

CAPITULO I

LA OBLIGACION

§ 130. CONCEPTO, TERMINOLOGIA Y ORIGEN

I. *OBLIGATIO. ACTIONE TENERI*. Aunque las obligaciones caen bajo la amplia extensión de los *iura*, o *res incorporales* en la terminología de Gayo, por su estructura aparecen como opuestas a los derechos reales que también integran aquella categoría.

1. En el sentido amplio de la palabra, es decir no sólo desde el punto de vista del *ius civile*, se llama “obligación” (*obligatio*) a la relación existente entre al menos dos personas determinadas, un acreedor (*creditor*) y un deudor (*debitor*), en virtud de la cual el primero puede exigir el cumplimiento de una “prestación” o “deuda” (*debitum*) al segundo mediante el ejercicio de una acción *in personam*.

En las fuentes aparecen dos definiciones de la obligación. Una es de Paulo en D. 44.7.3 pr.: “La sustancia de las obligaciones no consiste en que se haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en constreñir a otro a darnos, hacernos o prestarnos alguna cosa” (*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*). En realidad no se trata de una definición propiamente tal; el jurista entiende tan sólo oponer la “sustancia” del dominio y de los derechos reales (representados por las servidumbres) a la de las obligaciones. En Inst. 3.13 pr. figura la segunda, donde se dice que la obligación es un “vínculo de derecho por el que somos constreñidos por necesidad a pagar alguna cosa según los derechos de nuestra ciudad” (*iuris vinculum quo necessitate adstringimur solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*).

Lo característico de una obligación, bien civil bien pretoria, es que a un sujeto predeterminado le puede ser demandada una prestación mediante una acción *in personam*, a diferencia de las relaciones reales, en que el sujeto a demanda nunca es predeterminable, ni, una vez determinado, queda sujeto a prestación alguna.

El deudor responde de la prestación con todo su patrimonio, aunque excepcionalmente se limita su responsabilidad en virtud de

una "*taxatio*" en la fórmula; y tiene que aceptar el proceso y defenderse, sin poder "abandonar" la deuda al demandante, como el demandado de un juicio *in rem*, que sí puede hacer aquello con la cosa objeto del mismo; un tal abandono equivale a la condena y por ello se da una *missio in bona* en contra del *indefensus*. Normalmente la obligación pasa a los herederos del deudor en las mismas condiciones con que era para el difunto, sin perjuicio de dividirse entre aquéllos si hay varios, aunque también llegaron a admitirse limitaciones a la responsabilidad sucesoria de pagarlas.

2. La palabra *obligatio* aparece como técnica ya en la época clásica inicial, primeramente para designar a las obligaciones según el derecho civil, y después también para aquéllas surgidas por derecho pretorio. Pero el verbo *obligari* (= "ser o estar obligado" u "obligarse") se reserva exclusivamente para las primeras; el hecho de ser o estar obligado por derecho pretorio se describe mediante la expresión "ser o estar cogido por una acción" (*actione teneri*).

El término *obligatio* deriva de *ob-ligare* = "ligar o atar alrededor". En su uso más antiguo aparece empleado, sin embargo, para indicar que una cosa se encuentra afectada como garantía (*res obligata*); en algún momento fue aplicado a las obligaciones nacidas de convención y después fue extendido a las de origen delictual. La expresión *actione teneri* indica que una persona debe en la medida en que se la pueda demandar con una acción, precisamente con aquélla dada por el pretor.

Originalmente, *creditor* y *debitor* designan, respectivamente, al acreedor y al deudor del dinero entregado en mutuo, porque el primero lo "acredita" (*credere*), y el segundo "lo tiene de otro" (*de-habere*, de donde *debere*); pero también fueron extendidos esos términos a toda clase de acreedores y deudores. Igual ocurrió con la palabra *debitum*, asimismo proveniente de *debere*, y que propiamente significa "lo debido" (la deuda).

El término *creditum*, en cambio, no tiene un sentido general, aplicable a cualquier obligación mirada desde el punto de vista activo ("crédito"), porque nombra tan sólo a las obligaciones "crediticias", sancionadas mediante la *actio conductio*.

II. ORIGEN. La idea de obligación como vínculo jurídico entre personas que permite a una exigir prestaciones de la otra, fue el resultado de una evolución iniciada en la primordial experiencia del comportamiento dañoso que alguien puede asumir frente a un coasociado, y del natural deseo de venganza que entonces surge en la víctima; dicho de otra manera, en aquel ámbito que con terminología posterior se llamó de los delitos.

La víctima de un hecho que considera dañoso a su esfera propia de intereses, entiende poder ejercer ilimitadamente una acción vengativa en contra del autor, que en algunos casos conduce a su muerte. En época histórica esta venganza privada aparece regulada por el poder público, que impone el cumplimiento de determinadas forma-

lidades antes de autorizar el ejercicio de tal venganza; ellas vienen representadas por la *manus iniectio*.

Si ocurre que una persona no ya daña a otra sin previa conexión, sino que recibe de ella un cierto bien, normalmente dinero, para restituirlo en una época posterior, todo ello dentro de ciertas formalidades, y si, llegado el momento del cumplimiento, infringe su compromiso, eso se considera entonces como un ilícito que también autoriza la venganza sobre la persona del incumplidor, aunque además se haga necesaria una *manus iniectio* antecedente. La idea original de obligación, pues, se conecta con la de afectación de una persona, en cuanto cuerpo, a la disponibilidad de otra en virtud de un cierto comportamiento considerado como ilícito, trátase del ataque material al cuerpo o bienes de alguien, trátase de la inobservancia de una conducta esperada por éste por haber sido anunciada (prometida).

En uno u otro caso el responsable puede aplacar la reacción de su víctima y liberarse de su venganza si logra interesarlo en algún bien externo sustitutivo cuya disposición le ofrece. Un daño en el cuerpo o bienes de otro, así, puede dar origen a un *pactum* por el cual el responsable entrega algo a la víctima, y lo propio ocurre en el caso del incumplimiento de compromisos formalmente contraídos.

En algún momento esta práctica natural comenzó a ser socialmente fomentada, hasta llegar a considerarse que una venganza sobre el cuerpo del responsable se hacía improcedente, y que lo apropiado era perseguir sus bienes, aunque la *civitas* se reservara un poder sobre el cuerpo de las personas en el evento de ilícitos públicos (*crimenes*). De esta manera se terminó por ver que en el caso de los delitos privados y del incumplimiento de los compromisos, lo afectado a la víctima o al interesado en el cumplimiento no era el cuerpo del delincuente o del incumplidor, sino el íntegro patrimonio suyo contra el cual aquéllos debían proceder.

En este momento es ya perfecta la noción: no es que un individuo deba evitar dañar a otro, sino hacer algo en favor de éste para evitar un daño propio; en otras palabras, hacer una prestación. Este deber hacer una prestación terminó por ser llamado obligación; y el concepto se aplicó incluso al efecto de los delitos, porque también el tener que pagar la pena pecuniaria a que dan origen constituye una obligación por cumplir, cuya infracción autoriza finalmente la ejecución patrimonial.

§ 131. LA PRESTACION (*DEBITUM*)

I. CONCEPTO Y TIPOS. 1. La “prestación” (*debitum* = “lo debido”), que da su contenido a cualquier obligación, es siempre un “hacer” del sujeto

pasivo o deudor en favor del acreedor. Las relaciones obligacionales no se satisfacen, en consecuencia, mediante actos unilaterales del sujeto activo dirigidos al aprovechamiento de una cosa, tal cual ocurre en los derechos reales, sino mediante el concurso del deudor, a quien algo se le puede exigir hacer.

Esta diferencia, que es exacta, dio origen en la edad media a la distinción entre “derecho en o sobre la cosa” (“*ius in re*”) y “derecho a o hacia la cosa” (“*ius ad rem*”), en la que tuvieron su influencia los derechos feudal y canónico. La distinción surgió para separar la posición de aquel a quien le fue asignado un feudo o un beneficio eclesiástico, sin haber recibido aun su investidura, de la del que ya la recibió. De este último se dice que ya tiene un “*ius in re*”, mientras que del no investido se dice que sólo tiene un “*ius ad rem*”, lo cual no sólo lo distingue ante el primero, sino también frente al que nada tiene, por no haber sido ni nombrado ni investido. Fue natural que la contraposición pasara al derecho civil, para describir situaciones como la que se produce en la compraventa antes de la entrega de la cosa, ya que entonces también puede decirse del comprador, en relación con la cosa comprada, que él tiene un “*ius ad rem*”, mientras que una vez recibida de manos del vendedor, ya tiene un “*ius in re*” sobre la misma. En este estadio de la evolución, las expresiones concernidas no significan en sí mismas “derecho real” y “derecho personal”. La penúltima fase del proceso consistió en producir esa identificación: como el comprador dispone de una *actio in personam* para conseguir la cosa, en el “*ius ad rem*” se vio a un “*ius personale*”; y como, una vez conseguida, goza de una *actio in rem* (la *rei vindictio* o la *Publiciana*), en el “*ius in re*” se vio a un “*ius reale*”. La última fase estribó en generalizar la figura del “*ius ad rem*”, no sólo para el comprador y similares, sino para el titular de cualquier crédito (por ejemplo, el mutuante), y la del “*ius in re*”, para cualquier titular de derechos reales.

Este “hacer” genérico a cargo del deudor aparece en el lenguaje de las leyes y de las fórmulas procesales y en el de los juristas bajo la triple tipología de “dar, hacer y prestar” (*dare facere praestare*)¹, en el entendido de que el “hacer” (*facere*), a su vez, puede consistir en un “no hacer” (*non facere*).

La distinción entre el “hacer” genérico que constituye el contenido de toda obligación, como característica frente a los derechos reales, y los distintos tipos concretos de hacer, aparece en D. 50.16.218 de Papiniano: “La palabra ‘hacer’ abraza absolutamente toda causa de hacer: de dar, de pagar, de pagar dinero, de juzgar, de andar” (*Verbum ‘facere’ omnem omnino faciendi causa complectitur: dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi*). No debemos ver aquí una confusión entre el *dare* y el *facere* concretos, que son muy diferentes como se dirá, sino una alusión a la naturaleza de toda obligación que exige un hacer del deudor.

2. La prestación de *dare* consiste: (i) en hacer dueño de una cosa a otro (*dare rem*)², sea mediante cualquier acto objetivamente organizado para transferir el dominio, como la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *traditio* o el legado *per vindicationem*, sea mediante el resultado que consigue la *usucapio*; y (ii) en hacer titular de un derecho real a otro

¹ D. 44.7.3 pr.

² Gai. 4.4; D. 45.1.75.10; 50.17.167 pr.

(*dare ius*), como un usufructo (*dare usum fructum*)³ o una servidumbre ("*dare servitutem*")⁴, que una persona está obligada a constituir (por haber sido objeto de estipulación, por ejemplo, o por haberle sido impuesto con un legado *per damnationem*).

El término *dare*, pues, en relación con las cosas y los derechos reales alude al resultado, no al acto en sí con que se "da", ya que el acto es en realidad un "hacer". Si el dueño de una cosa celebra la *mancipatio* o la *in iure cessio* de una *res Mancipi* o la *traditio* de una *res nec Mancipi*, "hace" tales actos y "da" la cosa porque convierte en dueño al adquirente; si, en cambio, alguien los celebra sin ser el dueño, aunque haga los actos no da; la dación se producirá recién cuando el adquirente cumpla la *usucapio*, y sólo entonces se dice que el deudor cumplió con su obligación de dar. *Dare*, por lo tanto, es un efecto, no un acto en sí.

3. La prestación de *facere* incluye a todas las actividades posibles que no resulten especificadas por el resultado adquisitivo del dominio o de derechos reales: hacer una cosa u una obra material (*opus facere*), prestar servicios inmateriales (*dare* o *praestare operas*), entregar cosas (*tradere* en el sentido del "hecho de entregar": *factum tradendi*), devolver cosas a su dueño (*reddere*), transportar (*vehere*), etc.

La prestación consistente en rendir o prestar servicios de aquellos que no conducen ni a la fabricación de una cosa (como hacer un traje) ni a la manipulación de una cosa (como transportarla), sino que se agotan en la actividad misma (como enseñar, divertir con pantomimas, cuidar a un enfermo, etc.), pertenece al género de las de hacer, pese a que los juristas suelen emplear a su respecto el verbo *dare* y hablar, por ejemplo, de *operas dare*. Esta expresión, aunque técnica en sí, para significar "rendir o prestar servicios", no tiene origen técnico y proviene del lenguaje ordinario: *operam dare*, en efecto, significa "ocuparse" en algo, y de ahí nuestra expresión "darse al trabajo". Por otro lado, los juristas también suelen hablar de *operas praestare*. Dicho de manera distinta, la prestación de *operas dare* no es *dare* sino de *facere*. La obligación de *dare* se puede cumplir mediante *traditio* (como por *mancipatio* o *in iure cessio*), pero la obligación de *tradere* no implica el *dare* (D. 45.1.28).

Mas la actividad del deudor en que consiste el *facere* se entiende tanto positiva como negativamente, de modo de también quedar incluidas bajo esta palabra las abstenciones obligatorias: el "no hacer" o "padecer" (*non facere, pati*).

El contenido de las diversas servidumbres suele hacerse objeto de prestaciones obligacionales de no hacer, por medio de estipulaciones, bajo la forma de prometer nada hacer para impedir que el estipulante transite, extraiga agua, no tenga luz, etc. Por supuesto, estos negocios no crean los respectivos derechos reales.

4. También suele hablarse de *praestare* en el mismo nivel que *dare* y *facere* como si fuera una prestación autónoma. Concretamente para las de: (i) responder por deudas ajenas como garante; (ii) garantizar,

³ D. 7.1.25.4; 7.1.37; 12.2.11.2; 12.2.30.5; 12.6.12; 33.2.6; 33.2.32.1; 45.1.56.6; 45.1.126.1; 45.2.15; 46.3.95.2.

⁴ D. 8.3.19; 8.3.38; 45.1.136.1.

o sea, otorgar cauciones, especialmente personales; (iii) responder por la integridad de una cosa: “prestar culpa, dolo, custodia” (*cul-pam, dolum, custodiam praestare*), esto es, responder de todo ello.

La palabra *praestare* parece que deriva de *prues-stare* = “salir como garante”.

Pero en realidad no se trata de una prestación independiente, porque ora se resuelve en una *facere* cuando consiste en otorgar garantías, ora en una *dare* si de responder se trata, porque entonces la obligación es de pagar una suma de dinero.

También, como se vio, suele decirse *operas praestare*, y en este caso la prestación es de hacer.

II. REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN. Aun cuando los juristas, como de costumbre, no formulan sistemas generales de requisitos, sino que tratan particularmente de las exigencias de cada figura, es posible considerar algunas que suelen repetirse constantemente como generales.

1. La prestación debe ser objetivamente posible tanto física como jurídicamente ⁵.

Rige el principio de que “la obligación de lo imposible es nada” (*impossibilium nulla obligatio est*: D. 50.17.185, de Celso). Esta imposibilidad suele ser indicada diciendo que algo no “está en la naturaleza de las cosas” (*in rerum natura*), para indicar que no existe o que no puede ser en el modo planteado. La objetividad se refiere a que la imposibilidad afecte a la prestación en sí y no a la persona obligada, es decir, que no se trata sólo de una dificultad para ella (*causa difficultatis*) (vid. D. 45.1.137.4; cfr. D. 45.1.2.2). Son imposibles, por ejemplo: la prestación de dar lo que ya pertenece al acreedor (D. 45.1.82 pr.); la de dar cosas “*extra commercium*” (Gai. 3.97; D. 45.1.35.1; 45.1.83.5; Inst. 3.19.2); la de dar un hombre libre (D. 45.1.83.5; 45.1.103).

2. No debe adolecer de ilicitud la prestación; y adolece de ella cuando contraría las “buenas costumbres” (*contra bonos mores*) o las normas públicas (*contra leges senatusconsulta decreta edicta principum*); prestaciones así suelen ser calificadas de “torpes” (*turpia*), como cometer o no cometer un delito, no tener hijos o no casarse ⁶.

3. La prestación debe ser identificada o identificable.

a) La de dar fungibles lo es cuando está determinada o es determinable por su género y cantidad, como tanto de trigo, vino o aceite, sin que sea necesario determinar también la cualidad como trigo, vino o aceite buenos u óptimos. La de dar no fungibles es identificable por su nombre propio, como el fundo Cornelianio o el esclavo Estico, o por una descripción que hace las veces del nombre (*demons-*

⁵ D. 45.1.35 pr.

⁶ D. 45.1.26; 45.1.27; 45.1.123; Inst. 3.19.24.

tratio, quae nominis vice fungitur), como el fundo que compré a Ticio, o por su señalamiento con un gesto, como este esclavo (que se indica con la mano) ⁷.

Es posible identificar objetos fungibles en la forma en que se pueden identificar los no fungibles, esto es, con una *demonstratio* ⁸ o con un gesto ⁹, como el trigo, el vino o el aceite que se encuentran en tal almacén, o este trigo, vino o aceite.

En principio, es también posible identificar objetos no fungibles como se hace con los fungibles, es decir, sólo por su género y cantidad, como un esclavo, un fundo o una casa, pero bajo el supuesto de que el objeto así designado pertenezca a un género limitado, como si se trata de “un fundo de los que tengo” ¹⁰.

En consecuencia, no son prestaciones identificables las de “dar un fundo” sin más (D. 23.3.69.4; 45.1.115 pr.), la de dar intereses sin señalar su cuantía (D. 22.1.31), la de “dar trigo” (D. 45.1.94). Pero es identificable aquella que expresa porcentajes, como tanto por ciento anual de usuras, porque basta calcularlas.

b) La identificabilidad de las prestaciones de hacer o no hacer se consigue con la adecuada descripción del hecho o la cosa de que se trata. Así, por ejemplo, no lo son las de “construir una casa” sin indicación del lugar ¹¹, o la de comparecer en un cierto lugar, si no se expresa el día ¹².

4. Finalmente, la prestación debe ser estimable en dinero; ello es consecuencia de la convertibilidad a tal, de toda pretensión deducible en juicio formulario, que conduce a una *condemnatio pecuniaria*.

D. 40.7.9.2 de Ulpiano: “en la obligación se comprenden las cosas que se pueden pagar y prestar con dinero” (*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*).

III. PRESTACIÓN “CERTA” E “INCERTA”. Una prestación identificable, pues, puede ser *certa* o *incerta*.

1. Comencemos con las prestaciones de dar.

a) Es *certa* la de dar cosas fungibles o no fungibles, si aparecen la identidad (*quid*), la cualidad (*quale*) y la cantidad (*quantum*); tal sucede cuando se trata de dar una suma indicada de dinero, como 10.000 sestercios (*certam pecuniam dari*), o una especie o cuerpo cierto, como el fundo Corneliano o el esclavo Estico, o una cantidad determinada

⁷ D. 12.1.6.

⁸ D. 45.1.75.5.

⁹ D. 12.1.6.

¹⁰ D. 30.71 pr.

¹¹ D. 13.4.2.5; 45.1.95; 45.1.115 pr.

¹² D. 45.1.115 pr.

de cosas fungibles, como 100 modios de óptimo trigo africano o 100 ánforas de óptimo vino de Campania (*certum dari*)¹³.

Según Gayo (D. 45.1.74), la certidumbre debe aparecer en la formulación de la prestación (*quod ex ipsa pronuntiatione apparet*), pero ello no es exacto. Se trata de una certidumbre objetiva, que en concreto las partes pueden desconocer; por ello sigue siendo cierta la prestación de dar "el vino, el aceite o el trigo que hay en el almacén" (D. 45.1.75.5), porque el *quantum* y el *quale* de esa prestación son los de esas concretas mercaderías que ya se encuentran en el almacén, y es suficiente verificarlas.

b) Es *incerta* la prestación de dar, en cambio, (i) cuando en la prestación no aparecen el *quid*, el *quale* o el *quantum*¹⁴ como si se trata de dar un esclavo sin su nombre propio, porque falta el *quale*, o tanto de vino o de trigo sin expresión de su calidad, también faltando, por ende, el *quale*¹⁵; o "100 modios de buen trigo africano" o "100 ánforas de buen vino de Campania", a que también falta el *quale*, porque el *bonum* admite gradaciones, y se puede encontrar algo mejor dentro de la misma bondad, a diferencia de lo óptimo, que consiste en el grado superlativo de lo bueno¹⁶; o "10 o el esclavo Estico" (prestación alternativa) a elección del deudor, porque es incierto qué elegirá éste y entonces falta el *quid*¹⁷; (ii) asimismo es incierta la prestación de cualquier cosa futura o que aun no existe pero se espera que exista, aun cuando se hayan señalado el *quid quale quantum*; en efecto, en dar cosas que no existen hay la máxima incertidumbre concebible, porque puede que no lleguen a existir.

Por ejemplo: dar "lo que hubiere nacido de la esclava Aretusa" o "los frutos que hubieren de nacer en el fundo Tusciano" (D. 45.1.75.4), casos en que a la incertidumbre de la existencia se agregan las del *quantum* y del *quale*; o dar el usufructo de tal fundo, ya que entonces el usufructo es algo futuro (D. 45.1.75.3). Pero también es incierta la prestación si se dijere "tantos frutos de óptima calidad de los que hubieren de nacer en el fundo Tusciano", pues aunque estén fijados el *quid quale quantum*, se mantiene la incertidumbre sobre su existencia.

2. Las prestaciones de *facere* y *non facere* son siempre *incertae*¹⁸, porque también consisten en algo futuro, independientemente de la determinación o indeterminación de aquello que deba hacerse o no hacerse.

¹³ D. 12.1.6; 45.1.74; 45.1.75.10.

¹⁴ D. 45.1.75 pr.

¹⁵ D. 45.1.75.1.

¹⁶ D. 45.1.75.2.

¹⁷ D. 45.1.75.8. Si la elección corresponde al acreedor, la deuda es cierta.

¹⁸ D. 45.1.75.7.

Por ejemplo: "cavar una fosa", "edificar una casa", "entregar la posesión" o "nada hacer para que no me sea posible transitar por un fundo tuyo" o "nada hacer para que no me sea posible tener al esclavo Eros" (D. 45.1.75.7). En D. 38.1.9 pr. encontramos la afirmación de que "los servicios no existen en la naturaleza" (*operae in rerum naturae non sunt*), referida a las *operae* de los libertos debidas a sus patronos; pero esta afirmación contiene un principio general aplicable a toda deuda de hacer o no hacer. En las prestaciones de dar cosas existentes, si bien el dar es futuro, la cosa dable no lo es; en las de hacer o no hacer, en cambio, son futuros la prestación y el objeto material de ella (la casa, la fosa, etc.).

IV. DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES. Suele clasificarse a las obligaciones en divisibles e indivisibles, pero ello en realidad mejor vale aplicarlo a las prestaciones; a lo más, puede decirse que las obligaciones son de una u otra especie según lo sea su prestación.

1. La recta inteligencia de este tema exige separar algunas figuras que propiamente no hacen parte suya, y fijar el ámbito en que cobra interés práctico la determinación de si es divisible o indivisible una prestación.

a) En primer lugar, se presenta lo que se llama "indivisibilidad del cumplimiento (o del pago)" de las prestaciones obligacionales: desde el punto de vista de su cumplimiento, o pago, todas son indivisibles, con independencia de su naturaleza, lo cual significa que el deudor no puede exigir al acreedor que acepte un cumplimiento parcial, ni que acepte un cumplimiento por partes diferidas en el tiempo: en ambos casos se entiende que el deudor no ha cumplido la obligación. Esta característica, por lo que se ve, no es algo intrínseco a las prestaciones ni a las obligaciones, sino más bien al pago mismo, por lo cual queda excluida del presente tema.

b) En segundo lugar, también es independiente de este asunto el rasgo que ofrecen las prestaciones personalísimas o no fungibles, de no poder ser cumplidas más que por una persona determinada; ello excluye la posibilidad de que sus varios sucesores se repartan el cumplimiento; pero no por ser indivisible la prestación, sino por el aludido carácter personalísimo que ofrecen y que se impone incluso cuando por su naturaleza la prestación fuera divisible.

c) La cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad cobra verdadera importancia en el evento de pluralidad de deudores o acreedores, o de ambos, sea inicial sea sobrevenida, como ocurre en caso de muerte del único deudor o acreedor originales a quienes suceden más de una persona. Habiendo unidad de deudor y acreedor, el problema carece de interés práctico.

2. Que una prestación sea divisible significa, en el caso de pluralidades indicadas, que ella puede ser cumplida por cada deudor al único acreedor, o por el único deudor a cada acreedor, o por cada deudor a cada acreedor, por partes, y separadamente el uno del otro, de manera que, una vez cumplida por todos o a todos, la presta-

ción pueda ser idealmente considerada como si hubiera sido cumplida por un deudor a un acreedor en un solo acto de cumplimiento. Si una prestación es, pues, efectivamente divisible, entonces cada deudor sólo está obligado a cumplir con su parte y cada acreedor puede exigir no más que la suya.

Por el contrario, en los mismos casos de pluralidad, es indivisible la prestación cuando no puede ser cumplida por partes y separadamente por cada sujeto o a cada sujeto, porque es imposible considerar idealmente que las prestaciones parciales forman la prestación única en la hipótesis de haber habido unidad de acreedor y deudor. Por lo tanto, cada deudor está obligado al cumplimiento total y cada acreedor puede exigirlo en su totalidad. Pero como se trata de una única prestación, el cumplimiento por uno o a uno extingue la obligación respecto de todos.

3. Estas cualidades de una prestación dependen de su propia naturaleza.

a) Por lo que respecta a la prestación de dar cosas, si tiene lugar por medio de actos formales de transferencia del dominio, ella es siempre divisible, independientemente de la divisibilidad o no de las cosas sobre que recaen dichos actos. En esta hipótesis, cada deudor puede transferir, o dar, una *pars pro indiviso* de la cosa al único acreedor, o a uno de los varios, mediante una *mancipatio* o una *in iure cessio*, separadas de las del resto de los deudores; una vez que todos hayan hecho lo propio, el acreedor se hace dueño singular de toda la cosa, en el mismo modo en que si ésta le hubiese sido transferida en un solo acto por un solo deudor. La operación tiene lugar tratándose de un fundo, que es físicamente divisible, o de un esclavo, que no lo es ¹⁹.

Pero todos los obligados tienen que dar partes *pro indiviso* de la misma cosa, única manera de que el acreedor reciba la totalidad. Así, por ejemplo, si un esclavo incierto es debido por dos, cumplen si cada uno da un medio de Estico; pero no cumplen si uno da un medio de Estico y otro un medio de Pánfilo, porque entonces el acreedor ha recibido no un esclavo sino dos mitades de esclavo (D. 45.1.85.4; 46.3.9.1).

La prestación de dar por medio de una tradición será tratada por separado.

b) De las prestaciones de dar derechos puede decirse lo que sigue: si el derecho es indivisible, la prestación también lo es, como ocurre con la de dar una servidumbre por varios; tal prestación no se puede cumplir constituyendo cada cual una cuota de servidumbre, pues éstas no admiten tal suerte de división ²⁰. Si el derecho es divisi-

¹⁹ D. 45.1.2.1 y 3; 45.1.85 pr.-1; 46.3.9.1.

²⁰ D. 8.1.11; 8.3.19; 32.11.24; 35.2.80.1; 45.1.2.1-2; 45.1.72 pr.; 45.1.136.1; 45.1.140.2; 46.4.13.1.

ble, en cambio, como sucede con el usufructo ²¹, la prestación lo es asimismo, y cada deudor de un usufructo puede cumplir constituyendo una cuota del derecho (que no es lo mismo que constituir todo el derecho sobre una cuota de la cosa); mientras el otro dueño no proceda a lo mismo, el usufructuario percibe la mitad de los frutos y no tiene derecho al uso exclusivo de la cosa. Cuando el derecho se constituye mediante la entrega de la cosa, como ocurre con la prenda, entonces la prestación es indivisible si la cosa lo es, y divisible en el caso contrario.

c) La prestación de hacer una cosa (*opus facere*) es indivisible; ella no se consume en un mero hacer, sino que conduce a un resultado material externo, propiamente a una cosa total, y de este modo los deudores no pueden cumplir con hacer cada uno una parte de dicha cosa, porque la parte no es el todo, como si, por ejemplo, se trata de esculpir una estatua y dos pretendieran cumplir con esculpir cada cual media estatua.

D. 45.1.85.2: "la ejecución de una obra no se puede dividir en partes" (*operis effectus in partes scindi non potest*): si fue dispuesta por el testador, cada heredero queda obligado a la totalidad; D. 35.2.80.1: si se impuso al heredero la obligación de hacer una obra, como un baño público, o un teatro o un estadio, no de otro modo se cumple que dando a la obra la forma propia que resulta de su terminación; en consecuencia, si son varios los herederos, cada cual está obligado por el todo; vid. D. 45.1. 72 pr. (cavar una fosa, construir una casa). Distinto es que los varios deudores se repartan la fabricación en una manera que no afecte a la unidad de la obra; en el ejemplo, si cada deudor esculpe efectivamente una mitad de la estatua (no media estatua, como se dijo); ello no significa cumplimiento por partes, porque la prestación no consiste en esculpir (lo que efectivamente es divisible, como se verá), sino en esculpir una estatua total. Vid. D. 32.11.24.

d) La prestación de servicios (*dare o praeestare operas*) es divisible en la misma medida en que éstos se miden por tiempo, que es esencialmente divisible, o por cantidad de trabajo, que también lo es; de este modo, dos pueden deber a uno el riego de un jardín, y cumplen si cada cual riega una mitad del jardín; o bien deberle el riego de un jardín durante dos horas, y cumplen si cada cual riega durante una hora.

D. 33.1.10 pr.: "tanto el dinero como el trabajo admiten división" (*quum tam labor quam pecunia divisionem recipiunt*); D. 38.1.8: "se puede pedir una parte de los servicios" (*peti posse partem operae*). También D. 45.1.72 pr.

e) Las prestaciones de no hacer son indivisibles: si varios deben una abstención, cumplen cuando todos se abstienen, sin que tenga algún sentido decir que la abstención de cada cual es parcial o cuota-tiva, porque necesariamente es total o no es abstención; y de esta forma, si varios deben abstenerse de sobreedificar una construcción

²¹ D. 7.1.5; 7.6.5.2; 35.2.1.9; 35.2.81 pr.; cfr. D. 46.4.13.1.

común, el cumplimiento de la obligación implica que nadie construya ni en parte siquiera, esto es, que cada cual se abstenga de construir en el todo.

D. 45.1.85.3: alguien promete que ni él ni sus herederos impedirán a otro pasar por su predio, y que en caso contrario se dará tanto dinero, y muere el promitente dejando varios herederos; es suficiente que uno de ellos prohíba pasar al estipulante para que todos queden obligados a la pena "porque aunque se me prohíba por uno solo, no se me prohíbe sin embargo en parte" (*quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor*). Vid. también D. 45.1.2.5.

f) Tratamiento especial merece la prestación que consista en una tradición. El problema es que la tradición, constituyendo un *dare*, en cuanto atribuye el dominio, consiste en un *facere*, en cuanto tiene lugar por medio de una entrega material²². Por cierto, a veces sólo se trata de una mera entrega no dominical, caso en el cual no hay *datio*, como la devolución de la cosa por el depositario. Según lo primero, pues, es divisible la tradición; según lo segundo, indivisible. Cuando se trata de una prestación de dar cantidades de cosas fungibles genéricamente designadas, como tantas medidas de trigo, o dinero, la divisibilidad de la cantidad permite la división de la prestación, que se resuelve en tantas tradiciones cuantos sean los deudores o acreedores. Pero si la tradición ha de recaer sobre cosas específicas, sean físicamente divisibles, como un fundo, o no, como un esclavo, entonces la indivisibilidad del *facere* se impone, y la prestación se considera indivisible, de modo que la entrega debe incidir una vez sobre la cosa entera, y hacerse bien por uno o a uno solo de los deudores o acreedores, bien por todos o a todos simultáneamente.

4. Dada una obligación de prestación divisible, a la que acceden más de una persona en calidad de acreedores o deudores, por regla general la prestación se divide *pro parte* entre ellas, formando tantas obligaciones cuantas sean las personas²³. Cada cual se considera como independiente de las restantes, cada deudor debe pagar su parte o cuota y sólo ella, y cada acreedor puede cobrar la suya y únicamente ésa. En este caso hablamos de obligaciones "parciarias" o "simplemente cumulativas", aun cuando esta última expresión resulta equívoca.

Tal fenómeno tiene lugar como consecuencia de la muerte del acreedor o del deudor, a quienes suceden más de un heredero; entonces, la obligación se divide *ipso iure* entre los mismos en proporción a sus cuotas hereditarias, y aparece una pluralidad de acreedores frente al único deudor, o de deudores frente al único acreedor, o de deudores y acreedores a la vez. También tiene lugar cuando la

²² D. 45.1.72. pr. (*fundum tradi*).

²³ D. 45.1.85 pr.-1.

obligación es contraída activamente por un esclavo común, pues entonces los codueños del esclavo se hacen acreedores parciarios en proporción a sus cuotas dominicales.

5. Lo anterior, empero, no tiene lugar si la prestación es indivisible. En tal hipótesis, cada acreedor puede exigir el total de aquélla (*singuli in solidum habent actionem*)²⁴ y cada deudor debe pagar el total de la misma (*singuli in solidum tenentur*)²⁵; pero sólo una vez; de manera que con el cumplimiento de uno se extingue la obligación con respecto de todos.

6. Aun cuando la prestación sea divisible, puede ser convertida en indivisible, y entonces se produce el mismo fenómeno de que cada deudor esté obligado al todo (*in solidum*) y cada acreedor pueda exigir el todo; pero una sola vez en ambos casos, de modo que un pago extinga la relación con respecto a la pluralidad de deudores o acreedores, o de ambos. Llamamos “solidarias” o “correales” a este tipo de obligaciones.

La principal fuente de la solidaridad es la estipulación en que intervienen varios estipulantes o promitentes; también puede constituirse mediante un legado *per damnationem* dejado en favor de varios legatarios o a cargo de varios herederos; en algunos casos, la solidaridad opera *ipso iure*, como en los de responsabilidad de varios tutores frente al pupilo común.

V. MULTIPLICACIÓN DE LAS PRESTACIONES. El fenómeno contrario a la división de una prestación es su multiplicación, dando lugar a las obligaciones que llamamos “cumulativas”. En el caso de pluralidad de deudores, cada cual debe el total de la prestación, y el cumplimiento por uno no extingue la obligación con respecto a los demás; ello implica que el acreedor pueda exigir a cada deudor dicho total, y que termine por recibir tantas prestaciones cuantos sean los obligados. Este fenómeno se produce, de parte pasiva, cuando un mismo delito es cometido por más de un delincuente, pues entonces cada uno de ellos debe el total de la pena a la víctima. En la hipótesis de un legado *per damnationem* dispuesto en favor de varios legatarios designados “conjuntamente” (*coniunctim*), el fenómeno de la cumulatividad tiene lugar de parte activa: cada legatario puede exigir al heredero gravado con el pago del legado así formulado, no una parte del objeto, sino el total, y aquél, pues, termina pagándolo tantas veces cuantos sean los legatarios.

VI. PRESTACIONES ALTERNATIVAS. 1. Una misma obligación puede tener como objeto a más de una prestación en relación de alternati-

²⁴ D. 35.2.80.1; 45.1.2.1; 45.1.85 pr.

²⁵ D. 10.2.25.9-10; 32.11.23.

vidad entre sí, que formalmente adoptan entonces el tipo de "Estico o Pánfilo" (*Stichum aut Pamphilum*), o de "Estico o 1.000" (*Stichum aut milia*). Semejante estructura hace que todas las prestaciones previstas queden incluidas en la obligación, pero que sólo una de ellas permanezca en el pago; esto es, cumplida una, ya no se deban las demás y se extinga en consecuencia la obligación ²⁶.

D. 45.1.128: "una y otra cosa son puestas para la obligación, no para el pago" (*utraque res ad obligationem ponitur non ad solutionem*). Cfr. D. 31.11.1; 45.2.15; 46.3.72.4. Como una obligación se extingue si su prestación, sin culpa del deudor, se hace imposible de ser cumplida, mediante una alternativa el acreedor se precave de que la imposibilidad que eventualmente afecte a la prestación que a él interesa, al menos no extinguirá la obligación, porque subsiste la otra prestación. Como, por otro lado, la imposibilidad por culpa del deudor de cumplir su prestación le perpetúa la obligación, él se precave de tener que responder si ello acaece, deduciendo también una alternativa. Esta figura, en consecuencia, cumple una función de seguro; y aunque formalmente ambas prestaciones aparezcan en un pie de igualdad, de hecho siempre hay una que es principal para una de las partes, teniendo la otra un mero carácter subjetivamente sustitutivo. Si la obligación es de "Estico o 1.000", a elección del acreedor, lo más probable es que el verdadero interés del acreedor sea Estico, al que elegirá llegado el momento; sólo si, por ejemplo, Estico muere fortuitamente, elegirá los 1.000. Cuando es a elección del deudor, los 1.000 representan, quizá, una cautela, para no tener que pagar el valor real de Estico, si muere por su culpa, porque en tal caso elegirá la suma.

Los intérpretes hablan de "obligaciones alternativas", aunque es mejor decir "obligación con prestación alternativa". En efecto, la anterior descripción muestra que precisamente se trata de cumplir realizando una u otra prestación, pero no todas, de suerte que son ellas las que están entre sí en relación de alternatividad; pero la obligación es una sola. Hablar, pues, de obligaciones alternativas lleva al equívoco de pensar que hay dos obligaciones.

El nombre no es romano, aunque, como de costumbre, los glosadores se inspiraron en un texto romano en donde aparece la palabra *alternatio* para acuñar la expresión (D. 13.4.2.3 de Ulpiano). También los juristas clásicos estudian este tipo de obligaciones a propósito de las estipulaciones, los legados damnatorios y las ventas, en donde pueden ser frecuentes; difícilmente se dan en otros negocios.

2. Si nada se dice en la causa constitutiva de la obligación con prestación alternativa acerca de cuál de las partes puede elegir con qué prestación cumplir dicha obligación, la elección es propia del deudor, como algo inherente a su calidad de tal ²⁷. Para que la elección, pues, pertenezca al acreedor, es necesario que se exprese por las partes en la estipulación ²⁸ o en la compraventa, o por el testador en el legado ²⁹.

²⁶ D. 44.7.44.3.

²⁷ D. 18.1.34.6; 18.1.25 pr.; 23.3.46.1; 23.3.10.6; 45.1.138.1.

²⁸ D. 45.1.112 pr.

²⁹ D. 30.75.3.

Por ejemplo: "¿Prometes que me será dado Estico o Pánfilo a mi elección?" (o "¿cualquiera de ellos, el que yo quiera?"); "tengo por comprado Estico o Pánfilo a mi elección" (o "el que yo quiera"); "que mi heredero Ticio quede obligado a dar Estico o Pánfilo a Cayo, cualquiera de ellos a su elección" (o "el que Cayo quiera").

Además, nada obsta a que la elección quede entregada también expresamente al deudor.

Por ejemplo: "¿Prometes que me será dado Estico o Pánfilo a tu elección?" (o "¿cualquiera de ellos, el que tú quieras?"); "tengo por comprado Estico o Pánfilo a tu elección" (o "el que tú quieras"); "que mi heredero Ticio quede obligado a dar Estico o Pánfilo a Cayo, cualquiera de ellos a su elección" (o "el que Ticio quiera").

Si la elección se encarga a un tercero: "una de estas dos cosas que Ticio eligiere", no hay alternativa, sino obligación condicional: se debe desde cuando Ticio (el tercero) elija, si elige, y lo que él elija; antes de la elección, pues, no hay deuda y después no hay alternativa ³⁰.

Una vez elegida la prestación, decimos que la obligación que hasta ese momento tenía prestación alternativa se concentra en la elegida, y se torna en obligación de prestación única.

3. Cuando nada se dijo en la *causa* en orden a quién compete la elección, por lo cual ella es del deudor, ésta tiene lugar mediante el cumplimiento mismo de una de las prestaciones; carece de relevancia, pues, una previa declaración extrajudicial en orden a elegir; si el deudor hace una, aún puede variar su decisión y escoger la otra prestación, pagando con ella. Dicho en otras palabras, una declaración así no tiene el valor de concentrar la obligación en una de las prestaciones ³¹.

La disposición expresa sobre quién puede escoger, si el deudor o el acreedor, en cambio, plantea el problema de determinar si una elección hecha mediante simple declaración extrajudicial concentra la obligación, de modo que ya no se puede cambiar de parecer, o no. Ello depende de los términos en que se conciba la cláusula que concede la elección.

D. 45.1.112 pr.: se estipula la dación de Estico o Pánfilo a elección del acreedor. Si se dice: "el que yo quiera" (*quem volam*; propiamente: "el que yo querré"), entonces se admite que el acreedor puede variar su voluntad hasta el momento del pago o de la demanda. Si se dice, en cambio: "el que yo hubiere querido" (*quem voluero*; literalmente: "el que yo habré querido"), una declaración simple suya concentra la obligación. D. 31.11.1: el testador obliga a su heredero a dar Estico o Pánfilo a un legatario, según elección del primero expresada en el momento de leerse el testamento: la declaración electiva hecha en ese momento concentra la obligación y ya no se puede variar después. Cfr. D. 30.84.9.

³⁰ D. 45.1.141.1.

³¹ D. 45.1.106; 45.1.138.1. Cfr. Gai. 4.53d; Inst. 4.6.33d; D. 13.4.2.3; 18.1.34.6; 23.3.10.6; 23.3.12.1; 30.109.1; 31.15; 31.19; 46.2.8.4; 46.2.26. Suele denominarse "*ius variandi*" a esta facultad de mudar de decisión.

4. Cuando la elección pertenece al deudor, por atribución expresa o no, la facultad de elegir se transmite siempre a su heredero con la obligación; si pertenece al acreedor, la transmisión de dicha facultad es asunto de interpretación de los términos en que fue concebida la obligación; cuando se concluye no haber sido transmisible en el caso concreto, entonces la elección se radica en el deudor, aunque, por cierto, la obligación de todas maneras haya pasado activamente a los herederos del acreedor.

5. Una obligación de dar con prestación alternativa se cumple dando íntegramente una de las prestaciones, no parte de una y parte de otra, como si se debe "Estico o Pánfilo", "Estico o 100", "10.000 o un esclavo", ya que entonces no hay cumplimiento al dar la mitad de Estico y la mitad de Pánfilo ³², la mitad de Estico y 50 ³³, o 5.000 y la mitad de un esclavo ³⁴.

Esto tiene especial relevancia en caso de sucesión en la deuda o en el crédito, porque si bien la prestación de dar se divide en proporción a las cuotas hereditarias entre los herederos del deudor o del acreedor, el pago *pro parte* de aquéllos o el cobro *pro parte* de éstos deben fijarse sobre la misma prestación, sin que puedan distribuirse entre todas ³⁵. Los deudores o los acreedores, pues, deben ponerse de acuerdo en qué pagar o en qué pedir ³⁶. Entretanto, el pago de una parte por uno o a uno no libera al que pagó respecto de los demás acreedores ni a sus codeudores ³⁷.

Se observará que en estos casos se forma una especial figura de prestaciones que se dividen en su petición, pero no en su efecto extintivo: se pueden, efectivamente, pedir en parte, pero no hay extinción sino en cuanto se cumplan en el todo, como se dice en D. 45.1.85.4: "se puede pedir por partes, pero no se puede pagar sino en la totalidad" (*pro parte peti, solvi autem nisi totum non potest*). Cuando la elección es del deudor y él paga una parte de una de las prestaciones, como la deuda subsiste, puede repetir dicha parte como indebida (con la *condictio*), a menos que en vez de repetir pague la parte restante de la misma prestación; por lo cual, si el deudor decide no repetir, mientras no pague el resto la eficacia liberatoria de su pago parcial queda *in pendenti* hasta que se pague dicho resto (D. 45.1.2.1; cfr. D. 12.6.26.13-14 itp., pero que refleja alguna discusión que debió de haber existido en la jurisprudencia clásica en torno al tema). Si los deudores son varios, pues, el pago por uno, de una parte de una de las prestaciones, queda *in pendenti* en su eficacia liberatoria, y podría repetir hasta que los demás completen la prestación.

6. Si la elección es del acreedor, y todas las prestaciones son *certae*, su demanda necesariamente será sobre un *certum* ³⁸ y, deman-

³² D. 45.1.2.1.

³³ D. 31.15.

³⁴ D. 45.1.85.4.

³⁵ D. 31.15; 45.1.85.4; cfr. D. 30.8.2.

³⁶ Cfr. D. 10.2.25.17.

³⁷ D. 45.1.2.1; 46.3.34.1; 46.3.34.10.

³⁸ D. 45.1.75.8.

dándolo, hace la elección; si algunas prestaciones son *certae* y otras *incertae*, su demanda será de lo uno o de lo otro, según la elección. Pero si ésta pertenece al deudor, aunque las prestaciones alternativas sean *certae*, el acreedor debe demandar la alternativa misma ³⁹ para permitir al deudor la elección, y al demandar la alternativa deduce un *incertum* ⁴⁰; de pedir en tal hipótesis una de las prestaciones, incurre en *pluris petitio*, que Gayo denomina *causa* ⁴¹, porque priva de elegir al deudor.

Si, por ejemplo, se estipuló "Estico o 1.000" a elección del acreedor, la *intentio* será, o bien: "Si resulta que No. No. debe dar Estico a Ao. Ao.", o bien: "Si resulta que No. No. debe dar 1.000 a Ao. Ao.". Si se estipuló "un esclavo (incierto) o 1.000", la *intentio* será, o bien: "Puesto que Ao. Ao. estipuló algo incierto de No. No., a todo cuanto por este asunto No. No. deba dar y hacer en favor de Ao. Ao." y entonces está eligiendo un esclavo (incierto), o bien: "Si resulta que No. No. debe dar 1.000 a Ao. Ao.". Cuando se estipuló "Estico o 1.000" a elección del deudor, la fórmula será: "Si resulta que No. No. debe dar Estico o 1.000 a Ao. Ao.", y esta fórmula se considera *incerta*, porque no se sabe qué elegirá No. No. para pagar. Si la *intentio* fuera redactada sólo sobre Estico o sólo sobre 1.000, no resultaría. Y si la estipulación fue "un esclavo (incierto) o 1.000" a elección del deudor la fórmula tiene que ser del tipo "Puesto que...", y entonces aparece, por así decirlo, doblemente incierta.

7. Todas las prestaciones alternativas deducidas en la obligación deben cumplir con los requisitos generales de validez y eficacia de las prestaciones. Cuando alguna de ellas adolece de algún vicio, entonces la obligación se concentra en la prestación válida y eficaz. Así, por ejemplo, si se promete "Estico o Pánfilo", y Estico pertenecía al acreedor en el momento de la estipulación, la obligación se concentra en Pánfilo, que entonces es el único debido; estrictamente, pues, no hay obligación alternativa (a menos que las prestaciones sean más de dos y sólo una sea inválida, caso en el cual subsiste la alternativa de las válidas) ⁴².

En el caso propuesto, si el esclavo que era del acreedor deja de pertenecerle después de celebrada la estipulación y antes del pago, el deudor no se libera de su obligación dándolo; la razón es que en una obligación con alternativas, ambas cosas se ponen en la obligación, no en el pago; de suerte que si una de las cosas no pudo estar en la obligación (en este caso, porque era del acreedor), ya no puede estar después en el pago; el del dicho esclavo, en consecuencia, sería pago indebido.

VII. PRESTACIÓN GENÉRICA Y ESPECÍFICA O DE CUERPO CIERTO. Solemos hablar de obligaciones "de género" o "genéricas" y "específicas" o "de cuerpo cierto", pero es mejor referir tales categorías a la prestación, de modo que el tipo adoptado por ésta determine la clase de obligación.

³⁹ Gai. 4.53; Inst. 4.6.33d; D. 2.14.27.6.

⁴⁰ D. 45.1.75.8.

⁴¹ Gai. 4.53d; cfr. D. 44.7.44.3; Inst. 4.6.33d.

⁴² D. 31.11.1; 45.1.128; 46.3.72.4; 45.2.15.

Esta materia es estudiada por los juristas a propósito de las estipulaciones, de los legados de efecto obligacional y de la compraventa, porque de hecho es en tales negocios en que la prestación puede ser indistintamente genérica o específica; en los demás, necesariamente es de uno u otro tipo, salvo en casos anómalos, como el "depósito irregular".

1. Por prestación genérica o de género se entiende aquella que recae sobre cosas que han sido designadas por la clase o género (*genus*) a que pertenecen, su número, peso o medida y eventualmente su calidad; por lo general se trata de cosas fungibles, pero no necesariamente. A su vez, el género o clase pueden estar más o menos determinados, así: "tantas medidas de óptimo vino de Campania" o "tantas medidas de buen trigo de Africa"; también: "tantas medidas de buen trigo" o "tantas medidas de vino"; aun: "tantas medidas del trigo que se encuentra en tal silo" o "dos vasos de lo que hay en tal lugar"; e incluso: "tantos esclavos" o "tantos fundos", aunque unos y otros sean no fungibles. El género también puede consistir en un conjunto acotado de cosas de las cuales se señala una cantidad, como "100 de mis (o tus) esclavos", "tres de los vasos que hay en tal parte", "100 ánforas del vino que hay en tal bodega". En esta última hipótesis solemos hablar entonces de "géneros limitados"⁴³.

a) Puede agitarse la cuestión de determinar si las obligaciones de prestación genérica son un caso especial de aquellas de prestaciones alternativas, o si ambas son netamente diferentes entre sí. De acuerdo con la primera postura, al deducir un género en obligación, se deducen en ella todas y cada una de las especies que lo integran, pero en relación de alternatividad; de este modo, la obligación de "dar un esclavo" puede ser reconducida a la de "dar Estico o Pánfilo o... etc.", hasta agotar idealmente toda la serie de esclavos existentes; por lo mismo, el deudor se libera pagando con la especie que él elija. Según la otra concepción, al deducirse un género en la obligación, no se deduce ninguna de sus especies, aunque una de ellas se ponga en el pago.

Si bien en la mayor parte de los casos el asunto resulte intrascendente, en algunos alcanza importancia. Por ejemplo, para decidir si el deudor de un género puede pagar con una especie que era del acreedor en el momento de formarse la obligación y que después dejó de ser suya, pasando al deudor. Puesto que la obligación de dar lo que actualmente es del acreedor resulta nula, la de dar una u otra cosa alternativamente, cuando una de ellas era del acreedor, nace, como antes vimos, concentrada en la otra, que no lo era (o limitada a las demás prestaciones, si las alternativas eran más de dos). Ahora

⁴³ D. 33.5.22; 34.2.38.1; 45.1.93; 45.1.117; cfr. Cic., *De inv.* 2.40.

bien, si al formarse una obligación genérica, el acreedor ya era dueño de una especie de ese género (de un esclavo cualquiera, en el ejemplo precedente), al concebirse dicha obligación como indefinidamente alternativa de todas las especies comprendidas en el género, el deudor no podría pagar su deuda con esa especie que entonces era del acreedor, si por cualquier razón se hiciera suya antes del pago, porque dicha obligación hubo de recaer válidamente sobre todas las especies, menos sobre la dicha, que era del acreedor. Cuando, en cambio, se considera que una obligación de género no deduce a ninguna especie, cesa todo inconveniente para que el deudor pague con una especie que al causarse la obligación era del acreedor, si después llegó a manos del primero.

Este contraste de concepciones aparece entre Marcelo, quien sostiene la segunda, y Papiniano. En D. 46.3.72.4, Marcelo, en efecto, opone una obligación de dar "Estico o Pánfilo" a la de dar "un esclavo"; en el primer caso, suponiendo que el acreedor sea dueño de Pánfilo al nacer la obligación alternativa, el deudor no se libera dándolo (porque nunca lo debió); en el segundo, suponiendo que al formarse la obligación el acreedor haya sido dueño de un esclavo, se libera el deudor, si da ese mismo esclavo (que entretanto llegó a su dominio por cualquier causa). Esto implica que en el género no se deduce a la especie. Cfr. D. 46.3.67 del mismo Marcelo. El parecer de Papiniano figura en D. 31.66.3: dos testadores legaron "un esclavo" a una misma persona, cada uno en sus respectivos testamentos; uno de los herederos-deudores pagó el legado con determinado esclavo; y entonces surge la cuestión de saber si el otro heredero-deudor, supuesto que por cualquier causa llegue a adquirir ese mismo esclavo, podría pagar el legado que lo grava con dicho esclavo. Papiniano dice que no, de modo que ese heredero debe escoger otro esclavo para cumplir el legado a su cargo. Esto significa que en el género van deducidas todas las especies, como, por lo demás, el jurista lo afirma expresamente: "el legado de un esclavo (genérico) contiene abreviadamente todos y cada uno de los esclavos" (*hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet*); en otras palabras, ambos legados incluyeron también al esclavo con que cada heredero habría de pagar el legado que lo atañía. Ahora bien, aceptado esto, la razón de por qué, pagado uno de los legados con cierto esclavo, el otro ya no puede ser pagado con el mismo, no es la de haber sido del acreedor al nacer la deuda, porque el esclavo se hizo suyo después. La razón en verdad no figura en el texto, y viene supuesta; es ésta: como al legatario le eran debidos alternativamente todos los esclavos existentes, también le era debido aquel con el cual uno de los herederos le pagó en primer lugar; mas, por el hecho del pago, la alternativa del mismo esclavo para el otro heredero se extingue por concurso lucrativo de causas; en consecuencia, si éste, a su vez, paga empleando el mismo esclavo, paga lo indebido.

Este contraste de opiniones no aparece resuelto en las fuentes por alguna corriente mayoritaria ni por Justiniano, y hasta nuestros días divide a la doctrina. La teoría de Papiniano, sin embargo, se ajusta más al principio lógico-dialéctico según el cual "siempre lo especial está dentro de lo general" (*semper specialia generalibus insunt*)⁴⁴ y explica mejor los efectos de una obligación de género.

⁴⁴ D. 50.17.147.

b) Cuando la prestación consiste en un género no limitado, el deudor no debe ninguna especie determinada de las a él pertenecientes, y se libera pagando con cualquiera en tanto efectivamente integren el género de que se trate y ofrezcan la calidad fijada, en la cantidad prevista. La elección de las especies concretas con que ha de hacerse la prestación, por consiguiente, pertenece al deudor.

Si no se estableció una calidad, originalmente el deudor podía elegirla libremente ⁴⁵, pero desde Septimio Severo (al menos tratándose de legados damnatorios) ya no pudo escoger la peor, aunque tampoco quedó obligado a la óptima, debiendo, en tal caso, pagar con cosas de mediana calidad ⁴⁶.

El acreedor, en consecuencia, incurre en *pluris petitio*, que Gayo denomina *causa*, si, en vez de reclamar el *genus*, deduce una *species* o un género más determinado en su *intentio*, como cuando, debiéndose “un esclavo”, se reclama “Estico”, o *purpura* y se reclama *purpura Tyria* ⁴⁷.

c) Supuesto que el deudor haya destinado una cierta cantidad de cosas pertenecientes al género no limitado en que consiste su prestación, para cumplirla, y ellas perecen fortuitamente, la obligación no se extingue; en tal caso debe destinar otras en su reemplazo para aquel efecto; salvo, empero, que el acreedor se encuentre en mora de recibir las así destinadas, pues entonces el perecimiento de las cosas extingue la obligación por derecho pretorio, ya que la acción del acreedor se ve paralizada con la *exceptio doli* ⁴⁸.

Puesto que una prestación genérica incluye un número indefinido de especies, y la obligación se extingue por el pago de las concretas elegidas por el deudor, si las que él destinó al pago perecen, siempre podrá sustituirlas por otras del mismo género y pagar con ellas. De donde el dicho de los intérpretes de que “los géneros no perecen” (“*genera non pereunt*”). Esto se puede señalar también de otra manera: en las obligaciones de género, el riesgo (*periculum*) de las cosas pertenece al deudor.

d) Excepcionalmente el acreedor puede escoger las especies del pago, si le ha sido dada esta facultad, y la prestación se refiere a un género limitado, como “100 esclavos de los que tengo a tu elección” ⁴⁹. Si una elección prejudicial tiene o no el valor de concentrar la obligación en la especie escogida por el acreedor, es una cuestión de interpretación. El perecimiento fortuito de todas las especies que integran el género limitado de que se trata extingue la obligación ⁵⁰. Como se ve, este tipo de obligaciones se aproxima más nitidamente a las de prestación alternativa.

⁴⁵ D. 17.1.52; 30.45.1-2; 30.46; 33.6.4; 46.3.72.5.

⁴⁶ D. 30.37 pr.; cfr. D. 30.110 itp.

⁴⁷ Gai. 4.53d; Inst. 4.6.33d.

⁴⁸ D. 30.84.3; 44.4.6; 46.3.72 pr.; cfr. D. 46.3.39; 46.3.102 pr.

⁴⁹ D. 33.5.22; 34.2.38.1; 45.1.93; 45.1.117; cfr. Cic., *De inv.* 2.40.

⁵⁰ D. 46.3.72.4.

e) La prestación genérica puede ser *certa* o *incerta*. Es lo primero cuando se refiere a una cantidad de fungibles de calidad determinada, si la calidad es relevante: “tanto trigo de Africa de óptima calidad”. Si no está indicada la calidad, o ésta admite gradaciones, o se trata de no fungibles señalados genéricamente, es *incerta*, como “tanto trigo de Africa”, “tanto de buen trigo de Africa”, “tantos esclavos”⁵¹.

f) La obligación recayente sobre cantidades de fungibles, en caso de pluralidad de deudores o acreedores se divide *numero*; así, por ejemplo, cuando se deben “1.000 modios de trigo” a dos o por dos, cada deudor puede pagar 500 al único acreedor y cada acreedor puede cobrar 500 al único deudor⁵².

La que recae sobre una cosa no fungible designada genéricamente, como “un esclavo” o “un fundo”, se divide *pro parte* pero de la misma especie, que en consecuencia debe ser elegida de común acuerdo, y no puede pagarse ni exigirse *pro parte pro indiviso* de especies diferentes, como la mitad de Estico y la mitad de Pánfilo o la mitad del fundo Corneliano y la mitad del fundo Capeno⁵³.

Si la prestación consiste en una pluralidad de no fungibles designados genéricamente, como “dos esclavos”, teóricamente la prestación puede dividirse *numero*, de modo que uno de los deudores pague un esclavo y uno distinto el otro⁵⁴, o *pro parte* de las mismas especies, y así un deudor paga la mitad de cada uno de los cinco esclavos elegidos y el otro la otra mitad de los mismos cinco esclavos⁵⁵. Parece haber prevalecido la primera opinión.

2. Prestación específica es aquella que tiene por objeto una cosa individualizada por sus características propias y particulares (*species*). Normalmente así van designadas las cosas no fungibles; pero también las fungibles si de alguna manera se las especifica, como “el dinero que se encuentra en tal arca”, “el vino que hay en tal bodega”, “la plata que existe en tal almacén”⁵⁶. El deudor sujeto a esta clase de prestaciones se libera pagando única y exclusivamente con la cosa específica de que se trate en su totalidad, de perecer fortuitamente la cual, se extingue la obligación, salvo que el deudor haya incurrido en mora de pagar. En caso de pluralidad de deudores o acreedores, la división para el pago tiene lugar *pro parte* de la única especie debida o de cada una de ellas⁵⁷.

⁵¹ D. 45.1.74; 45.1.75.1; 45.1.106.

⁵² D. 45.1.85.1; 46.3.9.1; 46.3.29 i.f.

⁵³ D. 45.1.2.2; 45.1.85.4; 46.3.9.1; 46.3.34.1.

⁵⁴ D. 45.1.54 pr.; 45.1.117.

⁵⁵ D. 46.3.29.

⁵⁶ D. 30.30.6; 35.2.30.4.

⁵⁷ D. 45.1.2.1; 45.1.54 pr.; 46.3.9.1; 46.3.29.

VIII. FACULTAD DE VARIAR UNILATERALMENTE LA PRESTACIÓN. 1. Dada una obligación con prestación única, en algunas hipótesis puede el deudor extinguirla y liberarse, cumpliendo con una prestación distinta de la prevista en dicha obligación. Los intérpretes hablan de “obligación facultativa” o de “facultad de pagar” (“*facultas solutionis*”) y también de “obligación con facultad alternativa” (“*cum facultate alternativa*”).

La inspiración viene esta vez de D. 42.1.6.1, en donde se habla de la “facultad de dar en noxa” (*facultas noxae dedendae*) que la ley confiere al amo del esclavo condenado a pagar una pena por el delito de éste.

En tales hipótesis, lo que en realidad hay es una facultad del deudor para variar unilateralmente la prestación, de modo que el acreedor no pueda rehusarse a aceptar la distinta ofrecida por aquél, en contra de la regla general según la cual el cumplimiento de una obligación debe hacerse con la prestación en ella prevista. Pero la distinta prestación que el deudor puede cumplir no pertenece a la obligación ni es debida, así que el acreedor no está legitimado para elegirla y exigirla; su acción debe, en consecuencia, dirigirse hacia la prestación que fue objeto de la obligación contraída. De ahí que los intérpretes establezcan la diferencia entre una obligación con prestación alternativa y aquella con facultad de pagar, diciendo que en la primera “hay varias cosas en la obligación y una en el pago” (*plures res in obligatione, una in solutione*), y que en la segunda “hay una cosa en la obligación y varias en el pago” (*una res in obligatione, plures in solutione*).

Inspirados en D. 44.7.44.5: “Cuando haya estipulado así: ‘si no dieres el fundo, ¿prometes dar 100?’, sólo los 100 están en la estipulación, en el pago, el fundo” (*Si ita stipulatus sim: ‘si fundum non dederis, centum dare spondes?’ sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus*).

2. La facultad de variar la prestación conferida al deudor se produce en todos aquellos casos en que aparece una condición no consistente en cualquier hecho futuro e incierto, sino precisamente en una prestación (no obligatoria) a cargo del deudor; puesto que dicha prestación tiene el carácter de condición, no puede ser exigida por el acreedor; mas, por lo mismo, puede ser realizada por el deudor y, una vez efectuada, se extingue la obligación condicionada a su realización. Los juristas estudian este efecto especial en el caso de ciertos legados de la *penus* (= “provisiones, víveres o vituallas”), de algunas estipulaciones, del *dare ob rem* y, desde luego, de las obligaciones de un amo consistentes en tener que pagar la pena de un delito cometido por su esclavo.

Ejemplos: un testador asigna el siguiente legado: “Si mi heredero no hubiere dado provisiones a Seyo, déle 10”: no se entiende legada la *penus*, sino 10, y es esto lo que Seyo puede exigir; pero el heredero puede darle la *penus* y entonces se libera de

darle los 10; la dación de la *penus*, en consecuencia, actúa como condición resolutoria de la deuda de 10 (D. 35.2.1.8 i.f.). También se produce el mismo efecto en una estipulación así concebida: “¿Si no dieres tal fundo, prometes dar 100? ¡Prometo! Pues lo único debido son los 100, pero dado el fundo, que en ningún caso puede ser exigido, se extingue aquella única obligación (D. 44.7.44.5; cfr. 45.1.115.2; 17.1.46). Asimismo: se da una cosa para que el *accipiens* dé otra al *dans* (*permutatio*); la cosa esperada de aquél no puede ser exigida, y el *dans* únicamente puede demandar la restitución de lo que él dio; mas, una vez dada la cosa que se espera, se extingue la obligación de restituir. Finalmente: el amo ya condenado por un delito de su esclavo, debe la pena a la víctima, pero se libera de ella si le entrega el esclavo, cuya entrega, empero, la víctima no puede exigir (D. 42.1.6.1).

3. La imposibilidad de cumplir la prestación directa, sobrevenida sin culpa del deudor, extingue la única obligación, sin que ella se concentre sobre la prestación facultativa; si el deudor, no obstante, realiza esta última, se trata de un cumplimiento indebido o de una donación. Cuando la imposibilidad tuvo lugar por culpa del deudor, el acreedor puede demandar la responsabilidad que le quepa según las reglas generales, pero no le es dable desplazar su acción hacia la prestación facultativa.

IX. INCONGRUENCIA ENTRE LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN Y DE LA PRESTACIÓN. 1. En principio, los sujetos activo y pasivo de un negocio estructuralmente bilateral generador de una obligación, determinan los sujetos activo y pasivo de la misma, es decir el acreedor y el deudor, los cuales, además, son los sujetos activo y pasivo de la prestación: ésta va en beneficio del acreedor y queda a cargo del deudor. Podría, sin embargo, pensarse en producir alguna incongruencia: que la prestación no ceda hacia la contraparte como acreedora, sino que acreedor resulte ser un tercero; o bien que no esté a cargo de la contraparte como deudora, sino que deudor sea un tercero; terceros estos que en ninguno de ambos casos, sin embargo, intervinieron en el acto, que precisamente por eso son tales.

2. La hipótesis de que entre dos partes se pueda producir una obligación para una de ellas, de hacer cierta prestación en favor de terceros, de modo que éstos resulten ser los acreedores legítimos para la acción, exige excluir el tema de la intervención de personas sometidas, como hijos o esclavos, en calidad de parte activa (como estipulantes, por ejemplo), de cuyos actos efectivamente sólo resulta acreedor el correspondiente padre o amo. Aun cuando en estos casos materialmente, por así decirlo, un tercero resulte ser acreedor, puesto que jurídicamente esos dependientes actúan como órganos del padre o amo, es lo mismo que si éste hubiese actuado en persona, y por ende no se trata de una hipótesis de incongruencia entre sujetos del acto y de la prestación ⁵⁸.

⁵⁸ D. 45.1.38.17; 45.1.126.2.

a) En principio, el derecho romano no aceptó la posibilidad de formar obligaciones en favor de terceros no intervinientes en el acto originante. Dicho principio fue formulado a modo de regla en materia de estipulaciones: “nadie puede estipular para otro” (*alteri stipulari nemo potest*)⁵⁹; pero tuvo alcance general; de hecho Paulo lo explica así: “Por medio de una persona libre... no podemos adquirir ninguna obligación” (*per liberam personam... obligationem nullam adquirere possumus*)⁶⁰.

La fórmula de Paulo mira la cuestión desde el punto de vista del tercero en favor de quien un libre hizo a otro contraer una obligación, para indicar que no se puede. Ulpiano, en cambio, examina el principio desde el punto de vista de una de las partes del negocio estipulatorio, para indicar que ella no puede obligar en favor de un tercero.

b) La jurisprudencia sólo admite que una tal estipulación valga si el estipulante tiene un interés en que la prestación se haga a un tercero, como ocurre: (i) cuando un tutor que administra la tutela cede la administración a un cotutor, y le pide la garantía con fiadores de que los bienes del pupilo han de quedar a salvo (*cautio rem pupilli salvam fore*); el negocio es válido, porque el tutor cedente tiene interés en que lo prometido ocurra, ya que él responde personalmente al pupilo por una mala administración (propia o ajena); el legitimado para la acción derivada de la garantía es, sin embargo, el tutor cedente; pero el tutor cedido cumple una prestación en favor del pupilo administrando bien sus bienes⁶¹; de este modo, aquí se trata más bien de un negocio impropriamente en favor de terceros; (ii) cuando un mandante estipula que se haga provisión de fondos a su procurador, también vale el negocio, porque tiene interés en la provisión, que de otra forma tendría que hacerla directamente; en este caso la acción nace para el procurador⁶²; (iii) lo mismo ocurre cuando el deudor estipula que se pague a su acreedor, hipótesis en la cual éste queda legitimado para la acción⁶³.

c) La jurisprudencia también acepta que a una estipulación en favor de terceros se le pueda agregar la promesa de una pena para el caso de no ejecutarse la prestación al tercero, y que, en dicho caso, el estipulante pueda reclamar la pena, si bien el tercero no puede demandar la prestación. Propiamente, en tal hipótesis la no prestación al tercero actúa como condición suspensiva negativa de la obligación de pagar la pena.

⁵⁹ D. 45.1.38.17 de Ulpiano. Cfr. Gai. 3.103; D. 12.1.9.4; Cl. 8.38.3 pr. de Diocleciano; Inst. 3.19.4.

⁶⁰ D. 45.1.126.2. Vid. también D. 44.7.11; 45.1.83 pr.

⁶¹ D. 45.1.38.20.

⁶² D. 45.1.38.23.

⁶³ D. 45.1.38.23.

La fórmula, pues, sería: “¿Prometes dar tal a Ticio, y si no lo dices, prometes darme tanto?”. En la época postclásica aparecen *acciones utiles* en favor de terceros en los siguientes casos: (i) de donación con cargo de hacer pasar lo donado a un tercero, para que éste lo reclame en contra del donatario (FV. 286; CI. 8.54.3.1); (ii) del pacto de hacer pasar la dote el marido a los nietos del dotante, una vez fallecida su mujer, en favor de los nietos para reclamar las cosas dotedales (CI. 5.14.7); (iii) del pacto convenido entre el depositante o comodante de cosas ajenas con su depositario o comodatario, para que ellas sean restituidas a su dueño, en favor de éste para reclamarlas de aquéllos (CI. 3.42.8.1); (iv) del pacto entre un pignoratario y el comprador de la cosa pignorada, para que, si el pignorante paga a dicho comprador el precio de la compra, pueda rescatar la cosa, en favor del pignorante para tal efecto mediante una acción *in factum* (D. 13.7.13 pr. itp.).

3. Tampoco acogió el derecho clásico la posibilidad de que la prestación quede a cargo de un tercero no interviniente en el acto generador, de modo que resulte ser deudor sujeto a acción. Conocemos un acto así con el nombre de “promesa del hecho ajeno”. En virtud de ella no se obliga el tercero ni se obliga el que prometió.

D. 45.1.38 pr.: “nadie se obliga prometiendo un hecho ajeno” (*nemo alienum factum promittendo obligatur*). D. 45.1.38.1: “debe decirse que inútilmente le promete un hecho ajeno” (*dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum*).

Pero nada obsta a que alguien se obligue a sí mismo a obtener el hecho ajeno, como que otro comparezca⁶⁴, porque en tal caso se trata de una obligación normal de hacer a cargo del que se obligó, cuyo no cumplimiento da lugar a indemnizar los perjuicios causados; o que, habiéndose prometido el hecho ajeno, se agregue el pago de una pena si no se cumple aquél, porque entonces el no cumplimiento actúa como condición suspensiva negativa de la obligación de pagar la pena⁶⁵.

Un caso típico está representado por la *stipulatio habere licere* que confiere el vendedor al comprador, prometiéndole que habrá de poder tener la cosa comprada como dueño sin perturbación de terceros: con ella el promitente se obliga él y obliga a sus sucesores a no perturbar al comprador, y a indemnizarlo si terceros lo perturban, de manera que en realidad la obligación recae sobre prestación propia, no de terceros, y el obligado cumple no perturbando él y obteniendo que terceros no perturben, y en caso contrario, indemnizando por la perturbación de éstos. Pero es claro que el comprador carece de toda acción en contra de los terceros perturbadores como si no hubiesen cumplido con la prestación (vid. la discusión de este asunto en D. 45.1.38 pr.-5).

X. PRESTACIONES SIN ACCIÓN. *OBLIGATIO NATURALIS*. La obligación contiene un *debitum* y supone una *actio in personam* con que reclamarlo.

1. Sin embargo, es posible que se dé el fenómeno de generarse un *debitum* que no pueda ser cobrado mediante acciones, pero sí ser

⁶⁴ D. 45.1.38.24; 45.1.81 pr.

⁶⁵ D. 45.1.38.2.

pagado y que produzca otros efectos de aquellos normales de cualquier obligación.

a) Este fenómeno aparece cuando el negocio que objetivamente es capaz de generar obligaciones, lo celebran personas sometidas a potestad: esclavos, hijos no emancipados, mujer *in manu* o personas *in mancipio* (siempre que estén libres de los impedimentos naturales que anulan o tornan en ineficaces los actos de los *sui iuris*, como la demencia o la infancia).

El negocio pudo haber sido celebrado entre sometidos a una misma potestad (entre hermanos, por ejemplo), o con su jefe (amo, padre o marido), o entre sometidos a potestades de diversas personas (el esclavo de uno con el de otro), o, finalmente, con terceros *sui iuris*; y en todos los casos pudo operar en favor o en contra del sometido a potestad, para hacerlo deudor o acreedor ⁶⁶. Si, de haber sido plenamente *sui iuris* el sujeto de que se trata, hubiera adquirido para sí la correspondiente obligación como acreedor, entonces, siendo *alieni iuris*, la adquiere para su padre o amo, lo cual ahora no nos interesa. Ahora bien, si de haber sido *sui iuris* dicho sujeto, hubiera contraído la obligación como deudor, siendo *alieni iuris* no hace deudor a su padre ni se hace deudor civil él mismo ⁶⁷. Sin embargo, no puede negarse la existencia objetiva de un *debitum*; sólo que no es posible al tercero que actuó con el *alieni iuris* exigirle su cumplimiento por medio de una acción.

No se trata, en consecuencia, de obligaciones nulas, cuya no demandabilidad proviene de no haber obligación, como ocurre con las que contraen dementes o infantes. Lo característico de este fenómeno es la existencia de un *debitum* válido, y es ello lo que permite la producción de los efectos de que enseguida hablaremos. Su reconocimiento implica aceptar que el carácter de *alieni iuris* de las personas afectadas es algo meramente artificial, propiamente civil, y que no está basado en la naturaleza intrínseca de las cosas, porque no se funda en un defecto de la persona el ser ella *alieni iuris*, sino en una atribución convencional del derecho, debajo de la cual late un individuo que de otra manera podría negociar plenamente. Por cierto, en algunos casos el *alieni iuris* obliga a sus jefes, como cuando actúa con su *iussu* o de *peculio vel in rem verso*, y entonces se está fuera del campo de que ahora tratamos.

b) La existencia de un *debitum* no accionable permitió a Javoleno ⁶⁸ hablar de “deuda natural” (*debitum naturale*), y a los juristas posteriores, de “obligación natural” (*obligatio naturalis*), de “obligarse naturalmente” (*naturaliter obligari*) y de “deudor natural” (*debitor natu-*

⁶⁶ D. 44.7.14 (esclavos); D. 12.6.64; 35.1.40.3; 45.1.56.1 (entre amos y esclavos); D. 12.6.38.3; 46.1.56.1 (entre padres e hijos); D. 12.6.38 pr. (entre hermanos). Pero el hijo varón no emancipado puede obligarse civilmente con terceros, aunque no pueda padecer ejecución (D. 13.6.3.4; 44.7.39).

⁶⁷ Gai. 3.104.

⁶⁸ D. 35.1.40.3.

ralis); todo ello en oposición a la terminología propia de la “obligación civil” (*obligatio civilis*), es decir, de aquélla que puede ser reclamada con acción.

Los juristas reconocen, sin embargo, que expresiones como *debitor naturalis* y *obligatio naturalis* son abusivas, porque de deudor y de obligación propiamente tales no puede hablarse (D. 46.1.16.4 de Juliano; 15.1.41 de Ulpiano). Evidentemente, el modo de decir de Javoleno resulta más exacto, porque precisamente de lo que se trata es de reconocer, no la obligación, sino el *debitum*. Este lenguaje hay que ponerlo en paralelo con nombres como *possessio naturalis* y *naturalis cognatio*.

c) La existencia objetiva y aislada de un *debitum* permite que estas obligaciones naturales sean: (i) pagadas y que se pueda retener lo pagado (“*soluti retentio*”); en otras palabras, el pagador no puede pretender recuperar como indebido lo que pagó⁶⁹; (ii) novadas⁷⁰; (iii) compensadas⁷¹; (iv) garantizadas en su cumplimiento por terceros mediante fianzas o prendas⁷²; y (v) computadas en favor o en contra del peculio del esclavo o del hijo sometidos a potestad, cuando la obligación natural se contrajo entre aquéllos y el amo o el padre⁷³.

El asunto cobra importancia, por ejemplo, cuando terceros ejercen la *actio de peculio* en contra del padre o amo, para cobrarle una deuda del sometido hasta el monto del peculio. Por monto del peculio se considera entonces el conjunto de cosas, menos sus deudas naturales en favor del jefe, y más las deudas naturales de éste en favor del sometido (aparte, por supuesto, las civiles). La compra celebrada por un sometido sirve de justa causa para la usucapión (D. 14.3.11.8).

2. Estos son el concepto y la estructura primarios de la obligación natural. Sin embargo, a ellos fueron aproximados, no está claro si ya en la época clásica o en la siguiente, otros casos en que también se producen los fenómenos paralelos de la indemnidabilidad del pago frente a la solubilidad y retención de lo pagado, para todos los cuales también se habló de obligación natural. Tales casos corresponden a los de las obligaciones: (i) contraídas por un pupilo sin la *auctoritas tutoris*⁷⁴; (ii) extinguidas por *capitis deminutio*⁷⁵; (iii) o por *litis contestatio*⁷⁶; (iv) o por confusión, cuando después de adida la herencia, el sucesor (acreedor del causante, por ejemplo) debe restituir la herencia a un tercero⁷⁷; (v) a los de obligaciones civiles existentes de que

⁶⁹ D. 12.6.38 pr.-2; 12.6.64.

⁷⁰ D. 46.2.1.1.

⁷¹ D. 16.2.6.

⁷² Gai. 3.119a; D. 12.6.13 pr.; 20.1.14.1; 20.1.5 pr.; 44.7.10; 46.1.16.3.

⁷³ D. 15.1.41.

⁷⁴ D. 12.6.13.1; 35.2.21 pr.; 46.1.2; 46.2.1.1; 46.3.95.4. Cfr. D. 12.6.41; 44.7.58.

⁷⁵ D. 4.5.2.2.

⁷⁶ D. 12.6.60 pr.; 46.1.8.3.

⁷⁷ D. 36.1.61 pr.

el deudor fue absuelto ⁷⁸; (vi) o no pagadas en virtud de una *exceptio* opuesta por el deudor al acreedor ⁷⁹; y (vii) al de aquella relación surgida como consecuencia del mero pacto de intereses ⁸⁰.

Todos estos casos, salvo el del pupilo (que por lo demás tiene un antecedente positivo en el *rescriptum divi Pii*), en realidad se pueden explicar en virtud del principio de que "nadie puede ir en contra de su propio hecho" ("*contra factum suum nemo venire potest*"), y no porque exista una *debitum naturale*, que es el verdadero fundamento de las obligaciones naturales. Pero la similitud de efectos pudo hacer que la jurisprudencia extendiera la denominación. De todos modos no se trata de categorías generales sino instrumentales para resolver casos concretos. Por ejemplo, se ve subsistir una obligación civil como natural cuando el acreedor nombra heredero fiduciario al deudor; la obligación se extingue, pero se la mantiene como natural, porque ese heredero debe restituir la herencia al fideicomisario (D. 36.1.61 pr.). Otro ejemplo: un deudor absuelto se presenta ante el demandante y le paga: no puede después repetir (D. 46.1.8.3; 12.6.60 pr.); tampoco si el mutuario paga los intereses que tan sólo pactó (D. 46.3.5.2), o un fiador del hijo de familia que recibió prestado en contra del senadoconsulto Macedoniano (D.14.6. 9.4; 14.6.10). Las deudas provenientes de juegos ilícitos, pese a no ser cobrables ni repetibles, no fueron calificadas de naturales, porque, siendo ilícito para ambas partes el juego, ninguna está obligada a pagar la apuesta, aunque, una vez pagada, la otra no puede repetirla, sólo que en virtud de la misma ilicitud por que no pudo cobrar.

3. Postclásica es con seguridad la ampliación del concepto a ciertos deberes jurídicos, morales o sociales: (i) el de constituir dote para la hija ⁸¹; (ii) el de prestar servicios el liberto a su patrono cuando no los prometió ⁸²; (iii) el de gratitud del donatario al donante ⁸³; (iv) el de dejar su cuota legítima al legítimario ⁸⁴.

⁷⁸ D. 12.6.60 pr.

⁷⁹ D. 2.2.3.7; 14.6.10.

⁸⁰ D. 46.3.5.2.

⁸¹ D. 12.6.32 2 itp.

⁸² D. 12.6.26 12 itp.

⁸³ D. 5.3.25.11 itp.; 17.2.9 itp.; 47.2.55.1 itp.

⁸⁴ CI. 3.28.36.2.