

SECCIÓN III.—DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTIVAS,
ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS.

§ 43.—*De las obligaciones conjuntivas.*

La obligación es conjuntiva cuando recae sobre muchas cosas, que todas deben ser dadas en pago; *plures re sunt in obligatione, et plures in solutione*; por ejemplo yo os prometo el caballo A y el caballo B. Esta obligación no presenta nada de particular, es una obligación ordinaria con pluralidad de objetos; las diferentes cosas que en ella figuran son debidas y pagaderas de la misma manera que si fuesen el objeto de obligaciones separadas (1). En consecuencia, si la obligación es nula con respecto á una de las cosas, ella no es menos válida en cuanto á las otras; tal es el caso en que una de las cosas está fuera del comercio (2). El acreedor puede reclamar y el deudor debe dar en pago todas las cosas sobre las cuales recae la obligación. En fin, la pérdida fortuita de una de las cosas no dispensa al deudor del pago de las otras.

§ 44.—*De las obligaciones alternativas.*

La obligación es alternativa cuando recae sobre muchas cosas, de las cuales una sola debe ser dada en pago; *plures res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione*; por ejemplo yo os prometo el caballo A ó el caballo B. Tam-

éste sentido Molitor, II, núm. 1188; Vangerow, III, § 569, *Ann.* I, núm. 3 y Maynz, II, § 191, nota 10. *Contra*: Thibaut, § 84, p. 109 y 110. En lo que concierne al caso en que la elección pertenece á un tercero, con ocasión de un legado genérico, Justiniano decide que si el tercero no ejercita su elección dentro del año, la facultad de elegir pasa al legatario. (*Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1).

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 29.

[2] *Dig. eod.* l. 83, § 4.

bién la obligación alternativa comprende muchas cosas; muchas cosas son debidas, como en la obligación conjuntiva. Pero, á diferencia de ésta, el deudor no debe dar en pago sino una sola. De aquí las reglas siguientes:

I. La obligación nula con respecto á una de las cosas comprendidas en la alternativa no subsiste menos en cuanto á las otras (1).

II. El acreedor no puede demandar sino alternativamente las cosas debidas (el caballo A ó el caballo B), como él las ha estipulado (2). No puede reclamarlas conjuntamente, ni referir su demanda exclusivamente á una de ellas. Esta última demanda despojaría al deudor de su elección. Se sigue en efecto para la elección casi todas las reglas de la obligación genérica; los motivos son análogos (3). La elección pertenece al deudor (4), á menos que se trate de un legado alternativo (5) y salvo convención contraria (6); pero, por la naturaleza misma de las cosas, la elección puede recaer de una manera absoluta sobre cada uno de los objetos comprendidos en la alternativa. Aquí también la elección es indivisible; debe tener por objeto una cosa entera; el deudor que ha prometido dos mil francos ó cien hectólitros de trigo, no puede ofrecer mil francos y cincuenta hectólitros de trigo (7). La persona que tiene la

(1) *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 72, § 4.

(2) *Inst.* lib. 4, tit. 6, § 33.

[3] Véase antes § 42, 30.

(4) *Inst.* lib. 4, tit. 6, § 33; *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 1. 25 y 34, § 6; *Id.* lib. 23, tit. 3, l. 10, § 6.

[5] *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 34, § 14; *Id.* lib. 31, *de leg.* II, l. 2, 23.

(6) *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6; *Id.* lib. 23, tit. 3, l. 10, § 6; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 75, § 8, l. 1. 93 y 112.

[7] *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 14; *Id.* lib. 31, *de leg.* II, l. 15. Resulta de esta indivisibilidad que si el deudor comienza por pagar 1000 f. este pago no es válido sino en tanto que paga más tarde también f. 1000. Es nulo y sujeto á repetición si el deudor paga en segundo lugar los 100 hectólitros de trigo, lo que tiene derecho de hacer, puesto que puede variar hasta un pago lido. (*Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 13). Véase adelante § 56.

elección, tiene la facultad de variar, como en la obligación genérica (1). Del mismo modo, si el deudor de una obligación alternativa da en pago las dos cosas en la creencia de que son debidas conjuntamente puede repetir por la *condictio indebiti* la una ó la otra á su elección; y si ha dado en pago una cosa, creyendo que era la única debida, puede también repetirla y ofrecer la otra. Sin embargo, los juriconsultos romanos diferían de opinión sobre estos dos puntos. Celso, Marcelo y Ulpiano enseñaban que si el deudor de una obligación alternativa daba en pago las dos cosas en la convicción de que eran debidas conjuntamente, podía sin duda ejercitar la *condictio indebiti*, pero de tal manera que el acreedor tenía la facultad de elegir la cosa que debía ser restituida; la elección había pasado al acreedor, porque éste se había hecho deudor de restitución; debía restituir alternativamente las dos cosas (2). Celso era todavía de opinión que si el deudor de una deuda alternativa daba en pago una de las cosas, creyéndola la única debida, la repetición era excluída; aquí igualmente habría perdido su elección por defecto del pago (3). Por el contrario, Juliano y Papiniano mantenían la elección al deudor que por error había dado en pago las dos cosas (4), y Juliano permitía también al deudor que por error había dado en pago una

(1) *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 1. 106, 112 y 138, § 1; *Id.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 13; *Id.* lib. 19, tit. 1, l. 21, § 6.

(2) *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 26, § 13. En este pasaje, Ulpiano supone que yo había estipulado 10 ó Schichus y que mi deudor había pagado 5 y Schichus en una vez. Decide, según Celso, que tengo la facultad de guardar una de las cosas á mi elección. Véase también el *Cod.* lib. 4, tit. 5, l. 10, § 1.

[3] *Dig.* lib. 31, *de leg.* II, l. 19. Uno había legado alternativamente Stichus ó Panphilus. Si el legado era hecho *per vindicationem*, la elección pertenecía al legatario, [l. 19]. Pero cuando el legado había sido hecho *per damnationem*, según la teoría clásica, el heredero tenía la elección; ahora bien, Celso decide que si el heredero da en pago á Stichus en la convicción de que era el único debido, no es admitido á repetir. [l. 19].

(4) *Cod.* lib. 4, tit. 5, l. 10, § 1.

sola cosa, repetirla y ofrecer la otra (1). Justiniano sancionó sobre el primer punto la opinión de Juliano y de Papiniano (2). Él no preveía expresamente el segundo punto; pero siendo enteramente análoga la cuestión, debe ser resuelta en el mismo sentido (3). En fin, el derecho de ele-

(1) *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 32, § 3. Directamente Juliano no estatuye en esta ley sino para la obligación genérica. Pero funda su decisión sobre la analogía de la obligación alternativa; luego admite como constante que si alguno que debe alternativamente un esclavo en general ó á Stichus, da en pago por error á éste, tiene el derecho de repetirlo y de ofrecer otro esclavo en virtud del primer término de la alternativa.

(2) *Cod.* lib. 4, tit. 5, l. 10.

(3) Es preciso pues dar la preferencia al *Dig.*, lib. 12, tit. 6, l. 32, § 3, sobre el *Dig.* lib. 31, *de leg.* II, l. 19. [*Contra:* Molitor, I, núm. 219]. Es por otra parte indiferente, en el caso en que las dos cosas han sido dadas en pago por error, que ellas lo hayan sido al mismo tiempo ó sucesivamente. Justiniano no distingue en su constitución y no existe motivo para distinguir. [*Contra:* Maynz, II, § 191, nota 11, quien, en la hipótesis de dos pagos sucesivos no admite la repetición sino en cuanto al último]. ¿Qué decidir si la deuda alternativa es debida solidariamente por dos personas y ellas dan en pago las dos cosas? Si las dos cosas han sido dadas en pago sucesivamente, el primer pago ha sido hecho válidamente, sin ningún error de parte del que paga. Luego él extingue la deuda; la segunda cosa ha sido dada en pago indebidamente y por error; ella está sujeta á repetición. [Vangerow, III, § 569, *Ann.* I, núm. 1]. Esta regla es materialmente inaplicable en la hipótesis de dos pagos simultáneos hechos por los deudores solidarios. Desde entonces es preciso admitir que ellos tienen el derecho de repetir una de las dos cosas á su elección; no existe ningún motivo para rehusarles la elección que pertenece al deudor único. Esto supone que los deudores solidarios se entienden sobre la elección. Si no se entienden, si cada uno quiere repetir la cosa que ha dado en pago, se hace imposible dejarles la elección, porque el acreedor no tendría lo que debe restituir. Por esta razón la elección pasa entonces al acreedor y él deberá restituir una de las dos cosas al deudor que la hubiera dado en pago. [*Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 21]. Vangerow, III, § 569, *Ann.* I núm. 1. *Contra:* Thibaut, § 84, p. 109. ¿Quid si dos codeudores solidarios de una obligación alternativa han dado en pago una de las cosas en la persuasión de que era la única debida? En principio, como el deudor único, ellos conservan la elección y están autorizados á repetir la cosa dada en pago y á ofrecer la otra. Pero si no están de acuerdo sobre la elección, esta pasa al acreedor, que podrá guardar la cosa recibida; si se mantuviera aquí la elección para los deudores, el acreedor no sabría si debe ó no restituir la cosa recibida. [*Arg. Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 21]. Se seguirán las mismas reglas cuando dos deudores no solidarios de una obligación alternativa han hecho uno de los pagos mencionados; los motivos son idénticos.

gir se trasmite á los herederos de las partes (1) y al cesionario del crédito (2), como con ocasión de una obligación genérica.

III. En lo que concierne á la influencia de la pérdida de las cosas debidas alternativamente, debe distinguirse un gran número de hipótesis.

(A). La pérdida fortuita de una de las dos cosas comprendidas en la alternativa, no dispensa al deudor del pago de la otra; porque la obligación recaía sobre las dos cosas y desde entonces el solo efecto de la pérdida de una debe ser restringir la obligación de la otra (3). Sin embargo el deudor que tiene la elección puede también, si lo prefiere, ofrecer el precio de la cosa que ha perecido; y tomará este partido cuando la cosa que ha perecido, tenía menos valor que el objeto restante; por ejemplo ella valía mil solamente, mientras que el objeto restante tiene un valor de mil doscientos. Esta última regla es muy cuestionada. Se funda sobre las consideraciones siguientes. El principio según el cual el deudor no debe el valor de la cosa que ha perecido por accidente, ha sido admitido exclusivamente en su interés; ahora bien cada uno puede renunciar á un derecho establecido en su favor. Si se decidiese de otro modo, la liberación relativa del deudor, lejos de aprovecharle, le causaría un perjuicio; ella lo obligaría á entregar la cosa restante de un valor superior. La equidad se opone por lo demás á que la obligación del deudor sea agravada por una circunstancia que no le es imputable. Tenemos en fin en nuestro favor la autoridad de los textos (4). A pesar de es-

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 76; *Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1.

[2] *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 75, § 3. *Nom obstat Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 1. 76 y 141. Véase antes § 42.

[3] *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6; *Id.* lib. 46, tit. 6, l. 95, § 1. *Id.* lib. 13, tit. 4, l. 2, § 3.

[4] *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47, § 3. Ulpiano se ocupa principalmente en este pasaje de la hipótesis en que uno de los esclavos legados alternativamente ó

tos motivos, muchos autores obligan absolutamente al deudor á entregar el objeto restante, ya en todas las obligaciones alternativas (1), ya al menos en las obligaciones alternativas que no resultan de un legado (2). La opinión dominante nos es favorable. (3). Si las dos cosas debidas

ó los dos están fugitivos ó son cautivos de guerra. Si uno de los esclavos solamente es fugitivo ó cautivo de guerra, el heredero debe entregar el esclavo presente ó el precio del ausente; no le es permitido elegir el esclavo ausente para entregarlo después de su vuelta. Si los dos esclavos están en fuga, debe prometer hacer lo mismo desde el momento que uno de ellos volviere. El juriconsulto se ocupa también de la hipótesis en que uno de los esclavos legados alternativamente hubiera muerto; el heredero debe, dice, el esclavo sobreviviente de una manera absoluta ó tal vez solamente el precio del esclavo muerto. Las palabras *omnimodo* y *fortassis* se explican perfectamente por la consideración de que el esclavo sobreviviente queda *in obligatione*, mientras que el precio del esclavo muerto está solamente *in facultate solutionis*. Por otra parte, en los casos análogos previstos en el pasaje, Ulpiano decide de una manera explícita que el heredero es libre de pagar el valor del esclavo ausente para escapar á la entrega del esclavo presente, y estas decisiones categóricas fijan el sentido de la que se refiere á la muerte de uno de los esclavos. Según el *Dig.*, lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1, si uno de los esclavos estipulados alternativamente muere por obra del deudor, sólo es debido el esclavo sobreviviente, y el deudor no es admitido á ofrecer la estimación de aquel que ha hecho perecer y esto, dice Papiniano, á título de pena por su culpa. Ahora bien este motivo cae cuando la muerte de uno de los esclavos es el resultado de un accidente, y por tanto la regla enunciada debe cesar en este caso; el deudor puede librarse, pagando la estimación del esclavo muerto.

(1) Maynz, II, § 191 y nota 15. Art. 1367, C. Civ. del D. F. de México.

(2) Namur, I, § 222.

(3) Se nos opone el *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6, el *Id.* lib. 31, *de leg.* II, l. 11, § 1 y el *Id.* lib. 9, tit. 2, l. 55. Los dos primeros textos se limitan á decir que si uno de los esclavos debidos alternativamente muere, el esclavo supérstite queda debido, sin mencionar la facultad del deudor de pagar el valor del otro. Este silencio nada tiene de exclusivo. El *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 55, suscita mayor dificultad. Hablando del caso en que el acreedor mata á uno de los esclavos debidos alternativamente, Paulo aplica al esclavo supérstite las palabras: *quem necesse habeo dare*; pero sobre todo permite al deudor reclamar por la acción Aquiliana el valor del esclavo muerto y el exceso del esclavo supérstite, á título de reparación pecuniaria. Ahora bien, se podría decir, si el deudor tenía la facultad de librarse pagando el precio del esclavo muerto, el perjuicio que le ha causado el acreedor, no podría jamás exceder de dicho precio. Pero Paulo supone precisamente que el deudor, en vez de optar por el esclavo muerto, lo que le permitiría considerarse como libre, opta al contrario por el esclavo supérstite y entrega éste, al mismo tiempo que ejerce la acción Aquiliana en razón del esclavo muerto, y, en este caso, el daño sufrido por el deudor comprende ciertamente la estima-

alternativamente vienen á perecer por accidente, es claro que el deudor queda libre (1).

(B). Suponiendo una pérdida imputable al deudor en razón de una culpa propiamente dicha ó de su mora, si una de las cosas solamente perece, el acreedor tiene derecho al objeto restante; el deudor, haciendo perecer una de las cosas, parece que ha fijado su elección sobre la otra. (2). Si esta perece de la misma manera, como la obligación se había limitado á ella, el deudor debe su estimación. Si las dos cosas perecen simultáneamente, el deudor está obligado á pagar el precio de una ó de otra, á su elección. En el caso en que la elección pertenece al acreedor, las reglas enunciadas se modifican en el sentido de que el acreedor puede demandar, ya el valor de la cosa que ha perecido en primer lugar, ya, si las dos pérdidas han sido simultáneas, el valor de la una ó de la otra cosa; en efecto, la culpa ó la mora del deudor no ha podido privar al acreedor de su elección.

(C). Cuando las cosas perecen sucesivamente, la primera por caso fortuito, la segunda de una manera imputable al deudor, se debe la estimación de la última, á menos que el deudor, que tiene la elección, prefiera pagar el valor de la cosa que ha perecido en primer lugar. En efecto, después de la primera pérdida la obligación se había restringido al objeto restante, salvo la facultad dejada al deudor de ofrecer el precio de la cosa que había perecido acciden-

ción del esclavo muerto y el exceso de valor del esclavo sobreviviente. En cuanto á las palabras: *quem necesse habeo dare* aplicadas al esclavo supérstite, se explican considerando que este esclavo es el único objeto de la obligación facultativa. [Véase adelante nota 1, página 228]. No se puede tampoco restringir el *Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47, § 3, á los legados, puesto que el *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1, contiene la misma regla para las convenciones. (Véase en nuestro sentido Molitor, I, núm. 224, Mommsen, I, § 26, 1º p. 309 á 314 y Vangerow, III, § 569, *Ann.* 2, núm. I, 1º).

[1] *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 34, § 6.—Art. 1369, C. Civ. del D. F. de México.

[2] *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1.—Art. 1370, C. Civ. del D. F. de México.

talmente (1). Luego después de la segunda pérdida, el deudor debe la estimación de la cosa que ha perecido en segundo lugar, salvo la misma facultad. Pero ¿qué decidir cuando, en sentido inverso, la primera pérdida es imputable al deudor, mientras que la segunda es el resultado de un accidente? A primera vista, se estaría tentado de sostener la liberación del deudor, porque la primera pérdida ha hecho su obligación pura y simple, y ésta, podría decirse, ha sido extinguida por la segunda pérdida, que tenía un carácter accidental. Pero el derecho romano admite con razón que el deudor debe el precio de la cosa que ha perecido al último. En efecto, la obligación alternativa procura al acreedor la ventaja de que ella no queda extinguida por una pérdida única; ahora bien la primera pérdida, imputable al deudor, despoja al acreedor de esta ventaja, y por tanto, limitando la obligación al objeto restante, obliga al deudor á pagar de una manera absoluta este objeto, es decir á pagar el valor, aun cuando pereciera accidentalmente. Esta consideración explica por qué el deudor debe la estimación de la cosa que ha perecido por accidente, más bien que la de la cosa que ha perecido por su culpa ó después de su mora (2). En la misma hipótesis, si el acreedor tiene la elección, se comprende que pueda demandar de preferencia la estimación de la cosa que ha perecido primero. Si las dos cosas han perecido simultáneamente, una por caso fortuito, otra de una manera imputable al deudor, se debe el precio de la segunda, á menos que el deudor que tiene la elección quiera mejor pagar el valor de la otra.

(D). Si una de las cosas perece por culpa del acreedor, la obligación alternativa se limita al objeto restante, el único que pueda todavía ser debido. Pero el acreedor está

[1] Véase antes núm. III, A del presente párrafo.—Art. 1368, C. C. del D. F. de México.

(2) *Dig.* lib. 46, tit. 3, l. 95, § 1.

obligado á indemnizar al deudor en razón del perjuicio que le causa. Y este perjuicio no comprende solamente el valor de la cosa que él ha hecho perecer. Cuando el deudor tenía la elección, el daño comprende además el exceso de valor del objeto restante; porque si el acreedor no hubiera hecho perecer la cosa que tenía menos valor, el deudor habría podido pagárselo y guardar la que valía más. Por ejemplo, uno debía alternativamente á Stichus que valía diez ó á Pánfilo que valía veinte; el acreedor mata á Stichus y el deudor da en pago á Pánfilo. El acreedor deberá una indemnización de veinte, porque, sin su culpa, el deudor hubiera podido dar en pago á Stichus y conservar á Pánfilo de un valor de veinte (1). El acreedor está sometido por este motivo á la acción de la ley *Aquila* (2). Sin embargo el deudor que tiene la elección, puede también tomar otro partido. En vez de dar en pago el objeto restante y de obrar por daños y perjuicios, como acaba de explicarse, le es facultativo considerarse como libre; él tenía en efecto el derecho de pagar su deuda ofreciendo la cosa que el acreedor ha hecho perecer y el acreedor no podía despojarlo de este derecho (3). Si las dos cosas debidas alternativamente perecen por la culpa del acreedor, el deudor queda libre y puede obrar por la acción *Aquiliana* en reparación del perjuicio que le ha causado el acreedor. El objeto de esta indemnización varía según que la elección pertenezca al deudor ó al acreedor. En la primera hipótesis, el deudor obtendrá la estimación de la cosa que tenía

(1) Véase adelante nota 3 de esta página. *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 55. Aunque Paulo no responde directamente á la última cuestión, entiende sin ninguna duda resolver en este sentido que el acreedor debe pagar 20,000, el precio de Pánfilo. El juriconsulto supone que el acreedor ha matado á Stichus *ante moram*. Si estuviese en mora de recibir á Stichus, el deudor queda libre pura y simplemente; Stichus estaba al riesgo del acreedor como en una obligación de un cuerpo cierto. [*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 105].

[2] *Dig.* lib. 9, tit. 2, l. 55.

(3) *Arg. Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 47, § 3. Pero es esta una simple facultad

más valor, porque, sin el hecho del acreedor, él hubiera podido guardar esta cosa y dar en pago la otra. En la segunda hipótesis, el acreedor debe el precio de la cosa que ha hecho perecer en primer lugar; tal era su obligación después de la primera pérdida y la segunda no ha tenido otro resultado que extinguir la deuda hecha pura y simple, sin afectar la obligación mencionada (1). Si el acreedor ha hecho perecer las dos cosas simultáneamente, es preciso admitir que ha perdido su crédito y debe dar en pago al deudor el valor de una ó de otra de las dos cosas á elección del deudor ó del acreedor, según que la elección pertenezca al primero ó al segundo (2).

(E). Si una de las cosas debidas alternativamente perece desde luego por culpa del acreedor y la otra después por accidente, basta recordar los derechos y las obligaciones de las partes después de la primera pérdida. La obligación alternativa se había limitado al objeto restante; por

para el deudor, y por consiguiente si toma el primer partido, el acreedor no es admitido á objetar la acción *Aquiliana* mencionada, diciendo que el deudor podía considerarse como libre y no pagar á Pánfilo de un valor de 20. El principio según el cual la obligación alternativa se hace una obligación pura y simple, cuando la culpa del acreedor produce la pérdida de una de las cosas debidas alternativamente, es muy controvertido en el caso en que la elección pertenece al acreedor. Unos defienden la idea poco natural de que el acreedor ha elegido la cosa que ha destruido y admiten la liberación del deudor. Otros enseñan que la obligación queda alternativa en el sentido que el acreedor podía reclamar, ya el objeto restante, indemnizando al deudor por el otro, ya la estimación de la cosa que ha hecho perecer. (Molitor, I, núm. 266, 1). En lo que concierne á esta última opinión, bastará hacer notar que el acreedor no tiene dicha opción en la hipótesis de la pérdida accidental de una de las cosas debidas alternativamente. Los dos sistemas no encuentran por lo demás ningún apoyo en nuestras fuentes. [Véase en nuestro sentido Vangerow, III, § 569, *Ann.* 2, núm. II, 30, y Maynz, II, § 191, A.

(1) Aquí igualmente se reproducen las dos opiniones que combatíamos en la nota precedente. Según unos, si el acreedor que tiene la elección ha hecho perecer sucesivamente las dos cosas, ha elegido aquella que ha destruido la primera y debe pagar el valor de la segunda. Según otros, conservaría la elección y podría pagar la estimación de la cosa que no eligió. [Molitor, I, núm. 226, 2]. Véase en nuestro sentido Maynz, II, 4-191, nota 27.

(2) Hasta aquí no se ha tratado sino de daños y perjuicios. Es necesario te-

su lado el acreedor debía la estimación de la cosa cuya pérdida había causado, y si la elección pertenecía al deudor, éste podía además reclamar el exceso de valor del objeto restante. Desde entonces, después de la pérdida accidental de la segunda cosa, el deudor queda libre y conserva el derecho de hacerse indemnizar como acabamos de decir; este derecho no ha podido serle arrebatado por el caso fortuito subsecuente (1). ¿*Quid* si en sentido inverso, una de las cosas perece desde luego por accidente, y más tarde la culpa del acreedor trae la pérdida de la otra? Después de la primera pérdida, el deudor debía el objeto restante, salvo la facultad de ofrecer la estimación del otro, en el caso en que la elección le pertenecía. Luego, después de la segunda pérdida imputable al acreedor, queda libre; su obligación hecha ya pura y simple se extingue. Sin embargo, si tenía la elección, conserva la facultad adquirida después de la primera pérdida de presentar el valor de la cosa que

ser también en cuenta la pena establecida por la ley *Aquila*: esta pena consistía en el exceso de valor que la cosa dañada podía tener en el año ó mes anteriores al delito. Hé aquí dos aplicaciones: Uno debía alternativamente el caballo A por valor de 1000 ó el caballo B por valor de 1500; habiendo este último contraído un defecto, su valor se redujo á 1000, y en el año después de tal defecto, fué muerto por el acreedor. Usando el deudor de su derecho da en pago el caballo A. ¿Qué obtendrá por la acción Aquiliana en razón de la muerte del caballo B? 1º A título de reparación pecuniaria, 1000 valor del caballo B en el momento de su muerte; 2º A título de pena, 500, exceso de valor del mismo caballo en el año anterior.

Uno debía á su elección el caballo A de un valor de 1000 ó el caballo B de 1500. El acreedor mató, en un intervalo de menos de un año, primero el caballo B y después el caballo A. Como lo hemos dicho, el deudor que tiene la elección, puede reclamar una indemnización de 1500 por el caballo. Pero es de notar además que si se remonta el año anterior á la muerte del caballo, éste valía también 1500. En efecto, él era entonces debido alternativamente con el caballo B de un valor de 1500, y el deudor podía libertarse de esta deuda de 1500, entregando el caballo A. Luego el acreedor deberá todavía 500 á título de pena por la muerte del caballo A. [*Arg. Dig. lib. 9, tit. 2, l. 55* que se explicará después]. Vangerow, III, § 569, *Ann.* núm. I, 30.—Art. 1378 del C. C. del D. F. de México.

[1] *Dig. lib. 24, tit. 1, l. 6 § 1.*

ha perecido accidentalmente, y entonces podrá obrar por daños y perjuicios en razón de la cosa destruida por el acreedor (1).

§ 45.—*De las obligaciones facultativas.*

1º La obligación llamada facultativa es una obligación que tiene por objeto una sola cosa; pero con la facultad para el deudor de dar otra en pago; *una res est in obligatione, et altera in facultate solutionis* (2). La expresión de obligación facultativa es impropia; es de la esencia de una obligación implicar una necesidad jurídica; el epíteto de facultativa contradice pues á la palabra obligación. Así, en la

(1) *Dig. lib. 9, tit. 2, l. 55.* Al principio de esta ley, Paulo había admitido que si el acreedor mataba á Stichus que valía 10, debía desde luego estos 10 y además 10 por el exceso de valor de Pánfilo; en realidad Stichus valía 20 para el deudor, porque, gracias á Stichus, él podía guardar el valor de 20 representado por Pánfilo. Se pregunta ahora lo que sucede si por su lado Pánfilo muere accidentalmente. Ciertamente que el deudor quedará libre; pero ¿por este motivo el valor de 20 que tenía Stichus cuando fué muerto, sufrirá una disminución? No, Stichus continúa valiendo 20 como en el momento de su muerte. Muchos autores rehusan toda indemnización al deudor, en todos los casos (Mommesen, I, § 26, p. 317), ya al menos cuando la elección pertenecía al acreedor. (Molitor, I, núm. 226, 4º; Maynz, II, § 191, B, 6).

[2] Además, en virtud de la ley *Aquila*, el deudor obtendrá á título de pena el exceso de valor que la cosa destruida por el acreedor tenía en el año ó mes anteriores al delito. Uno debía alternativamente, Stichus ó Pánfilo, cada uno de un valor de 20. Pánfilo murió. En cuanto á Stichus, contrajo un defecto que redujo su precio á 10, y en el año siguiente, fué muerto por el acreedor. No solamente el deudor quedará libre, sino que el acreedor le deberá una pena de 10. En efecto, si Stichus no hubiera hecho el objeto de una obligación, su propietario hubiera obtenido una indemnización de 10 y una pena de 10. En el caso, siendo debido Stichus á aquel que lo mató, el deudor será indemnizado por su liberación y reclamará la pena de 10.

Uno debía á su elección Stichus por valor de 10 ó Pánfilo por el de 20. Pánfilo murió de muerte natural y en el año siguiente el acreedor mató á Stichus. El deudor quedará libre y el acreedor le deberá todavía 10 á título de pena. En efecto, en el año antes de su muerte, Stichus valía 20 para el deudor; era entonces debido alternativamente con Pánfilo del valor de 20, y el deudor podía liberarse de esta deuda de 20, dando en pago á Stichus. [*Dig. lib. 9, tit. 2, l. 55.*] Vangerow, III, § 569, *Ann.* 2 núm. 1, II-30 B.

obligación llamada facultativa, no es la obligación la facultativa; es la dación en pago la que tiene este carácter; el deudor tiene la facultad de dar en pago otra cosa que la debida (1).

2º Esta facultad supone una convención especial ó una disposición especial de la ley, porque ella es eminentemente excepcional; en principio el deudor debe dar en pago la misma cosa debida; no puede obligar al acreedor á que acepte otra en pago. Habrá pues una obligación facultativa cuando yo prometo el caballo A, reservándome el derecho de dar en pago el caballo B, si lo juzgo conveniente. Hemos encontrado otras obligaciones facultativas convencionales en las teorías de la cláusula penal (2) y de la dación de arras (3). Por otra parte, en virtud de la ley, el tercero detentador de un bien hipotecado está obligado á restituirlo al acreedor hipotecario; pero puede librarse de esta obligación pagando la deuda hipotecaria (4). Aquel que ha comprado una cosa en menos de la mitad de su valor real, y que por este motivo está obligado á restituirla al vendedor, se sustrae á tal restitución pagando el suplemento del valor real (5). En fin, si un esclavo comete un delito privado, el tercero detentador del esclavo escapa á la obligación de pagar la pena y los daños y perjuicios debidos en razón del delito, haciendo el abandono del esclavo culpable (6).

3º El principio fundamental sobre la obligación facultativa es que ella no comprende sino una sola cosa; una cosa única es debida; la que el deudor tiene facultad de dar en pago en su lugar, no hace en manera alguna el objeto

(1) Véase antes § 6, I, 1.

[2] Véase antes § 27, I, 2.

[3] Véase antes § 29, I, 1.

(4) *Dig.* lib. 20, tit. 6, l. 12, § 1.

[5] *Cod.* lib. 4, tit. 44, l. 2. Véase adelante en esta obra § 110, 1º y § 116.

[6] *Dig.* lib. 42, tit. 1, l. 6 § 1. Véase adelante en esta obra § 214.

de la deuda (1). Por esto la obligación facultativa se separa de las obligaciones conjuntivas ó alternativas, las cuales comprenden varias cosas. Se sigue de aquí que la obligación facultativa, nula con respecto á la cosa debida, lo es para el todo; el acreedor no puede reclamar y el deudor no debe dar en pago sino la cosa que hace el objeto de la obligación; en fin, la pérdida accidental de esta cosa libra completamente al deudor; notablemente si la cosa vendida en menos de la mitad de su verdadero valor perece por accidente en poder del comprador, éste no debe ya nada al vendedor.

SECCIÓN IV. DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y DE LAS OBLIGACIONES NATURALES.

Massol, de la obligación natural y de la obligación moral en derecho romano y en derecho francés.

§ 46. — Reglas generales.

La obligación civil (*obligatio civilis*) es la que se funda sobre el derecho civil; á ella se aplica la definición: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis iura* (2). La obligación natural (*obligatio naturalis*) es la que sólo se funda sobre el derecho de gentes; *is natura debet, quem jure gentium dare oportet* (3). La división de que se trata es pues el producto del antagonismo, tan frecuente en la legislación romana, entre el derecho civil y el derecho de gentes. Las obligaciones civiles son las del derecho civil; las obligaciones naturales son las del derecho de gentes.

[1] l. 6 § 1 cit.

[2] *Inst.* lib. 3, tit. 13.

[3] *Dig.* lib. 50 tit. 17, l. 84 § 1.