

que deba cumplirse, y condena al obligado á pechar los demás daños y menoscabos de no haber cumplido la obligación en el lugar que debía hacerlo, quedando relevado de esa responsabilidad de daños y perjuicios cuando el acreedor recibiera voluntariamente del deudor lo que le había prometido dar ó hacer, aunque no lo hiciera en la fecha ó en el lugar en que fué prometido.

3.º Una vez constituido en mora el deudor, le será imputable el peligro de la cosa, hasta tanto que realice su entrega.

F. Obligaciones de hacer ó de no hacer.—Doctrinas especiales.

31. Tanto por lo que se deja expuesto en la letra D de este Artículo, como por lo que va dicho de las obligaciones de *dar* en el precedente, se ofrece, lo mismo en la parte de Derecho *racional*, que en la de Derecho *positivo*, gran número de doctrinas que directamente, ó *à sensu contrario*, muestran la naturaleza jurídica de las obligaciones de *hacer* ó *de no hacer*, y los más importantes principios á ellas relativos; por cuya razón debe entenderse aquí reproducida esa doctrina, limitándonos ahora á consignar tan sólo aquella especialísima, concerniente á esta clase de obligaciones de *hacer* ó *de no hacer*, que no resulte comprendida explícita ó implícitamente en lo antes expuesto.

32. En cuanto á los efectos de la obligación de *hacer* ó *de no hacer*, cabe distinguir tres hipótesis: 1.ª, la del cumplimiento de la obligación; 2.ª, la de su incumplimiento; y 3.ª, la del simple retraso para cumplirla, si la obligación fuera sólo de *hacer*, puesto que á las *de no hacer*, como negativas, no es aplicable la teoría de la mora, según observamos en la letra C de este Artículo.

1.ª En la hipótesis del cumplimiento, éste puede ser *voluntario* por el obligado, en cuyo caso no cabe indicar otra regla, sino la de que ha de ser cumplida la obligación en los mismos términos en que fué contraída; ó *necesario* y *suplido*, si por la falta del voluntario es preciso acudir á los medios posibles, según la ley, para obtener la efectividad de esta clase de obligaciones, cuando el deudor se niega á cumplirlas: supuesto que se refiere ya á la siguiente hipótesis.

2.ª En el caso de incumplimiento de la obligación de *hacer* ó *de no hacer*—que en este último aspecto negativo sería destruir ó rescindir lo hecho, en contravención á la obligación que prohibía hacerlo al deudor,—los principios admisibles en buena doctrina son: 1.º Que el obligado que se resiste, no puede ser compelido á la fuerza á realizar dicho cumplimiento por sí ó por su iniciativa, porque esto es imposible y contrario á la libertad individual, que en el orden de las responsabilidades de la vida civil—otra cosa distinta es en las de carácter

penal—no podría ser violentado á obrar contra su voluntad; «*nemo precise ad factum cogi potest*». 2.º Que el medio supletorio consistirá en el derecho del acreedor para obtener el cumplimiento de la obligación de hacer ó de destruir, ó rescindir lo hecho en contrario por el deudor, respecto de la obligación de no hacer, todo á expensas del mismo deudor, mediante la autorización y reglas que se fijen por los Tribunales, según las circunstancias del caso; y sobre todo, cuando ellas permitan la práctica de este medio supletorio que, sin embargo de serlo, no constituye *novación* en la obligación, sino forma *indirecta* y *única posible* de su cumplimiento. Claro es, pues, que todo esto se resuelve, en último término, por la apreciación judicial (1). 3.º En el caso que, según ésta, bien por tratarse de un hecho personalísimo, ó sin serlo, que ofrezca invencibles dificultades ó enormes diferencias que desnaturalizaran la obligación para obtener el cumplimiento supletorio en la forma indicada á expensas del deudor, el incumplimiento por parte de éste resolverá la obligación en la correspondiente indemnización pecuniaria, por título de daños y perjuicios según fueren probados y apreciados por los Tribunales, á no ser que exista pactada cláusula penal especial para el supuesto de dicho incumplimiento, en cuyo caso habrá de estarse á lo pactado, y aplicarse las reglas de las obligaciones de esta clase (2). Niegan la procedencia legal de esta solución escritores, como los Sres. Gutiérrez y Navarro Amandi, inspirados en la declaración del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1865, la cual resolvió que, según la ley 5.ª, tít. 6.º Part. V, «para que la obligación de hacer, no cumplida, se convierta en la de abonar daños y perjuicios, es necesario presuponer engaño».

Si estos escritores se hubieran limitado á reconocer que esta forma supletoria del cumplimiento de las obligaciones de *hacer*, incumplidas por el deudor, mediante la indemnización pecuniaria de daños y perjuicios, no resulta consignada en las leyes 18 y 35, tít. 11 de la Partida V, á pesar de ser las que parecen de natural aplicación á estos casos, estaríamos de acuerdo con ellos, puesto que, en efecto, dichas leyes no contienen semejante doctrina; pero no podemos conformarnos con la inteligencia que dan á la ley 5.ª, tít. 6.º de la Part. V, en armonía con la declaración antes citada del Tribunal Supremo.

Sucede precisamente todo lo contrario con dicha ley, que dictada principalmente para los llamados contratos *innominados*, no creemos

(1) Debemos advertir que esta regla es de mera doctrina ó Derecho científico, pero no fué de Derecho positivo, establecido por las leyes anteriores al Código civil; si bien la creímos conveniente y posible de aceptar, con prudente criterio, por los Tribunales, en ciertos casos.

(2) Letra I de este Art. y Cap.

debe ser entendida así, sino en armonía con la doctrina que sostenemos, á saber: que el incumplimiento de las obligaciones de *hacer* permite al acreedor optar por la indemnización pecuniaria.

El texto legal muestra bien claramente las hipótesis de la ley que pueden referirse á las obligaciones de *hacer*; y de un modo terminante y categórico deja consignado que el simple incumplimiento en ellas de parte del obligado autoriza al acreedor para que «*en su escogencia*» reclame haga aquél lo que se obligó «*ó quel peche los daños é los menoscabos que rescibió por esta razon*», sin que nada aluda, en la segunda y cuarta hipótesis, que son las que se refieren al incumplimiento de obligaciones de *hacer*, de las cuatro que contiene esta ley, á la necesidad de que intervenga *engaño*, ni por consiguiente sea precisa la prueba de esta circunstancia, para que proceda la indemnización pecuniaria. Únicamente dice la ley que examinamos, como «*en razón de engaño*» en la tercera hipótesis de obligación de *hacer* á cambio de otra de *dar*, refiriéndose al caso de que, hecho por una parte aquello á que se obligó, no quiera el otro cumplir la recíproca prestación de entregarle la cosa que le prometió; y aun en este supuesto, que es, en verdad, de mero incumplimiento de obligación de *dar*, la ley no hace derivar el derecho á la indemnización de que haya intervenido y se pruebe el *engaño*, sino que califica la conducta observada por el obligado de *engañoso*, al decir «*puedela demandar, como en razon de engaño, é denele ser pechada, con los daños é los menoscabos, etc.*»; esto es, no la indemnización como forma *supletoria* del cumplimiento de lo pactado, que es el caso de la doctrina que procuramos fijar con estas reflexiones, sino como una responsabilidad distinta, adicionada y punitiva.

Por lo demás, la responsabilidad de la indemnización pecuniaria, por el incumplimiento de las obligaciones, siempre tendría su apoyo en la doctrina general de la contravención á lo pactado, y en la leyes generales sobre indemnización de daños y perjuicios, tales como la 2.^a y 3.^a, tít. 15 de la Part. VII.

3.^a En el supuesto de simple retardo ó *mora* en el incumplimiento de la obligación de *hacer*, es regla de Derecho que para que incurra el dador en la nueva responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios debe probar el acreedor los que le ocasionó la tardanza; siendo de advertir lo que ya dijimos, de que en las obligaciones de *no hacer*, no cabe la aplicación de esta doctrina, y además que no obsta al derecho á esta indemnización, por razón de *mora*, el cumplimiento efectivo, aunque con retraso, de la obligación, sino que, por el contrario, son dos cosas compatibles y relacionadas y dos responsabilidades que obedecen á distintos motivos de justicia. Precisamente no se concibe la

mora ó retraso en el cumplimiento de una obligación cuando ésta no llega á cumplirse, siendo entonces la doctrina del incumplimiento la que ha de aplicarse, pero sí cuando se cumplió con retraso.

33. Por último, es de tener en cuenta, lo mismo para el cumplimiento de las obligaciones de *dar* que para el de las obligaciones de *hacer*, llegado el caso de tomar aquél formas judiciales, lo que se resuelva en la sentencia firme, y las reglas de Derecho procesal establecidas para la ejecución de las sentencias, por el tít. 8.^o, lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil.

G. Obligaciones posibles é imposibles.

34. La doctrina de la *posibilidad é imposibilidad* de las obligaciones dice relación á la posibilidad é imposibilidad de la ejecución ó cumplimiento de las prestaciones que constituyen su objeto.

Prometer y estipular sobre un hecho imposible equivale, más que á contraer una obligación imposible, á no contraer obligación alguna; pues no es eficaz en Derecho lo que es imposible.

La imposibilidad es de *hecho* ó de *Derecho*; *natural* ó *jurídica*.

35. Es de la primera clase la que consiste en una prestación imposible de cumplir por Naturaleza. Tratándose de la obligación de *dar*, en el caso en que la cosa no haya existido nunca ó haya dejado de existir, ó no haya podido existir. Si se trata de obligación de *hacer* cuando el hecho sea, *fisicamente*, de imposible realización.

Es de la segunda clase la que consiste en una prestación imposible de cumplir por la ley. En la obligación de *dar*, siempre, por ejemplo, que la cosa no sea susceptible jurídicamente de someterse al dominio particular, ó siéndolo perteneciese, de antemano el nacimiento de la obligación, al patrimonio del acreedor. En la obligación de *hacer*, cuando el hecho en que consiste es contrario á la ley.

Es, en suma, la misma doctrina que en otro lugar consignamos (1), diciendo que las prestaciones en que consistan las obligaciones y los derechos de obligación habían de reunir los caracteres de *externas, propias, posibles y lícitas*.

36. Se califica también la imposibilidad de las obligaciones de *objetiva* ó *absoluta* y *subjetiva* ó *relativa*.

Es *objetiva* y *absoluta* la que procede de la naturaleza del objeto de la obligación; porque en este supuesto resulta, *en sí misma*, absolutamente imposible la obligación, y, por consiguiente, ineficaz totalmente, ó nula. Ejemplo: el caso de obligarse una persona á escribir en el

(1) Núm. 16, Cap. XVIII, Tom. II.

agua ó á tocar con la mano en el cielo; esta clase de imposibilidad hace nula la obligación.

Es *subjetiva ó relativa* la imposibilidad que se refiere á la *facultas dandi*, ó sea que representa una prestación que no es imposible en sí misma, sino en relación al sujeto que debe cumplirla; y no produce el efecto de anular la obligación porque, según notamos (1), la insolvencia en el deudor no es causa jurídica que extinga la relación obligatoria; el vínculo se mantiene firme, siquiera aquella circunstancia estorbe, mientras subsiste, la consumación de sus fines. Entre dos deudores comprometidos por distinta obligación y con diferentes acreedores, al pago de cantidades que el uno tenga y pueda satisfacer y el otro no, no hay diferencia alguna, por razón de posibilidad ó imposibilidad jurídica, ni natural absoluta ú objetiva; pero sí la hay natural subjetiva ó relativa, en cuanto á ese deudor que carece de lo necesario para cumplir su obligación. Ésta subsistirá en Derecho como perfectamente válida, y la imposibilidad será de hecho, pero de carácter relativo personal, y tal vez transitorio, y también susceptible de cambio más favorable de situación.

37. De todo esto se deduce que el punto de vista superior en esta doctrina de las obligaciones posibles ó imposibles consiste en la posibilidad ó imposibilidad de la ejecución de la obligación y, por consiguiente, que estas ideas están en relación directa de las de exigibilidad, con ó sin eficacia, de la prestación contraída; la cual á su vez, como se resuelve en *dar, hacer ó no hacer*, constituye la expresión de prestaciones ó hechos, cuya posibilidad ó imposibilidad será la que convierta en posible ó imposible la obligación ú obligaciones de que aquéllos son objeto.

38. Tal es la evidente solidaridad de todas estas ideas, en cuanto que por el hecho de la obligación se afirma la de la prestación, como un hecho *cierto y necesario*, que no tendría ninguno de estos dos caracteres si no fuera en primer término *posible*. Antes de contraer una obligación, el deudor puede no contraerla, y, por tanto, estaría en perfecta libertad de realizar ó no el hecho constitutivo de aquella obligación; libertad que da al hecho el carácter de *incierto y eventual*. Constituida la relación obligatoria, desde aquel momento lo eventual é incierto se convierte, según hemos dicho, en cierto y necesario para el deudor, que ya no es libre de hacer ó no, de cumplir ó no la prestación, cuyo hecho toma el indicado carácter de cierto y necesario, en cuanto es exigible; y no cabe reconocer en un acreedor el derecho de exigir lo absoluto y perpetuamente imposible, aunque sí cabe mante-

(1) Núm. 5, Cap. VIII, Tom. III.

nerle en el derecho de reclamar lo relativamente imposible, que fué posible siempre racionalmente, y es capaz de transformarse en posible *efectivo* bajo el influjo de otro tiempo ó circunstancias ulteriores.

H. Obligaciones divisibles é indivisibles.

39. En otro lugar (1) consignamos la distinción general que se refiere á las cosas *divisibles é indivisibles*. Insistiremos aquí sobre esta idea, exponiendo algunas indicaciones más sobre la divisibilidad ó indivisibilidad de las *cosas*, de los *derechos* y de las *obligaciones*, como verdadero preliminar de la clasificación de estas últimas en *divisibles é indivisibles*, á cuyo concepto y reglas de Derecho se contrae este Artículo.

En sentido gramatical, toda cosa puede ser materialmente dividida.

En sentido jurídico, la cosa se considera indivisible cuando reducida á partes resulta alterada en su esencia, ó cuando dividida, pierde desproporcionalmente de valor. Por el contrario, es divisible una cosa cuando cada una de las partes en que se divida forme un objeto homogéneo y análogo, tanto á las otras partes como á la cosa misma; ó en otros términos, es condición esencial de la aptitud de una cosa, para ser dividida, el hecho de que sea posible, reuniendo las diversas porciones de la misma, reconstruirla como existía antes de su división.

40. La división de una cosa es de varias maneras, á saber: por *separación material* por *designación de límites ó intelectualmente*; y puede ser de *cualidad*, de *cantidad* y por *cuota*.

La división *cualitativa* tiene lugar cuando los miembros de ella no son homogéneos al *todo*, y eran, antes de practicarla, partes necesarias para constituir el mismo, como sucede en una cosa universal, por ejemplo, la *herencia*.

41. La división *cuantitativa* es la más sencilla, y se verifica en las cosas muebles cuando las partes ó miembros, resultado de la división, son homogéneos al *todo*, aunque varíen en la cantidad ó en la forma. En las cosas raíces se realiza mediante la fijación de límites. El resultado de esta división *cuantitativa* en las cosas muebles, comparado con el de las inmuebles, es diverso; pues mientras en el primero se produce un cambio corporal de la cohesión existente hasta entonces, que altera la forma visible de la cosa mueble, dividida por separación material, en el segundo, la simple modificación de los límites no tiene efecto alguno en la cohesión de la cosa, pero sí es perceptible en su

(1) Núm. 13, Tom. II.

diferente extensión superficial, desde el momento en que la fijación de límites la fracciona, bajo ese punto de vista, en varias partes.

42. En defecto de la división *cuantitativa*, por no ser oportuna ó practicable, cabe la llamada *intelectual*. Su resultado no es la división física de la cosa, la cual se reparte *mentalmente*, según una proporción aritmética, obteniéndose diversas cuotas ó porciones ideales.

En los casos de división *intelectual*, no se divide, en realidad, ni la cosa ni el derecho ó el contenido del derecho sobre la misma, ni su valor ni la utilidad que puede obtenerse de ella, según su propia naturaleza jurídica.

Admitiendo las cuotas *ideales* de una cosa, no se hace sino declarar que la cosa misma puede ser objeto de relaciones jurídicas en partes proporcionales. Por consiguiente, la división intelectual forma un verdadero objeto jurídico, y el derecho á él referente, un derecho de especial y propia naturaleza (1). La teoría del *condominio* es una demostración de esta doctrina.

43. Por esta idea de la división intelectual, resulta que el derecho de propiedad, lo mismo que otros y cosas incorporales, son susceptibles, por abstracción, de división en cuotas, que no es aplicable á algunos, ofreciéndose bajo este respecto los derechos clasificados también en *divisibles é indivisibles*.

En sentido jurídico, es indiferente que una cosa pueda ser ó no susceptible de división material; lo que importa es que lo pueda ser intelectual ó idealmente.

44. En cuanto á la divisibilidad ó indivisibilidad de los *derechos*, es de advertir, en primer término, que aquéllas nunca pueden referirse á los derechos de la personalidad, ni á los que engendran las relaciones de familia, propiamente tales, como derechos que son, cuyo total contenido se da en el sujeto de los mismos, ocasionando los diversos *estados* jurídicos de las personas, y que excluyen, de hecho, toda idea de la concurrencia de extraños.

En cambio, es de completa aplicación á los llamados derechos *patrimoniales*, ya sobre las cosas ó *reales*, ya de crédito ó *de obligaciones*; á los últimos, que comprende este Tratado, concrétese aquí la doctrina.

45. Ahora bien: lo fundamental, en esta clase de relaciones jurídicas, es la *prestación*. Por esto, cuando puede cumplirse por partes, sin que por eso se altere el contenido esencial de la prestación total, siendo cada una de ellas de igual cualidad que el todo de la misma, la

(1) Leoni. *La teoria dei diritti e degli obblighi divisibili ed indivisibili*, 1887, capítulo I.

obligación que la contiene es de la clase de las *divisibles*; en otro caso pertenece á las *indivisibles*.

46. Es errónea, pues, en nuestra opinión, la idea, bastante generalizada, de que la cualidad de divisible ó indivisible de las obligaciones dependa de la *pluralidad* ó no de sujetos de ellas, como acreedores ó deudores, y, por consiguiente, lo son también (1) la de que tal distinción no tiene términos hábiles cuando se trata de un solo acreedor y un solo deudor recíproco, y la de que, aun siendo por naturaleza divisible el objeto de la obligación, en tal caso de singularidad de personas, la obligación deba *siempre* ser cumplida como si fuera indivisible; llegando al extremo de deducir de todo esto, que la teoría de las obligaciones divisibles ó indivisibles sólo tiene lugar respecto de los herederos de los contratantes—acreedor ó deudor—por la muerte de alguno de los dos, antes del cumplimiento de la obligación, y que se confunden ó identifican, en algún carácter esencial y común, las obligaciones indivisibles con las solidarias. Todo menos que eso: el error procede de una concepción equivocada acerca de la indivisibilidad y de la solidaridad en las obligaciones, é igualmente de no distinguir los términos *divisibilidad ó indivisibilidad*, de los de *división ó indivisión*.

47. La *indivisibilidad* se refiere á la *prestación* misma debida y á su posible ó imposible cumplimiento parcial, dentro de su esencia; la *solidaridad* dice relación al *vínculo* y modo de estar contraído. En la obligación *solidaria*, como observa Dumolin, su cumplimiento, *in solidum*, procede del título que la constituye *ex obligatione*, mientras que en la *indivisible*, resulta, la imposibilidad jurídica ó material de realizar parcialmente dicho cumplimiento, *ex necessitate*. La indivisible mira exclusivamente al tiempo y manera de la consumación; la segunda atiende más á la naturaleza obligatoria del compromiso, al tiempo de contraerlo; aquélla no necesita para nada la pluralidad de personas, como deudores ó acreedores y, en cambio, á ésta la es indispensable el supuesto de *varias* personas que intervengan en la obligación, como acreedores ó deudores, ó en ambos conceptos, según que la solidaridad sea *activa, pasiva ó común*. Si en la obligación indivisible fuera posible el cumplimiento parcial, lo que es por razón del vínculo, cada deudor pagaría y cada acreedor podría reclamar únicamente su parte; y por eso en la obligación indivisible, demandado uno de los varios deudores de la misma, puede pedir que se haga excusión de bie-

(1) Acollas. *Les contrats et les obligations contractuelles*, 1885, pág. 82; Gómez de la Serna y Montalván, Viso y otros.

nes respecto de sus codeudores antes de pagar la deuda, cosa que no puede nunca pretender el codeudor solidario.

Aunque las obligaciones indivisibles se parecen á las solidarias, cuando de su cumplimiento se trata, toda vez que cada acreedor, por obligación indivisible, tiene derecho á exigir la totalidad de la obligación, y cada deudor está obligado á igual ejecución total, además de ser por completo *accidental* la circunstancia de pluralidad de personas en esta clase de obligaciones, y *esencial* en las solidarias, es lo cierto que, cuando por incumplimiento de la obligación indivisible en los términos, ó con relación al objeto en que fué contraída, se transforma en una obligación de indemnizar daños y perjuicios, ó se la agrega, por mora, la responsabilidad de los intereses, entonces estas obligaciones subsidiarias, con las que se sustituye la indivisible, se hacen divisibles y no puede exigirse ni la indemnización, ni los intereses totalmente, por cualesquiera de los acreedores contra cualesquiera de los deudores, no pudiendo reclamarse á cada uno más que la parte que le corresponda. Por el contrario, en las solidarias subsiste *íntegra*, á favor de cada uno de los acreedores y contra cada uno de los deudores, la imputación eficaz del cumplimiento total de la obligación primitiva, como el de la subsidiaria de daños y perjuicios, ó de la accesoria de la responsabilidad de intereses.

En sentido opuesto, se observa que la obligación indivisible subsiste con este carácter respecto de los herederos del deudor, y, por consiguiente, la demanda deducida contra cualquiera de ellos interrumpe la prescripción en cuanto á los demás. Lo contrario sucede tratándose de obligaciones solidarias, que se dividen entre los herederos de cada deudor, y la prescripción no se interrumpe más que respecto del mismo heredero contra quien se dedujo la demanda, pero no en cuanto á sus coherederos.

Asimismo, la pérdida de la cosa debida, por culpa de uno de los deudores, en la obligación indivisible, releva á los demás de responsabilidad, gravitando toda la del valor de la cosa ó indemnización de daños ó intereses sobre el contratante culpable.

En el mismo supuesto de perecer la cosa por culpa de un deudor, por obligación solidaria, continúan responsables los demás deudores de la indemnización de su valor, daños, ó abono de intereses.

48. En cuanto á las obligaciones divisibles que pudieran creerse de pronunciada analogía con las mancomunadas simples ó á *prorrata* puesto que en ambas se divide su cumplimiento entre varias personas, nótese que la naturaleza de *divisible* en una obligación depende tan sólo de que lo sea la *prestación* en que consista; mientras que la cualidad de mancomunada simple ó á *prorrata* se refiere á la índole del

vínculo, nace única é inmediatamente de los términos de la convención, y muestra siempre la existencia de una pluralidad de vínculos ó relaciones obligatorias con diversas personas, ó lo que es lo mismo: en las primeras no es esencial la pluralidad de acreedores ó deudores; en las segundas, sí.

49. Evidente es, también, la diferencia entre los conceptos de *divisibilidad é indivisibilidad*, y los de *división é indivisión*. Lo primero significa, según se ha dicho, aptitud y posibilidad *jurídicas* para que una prestación sea ó no cumplida *parcialmente*, sin perjuicio de su esencia, ó, lo que es lo mismo, la distinción de varias prestaciones parciales homogéneas que, reunidas, constituyan la prestación total contenida en la relación obligatoria. Lo segundo significa el resultado de la divisibilidad ya practicada, ó la imposibilidad — siempre *jurídica*, atendidos los términos de la *prestación*, no la naturaleza del *objeto* — de realizarla, por la indivisibilidad de la obligación.

Discurramos sobre dos ejemplos: 1.º, el caso de una obligación de pagar 10.000 pesetas en cinco plazos de 2.000; y 2.º, el de una obligación de igual cantidad, pero cuyo pago no se ha estipulado se divida en plazos. En el primer caso la obligación es *divisible* y *dividida*; y en el segundo es *indivisible*. Esto se entiende con relación á la prestación, porque atendiendo al objeto, en el primer caso, la obligación sería *divisible* y *dividida*; y en el segundo, *divisible*, pero no *dividida*.

50. Subsiste, pues, como criterio fundamental y definente de la divisibilidad ó indivisibilidad en las obligaciones, la idea de la prestación y su posible ó imposible cumplimiento por partes; porque, en efecto, la prestación es el propio fondo y sustancia de aquéllas — que son las que se califican de divisibles ó indivisibles — y no la cosa ó el hecho objeto de las obligaciones á que, en último término y por el medio jurídico de la prestación, las mismas se refieren. Lo que hay es, que la naturaleza de ese *objeto* — cosa ó hecho — podrá hacer imposible que la prestación y la obligación en que se halla contenida adquieran el carácter de divisibles, pero no bastará nunca por sí á determinarlo. Es decir, que hay prestaciones indivisibles que hacen la obligación de igual clase, aunque la cosa ó el hecho que constituya su objeto sea susceptible de división; así como la condición de indivisibilidad en las cosas ó hechos, objeto de una obligación y prestación, impone á éstas siempre la misma cualidad de indivisibles: de donde se deduce, en conclusión, que la calidad de divisible ó indivisible del *objeto* de una prestación no sirve para atribuirle uno ú otro carácter, mas sí para impedirlo.

51. Las causas que hacen que una prestación, y, por tanto, una obligación sea divisible ó indivisible, son las siguientes: 1.ª, la natu-

raleza de la prestación misma; 2.^a, la disposición de la ley; 3.^a, la voluntad de los contratantes; 4.^a, la voluntad del testador, aunque aplicada esta última fuente en el sentido estricto de la obligación contractual, á cuya clase exclusivamente se consagra este Tomo.

Es la obligación divisible ó indivisible, según la naturaleza misma de la prestación, cuando ésta consiste en la entrega de cosas ó realización de hechos, cuyo cumplimiento parcial es ó posible ó imposible, lo mismo entre los primeros contratantes que respecto de sus herederos. Ejemplo: los casos de instalar una casa comercial en cualquier punto, construir una nave, ó entregar un caballo. Obsérvese que en los dos primeros, aunque sean producto de una serie de hechos variados, ó se quiera suponer que se descomponen en diversas pequeñas prestaciones, ni son éstas *homogéneas*, ni bien y anteriormente determinadas, ya para que se estableciese cumplimiento parcial entre los primeros contratantes, ya también para que se distribuyera entre sus herederos, si alguno de aquéllos no sobrevivía; además de tratarse de hechos que, realizados sin perfecta unidad y cohesión hasta obtener el hecho total é íntegro de la prestación, ni serían cosa igual á ésta, ni dejarían de ser indiferentes é inútiles para el acreedor, pues si se cumplían por el originario deudor, nada había hecho útil para el derecho de aquél, mientras no hubiera cumplido la prestación total de dar instalada y abierta la casa mercantil ó construída la nave, y si se trataban de cumplir por los herederos del deudor en separadas y parciales prestaciones ó en igual forma percibirse por los herederos del acreedor, resultaría imposible conservar la debida y orgánica proporcionalidad respecto de cada uno, en los propios é íntegros términos con que la prestación total se estipulara y debió ser cumplida. En el tercer caso, de consistir la prestación en la entrega de un caballo, la indivisibilidad de la prestación, por la de su objeto, y, por tanto, la de la obligación, son evidentes.

Por el contrario, la prestación es divisible por naturaleza, cuando puede dividirse en tantas prestaciones parciales como sean los deudores ó los acreedores, y constituir cada una un verdadero todo más pequeño, pero de la misma naturaleza de la prestación total, ya se cumpla entre los primitivos contratantes, ya se sustituyan éstos, ó algunos de ellos, con sus herederos. Ejemplo: la obligación de pagar 20.000 pesetas.

Es la obligación indivisible por ministerio de la ley, cuando la misma así lo ha establecido, aunque por la naturaleza de la prestación fuera divisible, pero no lo contrario. Por ejemplo: la deuda alimenticia, ó sea la obligación de dar alimentos; que, si consisten en el pago de una pensión diaria, mensual ó periódica general, ofrece esta unidad

total é indivisibilidad del período en que ha de pagarse, y no consiente prestaciones parciales; lo mismo que si resulta impuesta á varios deudores, por razón de indivisibilidad y no de solidaridad, no se tiene por cumplida respecto de cualesquiera de los obligados, mientras no lo está íntegra y totalmente, por uno, con derecho á reintegrarse de la porción correspondiente á los demás, ó conjuntamente por todos, sin otra limitación que la de la fortuna del que los presta, ó sea «*segunt la riqueza et el poder que ouiere*» (1).

Es, por último, divisible ó indivisible la obligación, según la voluntad de las partes—contratantes ó testador—cuando ellas lo establecen así, con sujeción siempre á lo que la naturaleza de la prestación y la disposición de la ley permitan; y puede tener las formas de *expresa* y *tácita*. Nada hay que anticipar aquí respecto de la primera, pero sí de la segunda, que podrá resultar indivisible, siendo divisible por naturaleza la prestación, á consecuencia del fin de la misma ó propósito con que se ordenó ó contrajo; v. gr., el compromiso de entregar dos hectáreas de terreno, dentro de un término municipal, con aplicación á la construcción de un determinado edificio, que para su base exija todo aquel espacio, en cuyo caso la prestación y la obligación son indivisibles, y no se reputan cumplidas con la entrega de igual extensión de terreno en porciones separadas, aunque radiquen ambas en el mismo término municipal.

52. Contribuye á aclarar el concepto de las obligaciones indivisibles el siguiente sencillo postulado que formula Giorgi (2), á saber: «una obligación es indivisible, cuando tiene por objeto una prestación tal que, supuesto en la obligación un concurso de varios partícipes, no permite á cada acreedor exigir solamente su parte, como un todo por sí, ni á cada deudor prestar únicamente la suya, como un todo separado, y así liberarse de la obligación independientemente de los otros; no permite, en suma, seguir en la percepción y en el pago la regla «*concurso partes fiunt*». La hipótesis contraria representa la idea de la obligación divisible.

53. Pueden, pues, definirse estas dos ideas, diciendo que es obligación *divisible* aquella cuya prestación admite cumplimiento parcial sin perjuicio de su total esencia; y lo contrario, obligación *indivisible*.

I. Obligaciones principales y accesorias.

54. Una cosa es la obligación en sí misma, con naturaleza propia independiente y sustantiva, y el carácter de cualquiera de las estudia-

(1) L. 2.^a, tit. 19, Part. IV.

(2) *Teoria delle obbligazione*, tom. 1, 1884, pág. 236.

das hasta aquí, y otra muy diferente son aquellas obligaciones que nacen agregadas y subordinadas á las anteriores, como una consecuencia y un verdadero complemento de las primeras, hasta el punto que pudiéramos decir pertenecen las unas al Derecho *determinador*, mediante el cual se fijan los términos de la relación obligatoria, ó se establece el derecho preceptivo y regulador de la conducta de acreedor y deudor, por razón de la obligación contraída, y corresponden las otras al Derecho *sancionador*, creado especialmente para las primeras, á virtud del cual, además de las garantías de eficacia que el orden general del Derecho suministra para todo acto jurídico, vienen á arbitrase en cada caso, bien formas concretas para aquél, bien otros medios especiales, estableciéndose, por las mismas partes contratantes, un verdadero Derecho para el Derecho (1).

De este punto de vista resulta la clasificación de las obligaciones en *principales* y *accesorias*; las primeras existen por sí, y pueden producir todos sus efectos, sin otra garantía que la que el Derecho en general les presta; las segundas constituyen un orden jurídico *intermedio* entre la obligación principal concreta, y el Derecho general, bajo cuya última sanción y amparo fué la obligación principal contraída; por ella y para ella existen las accesorias que se la agregan, y sin ella no tienen razón de ser.

55. Conocido el carácter variado que, según los casos, pueden tener las obligaciones *principales* de cualquiera de las clases hasta aquí explicadas, tócanos ahora estudiar cuáles son y en qué consiste cada una de las que denominamos *accesorias*.

Conformes todas en su condición *subsidiaria* y *subordinada* á la obligación principal y en su carácter *sancionador* de la misma, se distinguen en razón de los variados *medios*, por los cuales realizan dicho carácter.

El fondo común de todas ellas es de *garantía* respecto de la obligación principal, realizado, ya por el aumento ó extensión de responsabilidades para la solvencia, ya por el privilegio procesal que su forma les atribuye, ya, finalmente, por la intimación que al cumplimiento de las principales presta la estipulación de otras que hagan más onerosa la condición del obligado ó le dificulten el incumplimiento de las principales, sustituyéndolas para este caso con otras de realización más fácil é ineludible; *punitorias* unas veces y otras *compensatorias*, respecto de la obligación principal.

56. Cumplen la primera condición de aumentar las responsabilida-

(1) Se dan, en efecto, en esta clase de obligaciones, realizados los fines del Derecho sancionador, bajo la mayor parte de aquellas cinco formas ó medios del mismo, que estudiamos en otro lugar. Pág. 71, Tom. I, 2.^a edic.

des para la solvencia, respecto de la obligación principal, aquellas obligaciones accesorias por virtud de las cuales se garantiza, mediante fianza personal ó hipotecaria, el cumplimiento de aquéllas, asegurando su efectividad, además de que con la garantía natural del compromiso de deber en el principal obligado, con la de afectar á la propia responsabilidad, *in subsidium*, la persona y patrimonio del fiador, ó el valor en venta de la finca hipoteca al efecto.

Estas obligaciones accesorias toman los nombres, respectivamente, de *fideyusorias*, *hipotecarias* y *pignoraticias*.

57. Hacen más expedita y fácil la satisfacción de la obligación principal, por razón de privilegio procesal que su forma les atribuye, las obligaciones en las que se agrega la *cláusula ejecutiva*, que significa la posibilidad de demandar su cumplimiento por los medios procesales rápidos que establece el juicio ejecutivo, siempre que consten en título que tenga aparejada ejecución (1) y cumplan, por la cuantía y objeto de la obligación, los demás requisitos de la ley de Enjuiciamiento civil (2).

58. Por último, á la idea de la intimación, que para el cumplimiento de las obligaciones principales prestan otras, estipuladas por vía de pena, para el caso de incumplimiento de aquéllas, corresponden las obligaciones llamadas *con cláusula penal*, que no son sino obligaciones agregadas á la principal, mediante las cuales se consigue mayor seguridad en el cumplimiento de ella, por cualquiera de estos tres medios, que son á la vez fines respectivos que realiza la obligación contenida en la cláusula penal, á saber: 1.^o Colocar al deudor entre la alternativa de una obligación principal menos onerosa, si es cumplida en los términos con que se estipuló, ó una obligación penal subsidiaria, que deba cumplirse juntamente con la primera, si así se pactó. 2.^o Que aun reemplazando la principal y quedando obligado sólo por la subsidiaria penal, una vez incumplida aquélla, represente ésta mayor gravamen para el obligado. 3.^o La estipulación, por vía de pena, de una indemnización pecuniaria más ó menos fuerte, para el caso del incumplimiento de una obligación, cuya eficacia dependiera exclusivamente de la voluntad del deudor; como sucede con las que consisten en hechos ó abstenciones personales del mismo. Ejemplos: Del primer supuesto lo será la obligación contraída por un sastre de confeccionar un traje para día y por precio determinados, con la cláusula penal de no poder cobrar más que la mitad del precio, sin revelarse de confeccionar el traje, en el caso de no entregarle en el día convenido; del se-

(1) Art. 1.429 y sigs. L. de Enj. civ. de 1881.

(2) Arts. 1.435, 1.436, 1.437 y 1.438 ídem id.