

tivamente á la intercesión de la mujer por un motivo análogo.

4º En el caso de una intercesión en favor de una constitución de dote [1].

II. La intercesión de la mujer por su marido es nula aun cuando sea hecha en un título público firmado por tres testigos [2]. Hay excepción en esto cuando el marido ha sido engañado por la mujer ó bien ha caído en un error excusable con motivo de la intercesión de la misma. La razón de esto es que el marido, á causa del dolo ó del error excusable, ha ignorado la intercesión de la mujer [3].

Como todas las excepciones de las dos constituciones de Justiniano son al mismo tiempo excepciones del beneficio Velejano, la mujer está en los casos indicados plenamente obligada por su intercesión.

[1] *Cod.* lib. 4, tit. 18, l. 25. En efecto, esta ley es posterior á la 23 que estableció la solemnidad de que se trata, y declara de una manera general que la mujer intercede válidamente en favor de la dote. La cuestión sobre hasta qué punto las excepciones del beneficio Velejano son también excepciones de la solemnidad de la ley 23 es de las más controvertidas. Unos admiten que en todo caso en que el beneficio Velejano cesa, la intercesión no solemnemente de la mujer es válida. Otros, y es la opinión dominante, no reconocen sino una sola excepción de la solemnidad de la ley 23, á saber cuando la mujer ha sido pagada por interceder. (Vangerow, III, párf. 581, *Ann.* 2; Maynz, II, párf. 265). Aceptamos la opinión intermediaria de Winscheid, II, párf. 488-1º y nota 5. No hablamos de los casos en que la mujer intercede, sea en su propio interés, sea *ánimo donandi*, porque no constituyen verdaderas las intercesiones. Véase antes párf. 38, nota 5, pág. 210.

[2] *Novella*, 134, cap. 8.

[3] La *Novella* 134, cap. 8, exceptúa el caso en que la mujer ha intercedido en su propio interés; pero entonces, á decir verdad, no hay intercesión. Aquí igualmente se ha querido admitir las mismas excepciones que para el beneficio Velejano. Pero véase Vangerow, III, párf. 581 *Ann.* 3, núms. 3 y 4, y Maynz, II, párrafo 265.

CAPITULO SEGUNDO.

De las diversas especies de obligaciones.

SECCIÓN I. DE LAS OBLIGACIONES DE DAR Y DE LAS OBLIGACIONES DE HACER.

§ 39.— Objeto de la división.

Al definir la obligación [1], hemos tenido ocasión de explicar los dos sentidos en que se toma el *dare* y el *facere* considerados como objeto de la relación obligatoria. A estos dos sentidos corresponden las dos acepciones de la división de las obligaciones en obligaciones de dar y en obligaciones de hacer.

1º Propiamente hablando, la obligación de dar [*obligatio dandi*] es la que tiene por objeto la traslación de la propiedad de una cosa ó bien la constitución de otro derecho real. La obligación de hacer (*obligatio faciendi*) comprende el resto de las obligaciones, y por consiguiente también la que tiene por objeto la entrega de una cosa con otro objeto que el de conceder un derecho real, es decir la *obligatio tradendi*. A esta categoría pertenecen la obligación del arrendador y también la del vendedor [2].

(1) Véase antes párrafo 1.

[2] *Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 30, párf. 1; arts. 1272 y 1422 del Cód. Civ. del D. F. de México.

2º Pero á veces se atribuye un sentido más amplio á la obligación de dar; se entiende por esto la obligación que tiene por objeto la entrega de una cosa con un título cualquiera; desde este punto de vista las *obligationes tradendi* y notablemente las del vendedor y del arrendador se hacen obligaciones de dar. Entonces la obligación de hacer es más restrictiva; no comprende ya sino las obligaciones que consisten en prestar hechos propiamente dichos.

§ 40.—*Importancia de la división.*

Considerada en su segundo sentido, la división de las obligaciones en obligaciones de dar y obligaciones de hacer, presenta una grande importancia.

1º La obligación de dar admite directamente una ejecución forzosa; el deudor puede ser obligado por la fuerza pública á entregar la cosa que hace el objeto de su obligación; esta cosa puede serle quitada *manu militari*, para ser entregada al acreedor (1). Por el contrario, la obligación de hacer no es directamente susceptible de ejecución forzosa; la fuerza material es impotente para obligar á alguno á que haga lo que no quiere hacer ó bien á que se abstenga de un acto que está decidido á ejecutar; no se concibe que aquel que se ha comprometido á hacer un cuadro ó á no turbar á alguno en el ejercicio de una servidumbre, sea obligado por la fuerza á ejecutar estas obligaciones (2). Desde entonces el único medio de asegurar la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer es convertirlas en obligaciones de dar, y este resultado se alcanza por la conde-

(1) *Dig.* lib. 6, tit. 1, l. 68; art. 1429 del Cód. Civ. del D. F. de México.

(2) Si, sin embargo, en un caso particular, el empleo de la fuerza era posible, sería preciso admitirlo.

nación del deudor al pago de daños y perjuicios; la obligación de hacer se convierte así en una deuda de dinero (1).

2º Las obligaciones de dar son casi siempre divisibles, mientras que las obligaciones de hacer son generalmente indivisibles. Nos referimos á este respecto á la teoría de la indivisibilidad de las obligaciones (2).

SECCIÓN II.—DE LAS OBLIGACIONES
DE UN CUERPO CIERTO Y DE LAS OBLIGACIONES GENÉRICAS.

§ 41.—*Objeto de la división.*

La obligación de un cuerpo cierto [*obligatio speciei*] es la que recae sobre una cosa individualmente determinada (el caballo A) [3]. La obligación genérica [*obligatio generis*] es la que tiene por objeto una cosa indeterminada de un cierto género [un caballo en general] (4), ó bien una cantidad de cosas fungibles [mil sextercios, cien medidas de trigo] (5). Al hablar de deudas de cosas fungibles, los Romanos designan estas cosas por la circunlocución *res quæ pondere, número vel mensura constant* (6); son las cosas que se pesan, se cuentan ó se miden. La expresión de cosas fungibles es de creación moderna (7). La obligación genérica comprende la obligación genérica propiamente dicha y la deuda de cosas fungibles. Pero se puede también generalizar la última expresión aplicándola á las obligaciones genéricas propiamente dichas.

[1] *Dig.* lib. 42, tit. 1, l. 13, § 1; *Id.*, lib. 5, tit. 1, l. 43; art. 1423 del Cód. Civ. y 1022 fr. I del de Proc. Civ. del D. F. de México.

[2] Véanse más adelante §§ 55 y 58.

[3] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 54.

[4] *Id.* *id.*

[5] *Dig. eod.* l. 83, § 5; *Id.* lib. 12, tit. 1, l. 2, § 1.

[6] L. 2, § 1, cit.

[7] Se le ha deducido de la ley 2, § 1 cit. de Paulo.

§ 42.—*Importancia de la división.*

1º Ante todo, la división tiene una importancia capital desde el punto de vista de los riesgos y peligros; el deudor de un cuerpo cierto queda libre por el caso fortuito; esta liberación no se aplica al deudor de un género. Es lo que hemos explicado antes [1].

2º El deudor de un cuerpo cierto debe prestar ciertos cuidados en la guarda y conservación de la cosa debida. (2). No puede tratarse de semejantes cuidados con ocasión de una obligación genérica [3].

3º En la obligación genérica hay lugar de elegir la cosa que debe ser dada en pago. En principio esta elección pertenece al deudor, porque en la duda se decide en su favor [4]. Sin embargo la regla sufre una excepción cuando se trata de un legado genérico; entonces el legatario puede elegir, aunque sea acreedor de la cosa legada; la razón de esto es que se interpretan ampliamente las disposiciones de última voluntad [5]. El testador ó las partes son por lo demás libres de derogar estas reglas. [6]. Nada les impide ni aun atribuir la elección á un tercero [7]. Pero en la obligación genérica propiamente dicha, la persona que tiene la elección, debe elegir una cosa de valor común; el deudor no puede ofrecer la cosa más mala del género, ni el acreedor reclamar la mejor; del mismo modo, el tercero llamado á elegir debe hacer recaer su elección sobre una cosa de valor medio. Este sistema nos parece el único conforme á la razón y á la voluntad de las partes. A menos

[1] § 17.

(2) Véase antes §§ 12 y 16.

[3] Véase antes § 13, I.

(4) *Dig.* lib. 18, tit. 1, l. 60.

[5] *Inst.* lib. 2, tit. 20, § 22.

[6] § 22 cit. *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 93.

(7) *Dig. cod.* l. 141, § 1; *Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1.

que lo contrario se haya establecido, es preciso suponer que las partes han querido contratar en vista de una cosa de un valor medio, y no en vista de la mejor ó de la más mala. Tal es la decisión formal de nuestras fuentes en lo que concierne al legado genérico (1), y no existe ningún motivo para no extenderla á las obligaciones genéricas resultantes de convenciones; ningún texto estatuye en sentido opuesto (2). Aquí todavía el testador ó las partes pueden convenir lo contrario, expresa ó tácitamente, y en particular si la convención atribuye la elección al deudor ó el testamento la tribuye al legatario, la elección será ilimitada; el deudor tendrá derecho de presentar la cosa más mala del género, y el legatario podrá reclamar la mejor. El deudor contractual y el legatario teniendo ya la elección de pleno derecho, la cláusula relativa á la elección quedaría sin efecto si no se admitiera que ella confiere una elección absoluta (3). En cuanto á las deudas de cosas fungibles, como tienen un valor uniforme, la persona que tiene la elección, puede hacerla recaer sobre cualesquiera cosas de la especie (4), con tal de que no sean viciosas (5). La elección es por otra parte indivisible en la obligación genérica propiamente dicha, en el sentido de que aquel á quien pertenece, debe elegir una cosa entera del género; no puede elegir partes de

(1) *Dig.* lib. 30, de *leg.* I, l. 1. 37 y 110; *Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1.

(2) El *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 52 decide que el deudor de trigo puede ofrecerlo de la última clase. Pero se trata aquí de una deuda de cosas fungibles; ahora bien reconocemos que, con ocasión de tales deudas, basta que el deudor presente cosas no viciosas. Esta diferencia con la obligación genérica propiamente dicha se explica por la consideración de que las cosas fungibles tienen un valor uniforme. El *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 32, § 8, no es tampoco contrario. Se enseña comunemente que el deudor de un género es admitido á pagar la peor cosa de este género. Véase en nuestro sentido Molitor, II, núm. 977; *Contra:* Maynz, II, § 191; Accarías, II, núm. 510 y Savigny, I, § 39, C, p. 401 y 402.

[3] *Dig.* lib. 33, tit. 5, l. 2. Extendemos esta ley, por analogía, de los legados á las convenciones.

(4) *Dig.* lib. 17, tit. 1, l. 52.

[5] *Dig.* lib. 33, tit. 6, l. 3.

muchos objetos, la mitad indivisa del caballo A y la mitad indivisa del caballo B; semejante opción sería manifiestamente contraria á la voluntad de las partes; es una cosa entera del género la que debe ser prestada (1). No puede tratarse de esta indivisibilidad en las deudas de cosas fungibles; cualquiera que sea la elección del deudor, el acreedor obtendrá la cantidad de cosas á que tiene derecho. ¿Puede variarse en la elección? El deudor es libre de cambiar de opinión hasta el pago; no es sino éste que hace definitiva la elección (2). Por su lado, el acreedor que tiene la elección, puede variar hasta el momento de la *litis contestatio*, porque no es sino entonces cuando su elección adquiere un carácter irrevocable, en razón del cuasi contrato judicial implicado en la *litis contestatio* [3]. En fin la elección del tercero no se hace definitiva sino por el pago ó la *litis contestatio* (4). Cuando el deudor de un género creyéndose deudor de un cuerpo cierto da en pago éste, ¿puede, después de haber descubierto su error, repetir por la *condictio indebiti* la cosa dada en pago y ofrecer otra? El

[1] *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 85, § 4. Una consecuencia de esta indivisibilidad es que si el deudor paga la mitad de una cosa, este pago no es válido á no ser que pague después la otra mitad de la misma cosa. Es nulo y está sujeto á repetición si el segundo pago recae sobre otra cosa, lo que es posible puesto que el deudor tiene el derecho de variar hasta un pago válido. [*Arg. Dig.*, lib. 12, tit. 6, l. 26, § 13]. Véase después § 56.

(2) *Arg. Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 106 y 138, § 1 é *Id.* lib. 12, tit. 6, l. 26 § 13.

(3) *Arg. Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 112.

[4] *Arg.* de los textos citados en las dos notas precedentes. Depende naturalmente de las partes ó del testador modificar estas reglas. Ahora bien se admitía en Roma, según el espíritu de la lengua latina, que si el contrato ó el testamento acordaba la elección por las palabras: *quem voluero ó volueris* solamente era permitido elegir una vez; toda variación era prohibida, mientras que las palabras: *quem volam ó voles* mantenían el derecho común. (*Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 112). Claro es que si, después de la elección, ha intervenido entre el deudor y el acreedor un contrato que establecía la voluntad de las partes de hacer recaer el pago sobre el objeto electo, éste debe ser prestado de una manera absoluta. No es menos evidente que si la obligación genérica comprende prestaciones periódicas, la elección puede renovarse para cada una de estas prestaciones. (*Arg. Dig.* lib. 19, tit. 1, l. 21, § 9).

derecho romano se pronuncia por la afirmativa y con razón. El deudor de un género tiene la elección. Ahora bien, dando en pago el cuerpo cierto que él cree falsamente ser objeto de su obligación, no podría ser considerado como si ejerciera la elección que le pertenece; su error excluye la elección; y no se puede tampoco sostener que debe ser privado de su elección á causa del error. Luego conserva la facultad de elegir otra cosa que la que ha dado en pago, y por tanto puede repetir esta última como habiendo sido pagada indebidamente y por error (1). Perteneciendo el derecho de elegir al deudor ó al acreedor es transmisible á sus herederos. En efecto él constituye un accesorio de la obligación y este accesorio nada tiene de personal; desde entonces debe pasar con la obligación misma á los herederos de las partes (2). Por el contrario, la elección no se transmite á los herederos del tercero á quien ha sido atribuida; después de la muerte del tercero, pertenece en virtud de la regla general al deudor contractual ó, al legatario; siendo el derecho del tercero excepcional debe ser interpretado de una manera restrictiva (3). En fin, el derecho de elegir del acreedor pasa al cesionario, por el mismo motivo porque se transmite á sus herederos (4).

(1) *Dig.* lib. 12, tit. 6, l. 32, § 3.

[2] *Arg. Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 76.

(3) *Cod.* lib. 6, tit. 43, l. 3, § 1.

(4) *Arg. Dig.* lib. 30, *de leg.* I, l. 75, § 3. En los términos de este pasaje, cuando el acreedor de dos cosas debidas alternativamente tiene la elección y niega su crédito, el heredero está obligado á ceder su acción al legatario y éste sucede en la elección. Esta regla debe ser extendida á todas las cesiones de créditos alternativos ó genéricos. *Nom. obstat.* el *Dig.* lib. 45, tit. 1, l. 76 y 141. Según estos textos, la elección que pertenece al acreedor de una obligación alternativa es personal, y por consiguiente si la estipulación ha sido hecha por un esclavo ó un hijo de familia éstos son los que deben ejercer la elección, y no el amo ó el padre de familia. Pero esta personalidad de la elección debe ser entendida *pro subjecta materia*. Si, en el caso, el esclavo y el hijo sujeto á patria potestad deben ejercer ellos mismos la elección estipulada, es que era un principio que todo lo que estaba de hecho en las estipulaciones de dichas personas no pasaba á su jefe. [*Dig.* lib. 35, tit. 1, l. 44; *Id.* lib. 45, tit. 1, l. 130]. Véanse en