

## CAPÍTULO V.

**SUMARIO.—Clasificación de las obligaciones.** (Continuación.) C. *Por el objeto.* (Obligaciones simples y compuestas, ó múltiples por razón de las cosas; conjuntivas y distributivas; específicas, genéricas, alternativas y facultativas; positivas y negativas; de dar, de hacer y de no hacer; posibles é imposibles; divisibles é indivisibles; principales y accesorias.)

Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la clasificación de las obligaciones por razón del OBJETO.*—A. *Obligaciones simples y compuestas.*—1. Su concepto.—2. Distinciones.—3. Razón de plan.—B. *Obligaciones conjuntivas y distributivas* (específicas, genéricas, alternativas y facultativas).—4. Concepto de estas diversas especies de obligaciones.—5. Reglas de Derecho de las específicas.—6. Reglas de Derecho de las genéricas.—7. Reglas de Derecho de las alternativas.—8. Reglas de Derecho de las facultativas.—C. *Obligaciones positivas y negativas.*—9. Su concepto.—10. Paralelo diferencial entre unas y otras, por razón de su cumplimiento, incumplimiento ó mora.—D. *Obligaciones de dar, de hacer y de no hacer* (reales y personales). *Doctrinas generales.*—11. Verdad inicial de la doctrina. Todas las obligaciones, generalmente consideradas, consisten en hacer.—12 y 13. Distinción de las obligaciones consistentes en *dar* y en *hacer*, y concepto respectivo, según que la causa de la utilidad ó beneficio que el acreedor obtenga de la obligación, provenga de la cosa ó del hecho ú omisión debidos.—14 á 16. Otros dos puntos de vista para esta clasificación: 1.º, el carácter personal ó real del derecho correlativo de las obligaciones de que se trate; 2.º, la transmisibilidad ó intransmisibilidad de las mismas á los herederos.—17. El verdadero fundamento se halla en la diversa causa de la utilidad de la obligación.—18. Reglas de Derecho relativas á las obligaciones de *dar* y á las de *hacer* y *no hacer*.—E. *Obligaciones de dar. Doctrinas especiales.*—19. Dos momentos en estas obligaciones.—20. Condiciones de la obligación de *dar*.—21. Mientras la cosa está en poder del deudor tiene éste las obligaciones de conservarla y entregarla; fundamento jurídico de estas dos obligaciones.—22. Diferente situación jurídica del deudor por *promesa* de obligación de *dar*.—23. Criterio para determinar cuándo se reúnen la obligación de *dar* y la de conservar la cosa, y cuándo no.—24. Razón jurídica para que un mismo individuo sea reputado deudor de una cosa y poseedor de ella en el concepto de ajena, y criterio respecto de la pérdida de la cosa debida, según sus causas, lo mismo que de sus accesiones y menoscabos.—25. Explicación de la obligación de conservar la cosa.—26. Idem de la de entregar, y su paralelo con la de conservar.—27. Derecho correlativo de parte del acreedor.—28. Tres hipótesis distintas, en el caso de negativa del deudor á entregar la cosa debida. Soluciones.—29. Diversas *formas* de realizar la entrega de la cosa debida, atendidas la transcendencia, respecto de terceros, de los derechos con ella derivados y la naturaleza jurídica, de corporal ó incorporal, que aquélla tenga.—30. Reglas de las leyes de Partida sobre la materia.—F. *Obligaciones de hacer ó de no hacer. Doctrinas especiales.*—31. Analogías de doctrina con las obligaciones de *dar*.—32. Efectos de las obligaciones de *hacer* y de *no hacer*. Hipótesis: 1.º cumplimiento; 2.º incumplimiento; impugnación de la inteligencia que algunos escritores, refiriéndose á una decisión del Tribunal Supremo, dan á las leyes de Partida, aplicables á esta doctrina; 3.º retraso ó mora; esta última no es aplicable á las obligaciones

de *no hacer*. Reglas del novísimo proyecto de Código civil acerca de esta materia.—33. Referencia al tít. 8.º, lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil.—G. *Obligaciones posibles é imposibles.*—34. Concepto y clases de la *posibilidad ó imposibilidad* de las obligaciones.—35. De hecho y de derecho.—36. Objetiva y absoluta, ó subjetiva y relativa.—37. Punto de vista superior en esta doctrina de la posibilidad ó imposibilidad de las obligaciones.—38. Conclusión de *solidaridad* entre todas las ideas expuestas en los números anteriores.—H. *Obligaciones divisibles é indivisibles.*—39 á 44. Idea general de la divisibilidad é indivisibilidad de las cosas, de los derechos y de las obligaciones. Formas y especies de división. Divisibilidad de los derechos. Excepciones de indivisibilidad en los mismos. ¿Cuáles son los propiamente divisibles?—45. La idea fundamental es la de *prestación*.—46. La divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones no depende de la pluralidad ó singularidad de sus términos personales.—47. Paralelo diferencial entre la *solidaridad* y la *indivisibilidad* en las obligaciones.—48. Idem entre las obligaciones divisibles y las mancomunadas simples ó á *prorrata*.—49. No es lo mismo *divisibilidad é indivisibilidad*, que *división é indivisión*. Doctrina. Ejemplos.—50. La naturaleza del *objeto* de la obligación no es bastante á convertirla en divisible ó indivisible.—51. Fuentes ó causas de la divisibilidad ó indivisibilidad en las obligaciones.—52 y 53. Conclusión de concepto y definiciones de la obligación divisible é indivisible.—I. *Obligaciones principales y accesorias.*—54. Base de esta clasificación.—55. Concepto y variedad de fundamento de las obligaciones accesorias.—56. Por el aumento de medios de solvencia (fideyusorias é hipotecarias ó pignoraticias).—57. Por el privilegio procesal (ejecutivas).—58. Por agregación de otras estipulaciones, causa de nuevas responsabilidades (obligaciones con cláusula penal). Tres formas de realizarse. Ejemplos.—59. El elemento doctrinal predominante es un principio de orden.—60. Otras clasificaciones de las obligaciones accesorias (convencionales y legales; subsidiarias y adjuntas). Ejemplos.—61. Reglas de Derecho en el anterior al Código civil acerca de las obligaciones con cláusula penal.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—62. Obligaciones alternativas.—63. Obligaciones de dar y de hacer.—64. Obligaciones posibles é imposibles.—65. Obligaciones principales y accesorias.

Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—66. Obligaciones alternativas.—67. Obligaciones de dar, hacer y no hacer.—68. Obligaciones divisibles é indivisibles.—69. Obligaciones con cláusula penal.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—70. Obligaciones alternativas.

§ 3.º *Explicación.*—71. Obligaciones con cláusula penal.—72. Obligaciones alternativas.—73. Obligaciones de dar, hacer y no hacer.—74. Obligaciones divisibles é indivisibles.—75. Obligaciones con cláusula penal.

### ART. I.

#### DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

##### § 1.º

**Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la clasificación de las obligaciones por razón del OBJETO.**

#### A. Obligaciones simples y compuestas.

1. Uno de los aspectos de la clasificación de las obligaciones, por razón del *objeto*, es, según se ha dicho, el que las distingue en *simples y compuestas ó múltiples*, por razón de las cosas; ó lo que es lo mis-

mo, la unidad ó pluralidad de los objetos en que consiste una obligación da lugar á nuevas modalidades en la misma. Cuando la obligación versa sobre un solo objeto, se dice *simple*, y cuando versa sobre varios, *compuesta ó múltiple*, por razón de las cosas.

Entonces la relación obligatoria es simple ó compuesta, según ambas hipótesis, pero únicamente respecto del objeto de la obligación; y significa que en la *simple*, el deudor viene obligado sólo á cumplir una prestación, mientras que en la obligación *compuesta ó múltiple* está comprometido el cumplimiento de tantas prestaciones, cuantos sean los objetos.

2. La relación obligatoria *simple* es siempre, en lo que á su objeto se refiere, invariable, por ley de la unidad y necesaria identidad de su objeto. En cambio, la relación jurídica compuesta ó múltiple por razón de las cosas, puede contener identidad invariable en sus objetos, por su homogeneidad, ó puede ser variable, según la naturaleza ó cualidad diferente de dichos objetos, que no es preciso sean todos de igual índole y clase.

Considerando el objeto de la obligación *simple* en su *unidad*, cabe que sea asimismo *divisible ó indivisible*, é influya en que la prestación tenga uno ú otro carácter, y, por tanto, la obligación adquiera la calidad de *divisible ó indivisible*.

De la propia suerte, considerado el objeto de la obligación *compuesta* en su *pluralidad*, cabe igualmente que produzca variedad en la obligación; y, por consiguiente, siendo en este caso varios los objetos de la obligación, se ofrecen los supuestos siguientes:

1.º Que verse la relación obligatoria sobre todos ellos, *tantum in obligatione quantum in solutione*; es decir, que se deban todos y se hayan de pagar todos; que es el caso de las obligaciones *conjuntas ó conjuntivas*.

2.º Que verse la relación obligatoria sobre todos ellos *in obligatione*, pero sobre uno solo cualquiera indistintamente, *in solutione*; ó lo que es lo mismo, que se deban todos, por razón de la obligación, pero que para su ejecución ó cumplimiento baste el pago de uno cualquiera de ellos; que es el caso de las obligaciones *alternativas*.

3.º Que verse la relación obligatoria sobre todos ellos, pero uno solo *in obligatione* y todos *in solutione*, esto es, que aunque referida la obligación á varios objetos, sea uno de ellos solamente el debido, si bien con la particularidad de que sea posible reclamar, para el cumplimiento de la obligación, cualquiera de ellos que se prefiera por el acreedor; que es el caso de las obligaciones *facultativas*.

3. El desarrollo de todas estas indicaciones es materia de los epígrafes marginales sucesivos.

## B. Obligaciones conjuntivas y distributivas (específicas, genéricas, alternativas y facultativas).

4. Tenemos declarado que, lo por mismo razón de las cosas que por razón de las personas que intervienen en las obligaciones, se clasifican éstas en *simples ó únicas*, y *múltiples ó compuestas*; y las múltiples ó compuestas, por lo que respecta á las cosas, en *conjuntivas* y *distributivas*, según que son debidas dos ó más cosas juntamente, ó una de dos ó más cosas; así como las *distributivas* dan lugar á la división de las obligaciones en *alternativas* y *facultativas*.

Sirve de base á la distinción de las obligaciones en las clases de específicas ó determinadas, genéricas, alternativas y facultativas, la diferente naturaleza del *objeto* de la obligación, y la *forma* ó manera de deberla; pues según sea aquél una cosa específica, ó una ó varias de las comprendidas en un género, ó bien una de dos ó más de las de la primera ó segunda clase, ó siendo, finalmente, una tan sólo, se haya reservado el deudor el poder de sustituirla con otra, así las obligaciones se denominarán *específicas ó determinadas*, *genéricas*, *alternativas* y *facultativas*.

5. *Obligaciones determinadas ó específicas*. Son sus reglas:

1.ª Para que la obligación determinada ó específica se reputé cumplida, es indispensable que el deudor entregue al acreedor la *misma* cosa, objeto de la obligación.

2.ª Pereciendo la cosa, objeto de la obligación determinada, se extingue ésta, si aquélla ha perecido antes de constituirse en mora el deudor y sin culpa suya; pero éste quedará obligado á indemnizar al acreedor los correspondientes perjuicios, si la cosa ha perecido por su culpa, ó después de hallarse constituido en mora.

3.ª El acreedor de una obligación determinada no podrá pedir en juicio el cumplimiento de la misma *genéricamente*, y si así lo hiciere, podrá el deudor oponerle la excepción de *plus petitio*.

4.ª La imputación de las accesiones y menoscabos y la fijación de la mora, en la obligación determinada, se rigen por las reglas correspondientes (1), según que ésta sea pura, condicional ó á plazo.

6. *Obligaciones genéricas*. Son sus reglas:

1.ª Para que la obligación genérica se reputé satisfecha, basta que el deudor, á su elección, entregue al acreedor una *cualquiera* de las cosas comprendidas en el género, aunque no sea la mejor, ni siendo la peor, salvo estipulación contraria.

2.ª La obligación genérica no se extingue por destrucción de una ó varias cosas del género de las debidas (2).

(1) Las expuestas en el Cap. VI de este Tom.

(2) De aquí el antiguo aforismo de «genus nunquam perit».

3.<sup>a</sup> El acreedor de una obligación genérica no podrá pedir en juicio el cumplimiento de la misma *determinadamente*; pudiendo en caso contrario el deudor oponerle la excepción de *plus petitio*.

4.<sup>a</sup> La imputación de las accesiones y menoscabos y la determinación de la mora, en la obligación genérica, se rigen por las reglas correspondientes (1), según que la obligación sea, además, pura, condicional ó á plazo.

7. *Obligaciones alternativas*. Son sus reglas:

1.<sup>a</sup> Para que la obligación alternativa se reputé satisfecha, basta que el deudor entregue al acreedor, á elección de aquél, salvo estipulación contraria, una *cualquiera* de las cosas objeto de la obligación.

2.<sup>a</sup> Pereciendo una de las cosas, objeto de la obligación alternativa, se deberá la otra.

3.<sup>a</sup> Pereciendo todas las cosas determinadas, objeto de la obligación alternativa de esta clase, se aplicará la regla 2.<sup>a</sup> de las expuestas al tratar de las obligaciones determinadas.

4.<sup>a</sup> Es aplicable á las obligaciones alternativas, cuyo objeto sea una de varias cosas comprendidas en un género, la regla 2.<sup>a</sup> de las expuestas al tratar de las obligaciones genéricas.

5.<sup>a</sup> El acreedor de una obligación alternativa no podrá pedir en juicio el cumplimiento de la misma, sino en términos *alternativos*, y si así no lo hiciere, podrá el deudor oponerle la excepción de *plus petitio*.

6.<sup>a</sup> La imputación de las accesiones y menoscabos y la determinación de la mora, en la obligación alternativa, se rigen por las reglas correspondientes, según que ésta sea pura, condicional ó á plazo.

8. *Obligaciones facultativas*. Estas obligaciones muestran un fondo análogo al de las alternativas; pero especialmente se distinguen en que mediante esta clase de obligaciones no se entiende sometida más que una de las cosas en ellas mencionadas, siendo la otra simplemente una forma subsidiaria de ejecución de lo pactado, ó pago de lo debido, y careciendo, por tanto, el acreedor de todo derecho respecto de ella.

Son sus reglas:

1.<sup>a</sup> La obligación facultativa se reputa cumplida, mediante la entrega de la cosa debida, ó en *su lugar*, y por la exclusiva voluntad del deudor, de la otra cosa ó forma de cumplimiento, reservada, como facultad de su arbitrio, en la estipulación.

2.<sup>a</sup> Á diferencia de la regla 2.<sup>a</sup>, antes expuesta para las obligaciones *alternativas*, cuando se trata de las *facultativas*, como no hay realmente debida más que una cosa, que es el único objeto de la obligación, pereciendo ésta se extingue el derecho del acreedor, sin que

(1) Cap. VI de este Tom.

pueda dirigirse contra la que *in subsidium* y, por libre voluntad del deudor, pudo darse en *lugar* de aquélla.

3.<sup>a</sup> Pereciendo, pues, la cosa debida en la obligación facultativa, es de completa aplicación la regla 2.<sup>a</sup> de las obligaciones determinadas.

4.<sup>a</sup> El acreedor, en una obligación facultativa, no podrá dirigir su acción más que contra la cosa debida, pero nunca contra la que, por libre arbitrio del deudor, pueda éste entregarle *en lugar* de aquélla; si pidiera una ú otra, como en las obligaciones alternativas, su demanda podrá ser excepcionada con la *plus petitio*.

5.<sup>a</sup> La imputación de las accesiones y menoscabos, así como la fijación de la mora en las obligaciones facultativas, se acomodará á las reglas correspondientes, según que, además, revistan las formas de puras, condicionales ó á plazo; siéndoles en todo caso de aplicar, por razón de analogía, la doctrina de las obligaciones determinadas ó específicas, pero siempre afectas á la novedad que pueda imponerlas, el uso de la reserva estipulada, en favor exclusivo del deudor, de cumplir la obligación mediante la entrega de la otra cosa, en su *lugar*.

6.<sup>a</sup> En las obligaciones alternativas se dice que las dos cosas que figuran como objeto de ellas, están *in obligatione*, mientras que en las facultativas, una de las dos cosas que en ellas figuran, está *in obligatione*, y la otra *in solutione*.

### C. Obligaciones positivas y negativas.

9. Es evidente que el *objeto* de la obligación puede consistir en *dar* ó en *hacer*, y en *no dar* ó en *no hacer*; es decir, en un *hecho*, ó en una *omisión*, de parte del deudor, en utilidad ó beneficio del acreedor. La primera clase de obligaciones se llaman *positivas*; las segundas *negativas*.

10. El paralelo diferencial á que da lugar esta clasificación de las obligaciones se refiere á los tres extremos siguientes:

1.<sup>o</sup> Por razón de su *cumplimiento*, en las *positivas* tiene lugar realizando el hecho de dar ó de hacer, constitutivo de la prestación, mientras que en las *negativas* sucede todo lo contrario, y sólo se reputan cumplidas, en tanto que el deudor se abstenga de dar ó hacer aquello que se comprometió á no dar ó no hacer.

2.<sup>o</sup> Por razón del *incumplimiento* de la obligación, éste se realiza también de diversos modos y produce diferentes consecuencias en las unas que en las otras. En las obligaciones *positivas* el incumplimiento consiste en no dar ó en no hacer lo prometido; al paso que en las *negativas* consiste en dar ó hacer lo que se estipuló no se daría ó haría.

Ahora bien: toda relación obligatoria representa para el acreedor

un derecho á exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación, pero según la índole de la prestación ó hecho en que ésta consista, así podrá tener cumplimiento real y efectivo la obligación, aun contra la voluntad del deudor, ó se fingirá este cumplimiento por medio de la obligación subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios. Es de advertir que esta distinción en la forma del cumplimiento de las obligaciones, lo mismo es aplicable á las positivas que á las negativas, toda vez que no á este carácter, sino á que consistan en prestaciones que puedan cumplirse por otra persona que el deudor, pero á su costa, ó en prestaciones de condición personalísima, es á lo que se refiere ese diferente modo de reputar cumplidas las obligaciones.

Lo que sí constituye motivo de diferencia entre las positivas y negativas, es lo relativo á los conceptos y extensión de la indemnización de daños y perjuicios. Mientras en las positivas se debe la indemnización, ó puede deberse, tanto como forma subsidiaria de cumplir la obligación incumplida, y que por su índole personalísima en el deudor no cabe tenga realización efectiva sino por obra de su propia voluntad, cuanto por compensación de los perjuicios que el retardo ó mora hayan podido originar al acreedor; es decir, por dos conceptos, en las negativas no procede la indemnización más que por el primero.

3.<sup>a</sup> Por razón de la *mora* se diferencian también las obligaciones positivas de las negativas. Respecto de las primeras, son admisibles las tres hipótesis de cumplimiento, incumplimiento ó retraso; en cuanto á las segundas, no tiene lugar más que el cumplimiento ó incumplimiento, pero no el retraso ó mora, que es imposible de todo punto en las obligaciones negativas. Hay, pues, en éstas un motivo menos de responsabilidad para los contrayentes que en las positivas.

#### D. Obligaciones de dar y de hacer (reales y personales). Doctrinas generales.

11. En el Artículo anterior, mirando siempre al *objeto* de la obligación, con aplicación particular á aspecto su *positivo* ó *negativo*, hicimos notar cómo aquél podía consistir en *dar* ó en *no dar*, en *hacer* ó en *no hacer*; pero preciso es reconocer que cualquiera de estas cuatro formas de prestación se resuelve en una, cual es la de *hacer*; ó sea que todas las obligaciones tienen en definitiva por objeto los hechos del deudor ú obligado.

*Hace* ó *debe hacer* el deudor, cuya obligación consista en la entrega de una cosa, lo mismo que á *hacer* se refiere la obligación contraria de no entregarla; *hace*, igualmente, el deudor cuya obligación consiste en *hacer*, ó en *abstenerse de hacer* cualquier hecho que no verse sobre la entrega de cosa; y como se observa, la diferencia no es otra, entre

las obligaciones de *dar* ó *no dar*, y las de *hacer* ó *no hacer*, consideradas en su sentido gramatical y lógico, que la que existe entre la *especie* y el *género*. Al *género* corresponde la idea lata de *hacer*; las obligaciones de *dar* representan la *especie*, con la idea de obligaciones de *hacer*, que ya específicamente consisten en una clase de hechos, como son los de entregar ó no entregar una cosa; idea misma de *especie*, representada en las obligaciones de *hacer*, por el hecho particular y concreto que constituye la prestación.

Bajo este punto de vista general y primario, todas las obligaciones consisten en *hacer*, porque el fondo y la materia objetiva de la obligación, cualesquiera que sean sus fines, formas y resultados materiales de ejecución, reside en el compromiso de deber por parte del deudor, mediante cuyo compromiso se constituye éste en la necesidad de derecho, en cuanto puede ser para ello apremiado, de realizar la prestación á que se obligó, y sólo á través de la imputación de ese compromiso al deudor y de su actividad voluntaria para cumplirlo, ó suplida por el apremio y medios legales, es como llega el acreedor á la efectividad de los derechos de esta clase.

12. Sin embargo de la evidencia de esta verdad inicial en la doctrina, tiene indudable realidad la distinción de obligaciones, consistentes en *dar* y consistentes en *hacer*, llamadas también, con propiedad de lenguaje muy discutible, obligaciones *reales* y *personales*; que son, respectivamente, aquellas cuya utilidad ó beneficio de las mismas para el acreedor es obtenido *directamente* de la *cosa* á que se refieren, ó del *hecho* sobre que versan.

13. En el primer caso, ó sea en las obligaciones de *dar*—*reales*— el provecho de la obligación, para el acreedor, se produce por el compromiso del deudor de traspasar á aquél, ya la propiedad de la cosa, ya su usufructo ú uso, ya su mera tenencia para fines de garantía, etc. En el segundo caso, ó sea en las obligaciones de *hacer*—*personales*— el provecho de la obligación, para el acreedor, proviene del compromiso del deudor de realizar ó no el hecho á que aquéllas se refieren. Es decir, que en las de la primera clase la utilidad de la obligación se obtiene directamente de la cosa é indirectamente del hecho de entregarla; y en las de la segunda, siempre directamente del hecho mismo en que la obligación consiste. Este es el verdadero punto de vista fundamental y propio en el presente *Tratado*, de la clasificación y concepto de las obligaciones de *dar* y de las obligaciones de *hacer*.

14. Pero hay otros dos aparentes aspectos, para motivar esta clasificación, que juzgamos impropios. Serán *jurídicos*, pero son *extraños* al concepto de la obligación y del Derecho de obligaciones, materia especial de este Tomo, según quedan formulados en su primer Capítulo;

y se refieren más bien, el uno, á la distinción general que, en el *Derecho de los bienes*, clasifica los derechos patrimoniales en los dos grandes grupos de derechos *reales* y derechos *personales*, de obligación ó de crédito; ó á la materia del Derecho de sucesión por causa de muerte, según que sean ó no *transmisibles* á los herederos.

15. En efecto: el primero de ellos, partiendo de la correlatividad necesaria en toda relación jurídica entre el derecho de sujeto activo de la misma y la prestación ú obligación, entendida esta palabra latamente, del sujeto pasivo, llama obligación *real* á la que es correlativa de un derecho de esta naturaleza, y obligación *personal*, á la que lo es de un derecho de igual clase. Ejemplos podían ser de esta distinción, fundada en la *correlatividad*, de una parte, la obligación del poseedor de una cosa de entregarla al dueño que ha probado su acción reivindicatoria, porque en este caso la obligación de restituirla con sus frutos y acciones, se dice *correlativa* del derecho *real* de dominio que aquél invoca, y en tal supuesto se llamaría también la obligación *real*; y de otra parte, la obligación del mutuuario de pagar la cantidad mutuada, se calificaría de *personal*, porque era *correlativa* del derecho también *personal*, correspondiente al acreedor.

16. Á su vez el aspecto de la *transmisibilidad* ó *intransmisibilidad* de las obligaciones á los herederos de los obligados, sirve para que, dentro de este nuevo punto de vista, se califiquen de obligaciones *reales* las que afectan al patrimonio hereditario y se transmiten con él á los sucesores; y de obligaciones *personales*, aquellas que se extinguen con la muerte del obligado, sin que puedan suceder en ellas los herederos.

Ejemplos podrían ser, asimismo, de esta distinción, basada en la *transmisibilidad* ó *intransmisibilidad*, la obligación de consumar un contrato de compra-venta, en el cual, antes de su consumación, sobrevino la muerte del comprador, cuyas obligaciones son transmisibles á sus herederos, por afectar á las cosas ó patrimonio hereditario, y se las denomina *reales*; y la obligación de desempeñar una tutela que se está ejerciendo cuando sobreviene la muerte del tutor, y cuya obligación de continuar el desempeño de dicho cargo, por su *intransmisibilidad*, se extingue con la muerte del tutor, se califica de obligación *personal*, y no pasa, por consiguiente, á sus herederos.

17. Insistimos en que estos dos últimos aspectos de la clasificación de las obligaciones, en *reales* y *personales*, caso de ser admisibles en buena doctrina con tal denominación, nunca lo serían para las obligaciones contractuales, asunto de este Tomo, á las cuales sólo puede referirse el primero de los fundamentos antes expuestos, según que la utilidad de la obligación para el acreedor procede directamente

de la *cosa* ó del *hecho*, que resulta comprometido á prestar por ella el deudor.

*Prestar* ó *prestación* en general, significa la idea de la sumisión de la actividad del deudor, por virtud del compromiso de la obligación ó necesidad de derecho en que la misma le constituye, para ser aplicada de la manera que más directamente conduzca al cumplimiento de aquélla.

18. Consignemos ahora separadamente las reglas de Derecho *generales* que se refieren, ya á las obligaciones de *dar*, ya á las obligaciones de *hacer*, ó sean *reales* y *personales*, entendida esta denominación en el sentido que se deja dicho.

#### E. Obligaciones de dar.—Doctrinas especiales.

19. Esta clase de obligaciones puede ser considerada en dos momentos: uno, en el que la cosa está todavía en poder del deudor, y otro, en el que pasa de poder del deudor al del acreedor.

20. Son, por consiguiente, condiciones necesarias, en las obligaciones de *dar*, para el cumplimiento de sus fines:

1.<sup>a</sup> Que la cosa que haya de darse pertenezca al deudor, ó pueda ser por él adquirida.

2.<sup>a</sup> Que sea una cosa *individualmente* determinada, y, por tanto, en su cantidad y en su calidad; ó al menos, si es fungible, en su calidad y cantidad.

3.<sup>a</sup> Que, por virtud de la obligación de dar, el deudor haga pasar al acreedor la propiedad, el usufructo ó el uso y la tenencia de la cosa.

21. En la obligación de *dar*, mientras la cosa no ha pasado del poder del deudor á poder del acreedor, son imputables al primero dos obligaciones, á saber: la de conservar la cosa, y la de entregarla á su debido tiempo.

Cada una de estas dos prestaciones de conservar y de entregar la cosa responde á distinto fundamento. La de conservar la cosa debida se funda en que el deudor, por el mero hecho de serlo, tiene, respecto de la cosa, la consideración tan sólo de poseedor precario de la misma, que, sabiendo debe ser entregada á otro, no puede, con perjuicio de los derechos de éste, desatender la conservación de ella. La de entregar la cosa se deriva de la calidad de deudor ú obligado, porque en el compromiso de entregarla al acreedor es en lo que precisamente consiste la obligación. En suma, porque es tenedor de la cosa debe la *conservación*, y porque es deudor debe la *entrega*.

22. Se considera también obligación de *dar* la simple promesa de otorgar donación, venta ó cesión de alguna cosa, que mientras no se celebre el contrato prometido no es, sin embargo, tal donación, venta

ni cesión; razón por la cual la cosa á que dichos contratos en proyecto se refieran, sigue figurando en el patrimonio del promitente, que continúa poseyéndola, no como mero tenedor, ó en precario, sino como verdadero dueño ó en igual situación jurídica que antes de la promesa.

Ahora bien: nótese que en tal supuesto no le es imputable aún la obligación de conservarla, siquiera en el caso de resultar obligado lo estará también á la indemnización de perjuicios, por no haberlo hecho; en cuyo caso esta responsabilidad nacerá entonces, no de la falta de conservación de la cosa, sino directamente del incumplimiento de la promesa.

23. Consecuencia de la doctrina antes establecida, según la cual en las obligaciones de *dar*, la de entregar la cosa se deriva de la calidad de *deudor*, y la de conservarla de la de *tenedor* ó poseedor de cosa ajena, será el criterio técnico, que puede proclamarse como regla para determinar en qué casos van reunidas, y en cuáles otros no, las obligaciones de conservación y entrega de la cosa. Siempre que se trate de un hecho jurídico, fuente ó causa de la obligación de *dar*, translativo del dominio ó de cualquier derecho real sobre las cosas, ó sea que en él intervenga el fenómeno de la tradición (1), desde el momento en que esto sucede, la cosa en que consista la obligación de *dar* requiere la calidad jurídica de *ajena*, hace del deudor un mero tenedor de la misma, y le obliga, por tanto, á su conservación. Por el contrario, cuando el hecho jurídico, fuente de la obligación de *dar*, no lleva su trascendencia más allá del establecimiento de una simple relación obligatoria de carácter personal, pero sin variar la situación jurídica que el ahora deudor obligado pudiera tener, respecto de la cosa á que la prestación se refiera antes de contraer la obligación, en este caso tendrá la de entregarla, pero no la de conservarla.

24. Parece algo paradójico que la persona del obligado sea, al mismo tiempo que deudor de una cosa, poseedor ó tenedor de ella con la cualidad de cosa ajena; y sin embargo no es así. No debe olvidarse, que en los contratos translativos del dominio ó de otros derechos reales, si concurren las condiciones esenciales de la tradición jurídica (2), aunque no exista la material ó sea, que no se haya entregado la cosa una vez celebrado el contrato, el deudor deja de considerarse como dueño, y de poseer aquélla con intención de tal, quedando reducido á la calidad de simple poseedor de ella en nombre ajeno, mientras la

(1) Según queda explicado en los Caps. VII y IX, Tom. III, al tratar de los modos de adquirir el dominio ó otros derechos reales, y, en particular, de la tradición.

(2) Cap. IX, Tom. III.

entrega al acreedor. Éste, á su vez, gana la consideración de dueño, y por eso es de su cuenta el riesgo ó daño que la cosa sufra por caso fortuito ó por causa no imputable á la responsabilidad personal del antiguo dueño, deudor y transmitente hoy, siendo entretanto mero tenedor de cosa ajena. Por igual razón ceden en beneficio del acreedor las accesiones y aumentos que la cosa tenga.

Por tanto, si la cosa perece ó se extravía, perece y se extravía para el acreedor, siempre que esto tenga lugar antes de constituirse en mora el deudor, ó por caso fortuito. Por el contrario, será la responsabilidad del deudor en la extinción ó pérdida de la cosa, cuando tenga lugar por su culpa, ó se verifique después de constituido en mora. Igual doctrina es de aplicar á los riesgos, peligros, menoscabos ó desperfectos que se realicen, según que esté ó no constituido en mora el deudor para entregarla (1).

25. En esta clase de obligaciones, la de conservar la cosa significa emplear en su cuidado todos los medios y diligencias para que continúe en el estado normal que por naturaleza le corresponde, atendido el que tenía al tiempo de la perfección del contrato, del cual es contenido la obligación de *dar*.

26. Comparada la obligación de conservar con la de entregar la cosa, resultan relacionadas la primera como antecedente necesario de la segunda, y se diferencian en razón al tiempo en que cada una subsiste y también en que puede existir sólo la de *entregar* sin la de *conservar*, pero no al contrario.

No se concibe, en verdad, la idea de una obligación de entregar una cosa que no ha de darse en el acto de haber contraído la relación obligatoria, sin la previa necesaria de su conservación; pero sí, viceversa, cuando la obligación ha de cumplirse y se cumple en el momento mismo de ser contraída ó perfecta; así como también es evidente que la obligación de *conservar* existe en el espacio de tiempo que media entre la constitución de la relación obligatoria y la fecha de su consumación, por el cumplimiento de sus fines; mientras que la obligación de *entregar* es simultánea de este último tiempo, y surge ó aparece en dicho momento de consumación ó cumplimiento de la obligación contraída de *dar*.

27. Correlativo de la obligación de entregar la cosa, que tiene el deudor, es el derecho del acreedor de exigir dicha entrega. La falta de ejercicio de este derecho, cuando por virtud de los términos de la relación obligatoria haya llegado el tiempo de cumplir la obligación de

(1) Esta doctrina tiene su desarrollo en la teoría de la *culpa*, explicada al estudiar los efectos *generales* de los contratos. Lo mismo decimos de la *mora*.

entregar la cosa, no autoriza al deudor para dilatar su cumplimiento, antes por el contrario, toda dilación le constituye en mora y añade á la responsabilidad de la entrega de la cosa, objeto principal de la obligación, siempre subsistente, la responsabilidad también de indemnizar daños y perjuicios al acreedor, cuyo derecho primitivo á exigir la entrega de la cosa se aumentará, á su vez, por razón de la mora, con la de exigir esta indemnización.

28. Supuesto diferente es el de la simple dilación en la entrega de la cosa, el de la resistencia ó negativa absoluta del deudor á verificarla; y para este caso la solución es distinta, según cada una de las hipótesis siguientes:

1.<sup>a</sup> Trátase del caso en que la cosa que se deba, por razón de la obligación de dar, esté perfectamente determinada, lo mismo en su calidad y cantidad, que en su individualidad; en cuya hipótesis es indudable el derecho del acreedor para obtener, por el apremio judicial, la entrega de la cosa debida, de circunstancias tan específicas y determinadas, que está en poder del deudor, y sin embargo éste se resiste injustificadamente á entregarla. No falta alguna tendencia doctrinal que para este caso, y huyendo de toda apariencia violenta, estima que debe ser sustituida la obligación por el resarcimiento equivalente de daños y perjuicios; pero con tal criterio se desnaturaliza, sin necesidad, la obligación, que es de entregar cosa, y no de indemnizar su valor, y se aplica el subsidiario resarcimiento de impropia manera, puesto que las obligaciones de dar, lo mismo que las de hacer, cuyo objeto preciso consiste en lo uno ó en lo otro, únicamente se resuelven en las *subsidiarias* de indemnizar, cuando es en absoluto imposible su efectivo cumplimiento, en los propios términos en que fueron contraídas.

2.<sup>a</sup> Si se trata del caso en que la cosa debida, por obligación de dar, de igual precisa determinación en su individuo, calidad y cantidad, que en el supuesto anterior, pero respecto de la cual mediara la circunstancia de haberla destruido ó extraviado el deudor, es decir, de no resultar en su poder al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación, entonces es imposible que aquél tenga lugar en los términos en que fué contraída ésta, y se reemplaza con la subsidiaria de indemnizar.

3.<sup>a</sup> Si el supuesto fuese el de una obligación de dar, consistente en la entrega de una cosa, determinada en su calidad y cantidad, pero no en su individuo, el derecho del acreedor, por la resistencia del deudor á cumplir la obligación, se resolvería en el de ser autorizado para obtener una cosa igual en cantidad y calidad á la debida, que sería adquirida á costa y riesgo, ó sea á expensas del deudor. Examinada, con

relación á éste, semejante solución, convierte su obligación de dar en una de indemnizar el valor de la cosa debida, puesto que á su costa se autoriza al acreedor para la adquisición de la misma; en tanto que, respecto del acreedor, la obligación tiene cumplimiento en los propios términos y para los fines con que fué contraída.

29. En cuanto á la *forma* de realizar la entrega de la cosa en la obligación de dar, cabe una doble distinción, atendida la trascendencia de derechos respecto de terceros, ó fines jurídicos de la entrega, y la naturaleza corporal ó incorporeal de la cosa debida.

Así, por ejemplo, en los casos en los que, por tratarse de obligaciones de dar, producto de contratos translativos del dominio ú otros derechos reales, se propongan los contratantes transferir derechos de esta clase, deberá intervenir también el modo derivativo de adquirirlos que llamamos *tradición*, en su genuino sentido jurídico ya explicado (1), y su complemento de eficacia respecto de terceros, con la inscripción en el Registro de la Propiedad, si se trata de inmuebles.

En la hipótesis de ser obligaciones de dar, á pesar de las cuales el deudor conserve, sin embargo, la propiedad de las cosas que debe entregar, la forma ó el medio jurídico de realizar la entrega varían según la naturaleza particular del contrato de que se derive dicha obligación, como sucederá, por ejemplo, en los de depósito, comodato, prenda, arrendamiento, etc.

Si la obligación de dar consiste en la entrega de cosas incorporales, como créditos, derechos, etc., se entenderá realizada su entrega por la de los títulos ó documentos que lo justifiquen.

30. Fué criterio también de las leyes de Partida:

1.<sup>o</sup> Que el obligado á dar alguna cosa, debía entregarla bajo la responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios (2).

2.<sup>o</sup> Que en las obligaciones á plazo, el vencimiento de éste basta para constituir en mora al deudor, mientras que en las obligaciones sin plazo se consideraba necesario el requerimiento judicial del acreedor (3).

También fué de aplicación, como la ley citada, á los efectos de las obligaciones de dar y de las obligaciones de hacer, aunque se invocara más para estas últimas otra de Partida (4), que desarrollando y haciéndose cargo de la obligación de dar ó hacer alguna cosa contraída puramente, y aunque no sea puesto en ella día cierto y lugar, autoriza al Juez para que, según su arbitrio, determine el plazo y el lugar en

(1) Cap. IX, Tom. III.

(2) LL. 13 y 35, tit. 11, Part. V, así como la 5.<sup>a</sup>, tit. 6.<sup>o</sup>, Part. V.

(3) L. 35, tit. 11, Part. V.

(4) L. 13, tit. 11, Part. V.