

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

62. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.—La ley 24, tit. 11 de la Part. V, que autoriza al que otorga una obligación alternativa para elegir cualesquiera de sus términos, supone la posibilidad de que por ambos pueda ser cumplida; porque si uno de ellos no existe, según la ley antecedente del propio título y Partida, no cabe elección, y debe llevarse á efecto con arreglo al único término realizable de los que fueron pactados (1).

Con arreglo al espíritu de la ley 24, tit. 11, Part. V, las obligaciones disyuntivas se solventan por el obligado, cumpliendo una de ellas, «cual quisiere é non más» (2).

Si en la demanda no se pidió *conjuntamente* el cumplimiento de lo estipulado en un contrato de venta, y el abono de los daños y menoscabos, sino lo primero, ó en *otro caso*, lo segundo alternativamente, lo cual en manera alguna es opuesto á las prescripciones de la ley 5.ª, tit. 6.º, Part. V, al condenar, según lo solicitado en la demanda, no se infringe dicha ley (3).

Cuando en un contrato se designan dos puntos para cumplir en uno de ellos indistintamente la obligación, no se entiende por esto que la elección sea del obligado, á no ser que se determine expresamente (4).

63. OBLIGACIONES DE DAR Y DE HACER.—Para que exista legalmente la obligación de dar ó hacer alguna cosa, no es necesario que el obligado contrate directamente con la persona á quien ha de darse ó á cuyo favor ha de hacerse, si consta por hechos indubitados que el uno quiso obligarse y el otro aceptó la obligación (5).

Si bien es doctrina legal admitida como jurisprudencia de los Tribunales, de acuerdo con lo que dispone la ley 10, tit. 1.º, Part. V, que los intereses se deben únicamente por la convención ó por la mora, lo es igualmente que el deudor se constituye en mora cuando no entrega la cosa en la sazón que debía (6).

Según la ley 5.ª, tit. 6.º, Part. V, para que la obligación de hacer, no cumplida, se convierta en la de abonar los daños y perjuicios, es necesario presuponer engaño (7).

El principio de derecho de que la obligación de hacer alguna cosa por la falta de su cumplimiento se convierte en la de indemnización de daños y perjuicios, tampoco tiene aplicación á las obligaciones que se hacen derivar de contratos que carecen de eficacia y valor con arreglo á las disposiciones legales (8).

(1) Sent. 21 Enero 1868.

(2) Sent. 21 Noviembre 1876.

(3) Sent. 7 Octubre 1879.

(4) Sent. 29 Diciembre 1860.

(5) Sent. 26 Septiembre 1868.

(6) Sent. 7 Abril 1866.

(7) Sent. 30 Junio 1865, que ya tenemos comentada en el texto.

(8) Sent. 28 Mayo 1874.

64. OBLIGACIONES POSIBLES É IMPOSIBLES.—La ley 34, tit. 11 de la Partida V, determina cuándo puede exigirse el cumplimiento de la obligación y la sanción penal establecida para su seguridad, ó sólo una de las dos cosas, y no se refiere al en que no sea exigible la obligación por imposibilidad de ejecutarla; y, por tanto, no se ha infringido, como tampoco la 37 del mismo título y Partida, porque esta ley se refiere, en su segunda parte, al deudor, después que se hubiese constituido en mora, y no puede tener aplicación al pleito en que se trata de una obligación de hacer que no puede cumplirse por imposibilidad material, independiente de la voluntad del obligado, y nacida antes de la terminación del plazo estipulado (1).

En lo imposible no hay más ni menos, ora sea por la naturaleza ó por un hecho; y declarada la imposibilidad de ejercitar las obras en el plazo estipulado, y en virtud de los hechos que la determinan, y cuya existencia ha apreciado la Sala sentenciadora, no infringe las leyes 21, tit. 13, Part. V, y 3.ª del mismo título y Partida, y la 11, tit. 33, Part. VII (2).

65. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACESORIAS.—Las cláusulas penales establecidas en los contratos por voluntad de las partes tienen por objeto el de que las promisiones sean más firmes ó mejor guardadas, como dice la ley 31, tit. 11 de la Part. V, que las autoriza, y por su indole penal no pueden extenderse á casos no pactados expresamente, así como por su objeto no pueden servir de obstáculo á las reclamaciones que una de las parte se ve en la necesidad de entablar contra la otra, ante la autoridad competente, para el cumplimiento de lo estipulado, y mucho menos coartar la acción de la Administración activa para adoptar las medidas que estime conducentes á dicho fin y á la conservación del orden público, dentro del círculo de sus atribuciones (3).

ART. II.

CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º

Texto.**66. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.**

Art. 1.131. El obligado alternativamente á diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas.

El acreedor no puede ser compelido á recibir parte de una y parte de otra.

Art. 1.132. La elección corresponde al deudor, á menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.

(1) Sent. 14 Diciembre 1881.

(2) Sent. 14 Diciembre 1881.

(3) Sent. 26 Junio 1883.

El deudor no tendrá derecho á elegir las prestaciones imposibles, ilícitas ó que no hubieran podido ser objeto de la obligación.

Art. 1.133. La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada.

Art. 1.134. El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones á que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable.

Art. 1.135. El acreedor tendrá derecho á la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, ó se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta.

La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, ó el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible.

Art. 1.136. Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor.

Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas:

1.^a Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, ó la que haya quedado, si una sola subsistiera.

2.^a Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan ó el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido.

3.^a Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio.

67. OBLIGACIONES DE DAR, HACER Y NO HACER.

Art. 1.094. El obligado á dar alguna cosa lo está también á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.

Art. 1.095. El acreedor tiene derecho á los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.

Art. 1.096. Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el art. 1.101 (1), puede compeler al deudor á que realice la entrega.

Si la cosa fuere indeterminada ó genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación á expensas del deudor.

Si el obligado se constituye en mora ó se halla comprometido á entregar una misma cosa á dos ó más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.

Art. 1.097. La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados.

Art. 1.098. Si el obligado á hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar á su costa.

(1) Núm. 20, Art. 5.º, Cap. XVI de este Tom.

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.

Art. 1.099. Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido.

Art. 1.136. Último párrafo. Las mismas reglas (1) se aplicarán á las obligaciones de hacer ó de no hacer, en el caso de que algunas ó todas las particiones resultaren imposibles.

68. OBLIGACIONES DIVISIBLES É INDIVISIBLES.

Art. 1.149. La divisibilidad é indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor no altera ni modifica los preceptos del capítulo 2.º de este título (2).

Art. 1.150. La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta á su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos á cumplir los suyos, no contribuirán á la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa ó del servicio en que consistiere la obligación.

Art. 1.151. Para los efectos de los artículos que preceden, se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

Las obligaciones de hacer serán divisibles (3) cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidad métricas, ú otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.

En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad é indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular.

69. OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.

Art. 1.152. En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá á la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme á las disposiciones del presente Código.

Art. 1.153. El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.

Art. 1.154. El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte ó irregularmente cumplida por el deudor.

(1) Núm. 70 de este Cap., texto del art. 1.136.

(2) Arts. 1.094 á 1.112.

(3) En la edición oficial publicada conforme á lo dispuesto en la ley de 26 de Mayo de 1889, en 4.º mayor, pág. 357, se comete la errata de llamar *indivisibles* á estas obligaciones de hacer, de que habla el segundo párrafo del art. 1.151, cuando son evidentemente divisibles.

Art. 1.155. La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.

La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

§ 2.º

Jurisprudencia según el Código civil.

70. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS.—El Derecho concedido al comprador de hacer el pago en distintos lugares y clases de moneda constituye un pacto lícito, que en nada afecta á la certeza del precio cuando éste se ha fijado, señalando de manera que no deje lugar á duda el número y clase de las especies monetarias, francos ó pesetas, en que debe hacer el pago, así como tampoco puede afectarle el valor mayor ó menor que dichas especies tengan en la época de su entrega, siquiera esto entrañe un riesgo, porque sobre ser conocido de los contratantes, uno y otro lo corren por igual, como derivado de las oscilaciones propias del mercado, en cuyo concepto la sentencia recurrida no infringe los arts. 1.445 y 1.447 en relación con el 1.132, todos del Código civil (1).

71. OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.—Pactándose en un contrato de arrendamiento la obligación de los arrendatarios de comenzar ciertos trabajos dentro de un determinado plazo, y, de no hacerlo, la pérdida del derecho al contrato; llegado este caso y quedando con ello extinguida la obligación de aquéllos, lo estaría también la cláusula penal, consistente en una indemnización que para el supuesto incumplimiento de dicha obligación se hubiese estipulado, pues la aplicación de esta penalidad supone la existencia del contrato, y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe los artículos 1.115, 1.124, 1.255, 1.256, 1.284 y 1.285 del Código civil (2).

§ 3.º

Explicación.

72. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.—El epígrafe de esta Sección tercera, cap. III, tít. 1.º, lib. IV del Código, se refiere sólo á las obligaciones *alternativas*, no figurando en el Código la variedad de éstas que se llaman *facultativas*, ni tampoco en este lugar los otros términos de la clasificación de *específicas* y *genéricas*, á las cuales se consagran los arts. 1.094 á 1.097, comprendidos en las obligaciones de *dar*, *hacer* y *no hacer* (3).

(1) Sent. 29 Octubre 1895.

(2) Sent. 15 Marzo 1895.

(3) Explicados al tratar de estas especies de obligaciones en los núms. 11 á 33 de este Cap.

El Código mantiene la *presunción* de que en las obligaciones *alternativas* la elección corresponde siempre al deudor, á menos que *expresamente* se hubiese concedido al acreedor. Para que este derecho de elección del deudor sea eficaz, se necesita: 1.º, que no recaiga sobre prestación imposible, ilícita ó que no hubiera podido ser objeto de la obligación; 2.º, que de las prestaciones á que alternativamente estuviere obligado el deudor, no quede una sola que fuera realizable; y 3.º, que se notifique al acreedor la elección hecha por el deudor.

La obligación *alternativa* se resuelve en un derecho del acreedor á la indemnización de daños y perjuicios, cuando por culpa del deudor hubiesen desaparecido todas las cosas que sean objetos alternativos de la obligación ó se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta: cuya indemnización se determinará tomando por base el valor de la última cosa que hubiera desaparecido ó del servicio ó prestación que en último término se hubiera hecho imposible. Á diferencia de lo establecido en el Derecho romano y en el de Partida, y sin incurrir, tampoco, en el extremo de más prolijas distinciones (2) usadas en las escuelas, el art. 1.136 declara que en el caso de que la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación dejará

(2) Tales, como las de: 1.ª Haber perecido sólo una de las cosas debidas, con los diferentes supuestos de que pereciera por caso fortuito, por culpa del deudor ó por la del acreedor; siendo la solución respectiva á cada uno de ellos que la obligación se convierta en pura y determinada de la cosa que quedó en el primero; á la misma solución en el segundo, si la elección corresponde al deudor, y si correspondía al acreedor que pueda reclamar la cosa que no pereció de las dos que fueron objeto de la obligación alternativa ó el precio de la que pereció; y en el tercero, si corresponde al acreedor elegir, bastará con entregar la cosa que quedó y aun podrá reputarse libre el deudor, y si la elección corresponde á éste, habiendo perecido una de las dos cosas por culpa del acreedor, podrá reclamar de éste el precio de la que pereció. 2.ª Perecer las dos cosas, objeto de la obligación, distinguiéndose entonces: *a.* Si fué por caso fortuito, y entonces se extingue la obligación. *b.* Si fué por culpa del deudor, y se resuelve en el derecho del acreedor á la indemnización de daños y perjuicios. *c.* Si fué por culpa del acreedor, en cuyo supuesto, si la elección pertenecía al deudor, puede pedir al acreedor el precio de cualquiera de ellas; y, si pertenecía al acreedor, el derecho de éste queda reducido á reclamar del deudor el valor de la última. *d.* Si la primera cosa de las dos debidas pereció por caso fortuito y la segunda por culpa del acreedor, queda extinguida la obligación. *e.* Si la primera cosa debida pereció por culpa del acreedor y la segunda por caso fortuito, y la elección corresponde al deudor, puede reclamar el valor de la primera del acreedor; y si la elección pertenecía al acreedor, queda el deudor relevado del cumplimiento de la obligación. *f.* Si la primera cosa pereció por caso fortuito y la segunda por culpa del deudor, éste tiene que entregar al acreedor el valor de la segunda que pereció por culpa del deudor. *g.* Si la primera cosa de las dos debidas pereció por culpa del deudor y la segunda por caso fortuito y la elección corresponde al deudor, se ofrecen como solución de este supuesto, bien el de considerar extinguida la obligación, bien la más equitativa de quedar obligado el deudor á entregar al acreedor el valor de la cosa perecida por caso fortuito. *h.* Si una de las cosas debidas pereció por culpa del deudor y la otra por culpa del acreedor, cualquiera que fuese de ellos á quienes correspondiese la elección, se reputa extinguida la obligación.

de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor, cuyas responsabilidades se regularán distinguiendo: 1.º Si alguna de las cosas se hubiere perdido por caso fortuito, el deudor quedará obligado á entregar al acreedor la que éste elija entre las restantes, ó la que hubiere quedado, si una sola subsistiera. 2.º Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor y quedaran otras de las comprendidas en el objeto de la obligación alternativa, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan ó el precio de la que pereció por culpa del deudor. 3.º Si todas las cosas, objeto de la obligación alternativa, se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor quedará reducida al precio de cualquiera de ellas.

Como se observa, estas hipótesis se refieren tan sólo al caso en que la obligación alternativa lo sea con expresa facultad de elección otorgada al acreedor, y distinguiendo los supuestos de ser una ó todas las cosas debidas por obligación alternativa las que hubieran perecido, y que esto sea debido á caso fortuito ó á culpa del deudor; pero nada dice el Código de los en que una ó varias de las cosas debidas perezcan por culpa del acreedor, ni tampoco de las hipótesis en que la obligación alternativa lo sea por elección del deudor; debiendo en este punto completarse el Código cuando fuera revisado con aquellas soluciones de equidad que sean procedentes (1).

73. OBLIGACIONES DE DAR, HACER Y NO HACER.—En la explicación de los artículos del Código 1.094 á 1.099, bastará que nos remitamos á la doctrina jurídica ya expuesta con la necesaria extensión (2), puesto que el texto de los mismos no ofrece novedad de fondo, siendo más deficientes sus reglas que aquélla.

Sólo haremos notar que son *concordancias* especiales de estos artículos del Código las siguientes: 1.ª, la del último párrafo del art. 1.136 (3), en cuanto establece que las *mismas reglas*—ó sea las que se refieren á determinar las responsabilidades del deudor en las obligaciones alternativas, para los casos en que las cosas debidas ó alguna de ellas se hubiere perdido por caso fortuito ó por culpa del deudor, siendo la elección del acreedor,—se aplicarán á las obligaciones de *hacer* y de *no hacer*, en el caso de que alguna ó todas las prestaciones resultaran imposibles; y 2.ª, la del 1.166 (4), cuyo primer párrafo se refiere á las

(1) El párrafo final del art. 1.136 es una referencia de aplicación de las mismas reglas á las obligaciones de *hacer* ó de *no hacer*, en el caso de que alguna ó todas las prestaciones resultaran imposibles.

(2) En los núms. 11 á 33 de este Cap.

(3) Explicado en el número anterior.

(4) Explicado en el núm. 39, letra A, Cap. XII de este Tom.

obligaciones de *dar*, estableciendo la doctrina de que el deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuera de igual ó de mayor valor que la debida; y el segundo, que tampoco en las obligaciones de *dar* podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor.

74. OBLIGACIONES DIVISIBLES É INDIVISIBLES.—El Código civil coincide con el fondo de toda la doctrina expuesta (1); así lo comprueba el texto de los arts. 1.349, 1.350 y 1.351, antes transcritos (2), únicos consagrados á esta materia, sin que sobre la misma se registren otras reglas en los Cuerpos legales del Derecho de Castilla, razón por la cual, cuanto se ha dicho (3), y aun mucho de lo que consignaremos, es mero Derecho científico en parte, y en otra importaciones del Derecho romano (4); es decir, simplemente *doctrina jurídica* (5).

(3) En la letra H, § 1.º, Art 1.º, núms. 39 á 53 de este Cap.

(4) Núm. 67 de este Cap.

(5) Núms. 39 á 53 de este Cap.

(6) LL. 2.ª, 3.ª, 4.ª y 85, tit. 1.º, lib. XLV Dig., y algunas otras del mismo Código.

(7) Otro muy distinto era el criterio del Código civil de 1851, que dice es la obligación divisible ó indivisible, según que su *objeto* admite ó no división.

Al desarrollo de este principio consagra los arts. 1.072 al 1.078, ambos inclusive, en los siguientes términos: «La obligación será indivisible, aun cuando la cosa que forme su objeto pueda dividirse, siempre que la naturaleza del contrato y la intención de los contrayentes no permitieren la ejecución parcial.» Este artículo es una completa rectificación del sentido doctrinal del anterior 1.071, que es el definente, el cual, con las frases algo vagas, «*naturaleza del contrato é intención de los contrayentes*», presiente la verdadera idea determinante de que las obligaciones sean divisibles ó indivisibles, la idea de la prestación y de su posible ó imposible cumplimiento parcialmente.

Aun cuando una obligación—prosigue estableciendo efectos de las obligaciones divisibles el Proyecto de 1851 (art. 1.073)—fuese por naturaleza divisible, el deudor deberá cumplirla como indivisible, á no haber pacto en contrario.

Cuando haya dos ó más herederos, las deudas y obligaciones del difunto se pagarán con arreglo á lo dispuesto en el tit. 3.º de este libro (art. 1.074).

El que hubiere contraído juntamente con otro una obligación indivisible, estará obligado por la totalidad, aun cuando no se hubiera pactado la mancomunidad, debiendo tenerse presente que este Proyecto hace sinónimos los conceptos de *solidaridad* y *mancomunidad*. Esta disposición es aplicable á los herederos del que contrajo una obligación indivisible (art. 1.075).

Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el total cumplimiento de la obligación indivisible; pero no puede remitir la obligación, ni recibir el precio en lugar de la cosa, y si lo hiciere, sus coherederos podrán reclamar el cumplimiento de la obligación indivisible, abonando al deudor la parte que correspondía al heredero que hizo la remisión ó recibió el precio (art. 1.076).

El heredero del deudor, á quien se haya reclamado la totalidad de la obligación, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio á sus coherederos, á fin de que éstos puedan ser condenados á su cumplimiento, á no ser que la obligación, por su naturaleza, no pueda cumplirse más que por el heredero demandado, en cuyo caso podrá ser condenado solo, salvo su derecho á repetir contra los demás, por la parte que les corresponda (artículo 1.077).

Cuando por no cumplirse la obligación indivisible se estimare el interés del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente, es decir, *solidariamente*, que es lo que significa *mancomunadamente* en el Proyecto de 1851, de ella todos los deudores

Sentados estos precedentes de ilustración de la doctrina, he aquí ahora, en concreto, las conclusiones de Derecho relativas á esta clase de obligaciones:

Primera. El que la prestación haya de cumplirse parcialmente ó no, es lo que determina la naturaleza *divisible* ó *indivisible* de la obligación; no el que, por razón de su objeto, sea ó no susceptible de que se estipule su cumplimiento parcial. Esta última circunstancia permitirá, en el primer caso, que una obligación sea *divisible*, pero no la impondrá este forzoso carácter, si la forma establecida para prestarla no lo autoriza; así como hará imposible, en el segundo, que la obligación tenga otra cualidad que la de *indivisible*, porque no cabe pactar eficazmente lo que no puede realizarse.

Segunda. En su consecuencia, tampoco depende del número de obligados ó acreedores, el que una obligación sea divisible ó indivisible; porque bien puede ser lo primero entre un solo acreedor y un solo deudor, si estipularon el cumplimiento por partes homogéneas de la prestación total; y de igual suerte, no deja de ser lo segundo, aun en el supuesto de varios acreedores y varios deudores, si se hubiere pactado el cumplimiento íntegro é indiviso de toda la prestación. Esta doctrina se ve confirmada por la de que ningún acreedor puede ser obligado á recibir el pago por partes contra su voluntad.

Tercera. Sin que sea excepción de las precedentes reglas, y, por el contrario, mediante una recta aplicación de la doctrina y del carácter de la sucesión hereditaria, en el caso de una obligación *indivisible*, propiamente hablando, ó sea, según los términos establecidos para el cumplimiento íntegro de la prestación, pero susceptible de división, atendida la naturaleza de su objeto, muerto el acreedor ó el deudor, antes de verificarse aquél, se convierte en *divisible* para los herederos de uno ú otro, que tendrán derecho y responsabilidad, respectivamente, en proporción á la que represente su haber hereditario en toda la sucesión, ó al límite que consienta lo que en realidad percibieron, si aceptaron la herencia bajo la salvaguardia del beneficio de inventario. Adviértase que, aun en este caso, ésta es una *realidad material* y una mera *apariencia jurídica*, porque los herederos del acreedor ó del

principales. La responsabilidad de los herederos del que contrajo la obligación indivisible se regirá por el art. 932, que dice: «Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los coherederos que no hubieren admitido la herencia á beneficio de inventario, y hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con aquel beneficio; pero en uno y en otro caso el demandado tendrá derecho á hacer citar y emplazar á los otros, á no ser que por disposición del testador, ó á consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.» Pero los que no se hayan opuesto al cumplimiento podrán repetir daños y perjuicios de aquel que lo resistió (art. 1.078).

deudor que le sustituyen en su derecho ú obligación, no muestran más que la división de aquéllos entre varias personas *físicas*; pero es porque todas ellas reunidas constituyen el mismo sujeto en Derecho, que era su causante. Esta apariencia y el axioma de que ningún acreedor pueda contra su voluntad ser obligado á recibir el pago por partes, han sido las causas de generalizarse tanto el error de que las obligaciones son siempre indivisibles entre los que las contrajeron, y sólo divisibles con respecto á sus herederos. Por el contrario, hay obligaciones divisibles entre los contratantes, como hay otras que son indivisibles, aun después de derivadas en sus herederos.

Cuarta. Aun transmitido el derecho ó la obligación á los herederos del acreedor ó del deudor, por su fallecimiento, se conserva el rigor de la indivisibilidad, hasta en ese aspecto meramente material á que alude la regla anterior, en los casos siguientes:

1.º Si consistiere en un hecho ó cosa cierta y determinada, que no admite división sin perjuicio de su naturaleza, por ejemplo: un caballo.

2.º Si la obligación tuviese por objeto la prestación de una servidumbre ó la ejecución de alguna obra, ó si consistiere en *no hacer*.

3.º Si la obligación tuviera carácter *hipotecario*, porque el crédito de esta clase no se distribuirá entre las dos ó más partes en que se haya dividido la finca hipotecada, sino cuando voluntariamente lo acordaran el acreedor y el deudor; y, en su consecuencia, el acreedor podrá repetir por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez (1).

4.º Si la deuda fuera *alternativa*, de cosas en que una es indivisible; pero esta indivisibilidad sólo existirá con relación á los herederos del deudor, pudiendo ser divisible respecto de los del acreedor, á menos que se hubiera pactado que la elección fuera de éste. Ejemplo: una obligación de entregar una cosa ó una cantidad, y mucho más, si fuere á elección del acreedor; en este caso, muerto el deudor, dejando dos herederos, no podrán éstos obligar al acreedor ó á sus herederos á que reciban de uno de aquéllos la mitad de la cantidad ó de la cosa, en tanto que el otro heredero no se prestase á pagar y pagase la otra mitad igual, para que no resultara al acreedor ó á sus derecho-habientes, el perjuicio de recibir dos mitades de cosas diversas, y además para evitar que de esta suerte se falseara el verdadero objeto y fin de la obligación, que fueron la cosa *entera* ó la cantidad *total*, pero no *parte* de la cantidad, ni *parte* de la cosa; y claro es, que menos en el su-

(1) Art. 123 L. Hip., núm. 11; Cap. XX, Tom. III.

puesto de ser la elección, entre ambas cosas, estipulada en favor del acreedor, porque con esto se desconocería *además* su derecho de elegir.

5.º Si uno de los herederos fuese el especialmente encargado del cumplimiento de la obligación *divisible*, contraída por el causante.

6.º Si de la naturaleza del contrato, de la que constituya la cosa objeto del mismo, ó del fin con que la convención se realizó, según el manifiesto propósito de los contratantes, resultara evidente que la obligación no podía ni debía ser satisfecha por partes.

Quinta. La obligación de dar ó entregar alguna cantidad de dinero ó de otra cosa de las que se cuentan, pesan ó miden, es *divisible*, por regla general, ya respecto á los herederos del acreedor, ya respecto á los del deudor, á no ser que los términos en que deba cumplirse la prestación, prohiban, según el contrato, su cumplimiento parcial, aun para el supuesto de exigirse ó realizarse por los herederos de los contratantes.

Sexta. Si todas las cosas en que consista la prestación son de una misma especie, la división se realiza sobre la totalidad de las mismas; si fuesen de especies diferentes, la división se verifica en cada una de ellas.

Séptima. Toda obligación *indivisible* se convierte en *divisible* cuando la falta de cumplimiento ú otras causas la transforma en la de indemnizar valores, daños ó perjuicios.

Octava. La obligación de responder de la cosa enajenada en caso de evicción, ó sea el saneamiento, es *divisible*, con respecto á los herederos del deudor.

Novena. El deudor por obligación *indivisible*, lo mismo que sus herederos, estarán obligados por la totalidad, aun cuando entre ellos nada se hubiere pactado.

Décima. El incumplimiento de la obligación *indivisible* hará responsables á todos los deudores ó á sus herederos, en favor de los acreedores ó de los suyos, de los daños y perjuicios, y si la obligación fuese de cantidad determinada, responderán en iguales términos del pago de intereses; pudiendo el acreedor y sus derecho-habientes dirigirse contra el deudor ó cualquiera de sus herederos, no obstante el recurso del que fuere demandado para repetir contra todos los otros.

Undécima. Cualquiera de los herederos del acreedor, por obligación *indivisible*, no podrá remitirla ni exigir el precio, en lugar de la cosa debida, cuando consistiere ésta en un cuerpo cierto y determinado; y si lo hiciere, sus coherederos podrán reclamar el cumplimiento de la obligación *indivisible*, de la manera íntegra y total que se debía, reintegrando al deudor la parte correspondiente al heredero que hizo la re-

misión ó percibió el valor ó precio. Los escritores citan el ejemplo siguiente: Si uno vende un caballo, y antes de entregarle al comprador muriera éste, dejando dos herederos, podrá cada uno pedir el caballo por ser esta deuda *indivisible*, pero no podrá pedir uno por sí solo su valor, aunque sea de la parte que pueda corresponderle en el precio, y si así lo hiciere no impedirá esto que el otro pida el caballo, abonando al vendedor la parte de precio satisfecho al otro heredero.

La razón que para esto se alega (1) es que en la obligación *indivisible* deben la cosa íntegra todos los deudores y sus herederos á los acreedores y los suyos, por efecto de una necesidad, porque la *indivisibilidad* es una calidad *real*, inherente á la obligación de la cosa debida; de donde resulta, que ni se puede remitir la obligación, porque esto sería despojar á cada acreedor de su derecho, ni admitir en su equivalencia el precio, porque ninguno en particular está autorizado para cambiar la obligación, y no puede admitirse una cosa *divisible* en lugar de otra que no lo es.

Para fijar más la doctrina, prosigue ese ilustrado escritor diciendo, según de antemano hemos hecho notar, que sucede lo contrario en las obligaciones solidarias, pero es porque entre la *indivisibilidad* y la *solidaridad* existe esta diferencia: que la primera es una cualidad real de la obligación, que pasa con esta cualidad á los herederos, en cuya virtud cada uno de los del deudor es deudor del total, al paso que la segunda, como nacida de la voluntad de los contrayentes, es una cualidad de la persona, lo que no impide que esta obligación solidaria se divida entre los herederos de cada uno de los deudores ó acreedores solidarios. Ejemplo: Dos empresarios se obligaron simplemente á construirme una casa; su obligación es *indivisible*, los dos y cada uno de ellos quedan obligados al todo, es decir, á darme la casa terminada, que es el efecto necesario de la *indivisibilidad*. Pero si por la inexecución de la obligación primitiva se convierte ésta en la secundaria de resarcir daños é intereses, no podré pedirlos sino por mitad á cada uno de los empresarios, porque cesó la *indivisibilidad* ó calidad real, y la obligación fué *simple* y no *solidaria*. En el caso propuesto, si los empresarios se hubieran obligado solidariamente, podía reclamar de cada uno por entero los daños é intereses, porque la *solidaridad* es obra exclusiva del hecho personal de los contrayentes, que quisieron quedar obligados siempre al todo y *totaliter*.

Duodécima. En las obligaciones de no hacer, la contravención de

(1) Así se expresa el sabio profesor que fué de la Universidad Central, D. Benito Gutiérrez, en sus *Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tom. VI, página 110.

alguno de los herederos del deudor hace responsable á los demás de sus consecuencias.

En las de hacer ó entregar, el cumplimiento por parte de uno de los herederos del deudor extingue el derecho del acreedor.

75. OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.—Teniendo aquí presente cuanto queda dicho (1) de carácter doctrinal acerca de las obligaciones *principales* y *accesorias*, utilísimo para la misma explicación del Código civil, por lo que se refiere á las obligaciones con *cláusula penal*, única especie de aquellas de que hace mención expresa dicho cuerpo legal, dedicando los arts. 1.152 á 1.155 antes transcritos (2), procede observar sólo con este motivo:

1.º Que el Código no reproduce ni sustituye con otra la definición que de las obligaciones con cláusula penal formula el Proyecto de 1851 (3).

2.º Que también se aparta de dicho Proyecto (4) en cuanto que, facultado el acreedor para exigir *conjuntamente* el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena cuando así lo hubiera pactado, no reconoce en los Tribunales la atribución de *moderar* la pena, si fuera excesiva, consagrando con esto el imperio absoluto de la estipulación, cualesquiera que sean las condiciones de excepción y hasta de verdadera falta de equidad á que pudiera llevar el estricto cumplimiento de lo convenido en tal supuesto. Tampoco el deudor puede eximirse del cumplimiento de la obligación pagando la pena, sino en el caso de haberse expresamente reservado este derecho. En el caso de *mancomunidad* entre acreedores y deudores, ya á *prorrata*, ya *solidaria*, habrá que estar á la combinación de las doctrinas de las obligaciones de estas clases con las de aquella especie, teniéndose por reproducido aquí, respecto de cada uno de los deudores ó de los acreedores, lo que dejamos consignadas en otro lugar (5).

3.º Que establecido por el art. 1.152 el principio de que en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá á la indemnización de daños y al abono de intereses, en el caso de incumplimiento de aquellas, si otra cosa no se hubiera pactado, parece deducirse que sólo había derecho á exigir *conjuntamente* pena y abono de daños ó intereses por virtud del pacto expreso que lo autorice; pero es de evidente justicia que si el deudor no cumpliera ni la obligación principal ni la pena que se le agregó y el acreedor se viese obligado á formular recla-

(1) Núms. 54 á 61 de este Cap.

(2) En los núms. 66 á 69 de este Cap.

(3) Art. 1.079 transcrito en el núm. 61 de este Cap., nota 1.ª

(4) Art. 1.081 ídem íd.

(5) Núms. 22 y 23, Cap. IV de este Tom

mación judicial para hacer efectivo su derecho, lo tendrá á exigir, también *conjuntamente* con la pena, la indemnización de daños ó perjuicios; que es un supuesto distinto de aquel que regula el art. 1.152, puesto que se refiere no al incumplimiento de la obligación principal, sustituida por la pena agregada que él mismo declara que equivale á la indemnización de daño y al abono de intereses, sino al de la obligación por vía de pena y á la necesidad de acudir á los Tribunales para obtener la prestación de la pena de que se hace responsable el deudor por la falta de cumplimiento, lo mismo de la obligación principal que de la agregada como pena.

4.º Que el art. 1.154 atribuye al Juez la facultad de modificar equitativamente la pena, cuando la obligación principal hubiera sido, en parte ó irregularmente, cumplida por el deudor; regla que á primera vista parece referirse á las obligaciones *divisibles* y que, sin embargo, no se hace en el concepto propio de esta clase de obligaciones que son *divisibles* ó *indivisibles*, según se ha dicho, cuando el cumplimiento de la prestación ha de ser *total* y no por partes, aunque recaiga sobre un objeto *divisible*, refiriéndose sólo á este supuesto dicho precepto del Código, como único en el que es posible que se realice la hipótesis en que se funda.

5.º Que declarado en el segundo párrafo del art. 1.155 que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal, y siendo, al fin, esta clase de obligaciones de las especies de las que se llaman *principales* y *accesorias*, parece que pugna lo absoluto de aquel precepto con el criterio establecido por el mismo Código para otra variedad de las obligaciones de esta naturaleza, cual es la fianza, respecto de la cual el art. 1.824, al declarar que la fianza, como obligación *accesoria*, no puede existir sin una obligación válida, que será respecto de ella la *principal*, añade que pueda, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada á virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad.