notificada (art. 1.133 CC) y si la obligación no deja de ser alternativa hasta que el acreedor comunique al deudor la determinación que ha adoptado (art. 1.136 CC), parece fuera de toda duda que mientras no tenga lugar semejante acontecer la concentración de la obligación alternativa no se ha producido y, por ende, sigue abierta la puerta para proceder a nueva selección y para variar la elección primeramente practicada. Es lo que resalta ALBALADEJO al advertir que, en base a dichos preceptos, hasta que tiene lugar la notificación, la elección no es irrevocable, pues si fuese irrevocable ya no habría obligación alternativa por haberse concentrado en la prestación elegida, y en consecuencia los «efectos se producen desde entonces, es decir, desde la notificación, no sólo frente a la otra parte, sino también para el elector; luego no cabe decir que para éste los efectos de la elección se producen desde que la realizó, sin necesidad de esperar a que fuese notificada» (12).

(12) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, págs. 171-172.

10. En consecuencia, no parece existir obstáculo alguno para que adoptada la determinación prestacional e incluso remitida la misma a la contraparte sea posible todavía la retractación, la vuelta atrás, no sólo mediante la selección de una prestación diferente, sino también mediante el retorno al *statu quo ante*, es decir, al estadio en que no se había elegido prestación alguna en virtud del arrepentimiento respecto a la determinación tomada. Mientras el destinatario de la declaración de elección no esté en conocimiento de ésta, cabe detener el curso de la misma a través de cualquiera de los medios que permita paralizar su progresión o que ponga en antecedentes a su futuro receptor del cambio de parecer que se ha producido en el autor de la elección.

ALBALADEJO habla de que la declaración de elección, incluso remitida ya a la otra parte, puede ser revocada, realmente invalidada antes de llegar a perfeccionarse, expresión en la que se comete alguna imprecisión jurídica, pues en primer término la declaración de elección no se perfecciona cuando es notificada, sino que tan sólo se hacen depender sus efectos de que llegue a conocimiento de su destinatario como sucede con cualquier declaración recepticia (sería ilógico que una declaración de voluntad, cual es la de elección, no quedase perfecta por la sola determinación del sujeto que la emite), y en segundo lugar, no se trata de la invalidación de la declaración no recibida, en cuanto, como se ha dicho, no estamos en presencia de un negocio jurídico y la paralización de la misma, más que un supuesto de invalidez jurídica conforma la mera situación de desaparición de una manifestación de voluntad. Incluso, *strictu iuris*, ni siquiera es correcto hablar de revocación, pues ésta configura un caso de ineficacia sobrevenida que debe circunscribirse al ámbito de los negocios jurídicos.

11. El problema puede surgir a la hora de preguntarse si una vez hecha la notificación y puesto en conocimiento, por tanto, el destinatario de la misma con cuál de las prestaciones debidas se va a cumplir la obligación alternativa, cabría todavía la retractación, sería posible que el acreedor o deudor cambiase de opinión respecto a la prestación elegida. La doctrina, en general, se ha mostrado siempre contraria a semejante posibilidad y los pocos Cuerpos legales que contemplan dicha hipótesis se inclinan también por su exclusión, a la manera del artículo 1.286 del *Codice Civile* cuando consigna que «la elección se hace irrevocable... con la declaración de elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección se hace por un tercero».

Nuestro Código Civil calla al respecto. Se limita a establecer, como sabemos, que para que la elección sea efectiva debe ser considerada y comunicada, pero ¿significa ello necesariamente que una vez producida semejante notificación ya no cabe variar de opinión, ya no es posible revocar la elección realizada?

El artículo 1.133 del Código Civil no dice precisamente eso, sino que la elección produce sus efectos con la notificación, por lo que cabría suponer que, no obstante la comunicación efectuada, pudiese todavía el que eligió cambiar de parecer, porque una cosa es que la elección resulte eficaz a partir de la notificación y otra, jurídicamente diferente y autónoma, que desde ese instante resulte irrevocable. Así será si la Ley lo dice expresamente (tal cual ocurre en el art. 1.286 del *Codice*), pero parece que no existe necesidad absoluta de concluir en ese sentido cuando la norma calle (como ocurre en nuestro Ordenamiento civil), aunque sólo sea porque estamos en el ámbito de lo dispositivo, en el que lo no prohibido está permitido, y porque el hecho de que un mecanismo jurídico devenga eficaz no supone un valladar insuperable para su posterior revocación en cuanto, como queda dicho, la revocación es un supuesto de ineficacia sobrevenida que existe precisamente la producción de efectos del acto o negocio revocado.

Decir que porque la elección se hace eficaz a través de su notificación a la otra parte ya por eso resulta irrevocable cuando la Ley nada prescribe al respecto sería, quizá, lo mismo que sostener que una donación no puede ser revocada cuando haya producido los efectos que le son propios; y sabido es que la revocación de las donaciones se realiza precisamente para destruir las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas. Porque una cosa es que a partir de determinado factor (en nuestro caso la comunicación) comiencen los efectos y otra que una vez generados éstos el supuesto resulte irrevocable, ya que al diferenciar se estarían poniendo en interrelación categorías no homologables e, incluso, se estaría negando la revocación en el único caso en que tiene sentido: cuando por su través se quieren destruir los efectos jurídicos del acontecer que es objeto de la retractación unilateral que la revocación supone. Y todo ello al margen de que en puridad quepa o no hablar de revocación, al margen de un expreso precepto que la contemple por la operancia del superior principio de la conservación de los negocios.

Y, sin embargo, no parece que quepa elucubrar en pro de la posición que se intuye en las líneas que anteceden, pero no por la particular dicción del artículo 1.133 del Código, que ello no compromete ni en un sentido ni en otro, sino porque así debe resultar de la particular conformación de esa especie obligatoria que llamamos obligaciones alternativas.

12. En efecto, sabemos que la peculiaridad más resaltante de las mismas consiste en que por virtud de la concentración la diversidad prestacional se resume en una única prestación de las disyuntivamente debidas y que dicha concentración se produce a través de la imposibilidad sobrevenida de las restantes o por medio de la elección efectuada por aquel de los sujetos

que tenga derecho a ello. En consecuencia, cuando nos encontramos en la esfera de esta segunda hipótesis, una vez que legalmente se entienda hecha la elección (en nuestro caso cuando tenga lugar su notificación), la obligación será una obligación simple o unitaria con una sola prestación, algo que torna impensable cualquier posibilidad de ejercicio del *ius variandi*.

Y lo torna impensable, porque si se admitiera que el acreedor o el deudor puede cambiar de opinión e inclinarse por otra prestación, la pregunta lógica debería ser la de ¿cuál sería ésta?, ya que el elenco prestacional se ha esfumado desde el momento en que la obligación devino simple. Si no existe ya posibilidad de elegir entre prestaciones diversas porque la diversidad de objetos debidos se ha resumido en uno solo, resulta obvio que no cabe pensar en la *revocabilidad* de la elección después de notificada, pues ello conduciría a la paradójica situación de que no se cumple con el objeto elegido en cuanto se da la retractación, pero tampoco con algún otro en razón de que han dejado de pertenecer a la esfera de la obligación. Sería tanto como haber construido un instrumento jurídico, el de la revocación de la elección notificada, para tener que concluir que el mismo no puede operar porque no existen, ni pueden existir, los presupuestos que posibilitarían su actuación; algo que además de estéril se aproximaría peligrosamente a lo absurdo.

Pero es que existe otro argumento adicional. ¿Tendría sentido que en una de las variantes de elección, la de su declaración expresa, fuere posible la revocación, mientras en la otra, la de la ejecución de una de las prestaciones, no pudiera tener lugar? Desde luego que no, porque es elemental que una misma figura jurídica no puede estar sujeta a regímenes diferentes; y sabido es que tan elección prestacional es aquella que se patentiza mediante declaración expresa de voluntad como aquella otra que opera mediante la *ejecución* efectiva de una prestación o la aceptación de dicha ejecución (según corresponda al deudor o al acreedor el *ius electionis*), puesto que, como advierte con exactitud RUBINO, en estos últimos supuestos estamos también en presencia de una manifestación de voluntad, salvo que no sea expresa, sino tácita (13).

En efecto, aunque se sostuviera que cabe la rectificación cuando la elección realizada ha sido objeto de comunicación a la otra parte, siempre habría que considerar que cuando hubiera tenido ejecución una de las prestaciones debidas (supuesto de elección tan genuino como el otro), mal cabría estimar que aquí fuese posible la retractación, aunque sólo sea por el insalvable obstáculo de que mientras en la elección mediante declaración expresa la obligación alternativa se conforma como simple, en la elección mediante declaración tácita o pago ni siquiera cabe semejante posibilidad,

(13) RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pág. 60.

pues la obligación no es que sea ya alternativa o simple, sino que sencillamente ha dejado de existir, se ha extinguido. La lógica, el tratamiento unitario de la materia y la coherencia jurídica que debe tener cualquier solución que se predique para el conjunto de la figura imponen, inexcusablemente, considerar que una vez que la elección se ha consumado de una u otra forma, queda excluido el ejercicio del *ius variandi*.

De todas maneras, lo que no cabe considerar es que la negativa de la revocación de la elección en el caso de que ésta se plasme mediante manifestación expresa tan sólo opera cuando la misma haya sido notificada al otro sujeto, y no, en cambio, como pretende ALBALADEJO, cuando éste haya llegado a conocer por medios distintos a la notificación «el contenido de la elección que no se le notificó» (14). Y no cabe porque ello supone acogerse a la mera excusa literal de que la Ley habla de «notificación» (arts. 1.133 y 1.136 CC), cuando lo realmente procedente a los efectos que se consideran es que el interesado esté al tanto o tenga conocimiento de la selección prestacional que ha efectuado quien tiene derecho a ello, ya que, en palabras atinadas de HERNÁNDEZ-GIL, el fin debe preponderar sobre el instrumento, y aquí lo básico es el conocimiento del sujeto que ha de recibir o ha de ejecutar la prestación elegida (15) aunque sólo fuera por la consideración de que si bien de toda notificación deriva el conocimiento, éste se puede obtener por medios distintos y tan operativos como la notificación.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
en la Facultad de Derecho de Zaragoza

(14) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, pág. 172.

(15) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I, *op. cit.*, pág. 108.