La obligación negativa

María Candelaria Domínguez Guillén*

Sumario

Introducción

1. La obligación positiva. *1.1. Obligaciones de dar. 1.2. Obligaciones de hacer*

2. La obligación negativa. *2.1. Noción y límites. 2.2. Modalidades. 2.3. Ejemplos. 2.4. Cumplimiento.* 2.4.1. Cumplimiento anticipado. 2.4.2. Cumplimiento inexacto. 2.4.3. Cumplimiento *in natura* y en su defecto por equivalente. 2.4.4. Posibilidad de mora *2.5 Imposibilidad de cumplimiento. 2.6. Incumplimiento por alteración de las circunstancias u onerosidad excesiva. 2.7. Procedencia de otras figuras en materia de obligaciones*

Introducción

El amplio y fascinante temario de las obligaciones presenta entre sus temas iniciales el relativo a la clasificación de las mismas, entre las cuales se ubica en atención a las particularidades del objeto o prestación, las "obligaciones

* **Universidad Central de Venezuela**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctora en Ciencias, Mención "Derecho". Profesora Titular. Jefe del Departamento de Derecho Privado. Jefe de la Cátedra de Derecho Civil I Personas. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado. Ha sido profesora de Derecho Civil I Personas, Derecho Civil III Obligaciones y Derecho Civil IV Familia y Sucesiones, así como en la Especialización de Derecho Procesal. Correo: mariacandela1970@gmail.com.

positivas" y las "obligaciones negativas", según respondan a una actividad o a una omisión, respectivamente. Precisamente, deseamos, una vez referida *grosso modo* la distinción, centrarnos en estas últimas, a saber, la obligación negativa, también denominada comúnmente de "no hacer", aunque veremos que puede consistir también en un "tolerar" o en un "no dar". La obligación negativa supone que la prestación del deudor se traduce en una omisión o abstención de su parte.

De manera que, para ello, dividiremos las siguientes líneas en dos partes; una primera relativa a la referencia general de las obligaciones positivas por oposición a las negativas. La segunda parte pretende pasearse exclusivamente por estas últimas, en cuanto a su noción, modalidades, ejemplos y ejecución, entre otros aspectos.

1. La obligación positiva[1]

La obligación constituye un vínculo[2] o relación jurídica entre acreedor y deudor, en virtud del cual el primero puede exigir del último una determinada

---

[1] Véase: Zambrano Velasco, José Alberto: **Teoría General de la Obligación (Parte General de las Obligaciones) La estructura**. Edit. Arte. Caracas, 1985, pp. 259-262; Maduro Luyando, Eloy: **Curso de Obligaciones Derecho Civil III**. 7ª, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1989, pp. 80-86; Rodríguez Ferrara, Mauricio: **Obligaciones**. 3ª, Librosca. Caracas, 2007, pp. 45-47; Ochoa Gómez, Oscar E.: **Teoría General de las Obligaciones. Derecho Civil III**. T. I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009, pp. 71-79; Bernad Mainar, Rafael: **Derecho Civil Patrimonial Obligaciones**. T. I, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2012, p. 121; Palacios Herrera, Oscar: **Apuntes de Obligaciones**. Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela. Ediciones Nuevo Mundo, (Taquígrafo Rafael Maldonado G.). Caracas, 2000, pp. 15-17; Zambrano, Freddy: **Obligaciones**. 3ª, Edit. Atenea. Caracas, 2008, pp. 32 y 33; Harting R., Hermes D.: **La Didáctica de las Obligaciones (casos prácticos)**. Ediciones Liber. Caracas, 2009, pp. 31-36; Sue Espinoza, Carmen: **Lecciones de Derecho Civil III**. T. I. Universidad de Carabobo. Valencia, 2011, pp. 85-93. Haremos también referencia a nuestros "**Apuntes**" de clases, tomados a título personal de quien fuera nuestro profesor de la materia de Derecho Civil III en 1991-92 en la Universidad Central de Venezuela, Enrique Lagrange (en lo sucesivo: Lagrange: **Apuntes**…).

prestación. La expresión "obligación" enfoca dicha relación desde la perspectiva del deudor, sujeto pasivo u obligado, pero también se alude a "derecho de crédito", proyectando su enfoque en el acreedor o sujeto activo[3]. Sin embargo, ambos son sujetos protagónicos de la relación obligatoria. Deudor y acreedor están en paridad de importancia porque no existe obligación o derecho de crédito sin deudor pero tampoco sin acreedor[4] por lo que el término "obligación", aunque difundido no es determinante; bien podríamos aludir a "crédito". Sabemos que la relación jurídica es aquella que, dada su importancia, es regulada por el ordenamiento jurídico; se compone, además de los "sujetos", por "objeto" y "vínculo jurídico". La relación obligatoria es, pues, una relación de derecho en que el objeto es la prestación debida por el deudor, la cual a su vez constituye el derecho del acreedor, ya que el objeto es el punto que une o conecta a los sujetos. El vínculo o nexo jurídico permite elevar la relación a la categoría de "jurídica"; puede derivarse en una norma propiamente

---

2 Véase: Giorgianni, Michele: **La Obligación (La parte general de las obligaciones***)*. Bosch (Trad. Evelio Verdera y Tuells). Barcelona, 1958, p. 19, por su derivación etimológica el término obligación da la idea de un vínculo que limita la actividad de la persona y la dirige en un sentido determinado. Véase para una breve noción y referencias bibliográficas de "Obligación": Domínguez Guillén, María Candelaria: **Diccionario de Derecho Civil**. Panapo. Caracas, 2009, pp. 117-119.

3 Véase: Beltrán de Heredia y Onis, Pablo: **La obligación (Concepto, Estructura y Fuentes**). Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1989 p. 29, "Derecho de Obligaciones y Derechos de crédito son equivalentes y entre ambas expresiones no existe una diferencia sustancial, sino, a lo más, de puro matiz objetivo, en cuanto que la expresión Derecho de Obligaciones parece referirse más al aspecto pasivo de la relación jurídica obligacional, mientras que la locución Derecho de Crédito pone de relieve más bien el aspecto activo y, por ende, la facultad jurídica de exigir el cumplimiento de una determinada prestación"; Larroumet, Chistian: **Derecho Civil. Introducción al estudio del Derecho Privado**. Legis. Bogotá, 2008, p. 363, visto desde el lado pasivo el derecho personal de obligación se manifiesta por la deuda u "obligación".

4 Véase: Robles Farías, Diego: **La relación jurídica obligatoria (el actual concepto de obligación jurídica)**, http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/ pr31.pdf, p. 497. La relación obligatoria es una relación jurídica compleja en la que intervienen o se interrelacionan dos partes, acreedor y deudor con derechos y obligaciones recíprocas, que deben ser explicándolos en el marco de la relación y no sólo haciendo alusión que le corresponde al deudor o al acreedor.

dicha o en un acto o negocio jurídico como es por excelencia el contrato[5]. El vínculo que conforma la relación obligatoria está integrado por dos elementos; el "débito" y la "responsabilidad". El débito está referido a la prestación personal que ha de ejecutar el deudor (elemento subjetivo) y la responsabilidad recae sobre el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento (elemento objetivo). Para garantizar el "débito" existe como consecuencia la "responsabilidad"[6]. Aunque se admite que la distinción entre deuda y responsabilidad se considera únicamente por razones didácticas[7].

Entre las múltiples clasificaciones de la obligación[8] en atención a las particulares del "objeto" o "prestación"[9], se ubica en primer término aquellas en que

---

5 Véase sobre la relación jurídica: Domínguez Guillén, María Candelaria: "La persona: ideas sobre su noción jurídica". En: *Revista de Derecho*. N° 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, pp. 320 y ss. (también en: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho Civil I Personas**. Paredes. Caracas, 2011, pp. 42-49); Tosta, María Luisa: **Guía de Introducción al Derecho**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2012, pp. 103 y ss.; Robles Farías: ob. cit., pp. 505 y ss.

6 Véase adjudicándole el mérito de tal distinción a Brinz en: Palacios Herrera: ob. cit., p. 14; Lete del Río, José M.: **Derecho de Obligaciones. La Relación Obligatoria en general**. 3ª, Tecnos. Madrid, 1995, p. 26. Se discute en doctrina algunos casos "de débito sin responsabilidad" o viceversa ubicándose entre los primeros las obligaciones naturales, pero se acota la artificialidad de tales excepciones pues se indica (Lagrange) que aquellas por ejemplo no constituyen verdaderas obligaciones civiles.

7 Bueres, Alberto J.: **Objeto del negocio jurídico**. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1986, p. 32.

8 Véase: Rodríguez Ferrara: ob. cit., pp. 41-55 y 223-307; Maduro Luyando: ob. cit., pp. 53-61 y 239-277 y 58 y 59; Carnevali de Camacho, Magaly: "Clasificación de las obligaciones". En: *Anuario de Derecho*. N° 20. Universidad de los Andes. 1997-1998, pp. 9-38.

9 Y así por ejemplo, véase entre otras; atendiendo a la individualización del objeto debido, las obligaciones pueden ser "específicas y genéricas"; atendiendo a si se trata de una o más prestaciones, las obligaciones pueden ser "simples y complejas"; según la pluralidad del objeto o prestación, las obligaciones pueden ser "conjuntivas, alternativas o facultativas"; en atención a si el objeto constituye una cantidad nominal de dinero o un valor, se distinguen las "deudas u obligaciones de dinero de las de valor", respectivamente; atendiendo a la determinación de la extensión de la prestación, "líquidas o ilíquidas".

el contenido de la prestación de las obligaciones pueden ser "positivas" y "negativas", según denoten una acción o una omisión o abstención, respectivamente[10]. La variedad casi infinita de conductas que pueden presentarse en el tráfico jurídico hace comprensible la multiplicidad de la clasificación de las obligaciones, entre las que cabe distinguir aquellas referidas al contenido del objeto de la prestación[11].

"Por objeto de una obligación debe entenderse la prestación y por ésta, la actividad o conducta que el deudor se compromete a realizar en obsequio o beneficio de su acreedor"[12]. El objeto de la obligación es lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado para reclamar. El deudor lo que debe en realidad es una conducta o un comportamiento al que usualmente se le denomina prestación. Ésta puede consistir en un dar, en un hacer o en un

---

[10] Véase: Planiol, Marcel y Ripert, Georges: **Derecho Civil**. Editorial Pedagógica Iberoamericana (Trad. Leonel Pereznieto Castro). México, 1996, pp. 613 y 614; Pothier, Robert Joseph: **Tratado de las Obligaciones**. Ediasta (Trad. Guillermo Cabanellas de Torres). Argentina, 2007, pp. 79-97 y 103; Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: **Sistema de Derecho Civil**. Vol. II. 9ª, Tecnos. Madrid, 2003, pp. 134 y 135; Lete del Río: ob. cit., pp. 49-52; Lacruz Berdejo, José Luis: **Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho**. 5ª, Dykinson (revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría y María Ángeles Parra Lucán). Madrid, 2006, pp. 208 y 209; Bonet Bonet, Francisco-Vicente: **Compendio de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones**. T. II. Vol. I. Fascículo I. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid, 2005, p. 52; Abeliuk Manasevich, René: **Las Obligaciones**. T. I. Editorial Jurídica de Chile. Colombia, 1993, pp. 282-286; Ospina Fernández, Guillermo: **Régimen legal de las Obligaciones**. 6ª, Temis. Bogotá, 1998, pp. 24 y 25; Wayar, Ernesto C.: **Derecho Civil Obligaciones**. Vol. I. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1990, pp. 121-124; Moisset de Espanés, Luis: **Curso de Obligaciones**. T. I. Zavalia. Buenos Aires, 2004, pp. 315 y ss.; Ghersi, Carlos Alberto: **Obligaciones Civiles y Comerciales**. 2ª, Astrea. Buenos Aires, 2005, pp. 78-80; O Callaghan Muñoz, Xavier y Pedreira Andrade, Antonio: **Introducción al Derecho Civil Patrimonial**. 4ª, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. España, 1996, pp. 425 y 426.

[11] Ghersi: ob. cit., pp. 78 y 79.

[12] TSJ/SCC, Sent. Nº 99312 del 30-3-00, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/300300-RC99312-081.htm (se cita a Maduro Luyando). Véase también: Bueres: ob. cit., p. 41, el objeto de las obligaciones está constituido por las "prestaciones".

no hacer una cosa[13] (a lo que habría que agregar un "no dar" o un "tolerar"). Con base en esto último vale distinguir que el objeto de las obligaciones puede ser un hecho positivo (como la transmisión de la propiedad o una conducta del deudor) o puede ser un hecho negativo, a saber, una abstención[14]. La obligación tiene por objeto un plan de prestación; dicha prestación es la programación ideal de un acontecimiento que aspira sea realidad en un *posterius,* esto es, el plan o proyecto de una conducta futura del deudor con miras a dar satisfacción a un interés del acreedor[15]. Se podría distinguir que dicho plan de prestación puede consistir en una conducta positiva o contrariamente en una conducta omisiva.

Las positivas "son aquellas que consisten en la realización de una determinada actividad"; tiene por objeto un dar o un hacer[16]. En tanto que las negativas consisten en una "omisión" y se traducen en las de "no hacer", "no dar" o "tolerar". La omisión del deudor puede consistir en no realizar determinada actividad o en permitir que el acreedor realice una actividad que en otro caso tendría derecho a impedir[17]; la primera se corresponde propiamente con la obligación de "no hacer", en tanto la segunda se identifica con la de "tolerar";

---

13 Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 134.

14 Planiol y Ripert: ob. cit., p. 613.

15 Bueres: ob. cit., p. 151.

16 Véase: O Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade: ob. cit., p. 425, la prestación positiva es la realización de una determinada actividad; tiene dos variedades: la obligación de dar y la obligación de hacer.

17 Lete del Río: ob. cit., p. 49. Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 24-02-11, Exp. 19.324, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/1240-24-19.324-13.html a tenor de lo dispuesto en el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, se autoriza a la ejecutante […]para que ejecute a costa de los prenombrados ejecutados la indicada obligación de hacer; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 25-08-11, Exp. 12002 http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/agosto/130-25-12002-9681.html: "se observa que las órdenes emanadas de este Órgano Jurisdiccional, producto de la declaratoria CON LUGAR del recurso de amparo constitucional, en los términos de la Teoría General de las Obligaciones, constituyen obligaciones de hacer y no hacer, respectivamente. Sin embargo, dichas obligaciones necesariamente deben ser ejecutadas por el agraviante, no siendo susceptibles de ser autorizado el

a ello debe añadirse la de "no dar". Se afirma que el Código Civil venezolano no define la obligación de dar ni la de hacer, simplemente se limita, en los artículos 1265 y siguientes, a mencionar algunos elementos de su régimen jurídico[18].

Al efecto, indica Palacios Herrera: "los sujetos de derecho pueden obligarse a realizar una infinidad de prestaciones; unos se obligan a fabricar, otros a vender, otros a no hacer, otros a dibujar un cuadro, otros a transportar. Hay una infinidad de formas como puede presentarse la prestación; el contenido de ésta puede variar hasta el infinito. Sin embargo, tal inmensa gama de prestaciones puede clasificarse en tres grandes grupos: en primer lugar, la prestación de dar; en segundo lugar, la prestación de hacer; y en tercer lugar, la prestación de no hacer. Cualquiera que sea la prestación a que pueda obligarse una persona, podrá clasificarse dentro de una de estas tres categorías: el dar, el hacer y el no hacer"[19]. El Código Civil dispone que el objeto de la prestación puede consistir en un dar (artículo 1265), en hacer (artículo 1266 encab.) y en no hacer (artículo 1266, inciso único)[20]. Sin embargo, como se verá *infra* 2, puede adicionarse una cuarta categoría omisiva, a saber, el "no dar", en tanto que algunos deslindan el "tolerar" del no hacer.

1.1. Obligaciones de dar

Las obligaciones de dar consisten en la realización de una actividad material o en una actividad volitiva y declarativa o en ambas si fuera el caso, necesarias

---

quejoso a ejecutar la obligación a costa de aquél, conforme a los términos del artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al procedimiento de amparo constitucional"; http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/ Noviembre/02707-201101-12372.htm: "...dicho órgano judicial consideró cumplida la comisión ante la presunta imposibilidad fáctica de hacer cumplir una obligación de hacer, como es la del reenganche del trabajador y, con relación a dicha supuesta imposibilidad, consideró que sólo las partes podían poner fin al procedimiento, así: el patrono cumpliendo con la orden de reenganche, y en caso contrario, el trabajador acudiendo a la vía ordinaria para obtener, por equivalente, lo estipulado en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo…".

18 Ochoa Gómez: ob. cit., p. 75.

19 Palacios Herrera: ob. cit., p. 15.

20 Ochoa Gómez: ob. cit., p. 71.

para producir la transferencia de la propiedad u otro derecho real[21], "excluyéndose cualquier otra actividad positiva o negativa"[22]. Deriva de la expresión latina "*dare*" que significa transferir la propiedad[23]. En el Derecho argentino señala Ghersi en forma interesante que hay obligaciones que se agotan en conductas ya sean de hacer o de no hacer, mientras que la obligación de dar persigue por medio de la conducta la entrega de un bien[24]. Habría que precisar que se trata de la transmisión de un derecho real en el que ciertamente se incluye la propiedad.

En la práctica –agrega Lagrange–, puede ser necesario presentarse a la celebración de un contrato (actividad volitiva y declarativa)[25] en el caso de la promesa de vender una cosa. Cuando se trata de un objeto cierto y determinado, el artículo 1161[26] del Código Civil consagra el principio del consensualismo, heredado del sistema franco-italiano[27], en virtud del cual la sola voluntad de las partes es suficiente para que opere esa transferencia al margen de la tradición[28] y de la dificultad probatoria[29]. A veces ocurre que la sola actividad

---

21 Maduro Luyando: ob. cit., p. 80; Palacios Herrera: ob. cit., p. 15; Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 45; Zambrano Velasco: ob. cit., pp. 260 y 261; Zambrano: ob. cit., p. 32; Sue Espinoza: ob. cit., p. 85. Véase también: Ochoa Gómez: ob. cit., p. 71-75, el autor alude sencillamente a la que tiene por objeto simplemente la transferencia de la "propiedad".

22 Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 45.

23 Véase: Planiol y Ripert: ob. cit., p. 613, y no hacer una donación lo que se expresaba mediante la palabra "*donare*". Ochoa Gómez: ob. cit., p. 71, poco importa que esa transferencia sea a título gratuito o a título oneroso. El verbo "dar" corresponde aquí al sustantivo dación (tranferir) y no a "donar". La idea de "transferencia" de la titularidad es consustancial a la obligación de dar.

24 Ghersi: ob. cit., p. 79.

25 Véase en el mismo sentido: Zambrano Velasco: ob. cit., pp. 260 y 262, la prestación de dar supone un comportamiento que consiste en la realización de una serie de actos volitivos y declarativos por parte del deudor, tendientes a la transmisión de la propiedad u otro derecho real.

26 Lagrange: **Apuntes**…

27 Véase: Beltrán de Heredia y Onis: ob. cit., p. 22, que, por oposición al sistema alemán, supone que el sistema latino prescinde de la tradición, y que la transferencia de la propiedad tiene lugar por el simple consentimiento.

28 Acota Lagrange que "*tradir*" es entregar. Hacer la "tradición" es poner al adquirente en posesión del objeto al cual se refiere el contrato de transferencia. En nuestro Derecho

volitiva y declarativa no es suficiente para producir esa transferencia, sino que se precisa una cierta actividad de orden jurídico o material, un comportamiento del deudor para que la transferencia efectivamente se produzca, esto es, la necesaria realización de un evento adicional[30]. Entre cuyas hipótesis se

a diferencia del Derecho Romano el contrato es "título y modo", pues en aquel el contrato era título pero no modo. Véase también: Palacios Herrera: ob. cit., pp. 15 y 16, en el Derecho Romano la obligación de dar podía nacer del contrato, es decir, quedar obligado el vendedor a transferir la propiedad, pero para cumplir con esa obligación nacida del contrato había que acudir a un acto distinto. En el Derecho Moderno incluyendo el venezolano, la obligación de dar se cumple "*sólo consensu*", que quiere decir con el sólo consentimiento. En el Derecho Romano el vendedor queda obligado a dar, pero aún el comprador no es propietario de la cosa pues él tiene un derecho de crédito contra el vendedor, un *ius ad rem*, pero no tiene todavía la propiedad sobre la cosa. En otro acto posterior, mediante una forma especial, el vendedor cumple su prestación de dar, transmitiendo la propiedad al comprador. En tanto que en la venta, en el Derecho venezolano, tan pronto como existe el consentimiento nace la obligación de dar. Aunque el vendedor no entregue la cosa ha pasado al comprador porque nuestro Legislador ha condensado las dos etapas en un solo momento; Zambrano Velasco: ob. cit., p. 261, la obligación de dar tan sólo confiere al acreedor un derecho de crédito, diferente del derecho real, que nace para el acreedor como consecuencia de la ejecución de tal obligación, que según el artículo 1161 CC se cumple por el sólo efecto del consentimiento legítimamente manifestado, en un momento abstracto o de razón pura. Zambrano: ob. cit., p. 32.

29 Véase: Sue Espinoza: ob. cit., p. 86, la autora siguiendo a Dominici indica que la manifestación de acuerdo de voluntades no está sometida al cumplimiento de formalidad alguna. Esto es, la escritura no es necesaria para que sea legítimo el consentimiento de las partes. La Ley normalmente reputa la escritura como un medio de prueba que no aumenta ni disminuye el valor intrínseco de la convención celebrada. En algunos casos excepcionales la escritura sí es necesaria como en materia de donación.

30 Lagrange coloca el ejemplo de la cosa futura, el caso de la venta alternativa, la trasferencia de una cosa genérica, el artículo 27 de la Ley de Fideicomiso. Véase: Sue Espinoza: ob. cit., pp. 87 y 88, la autora cita entre los ejemplos: cuando en el contenido de la convención se ha establecido que la transmisión de la propiedad ocurra en un momento posterior al perfeccionamiento de la misma; cuando por disposición legal se adquiere la propiedad al pago de la última cuota, lo cual está previsto en la Ley sobre Venta con Reserva de Dominio (artículo 1); la venta de cosa fungible sometida a peso, cuenta o medida (Código Civil artículo 1475). Aunque esta última hipótesis es criticada a decir de la autora toda vez que todavía no se ha perfeccionado la venta si la cosa fungible no ha sido contada, pesada o medida (ibíd., pp. 88-91).

ubica la venta de la cosa genérica en que no rige por su naturaleza el consensualismo que media en la transferencia de la propiedad de la cosa específica[31], porque por esencia se precisa de la individualización[32]. La distinción también es importante respecto de la "pérdida de la cosa debida" o la imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor, que aplica a las cosas específicas pues el género nunca perece. "El paradigma de la cosa fungible" o genérica es el dinero[33], pues éste nunca perece[34].

Dispone el artículo 1265 del Código Civil que "La obligación de dar lleva consigo la de entregar la cosa y conservarla hasta la entrega. Si el deudor ha incurrido en mora, la cosa queda a su riesgo y peligro, aunque antes de la mora hubiere estado a riesgo y peligro del acreedor". Pero dicha norma distingue entre la obligación de dar y la obligación de hacer, pues para poder entregar la cosa hay que "conservarla" hasta la entrega. Esa obligación de conservar y entregar –acota Lagrange– no es parte de la obligación de dar, sino es una accesoria vinculada a la de dar pero distinta a ella. Pues "no puede afirmarse que el dar consista en entregar; entregar es poner en posesión, dar es otra cosa. Dar es transferir la propiedad u otro derecho"[35]. Efectivamente agrega Palacios Herrera: "lógicamente, toda obligación de dar trae como consecuencia una obligación de hacer; la obligación de dar implica también necesariamente que el deudor esté sujeto también a entregar la cosa al comprador, a hacer la tradición material y poner al comprador en la posesión de la cosa. De

---

31 Véase: Lete del Río: ob. cit., p. 54, la obligación de dar no presenta el mismo interés según se trate de la transferencia de la propiedad de un cuerpo cierto o de una cosa genérica. La obligación específica supone que la cosa está individualmente determinada en tanto que en las obligaciones genéricas las cosas son determinables en el sentido que *a posteriori* se precisa un acto de individualización o especificación dentro del género al cual pertenece. Generalmente la clasificación aplica a las obligaciones de dar pero bien puede extenderse a las de hacer cuando no son personalísimas.

32 Véase: Ochoa Gómez: ob. cit., pp. 72 y 73; Sue Espinoza: ob. cit., pp. 88-91.

33 Álvarez Caperochipi: ob. cit., p. 73.

34 Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 143. Véase indicando que el pago en dinero se encuentra dentro del rubro de las obligaciones genéricas pero haciendo una distinción según se trata de efectivo o cheque: Ochoa Gómez: ob. cit., pp. 73 y 74.

35 Lagrange: **Apuntes**…

modo que la prestación de dar nunca se presenta sola. Pues tan pronto como existe una prestación de dar, inmediatamente surgen las dos prestaciones consecuenciales: prestaciones de hacer, es decir, cuidar la cosa y entregarla al acreedor"[36]. De allí que la doctrina aluda a las "obligaciones consecuenciales a la obligación de dar", las cuales son de hacer y no de dar, a saber, entregar la cosa y conservarla hasta la entrega de conformidad con el artículo 1265 del Código Civil[37].

Indica Palacios Herrera como ejemplo de prestación de dar la celebración de un contrato de compraventa, en el que el vendedor está obligado a una prestación consistente en un dar, es decir, en transferir la propiedad de la cosa vendida al comprador. Pero no se debe confundir la tradición de la cosa con la transferencia del derecho, pues son dos operaciones distintas. La transferencia del derecho de propiedad como derecho real es una prestación de dar. En tanto que la transferencia material de la cosa es una prestación de hacer. Pues la prestación de dar consiste exclusivamente en transferir un derecho real al acreedor[38]. Como ejemplo de prestación de dar porque supone la constitución de un derecho real, se ubica el caso del deudor que se compromete a constituir en su finca un derecho de paso a favor del acreedor[39].

De todo lo indicado se concluye que la doctrina es clara en referir que la obligación de dar se refiere únicamente en su aspecto técnico a la transmisión de la propiedad u otro derecho real (distinto a la propiedad, a saber, usufructo[40], uso, habitación o enfiteusis); aquellos actos volitivos o declarativos que permitan tal transferencia y que en el caso de requerirse solemnidades ellas sean

[36] Palacios Herrera: ob. cit., p. 16.

[37] Véase: Maduro Luyando: ob. cit., p. 82; Zambrano Velasco: ob. cit., p. 261; Sue Espinoza: ob. cit., pp. 91-93.

[38] Palacios Herrera: ob. cit., p. 15.

[39] Harting R.: ob. cit., p. 31.

[40] Véase: Sue Espinoza: ob. cit., p. 85, corresponde a la obligación del dar también la obligación del usufructuario que cede su derecho de usufructo (CC, artículo 597), en cuyo caso el derecho de usufructo que se transfiere al cesionario es el mismo derecho que corresponde al cedente quien lo adquiere de éste en las mismas condiciones.

cumplidas. Pero pudiéramos considerar en una forma similar a la referida respecto de la propiedad (no obstante la regla del consensualismo que arropa a ésta) que la obligación de entregar la cosa en los supuestos en que se precise, constituye una obligación correlativa que se configura propiamente como una obligación de hacer.

Maduro Luyando refiere entre las condiciones que debe reunir la obligación de dar que el deudor sea propietario de la cosa o titular del derecho real que transmite y ser capaz de enajenar la cosa o derecho real de que se trate, pues nadie puede ceder un derecho que no tiene (Código Civil artículo 1285); agrega como condición que el deudor otorgue su consentimiento manifestado legítimamente para que se cumpla la obligación de dar[41].

1.2. Obligaciones de hacer[42]

El concepto de las obligaciones de hacer, como bien indica Moisset de Espanés, sólo puede fijarse por exclusión[43], por oposición a las obligaciones de "dar", en el sentido que son aquellas obligaciones positivas diferentes a las de dar. La obligaciones de hacer "tienen por objeto una actividad positiva distinta a la de dar"[44], por lo que constituyen las más difundidas de las obligaciones derivadas de un acto jurídico[45]. Pues a las obligaciones positivas que no son obligaciones

---

41 Maduro Luyando: ob. cit., pp. 80 y 81.

42 Véase: Ledesma Martínez, Ma Julita: **Las obligaciones de hacer**. Comares. Granada, 1999.

43 Moisset de Espanés: ob. cit., p. 315.

44 Véase: TSJ/SCC, Sent. 00096 de 25-02-04, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Febrero/RC-00096-250204-03144.htm "la deuda por concepto de honorarios profesionales que se demanda, dentro de la letra del artículo transcrito, encuentra esta Máxima Jurisdicción que por su naturaleza, ella resulta una obligación de hacer. Al respecto el maestro Eloy Maduro Luyando, en su obra *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, ha expresado que: "...las obligaciones de hacer, aquellas que consisten en la realización por parte del deudor de cualquier actividad o conducta distinta a la transmisión de la propiedad u otro derecho real..."; Ochoa Gómez: ob. cit., p. 75; Sue Espinoza: ob. cit., p. 91.

45 Ochoa Gómez: ob. cit., p. 75.

de dar se les denomina "obligaciones de hacer"[46]. Supone pues la realización de cualquier actividad positiva, menos transmitir la propiedad u otro derecho real[47]. Están encaminadas a la producción de un resultado[48] en el sentido de una actividad. "Consiste en una actividad que agota en sí la prestación"[49]. Se trata de todas las demás actividades positivas distintas a un "*dare*", su número y variedad son infinitos[50]. Impone pues al deudor el desarrollo de una actividad que permite al acreedor la satisfacción de su interés (prestar un trabajo, ejecutar alguna obra, gestionar un asunto)[51].

Implican que la prestación del deudor consiste en una conducta o actividad. Algunos, para diferenciarla no solo de la obligación positiva de dar sino de la negativa, indican que "la obligación de hacer consiste en todas aquellas actividades a que pueda quedar sujeto cualquier deudor, siempre que no se trate de un dar o un no hacer"[52].

El "hacer" consiste, por lo general, en prestar una energía de trabajo o un servicio proporcionado por el deudor a favor del acreedor: trabajo material o intelectual, por ejemplo de artesanos, empleados, profesionales, artistas, contratista, mandatario, depositario etc., que apunta a la obtención de cierto resultado[53]. Pero los ejemplos podrían tornarse numerosos[54]: reparar una

---

46 Planiol y Ripert: ob. cit., p. 613.

47 Maduro Luyando: ob. cit., p. 83; Palacios Herrera: ob. cit., p. 16; Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 46.

48 Wayar: ob. cit., p. 121.

49 Zambrano Velasco: ob. cit., p. 260, agrega: con prescindencia absoluta de las "cosas", cuya presencia no es indispensable para la existencia de la obligación.

50 Palacios Herrera: ob. cit., pp. 16 y 17.

51 Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 135.

52 Zambrano: ob. cit., p. 33.

53 Zambrano Velasco: ob. cit., p. 260; Palacios Herrera: ob. cit., p. 15. También se cita como ejemplos el pintar una casa, hacer una estatua o demoler una pared.

54 Véase: Sue Espinoza: ob. cit., p. 91, a esta categoría pertenecen, por ejemplo, la obligación de construir una carretera, de pintar un automóvil, de instalar un semáforo, de pagar el alquiler de una vivienda, de reparar una maquinaria, de intervenir quirúrgicamente a un paciente, de transportar un pasajero, de pagar el precio de lo comprado, de conservar la cosa vendida…

cosa, pintar un cuadro, hacer un vestido, escribir un libro, limpiar un lugar, etc. Se coloca también el ejemplo de la obligación derivada del contrato de opción de compraventa "que engendra una obligación de hacer, o sea prestarse a un futuro contrato, mientras que la compraventa es un contrato definitivo, que engendra una obligación de dar"[55]. Atendiendo al interés personal del acreedor en el cumplimiento de la obligación, las obligaciones de hacer pueden ser "ordinarias" (podrá ser cumplida por el deudor o por un tercero[56], se transmite a los herederos) o contrariamente "personalísimas o *intuito personae*" (infungibles)[57] (debe ser cumplida por el deudor en atención a sus caracteres personales o profesionales, se extingue con la muerte); las últimas son comunes en el ámbito artístico, literario y algunas profesiones (médico, abogado, etc)[58]. Atendiendo a la finalidad que debe lograr el deudor, las obligaciones de hacer pueden ser "de resultado" (arreglar un objeto) por oposición

---

55 Véase citando al autor Nicolás Vegas Rolando: TSJ/SCC, Sent. Nº 0217 del 30-04-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Abril/RC-0217-300402-00894.htm. Véase también: Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 09-08-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039-.html "La obligación de la empresa […] consistía en la reparación y reconstrucción del Turbo, la cual constituye una obligación de Hacer, la cual a decir de Laurent es la que: '…se resuelve en daños y perjuicios; en caso de falta de cumplimiento del deudor, éste se obliga a hacer una cosa para determinada persona…'. Siendo ello así, en principio, tal obligación debe ser cumplida tal y como fue contraída, en este caso, la empresa[…] debía reparar y reconstruir el Turbo de la unidad de transporte y solo en caso de Incumplimiento de tal obligación de reparar y reconstruir la cosa especifica que le fue dada para ello, una vez ordenada esta por el Tribunal, podrá solicitar el pago por equivalente, es decir, los daños y perjuicios por la no ejecución en especie, la cual será pagada en dinero de curso legal. Así se determina"; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 07-06-11, Exp. 10.855, http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2011/junio/725-7-10855-.html.

56 Lo cual es importante a los efectos del cumplimiento en especie o *in natura*, de conformidad con el artículo 1266 del Código Civil.

57 Véase: Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 135, la prestación de hacer fungible es indiferente la persona del acreedor. Por el contrario, es infungible cuando existe un *intuitu personae*, es decir, la persona del deudor no puede ser sustituida porque al acreedor no le es indiferente quien cumpla la prestación. (En el mismo sentido: Lagrange: **Apuntes**...).

a obligaciones "de medio" (por el fin perseguido, según se obligue a una prestación precisa o no se garantice resultado sino una conducta debidamente diligente); tal es el caso del médico o del abogado que en un tratamiento o un juicio no garantiza la curación o el éxito, sino el colocar la diligencia y pericia necesaria para tratar de obtenerlo[59].

Dentro de la clasificación de las obligaciones de hacer también se distinguen las "genéricas" y las "específicas", según que el objeto de la obligación pertenezca a un género o se refiera a una cosa específica, aunque reconoce la doctrina que dicha distinción tiene mejor encaje respecto de las obligaciones de dar. Sin embargo, en las obligaciones de hacer bien pudieran existir obligaciones genéricas, en las que pudiera tener aplicación el principio *genus nunquam perit*, y la correlativa liberación del deudor en las obligaciones específicas en que la prestación se hace imposible sin mediar culpa[60]. Pero en general, las obligaciones de hacer pudieran estar afectadas por otras clasificaciones, tales como

---

[58] Su incumplimiento, a diferencia de las obligaciones ordinarias, sólo permite al acreedor conformarse con el resarcimiento de daños y perjuicios. Véase: Beltrán de Heredia y Onis: ob. cit., p. 66, es común en el ámbito del arte, artesanía o determinadas profesiones como arquitectura, abogacía, medicina, etc.

[59] La distinción es importante pues la doctrina refiere que en las obligaciones de resultado la culpa se presume, mientras que en las de medio se tendría que probar la culpa. Véase: Lete del Río: ob. cit., p. 51, "el médico no se obliga a sanar al paciente[…], por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable; será el acreedor el que tendrá que demostrar la falta de diligencia en el deudor[…] en cambio, en las obligaciones de resultado o determinadas, el resultado se incorpora al comportamiento y, por tanto, sólo hay cumplimiento si aquél se logra, con independencia del trabajo o tiempo que haya sido necesario para conseguirlo, por ejemplo la obligación de construir una casa. No debe confundirse las obligaciones de resultado con las de dar, en las que la cosa preexiste a la prestación; en las de resultado éste es algo nuevo conseguido mediante la actividad de hacer". Véase también: Moisset de Espanés: ob. cit., pp. 320-322 y 334 y ss; Ochoa Gómez: ob. cit., pp. 79-82; Madrid Martínez, Claudia: "Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el Derecho Venezolano". En: **Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio.** Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23. Caracas, 2007, pp. 513-517.

[60] Ledesma Martínez: ob. cit., p. 193.

"divisibles" e "indivisibles"[61] y por modalidades como "el término"[62] o "la condición" (ya sea suspensiva o resolutoria)[63]. Frecuentemente, el término suele ser esencial en las obligaciones de hacer a diferencia de las de dar, porque el acreedor tiene interés en el cumplimiento de una actividad para cierta ocasión, ejemplo, el cantante que debía cumplir su prestación en una fiesta determinada.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones de hacer, si la misma no es *intuito personae*[64], en las que el acreedor tiene interés en el cumplimiento personal del deudor según la naturaleza de la obligación (Código Civil, artículo 1284), el acreedor pudiera ser autorizado a ejecutar la obligación a costa del deudor, de conformidad con el artículo 1266 del Código Civil[65]. Sabemos que ante el incumplimiento del deudor, o más precisamente a falta de cumplimiento voluntario, puede mediar en orden subsidiario la ejecución forzosa en forma específica o *in natura*, que pretende concederle al acreedor el mismo resultado que habría obtenido si el deudor hubiese cumplido voluntariamente; y de no ser posible ésta, acontece la ejecución forzosa por equivalente, que tiene contenido indemnizatorio[66]. La ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones positivas cuenta con referencias en la ley[67], a fin de per-

---

61 Ibíd., p. 200.

62 Ibíd., p. 202.

63 Ibíd., p. 204.

64 Ídem.

65 Maduro Luyando: ob. cit., p. 84.

66 Véase: Giorgianni: ob. cit., p. 208, la ejecución forzosa en forma específica hace obtener al acreedor verdaderamente el mismo resultado que habría conseguido mediante el cumplimiento del deudor. La ejecución por equivalente, está en relación accidental con la obligación para reintegrar al patrimonio del acreedor el valor pecuniario del daño causado.

67 Véase: Código de Procedimiento Civil artículo 531 (cuando ha mediado incumplimiento de una obligación de contratar) y artículo 528 (cuando la obligación tiene por objeto la entrega o restitución de un cuerpo cierto o determinado, que existe en el patrimonio del deudor); del Código Civil artículo 1266 primer párrafo y Código de Procedimiento Civil artículo 529 primer párrafo (cuando la obligación tiene por objeto un hacer fungible, esto es, una obligación de hacer que puede ser cumplida por alguien distinto al deudor por no tratarse de una obligación *intuito personae*); Código de Comercio artículo 142 cuarto párrafo (cuando la obligación que tiene por objeto la

mitir el mismo resultado práctico sin mediar coacción física alguna sobre el deudor[68]. Vale recordar en materia de obligaciones de dar o hacer el artículo 1269 del Código Civil a los efectos de la constitución de la mora.

A la obligación positiva ciertamente aplican diversas figuras e instituciones que veremos respecto de la obligación negativa pertenecientes a la Teoría

entrega o restitución de cosas o que si bien se encuentran en el patrimonio del deudor pueden hallarse en el mercado a costa del deudor). Véase: Mélich Orsini, José: **El pago**. 2ª edic., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 86. Caracas, 2010, p. 34, indica que el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil condiciona la ejecución en especie a la solicitud del acreedor, el cual considera el mejor árbitro y le atribuye facultad al Juzgador para determinar si la naturaleza de la obligación impone la ejecución por equivalente.

68 Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 18-02-09, Exp. 18.614, http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/1240-18-18.614-15.html: "Ahora bien, de los particulares que preceden se evidencia, sin lugar a dudas, que la empresa ejecutada de autos quedó condenada al cumplimiento de una obligación de hacer –entre otras–, no constando en las actas procesales que ésta haya dado cumplimiento voluntario a la referida condena, lo que motivó que la parte ejecutante solicitara la ejecución forzosa de la sentencia, invocando para ello la regla general de dicha ejecución forzosa prevista en el artículo 526 *ejusdem*; sin embargo, observa quien suscribe, que como ya se indicó, tratándose la citada condena del cumplimiento de una obligación de hacer, en criterio de este Tribunal, necesariamente debe considerarse el modo particular de ejecución forzosa de este tipo de obligaciones que tanto la ley civil sustantiva como la adjetiva contemplan. El artículo 1266 del Código Civil[…] el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil[…]. Así las cosas, como quiera que, cuando del cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer se trata, resulta materialmente imposible que este Juzgado obligue físicamente al ejecutado a cumplir la referida obligación, o a cumplirla bien, para esa circunstancia, el legislador, sabiamente, previó en el ordenamiento jurídico, la posibilidad de que el cumplimiento forzoso de dichas obligaciones de hacer, pudieran ejecutarse sin necesidad de violencia alguna, por el propio acreedor o victorioso en la contienda judicial a costa del deudor o vencido, siempre y cuando esta modalidad de ejecución la solicite expresamente el acreedor, tal como lo estatuye la norma adjetiva transcrita *ut supra*"; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 25-02-09, Exp:15.717, http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/ 2009/febrero/1328-25-15717-.html.

General de las Obligaciones[69]. Por oposición a la obligación positiva que implica una conducta, se ubica la obligación negativa que supone una omisión y que veremos de seguidas.

2. La obligación negativa[70]

2.1. Noción y límites

A veces, se ha considerado que dentro de la tradición romanista de la obligación, estrictamente no podría haber una prestación de no hacer. Y así vale recordar el *facere*, *dare et prestare* de los romanos, del cual pareciera derivarse la idea que siempre la prestación debía ser una actividad y no una abstención[71], aunque otros acotan que el *facere* y el *prestare* en una amplia concepción incluía el "*non facere"* y "*pati*", es decir, la prestación de conducta incluye el no realizarla[72]. Por lo que se admite que si bien en el Derecho Romano la obligación de *non facere* carecía de categoría propia, se reconoce su existencia[73]. Sin embargo, la idea de que Roma no conoció la obligación negativa debe haber influido por ejemplo en el Código Alemán que se preocupó en declarar, luego de que indica que el acreedor puede reclamar al deudor el cumplimiento de una prestación, que puede consistir en una omisión. Pareciera pues que se hubiesen preocupado por establecer expresamente que la prestación pudiera venir dada por una abstención, pero eso no representa

---

69 Véase *infra* 2.5, 2.6 y 2.7.

70 Véase: Ferrer de San-Segundo, María José: **La obligación negativa**. Tirant Lo Blach. Valencia, 2001; Arce Huaco, Claudia: **Obligaciones de no hacer**. En: http://www.monografias.com/trabajos89/obligaciones-no-hacer/obligaciones-no-hacer.shtml; Egusquiza Balmaseda, María Angeles: **La configuración jurídica de las obligaciones negativas**. Bosh, Barcelona, 1990.

71 Moisset de Espanés: ob. cit., p. 342. Véase: Ferrer de San-Segundo: ob. cit., pp. 21 y 22, en el Derecho Romano las obligaciones negativas no tenían un régimen especial, ni siquiera un *nomem* específico, según es de ver en la definición genérica de obligación contenida en las Instituciones de Justiniano, Libro 3, título 13, pr. que no distingue entre los tipos de prestaciones posibles.

72 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., pp. 22 y 23. Véase también: Pothier: ob. cit., p. 103.

73 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 24.

mayor interés práctico, porque en todo el mundo se ha terminado por identificar, sencillamente, prestación con objeto de una obligación, sea ésta de la naturaleza que fuere. Pues efectivamente, puede existir cierta conducta de parte del deudor consistente en una abstención que le reporte alguna ventaja al acreedor[74].

Para algunos, todas las obligaciones negativas reciben indistintamente el nombre de obligaciones de no hacer[75]. Sin embargo, Ferrer de San-Segundo acertadamente critica la utilización indistinta de tales términos porque en rigor pueden considerarse no comprendidos en el "no hacer" ciertos comportamientos negativos como no dar, no contratar y especialmente "tolerar"[76]. Acota la autora que, por el contrario, la obligación negativa, acogida por la doctrina civilista como intento de formulación más actualizada, presenta la ventaja de recoger esa clasificación bipolar con componentes mayormente homogéneos, aun cuando debe reconocerse que el término "negativo" puede no resultar denominación certera para calificar en definitiva una conducta aunque sea por omisión[77]. De allí que otrora Pothier refirió: "Las obligaciones de hacer, comprenden también aquellas por las cuales uno se obliga a no hacer tal cosa"[78]. Pues en efecto, la obligación negativa es una modalidad de conducta pero "omisiva". Porque, como bien indica Lacruz Berdejo, la omisión también constituye un comportamiento, aunque negativo; de allí que se aluda a actuación positiva o negativa[79]. Por ello, Ferrer de San-Segundo refiere que bien pudiera denominarse en forma más descriptiva del comportamiento "obligación omisiva o de inactividad" frente a la obligación activa o de acción[80]. Aunque la autora confiesa utilizar ambos términos para evitar redundancias[81], a lo que cabe agregar la fuerza y difusión que presenta en la doctrina el término "obligación

74 Moisset de Espanés: ob. cit., p. 342.
75 Véase: Planiol y Ripert: ob. cit., p. 613.
76 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 31.
77 Ídem.
78 Pothier: ob. cit., p. 103.
79 Lacruz Berdejo: ob. cit., p. 208.
80 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 31.
81 Ídem.

de no hacer". Pero en rigor debería aludirse a "obligación negativa", o utilizando la denominación propuesta por la autora: "obligación omisiva".

Las obligaciones negativas suponen una omisión[82] o abstención[83], no siendo sinónimo de mera inercia[84]. Se trata de una prestación consistente en la no realización o no ejecución de alguna conducta[85], esto es, el deudor queda sujeto a no realizar un acto que estaba facultado de ejecutar, limitando su voluntad o actividad en beneficio del acreedor[86]. Supone abstenerse de ejecutar algo que de no existir la obligación podría hacerse[87]. Implica un comportamiento negativo[88] y de allí su denominación. Proyecta, a decir de Ferrer de San-Segundo, la "inclinación estática de dicha obligación" lo que luce congruente, a decir de la autora, con el escaso tratamiento legislativo, doctrinal y jurisprudencial de la figura en España[89]. Consideración que es perfectamente válida para el medio venezolano[90].

---

82 Abeliuk Manasevich: ob. cit., p. 286; Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 19.

83 Ospina Fernández: ob. cit., p. 24. Véase: Mélich Orsini: ob. cit. **El pago**…, p. 32, la conducta debida por el deudor es una abstención; Sue Espinoza: ob. cit., p. 94.

84 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 21.

85 Véase: Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 46, "la prestación de no hacer implica que la obligación del deudor consiste en abstenerse de desplegar determinada actividad"; O Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade: ob. cit., p. 425, la prestación negativa supone abstenerse de una actividad.

86 Palacios Herrera: ob. cit., p. 17.

87 Abeliuk Manasevich: ob. cit., p. 286.

88 Véase: O Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade: ob. cit., p. 426.

89 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 19, refiere que la figura recibe un tratamiento residual, impreciso, escueto, embrionario, obsoleto, disperso y equívoco que resulta insuficiente para resolver su aplicación práctica. El desinterés de las normas legales se completa con una correlativa escasez de reflexión científica y jurisprudencial. Véase en el mismo sentido: Egusquiza Balmaseda, María Angeles: **La configuración jurídica de las obligaciones negativas**. Tesis (resumen). Universidad de Navarra-Universidad de la Laguna. 1987, http://www.cibernetia.com/tesis_es/ciencias_juridicas_y_derecho/derecho_y_legislacion_nacionales/derecho_civil/26, "la escasa atención que dentro de nuestro derecho se ha proporcionado a la obligación negativa fue el motivo determinante de la elección del tema".

90 Pues otras legislaciones ofrecen una referencia un poco más específica. Véase: Código Civil del Perú Título III: Obligaciones de no hacer (artículos 1158 al 1160),

Refiere Maduro Luyando que las obligaciones de "no hacer" –valdría más bien referirse a "negativas" como hemos acotado *supra*– son "aquellas que consisten en el desarrollo de una conducta negativa, una abstención por parte del deudor, el cumplimiento de las mismas se efectúa desarrollando el deudor esa conducta negativa" o "absteniéndose el deudor de realizar el acto prohibido"[91]. Se trata de una obligación puramente negativa o pasiva[92]. Por su parte, comenta Zambrano Velasco que son aquellas (*non dare, non fecere*) que procuran sustancialmente, obtener para una persona la ventaja que puede derivarle la abstención de otra. Esta abstención representa un comportamiento útil para el acreedor, ya sea que consista en no desarrollar una actividad, ya sea en soportar un hecho del acreedor que el deudor no estaba dispuesto a permitir[93]. Siendo, a decir del autor, esta última, la variante más usual en la práctica[94]. Para algunos tal utilidad configura propiamente el objeto del crédito aunque técnicamente el objeto es la prestación, pero se utiliza en el sentido de finalidad[95].

Según acota Lagrange, la obligación negativa es aquella conducta que "el deudor podría lícitamente hacer si la obligación no existiera". El deudor se abstiene de hacer algo que "sin la existencia del vínculo le estaría permitido". En consecuencia tal obligación no rige en aquellos supuestos en que existe un no hacer por imperativo legal[96]. De allí que se afirme que "la obligación de

---

http://www.abogadoperu.com/codigo-civil-seccion-primera-las-obligaciones-y-sus-modalidades-titulo-19-abogado-legal.php.

91 Maduro Luyando: ob. cit., pp. 84 y 85.

92 Ochoa Gómez: ob. cit., p. 78.

93 Zambrano Velasco: ob. cit., p. 261, el autor coloca como ejemplos los artículos 1583, 1759 y 1848 del Código Civil; 98, 232 y 233 del Código de Comercio.

94 Ibíd., p. 262.

95 Véase: Wayar: ob. cit., p. 122 y 123. Ahora bien, se afirma que en la obligación negativa el objeto del crédito es el beneficio o la utilidad económica que obtendrá el acreedor, en razón de la abstención del otro comerciante. El objeto no es la conducta en sí, sino lo que se obtiene de esa conducta y que satisface el interés del acreedor. En definitiva el objeto es siempre un bien, material o inmaterial, que se obtiene como resultado o producto de un obrar, positivo o negativo, del deudor. El derecho del acreedor se dirige, en suma, a obtener el resultado de una conducta, no de la conducta misma.

96 Lagrante: **Apuntes**… *Verbigracia*: "el deber de no utilizar la cosa en caso del depositario (Código Civil artículo 1759) o del acreedor prendario. O por ejemplo cualquier

no hacer consiste en el compromiso que asume el deudor de no ejecutar un acto que en otras condiciones podría perfectamente hacer"[97]. Así pues, la obligación negativa "obliga al deudor a no dar o no hacer algo que, de no existir el vínculo, podría entregar o hacer"[98]. "La abstención constituye una consecuencia de la limitación del propio derecho, de la prohibición de un acto en principio lícito, no el reflejo del deber general de respeto al derecho ajeno cuya vulneración supone siempre un acto ilícito"[99].

De no existir la obligación, el deudor podría lícitamente realizar tal actividad o conducta. No aplica entonces a los deberes de abstención derivados de la ley (que se traducen en el respeto de derechos ajenos) o del principio de no dañar a los demás. Por ello, explica irónicamente el profesor Lagrange, que mal podría alguien asumir la obligación de no hacer consistente en no impedir que alguien use su propio vehículo, u obligarse a no molestar al vecino. Porque en tal caso, cabría preguntarse: ¿Es qué acaso usted puede legítimamente impedirme utilizar mi carro o puede molestarme a su voluntad? Y la respuesta ciertamente es negativa, esto es, tales abstenciones o deberes que suponen una omisión existen por imperativo legal y no por efecto de una obligación contractual de no hacer. De allí que indique Ferrer de San-Segundo que debe distinguirse la obligación negativa de otros deberes jurídicos y situaciones de sujeción de carácter negativo, entre los que cita: los deberes jurídicos u obligaciones no patrimoniales, tales como los derivados de relaciones personales y familiares; los deberes derivados del respeto al principio *"neminen laedere*" o "*alterum non laedere"* relativo al principio de no dañar a los demás; y las prohibiciones o límites legales, como por ejemplo la obligación del depositario de no servirse del bien ajeno; y los derechos reales de contenido negativo[100]. Da allí que algunos distingan entre obligación de no

imposibilidad que existe en razón de un deber legal, tales como no entrar a la casa o no usar el vehículo de alguien".

97 Zambrano: ob. cit., p. 33.

98 Bernad Mainar: ob. cit., p. 121.

99 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 52.

100 Véase: ibíd., pp. 62-66. Véase: ibíd., pp. 73-77, la autora agrega los derechos reales de contenido negativo como la servidumbre (que se referirán *infra* 2.3).

hacer de naturaleza convencional (o contractual) y la obligación de no hacer de naturaleza legal[101]. Pero, por nuestra parte, preferimos destinar la palabra "obligación negativa" al vínculo "convencional o contractual" por contraste con los deberes legales de abstención. Porque en este último la conducta omisiva deriva de la ley y no del contrato. Así pues, la obligación negativa implica una omisión del deudor o un tolerar de éste en beneficio del acreedor, que bien podría el deudor realizar o no tendría que soportar si la obligación no existiera.

Constituye una limitación a la libertad de actuar de una persona, que debe privarse de ciertas cosas que de no mediar la obligación podría llevar a cabo[102]. Y se afirma que "se trata de poner un límite a la voluntad del deudor en beneficio del acreedor"[103]. Pues en definitiva, la obligación negativa se traduce en una aplicación de la autonomía de la voluntad[104] en la determinación del objeto o prestación de la obligación, pues supone una restricción a la esfera personal del sujeto pasivo por propia autodeterminación. El deudor autolimita su esfera de actuación por su voluntad y no por efecto de la ley. De tal suerte que la figura constituye una aplicación del principio de la autonomía de la voluntad[105], que representa en feliz expresión de Álvarez Caperochipi "pilar del Derecho moderno de Obligaciones"[106], no obstante las importantes restriccio-

---

101 Véase: Sue Espinoza: ob. cit., pp. 94 y 95, coloca como ejemplo la obligación de no causar daño a otro derivada del artículo 1185 del Código Civil.

102 Abeliuk Manasevich: ob. cit., p. 286.

103 Zambrano: ob. cit., p. 33.

104 Denominada también "libertad de contratación". Véase: Soto Coaguila, Carlos Alberto: "La libertad de contratación: ejercicio y límites". En: **Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23. Caracas, 2007, p. 323; Santos Briz, Jaime: **Los contratos civiles. Nuevas perspectivas**. Comares. Granada, 1992, p. 39.

105 Véase sobre el tema: De Freitas De Gouveia, Edilia: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural". En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 1. Caracas, 2013, pp. 183-227.

106 Álvarez Caperochipi, José Antonio: **Curso de Derecho de Obligaciones. Teoría General de la Obligación**. Vol. I. Civitas. Madrid, 2000, p. 20. Véase también: Santos Briz: ob. cit., p. 39, "El principio de la libertad de contratación es una consecuencia del de autonomía privada, y éste, a su vez, un aspecto del derecho de la persona al libre desarrollo de su personalidad".

nes que ha sufrido la autonomía de la voluntad en nuestro ordenamiento en materia de Derecho Civil patrimonial[107].

Pero como la autonomía de la voluntad tiene por límite el orden público y las buenas costumbres a tenor del artículo 6 del Código Civil[108], debe concluirse que ésta no alcanza a cierta categoría de derechos irrenunciables a pesar de la expresa voluntad de las partes, entre los que se incluyen los derechos personalísimos como la libertad, la cual aplica a la contratación. De allí que la doctrina se manifieste por la invalidez de las cláusulas ofensivas de la libertad por ser contrarias al orden público[109]. Algunas de las cuales bien podrían ser ejemplos de pretendidas obligaciones negativas, como la promesa de no contraer matrimonio. Y así se afirma que "el individuo puede obligarse contractualmente y, en este sentido, empeñar o comprometer su propia actividad, pero no podrá hacerlo si las restricciones que el contrato supone o resultan desproporcionadas"[110]. Sin embargo, se aclaró en su momento, que tales cláusulas ofensivas de la libertad por afectar sustancialmente un derecho personalísimo como la libertad, no deben ser confundidas con una obligación de no hacer, en aquellos casos en que estas últimas sean perfectamente compatibles con la naturaleza del contrato. Se refieren a las cláusulas contractuales ofen-

---

107 Véase: Madrid Martínez, Claudia: **La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo**. pp. 23-25 www.**uma.edu.ve**/**admini**/**ckfinder**/**user-files**/**files**/LA%**20LIBERTAD**%20CONTRACTUAL.pdf; (También en: **Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29. Caracas, 2012, pp. 105-140).

108 Véase: Madrid Martínez, Claudia: "Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días". En: **El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 371-399; Madrid Martínez, Claudia: "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados". En: **Temas de derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. T. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Libros Homenaje N° 14. Caracas, 2004, pp. 757- 814.

109 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: "Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad". En: *Revista de Derecho*. N° 7. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, pp. 189 y 190.

110 Ibíd., p. 190.

sivas de la libertad, tales como la sumisión a servicios perpetuos, prohibición de matrimonio o cualquier otra libertad esencial. No debe confundirse con las obligaciones de no hacer que pueden tener lugar en ciertos contratos según su naturaleza, por ejemplo la prohibición de tomar sol respecto de las modelos o de mantenerse cerca de cierto peso corporal durante la vigencia del contrato. Aun cuando las mismas, como es obvio, no pueden ser objeto de ejecución forzosa puede dar origen a indemnización pecuniaria. El mantener cierta apariencia física puede resultar perfectamente válido con la naturaleza del contrato de modelaje[111].

La relación obligatoria tiene entre sus características la "temporalidad" y ésta, en relación con las obligaciones negativas, tiene una repercusión un tanto mayor. Se agrega que la inactividad impuesta al deudor no es una pura y simple inactividad, sino que trata de obtener un beneficio para el acreedor. No se trata sólo de la exigencia de licitud de la conducta prometida, sino también de la razonabilidad y utilidad que de manera especial deben observarse en las obligaciones negativas. Y al efecto se afirma que no podrá pactarse que el deudor se abstenga de vender, arrendar, hipotecar, constituir una empresa, etc., de manera indefinida o durante un tiempo excesivamente largo, o en función de intereses irrazonables del acreedor[112]. La omisión debe revestir un interés razonable y útil para el acreedor; y no una mera prohibición que en modo alguno afecte la esfera de éste[113]. Por lo que la cláusula de abstención desproporcionada

---

[111] Ídem, nota 575. Véase igualmente: Domínguez Guillén: **Manual de Derecho Civil I Personas**…, p. 298, con inclusión de nota 1514.

[112] Arce Huaco: ob. cit., http://www.monografias.com/trabajos89/obligaciones-no-hacer/obligaciones-no-hacer.shtml.

[113] Y así por ejemplo en los contratos donde medie una cláusula de "exclusividad", ésta no puede pretenderse en términos absolutos para todas las actividades del deudor. Por ejemplo: el contrato de exclusividad de un artista supone el interés para el acreedor que aquel no contrate con otra persona un servicio semejante, pero en modo alguno que su actividad artística quede absolutamente prohibida en esferas irrelevantes para el acreedor, como sería el caso de una presentación privada que aunque represente un beneficio económico para el deudor, en modo alguno constituye un perjuicio para el acreedor. A todo evento, quedaría por analizar la necesaria y corta temporalidad que debería ser implícita a una limitación de ese orden, así como el justo equilibrio de las

con relación a la libertad, la imagen o la voz, etc.,[114] encuentra límites derivados no sólo en el respeto a tales derechos sino en atención a la propia naturaleza y utilidad de la relación obligatoria negativa. La necesaria temporalidad característica de la relación obligatoria adquiere mayor preponderancia en la figura bajo análisis; las omisiones precisan restricciones temporales so pena de exceder el límite de la autonomía de la voluntad contrastado con el interés del acreedor y lindar en el ámbito de lo "indisponible".

De allí pues que en la esfera de las obligaciones negativas encuentren perfectamente aplicación la posibilidad de cláusulas nulas por afectar los derechos personalísimos como la libertad, o que se traduzcan en "cláusulas abusivas"[115], esto es, que exceden el equilibrio y la proporción que impone la buena fe.

---

prestaciones, so pena de encontrarnos ante cláusulas abusivas o leoninas que referiremos inmediatamente *infra*.

114 Véase sobre el carácter indisponible en general de la imagen y la voz: DFMSC8, Sent. 23-11-89, (Víctor Cámara *vs*. Sono International Artis N.V.). En: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*. T. 110, pp. 97-102: se declaró con lugar el amparo a favor del artista a quien se le trató de impedir la reproducción de su voz e imagen en el exterior en virtud de relaciones contractuales. Se indica que tales derechos carecen *per se* de contenido económico y constituyen derechos indisponibles. Véase nuestro trabajo: "Aproximación…", p. 244, "De allí que no sea posible renunciar por vía contractual a la imagen en general, si bien se puede de cierta forma disponer parcialmente de alguna de sus manifestaciones como son las fotografías en concreto", pues se trata de derechos "relativamente" disponibles en feliz expresión de Santos Cifuentes (**Derechos Personalísimos**. 2ª, Edit. Astrea. Buenos Aires, 1995, pp. 186-188).

115 "Pueden considerarse nulas porque rompen el equilibrio de las prestaciones, la buena fe y favorecen sobremanera o excesivamente a un contratante frente al otro" (Domínguez Guillén: **Diccionario**…, p. 32). Véase: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: "Cláusulas abusivas". En: **El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 257-341; Acedo Sucre, Carlos Eduardo: **Cláusulas abusivas**. www.menpa.com/PDF/Clausulas_abusivas_CEAS_2004.pdf; Soto Coaguila, Carlos: "Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos". En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 140, Vol. 69. Caracas, 2002, pp. 179-220; Díaz Bravo, Arturo: "Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado (a la luz del Derecho mexicano)". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica*

También pudieran ser calificadas de "leoninas"[116] en aquellos contratos que la posición de una de las partes desborde sobremanera el equilibrio de las prestaciones. La conducta omisiva, amén de no afectar sustancialmente derechos de la personalidad[117], no pueden contrariar disposiciones legales (como las relativas a la libre competencia) por lo que los límites de las cláusulas de abstención se derivan de la ley, del orden público, las buenas costumbres y del respeto a los derechos de los demás. Pues el propio artículo 20 de la Carta Magna alude a tales limitaciones[118]. La intervención de la voluntad en materia de derechos de la personalidad tiene sentido en la medida que no se traduzca en una violación o renuncia absoluta de tales derechos; la obligación negativa será válida en aquellos supuestos en que la ley le concede participación a la "voluntad" como forma de manifestación de los derechos personalísimos[119]. El límite puede ser

Andrés Bello. Nº 57. Caracas, 2002, pp. 441-452; Polo, Eduardo: **Protección el contratante débil y condiciones generales de los contratos**. Civitas. Madrid, 1990, p. 105, la buena fe como concepto general sirve de pauta para la determinación de las cláusulas abusivas, según el criterio valorativo del Juzgador.

116 Véase: Diez Díaz, Joaquín: **Los Derechos Físicos de la Personalidad. Derecho Somático**. Ediciones Santillanas. Madrid, 1963, p. 118, ciertos contratos que afectan la integridad física pueden ser considerados además leoninos. Véase sobre el contrato leonino: CSJ/SPA, Sent. 07-07-94. En: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*. T. 131, pp. 615-617. Véase referencia aunque se desechó tal argumento (se discutían diversas abstenciones que debía cumplir el artista durante 5 años con base en el contrato): Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 12-08-09, Exp. AH1C-M-2008-000023, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/agosto/2127-12-AH1C-M-2008-000023-.html (véase avocamiento del Máximo Tribunal en: TSJ/SConst., Sent. Nº 1213 del 14-08-12, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1213-14812-2012—.html).

117 Véase en torno a la clasificación de los derechos de la personalidad, nuestro trabajo: "Aproximación…", (*in totum*): Derecho a la identidad. Derechos relativos al cuerpo (vivir, integridad física y disposición del cuerpo). Derechos relativos a la integridad moral (libertad, honor, privacidad, intimidad, autodeterminación informativa, imagen y voz).

118 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: "Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)". En: *Revista de Derecho*. N° 13. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 13-40.

119 Véase: De Freitas De Gouveia: ob. cit., pp. 135-158.

difícil de precisar pero ciertamente existe porque ni siquiera en materia de contratación rige una libertad absoluta respecto del propio alcance de los derechos de la personalidad. Pues, precisamente, por respeto a la tutela concreta de estas formas de libertad, son nulos los negocios en los que se sacrifica de modo absoluto esta libertad[120]. De manera pues que, si bien toda persona es libre de obligarse, no puede llegarse al punto de sostener que el sujeto por propia voluntad pierda su libertad[121].

2.2. Modalidades

La doctrina tradicional ha distinguido que la omisión en la obligación negativa puede tener dos manifestaciones o modalidades, ya sea de pura y simple inactividad o, por otra parte, de tolerancia; distinguiéndose así entre obligaciones *in non faciendo* o de abstención y obligaciones *in patiendo* o de tolerancia[122]. Las obligaciones negativas existen, pues, en su doble versión de "no hacer" y de "tolerar"[123]. De allí la crítica que se le hiciera a la asimilación del término obligación "negativa" con el de obligación de "no hacer", la cual es simplemente una especie o modalidad de aquella[124]. "Se aprecia una cierta diferencia en esta materia entre las obligaciones *in non faciendo*, y las obligaciones *in patiendo*. En aquella hay que determinar lo que el deudor no debe hacer, mientras que en las de tolerar resulta también trascendente delimitar lo que el acreedor está facultado a realizar, teniendo mayor cabida la divergencia, incluso de interpretación, acerca de qué exactamente, hasta cuándo, o cómo, debe soportar el deudor"[125]. Se afirma así que en la prestación negativa el deber consiste en una abstención del deudor en cuanto al hacer (omisión); hacer éste que sin tal obligación sería legítimo. Al lado de este deber hay que

---

120 Trabucchi, Alberto: **Instituciones de Derecho Civil**. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967, p. 111.

121 Domínguez Guillén, María Candelaria: "Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 119. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2000, p. 31.

122 Véase: Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 135.

123 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 30.

124 Véase *supra* 2.1.

125 Ibíd., p. 244.

señalar, como otro contenido posible de la obligación negativa, el deber que consiste en el hecho de "tolerar" que el acreedor haga, caso en el cual el no hacer consiste en un *pati* (tolerar); pero ésta más propiamente es obligación de "dejar hacer". A la obligación de "no hacer" corresponde, por tanto, el derecho de "pretender una abstención" que es uno de los dos modos antes especificados[126]. A las dos modalidades referidas apunta la doctrina generalmente[127].

A su vez, distingue Ferrer de San-Segundo, que pueden presentarse obligaciones negativas que consistan en la no realización de actos jurídicos, así como la no realización de actos materiales. Y que estos últimos pudieran desdoblarse en actos materiales de "no hacer" (por ejemplo, no levantar una pared o una cerca) como de los de "no deshacer" (no eliminar el mismo vallado), aunque ambos se comprenden en el concepto de "no hacer"[128]. Pero habría que acotar que la "no realización de actos jurídicos" si estos estuvieren dirigidos a la no

[126] Zambrano Velasco: ob. cit., p. 262. Véase también: Egusquiza Balmaseda: ob. cit., http://www.cibernetia.com/tesis_es/ciencias_juridicas_y_derecho/derecho_y_legislacion_nacionales/derecho_civil/26, "se observa que la singularidad de este tipo de prestaciones viene determinada por el comportamiento que en las mismas ha de ser desarrollado, esto es, por la omisión debida, tanto en las modalidades de '*non facere*' como de '*pati*', diferenciandose a la obligación negativa de otra serie de figuras afines: prohibiciones legales de disponer, pactos de no disposición, el principio general de '*alterum non laedere*', etc.".

[127] Véase: Moisset de Espanés: ob. cit., p. 342: "la pasividad del deudor puede verse desde dos puntos de vista: 1. Puede consistir en una abstención: el deudor está en condiciones de ejecutar un hecho, pero omite realizarlo 2. En otro caso, la obligación de no hacer implica tan sólo un tolerar. El deudor tiene el deber de tolerar actividades del acreedor, de tal suerte que si no existiera la relación obligatoria creada entre ellos, de ninguna manera podría admitirlas".

[128] Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 48, indica la autora que en tales casos el concepto de resultado obtenido por el cumplimiento de la obligación negativa, no se identificará con la idea de "objeto debido*" (posterius*), sino con su función o fundamento económico (*prius*) y ello tanto si la omisión se refiere a actos jurídicos como materiales. Ciertamente, aunque en este último caso los actos afecten a un bien, no podremos identificar un resultado material tangible operado por la obligación, que presente externamente indicios de su existencia. El resultado no es el vallado que ya estaba, sino lo que el acreedor pretendía con el mantenimiento de ese estado de cosas, en ese supuesto de carácter físico o material.

transmisión de la titularidad de un derecho real, deberían incluirse dentro de un espectro distinto al "no hacer" para ubicarse según la distinción que vimos *supra* 1.1., en el supuesto contrario a las obligaciones de dar, esto es, a una categoría de obligación denominada de "no dar".

De allí que acote la misma autora que no ha faltado quien señale que podría presentarse la obligación de "no dar", constituyendo para algunos una cuarta forma de prestación, toda vez que se presenta distinta a la obligación de no hacer[129]; que consistiría en no trasmitir la propiedad u otro derecho real. Y ello es perfectamente lógico si se admite que la prestación positiva consiste en un dar o en un hacer; pues en efecto, la prestación negativa podrá consistir en un no dar, en un no hacer o en un tolerar. A ello se le podrá objetar que el "no dar" se traduce en una abstención similar o con el mismo efecto práctico que el "no hacer", pero la distinción vendría dada con base en la misma diferencia técnico-jurídica que justifica la subclasificación de la obligación positiva en "dar" y en "hacer" (véase *supra* 1.1.) al menos en el Derecho venezolano. Si ello es así, cabe sostener que las modalidades que puede asumir la obligación o prestación negativa u omisiva, desde una perspectiva más amplia son tres, a saber: el "no hacer", el "tolerar" y el "no dar". Pues aunque este último sea de menor incidencia, se ubica técnicamente en la obligación bajo análisis. Un caso sería la obligación de no vender. De allí que en la doctrina patria algunos acertadamente incluyen como manifestaciones de obligación negativa el "*non dare"*[130] o "no dar"[131]. Y lo mismo cabe decir de autores foráneos[132].

Así pues, la obligación negativa que constituye el género y consiste en una abstención u omisión, puede manifestarse en un "no hacer" propiamente res-

---

[129] Ibíd., p. 29.

[130] Véase: Zambrano Velasco: ob. cit., p. 261.

[131] Véase: Bernad Mainar: ob. cit., p. 121.

[132] Véase: Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 29, con inclusión de nota 22 que refiere que autores como Manresa y Navarro consideran explícitamente el "no dar" como una cuarta forma de prestación. Véase: ibíd., p. 31, vale recordar que la autora acota que no es correcto aludir genéricamente a obligación de no hacer pues la obligación negativa como género también incluye otras conductas como "no dar", no contratar y especialmente "tolerar".

pecto del cual presente interés el acreedor, así como en soportar una actividad de este último; y finalmente de menor incidencia la obligación de "no dar". Se distingue así el soportar o tolerar, denominado también de "dejar hacer" característico de las obligaciones *in patiendo*, de aquellas propiamente que consisten en un "no hacer" típico de las obligaciones "*in non faciendo"* o de abstención; la obligación pudiera consistir en un "no dar", que si menos común y cuestionable por la posible afectación de la libertad de disposición pudiera ser compatible con la naturaleza de la relación en juego.

Pudiéramos decir que las obligaciones propiamente de "no hacer", la omisión o abstención supone una conducta negativa de la esfera propia del deudor, en tanto que las obligaciones de tolerar o soportar alguna conducta al acreedor, si bien obviamente afectan al deudor, el nivel de inactividad es más tenue para éste, pues la abstención que precisa a favor del acreedor únicamente consiste en dejar a éste realizar alguna actividad. La obligación de "no dar" afecta directamente la esfera del deudor, pero pudiera ser cuestionable si logra afectar la libertad de los terceros ajenos a la relación como veremos *infra*. Todas precisan restricciones temporales justificadas dada la limitación de la libertad en juego.

Vale observar que la obligación negativa puede ser principal o accesoria, según se presente como el objeto central del contrato o conforme obligaciones secundarias o consecuenciales de otra. Así la obligación de soportar el paso del vecino se puede presentar como principal según los intereses de las partes, mientras que obligaciones como no tomar sol o no variar sustancialmente el peso corporal o la apariencia se presentan como obligaciones negativas secundarias o accesorias a un contrato de modelaje. Son comunes las obligaciones negativas accesorias como parte necesaria de un contrato de contenido más amplio, esto es, como forma de hacerlo efectivo.

2.3. Ejemplos

Para dar ejemplos de supuestos de obligaciones negativas debemos pensar en todos aquellos casos que en la práctica o en teoría supondrían una "abstención" así como un "tolerar" por parte del deudor. Pero los ejemplos de obligación

negativa son múltiples, tan infinitos como suelen ser las omisiones en general, en forma semejante a los que se afirma respecto de las obligaciones positivas. Pues podrán existir tantas como las circunstancias y la autonomía de la voluntad lo permitan.

Se afirma, con razón, que no todas las omisiones son iguales, como tampoco lo son todas las acciones. Son múltiples las modalidades de prestación de carácter negativo, y las variables derivadas de cada regulación convencional[133]. No puede por tanto decirse que todas las omisiones son iguales, como tampoco lo son todas las acciones. No existe pues una única obligación negativa, sino múltiples prestaciones de contenido negativo u omisivo derivadas de la voluntad de las partes. Porque si las obligaciones negativas son distintas de las positivas también lo son estas últimas entre sí. No tiene el mismo contenido la obligación derivada para el deudor de un pacto de exclusividad que la obligación de no enajenar determinado bien inmueble[134]. Los contenidos de cada obligación negativa son distintos y responden a su particular y respectiva tipicidad, no siendo acertado sostener una suerte de homogeneidad aduciendo que todo queda reducido a una omisión. Porque una categoría plural, en profusión y diversidad, ha de ser también amplia en la admisión de hipótesis y respuestas[135].

Se coloca el ejemplo de contraer con el vecino la obligación de no añadirle un piso a la casa o de no impedirle el paso por nuestro jardín, la cual a su vez debe distinguirse de la servidumbre negativa que como derecho real produce una prohibición para cualquiera que llegue a ser el propietario, a diferencia de la obligación de no hacer que solo constituye un vínculo frente al acreedor[136].

---

133 Véase: ibíd., p. 52.

134 Ibíd., p. 55.

135 Ibíd., p. 56.

136 Véase: Lagrange: **Apuntes**…; Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 135, nota 1, un problema que se suscita en la práctica es la distinción entre una obligación negativa y una servidumbre (derecho real) negativa, que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre. Cita a: R. De Ángel Yáguez: Servidumbre negativa y obligación de no hacer. RCDI 1976, p. 621.

Ello derivado del carácter absoluto o *erga omnes* de los derechos reales por contraste con el carácter *inter partes* de la relación obligatoria. En igual sentido, manifiesta Zambrano Velasco que la situación resultante de las prestaciones negativas es análoga a la que resulta de un fundo gravado con servidumbre negativa, lo cual plantea a veces la necesidad de distinguir entre la figura de la servidumbre negativa y la obligación negativa. La primera afecta al fundo en sí, incumbe al propietario del fundo sirviente en cuanto tal y subsiste a pesar del cambio de propietario porque el deber de abstención se transmite a los sucesivos propietarios (por consiguiente, aunque cambie el propietario del fundo dominante). Cuando se trata de obligación negativa –agrega el autor–, el deudor como persona está obligado a la abstención: el deber se limita a dicha persona; aunque el deudor esté obligado personalmente a la abstención, pero con referencia a un fundo del cual él sea propietario, no estará gravado el fundo sino él, como tal sujeto; esto es, no directamente como propietario sino como objeto de una relación obligatoria; por tanto, transferido el fundo a otro, la obligación se extingue y el fundo pasa libre a terceras manos, puesto que la obligación (negativa) no vincula a sujetos distintos al deudor[137]. La doctrina, pues, considera un tema recurrente de análisis doctrinal el deslinde de las obligaciones negativas de aquellos derechos reales que imponen un deber específico de abstención, particularmente en el ámbito de las servidumbres[138], aclarándose que el poder fundamental que otorga el crédito es exigir pero está desprovisto de las facultades de persecución y exclusión genérica. El deber jurídico real es inseparable de la titularidad del bien vinculado[139]. Toda vez que es bien sabido la diferencia entre el derecho de crédito y el derecho real[140]. Por lo que la obligación negativa será *inter partes*, esto es, su efecto se limita a las

[137] Zambrano Velasco: ob. cit., p. 262. Véase también: Harting R.: ob. cit., p. 36, la servidumbre de paso como derecho real se transmite como carga (obligación *propter rem*) conjuntamente con la transferencia de la propiedad del inmueble.

[138] Véase: Ferrer de San-Segundo: ob. cit., pp. 73-77.

[139] Ibíd., p. 77.

[140] Véase: Parra Pérez, Rafael: "Derecho reales y de crédito. Bases históricas de la dogmática contemporánea". En: ***Studia Iuris Civilis*. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster**. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, 2004, pp. 479-532; Carnevaly de Camacho, Magali: "Derechos de crédito

partes y por tal no se transfiere como el derecho real, mientras que éste es inherente a la cosa y sigue la suerte de ésta. Finalmente, hay quien sostiene que el caso de la servidumbre negativa también se traduce desde una perspectiva práctica en una abstención pero derivada de limitaciones legales[141] y que en todo caso se precisa claridad en el respectivo instrumento a los fines de la distinción[142].

---

y derechos reales". En: *Anuario de Derecho*. N° 19. Universidad de los Andes. Mérida, 1995-96, pp. 13-36; Maduro Luyando: ob. cit., pp. 33-36; Palacios Herrera: ob. cit., pp. 8-17; Ochoa Gómez: ob. cit., pp. 64-67; Bernad Mainar: ob. cit., pp. 12-15; Beltrán de Heredia y Onis: ob. cit., pp. 18-25.

141 Véase opinión: Aguilar C., Ramón Alfredo (Especialista en Derecho Procesal UCV y profesor asistente Derecho Civil I Personas y Derecho Civil II Bienes y Derechos Reales, consulta electrónica de 01-03-13): "En relación a la servidumbre de paso u otras que impliquen tolerancia, me pareciera que igualmente constituyen obligaciones de no hacer, indistintamente que no sean 'personales', y que sean *propter rem*, pues al fin al cabo, la 'fuente de la obligación' (contrato, hecho ilícito o Derecho Real), o que corresponda al propietario del inmueble o a quien no, no cambia la esencia de la prestación que sigue siendo negativa o de tolerancia. La diferencia clásica entre derecho real y personal ha sido el carácter universal o *erga omnes* (indeterminado) del sujeto pasivo; pero si el titular del derecho de propiedad con motivo de ese derecho tiene una obligación frente a un tercero (propietario del fundo dominante), dicha 'obligación' se puede calificar como 'de no hacer'. *Mutatis mutandi,* es el mismo ejemplo de no levantar un muro, o de no modificar la fachada". Véase en sentido semejante en general distinguiendo entre obligación de no hacer convencional y legal: Sue Espinoza: ob. cit., pp. 94 y 95. Véase señalando que más que referirse a "servidumbres legales" (ya sean de utilidad pública o privada) la ley debería referirse a servidumbres "forzadas" pues tales gravámenes no nacen directamente de la ley, ya que su establecimiento no obstante estar previsto en la ley precisa de una actuación ulterior que la haga surgir en concreto (Carrillo Donaire, Juan Antonio: "Servidumbres y limitaciones administrativas sobre la propiedad". En: **Dominio Público Naturaleza y régimen de los bienes públicos**. Heliasta. Argentina, 2009, p. 424).

142 Véase opinión: Carlos Pérez Fernández (Especialista en Derecho Administrativo UCV y en Derecho Procesal UCAB, profesor ordinario de Derecho Civil II Bienes y Derechos Reales de la UCV, consulta electrónica de fecha 16-03-13) señala: "en vista de que en un contrato en el cual se da origen a una 'obligación negativa' puede surgir la duda de si se está constituyendo una servidumbre o una simple obligación, esto debe quedar claramente establecido en el mismo, lo cual puede hacerse por ejemplo excluyendo expresamente el nacimiento de un derecho real de servidumbre, de ser esa la voluntad de las partes. Como advierte Biondi: 'para determinar si un contrato es constitutivo de servidumbre o de obligación, hay que remontarse a la voluntad de los

La doctrina coloca múltiples ejemplos de obligación de no hacer, tales como no introducir animales al inmueble alquilado[143], no tocar el piano o el violín a determinadas horas, no subarrendar el inmueble recibido en arrendamiento (*Cfr*. Código Civil artículo 1583) o la obligación que pueda asumir un artista de no actuar en otro canal televisivo[144], la prohibición de talar un bosque[145], la del vecino de no levantar una pared o de no cambiar la fachada; la obligación que resulta del compromiso de no efectuar ciertos trabajos; la de un socio de una sociedad colectiva que se obliga a no explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opera la sociedad (*Cfr*. artículos 232 y 233 del Código de Comercio); la del vecino de no elevar más de cierta altura un muro[146]; el pacto de exclusividad que se suele incorporar a determinados contratos (suministro, mandato, obra, edición, etc.) que supone la obligación de no realizar a favor de otros una prestación semejante[147]. También cabe citar los pactos de preferencia, que se aprecian en materia de contrato de suministro que obliga a que en condiciones iguales se prefiera al acreedor, lo cual implícitamente supone una obligación de no hacer[148]. Dicho pacto de preferencia se aprecia igualmente en algunos contratos de "edición", en el que el autor en la primera edición concede al Editor preferencia en igualdad de condiciones para las futuras ediciones.

---

contratantes' (Biondi, Biondo: **Las Servidumbres**. Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1978, p. 471). El autor mencionado hace referencia en las páginas 469 a 474 de la obra citada a algunos criterios que pueden resultar orientadores a los fines de la identificación del tipo de relación jurídica que ha surgido".

143 Véase: González, Alfonso: **Manual de Derecho Civil**. http://www.infoderechocivil.es/2012/03/obligaciones-de-no-hacer.html.

144 Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 46.

145 Moisset de Espanés: ob. cit., p. 343.

146 Abeliuk Manasevich: ob. cit., p. 286. Véase también: Ospina Fernández: ob. cit., p. 24, no hacer competencia comercial o no levantar un muro a más de cierta altura.

147 Lete del Río: ob. cit., p. 52, aclara que el pacto ciertamente sólo es eficaz entre las partes y no es oponible respecto de terceros. La obligación puede ser unilateral como sería el caso de no realizar a favor de otros una prestación semejante (lo que se refleja en un mayor valor de prestación para el acreedor, esto es una cualidad de la prestación) o bien se traduce en la obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja a favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento del mercado), o bien pudiera ser bilateral.

148 Moisset de Espanés: ob. cit., p. 343.

La doctrina tradicional coloca como ejemplo la obligación negativa de no competencia contraída por el vendedor de un fondo de comercio a los efectos de no quitar al comprador clientela[149]. Aunque ello es susceptible de afectar la libre competencia[150] como lo refirió a propósito de una obligación negativa

[149] Véase: Ochoa Gómez: ob. cit., p. 78; Zambrano: ob. cit., p. 33, podría existir una cláusula de no concurrencia a que se obliga el vendedor de un fondo de comercio de no establecer en un plazo determinado un negocio similar al vendido, porque de hacerlo podría quitarle clientela al comprador; Abeliuk Manasevich: ob. cit., p. 286, una muy frecuente es la que contrae una persona al enajenar un establecimiento de comercio de no colocar otro de igual giro en la misma plaza; Wayar: ob. cit., p. 121.

[150] Véase: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 34.880 del 13-01-92), artículo 5: "Se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia" (Disponible en: http://www.procompetencia.gob.ve). Véase: opinión de Nayibe Chacón, (Especialista en Derecho Mercantil y Doctora en Derecho. Investigadora-Docente de la Sección de Derecho Mercantil del Instituto de Derecho Privado UCV, consulta electrónica 28-03-13); se habla de competencia comercial como la manifestación o el ejercicio de la libertad de empresa o libertad de comercio, consagrada constitucionalmente (artículo 113 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Las normas contenidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, son normas de orden público, que en esencia buscan la protección de la propia libertad de competencia, estableciendo conductas particulares incluyendo la competencia desleal (artículos 6 al 17 de la *Lex cit*.) y una conducta general que se presenta con carácter residual (artículo 5 *ejusdem*). Lo que persigue el ordenamiento jurídico venezolano, es que los competidores (comerciantes o no) en el ejercicio de su libertad de empresa no realicen conductas que restrinjan, limiten o impidan la libertad de empresa del otro competidor. Por ejemplo, en el ejercicio de la posición de dominio (artículo 13 *ejusdem*). En el año 1999 aparecieron unos Lineamientos para la evaluación de los contratos de franquicias, que imponen deberes en este sentido. Como bien dice la Prof. Tania González Bolívar en su obra sobre el abuso de la posición de dominio, "La propia libertad de competencia es anulada por la libertad misma..." En mi opinión, el ejercicio de la libre competencia por cada persona lleva implícita la obligación de no hacer prácticas o conductas que puedan lesionar el ejercicio de la libre competencia de las otras personas. Yo creo que sí se pueden pactar obligaciones de no hacer, siempre que éstas se mantengan en las previsiones legales, tal es el caso del contrato de franquicia. En este tipo de contrato no se puede realizar ninguna actividad que no sea aprobada o autorizada por el franquiciante, y así se encuentra pactado en el contrato de franquicia, y eso no repercute en el ejercicio de la libre competencia. Sin embargo, esta materia es muy casuística, ya que

de "no dar" una decisión de nuestro Máximo Tribunal en Sala Político Administrativa al indicar que dicha cláusula de no vender a un tercero dedicado a la misma actividad constituye una vulneración a la libre competencia[151].

Otro ejemplo de obligación de "no dar", específicamente de no vender, pudiera acontecer en aquellos casos en que el vendedor tiene especial interés (aunque sea afectivo) en que la cosa no pase "inmediatamente" a manos de otro propietario, en cuyo caso se podría someter a un tiempo razonable a tono con el carácter transitorio de las obligaciones (por ejemplo, un año) y no resultar afectado la libre disposición de los bienes. Consideración que pudiera acontecer respecto de otros derechos reales tales como el usufructo o el uso. Efectivamente, se hace una mención especial a las "obligaciones de no enajenar" negocialmente convenidas que se traducen en obligaciones negativas[152].

---

al revisar las decisiones administrativas de la Superintendencia Procompetencia, se aprecia que para determinar si hay o no limitaciones a la competencia, se revisan factores económicos, como por ejemplo el mercado relevante, geográficamente y de producto.

151 Véase: TSJ/SPA; Sent. 01363 de 24-09-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Septiembre/01363-24909-2009-2000-1160.html "En conclusión, a juicio de esta Sala la actuación desplegada por el Banco Venezolano de Crédito, S.A., expresada en la imposición contractual evaluada, se configuró como un impedimento u obstáculo a la entrada de otras empresas, productos o servicios en parte de un específico mercado; conducta expresamente tipificada como prohibida en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia" (se estipulo en la cláusula duodécima del contrato de opción de compraventa celebrado entre ambas sociedades, así como en el artículo 11.1 del documento de condominio del Centro Comercial Buenaventura, que esta última no daría en venta locales comerciales destinados a la instalación de bancos universales o bancos de inversión a instituciones financieras distintas al Venezolano de Crédito, S.A. Banco Universal, mientras éste o una cualquiera de sus empresas relacionadas 'sean los propietarios del local C-21 o de cualquier otro local comercial en el Centro Comercial Buenaventura'").

152 Véase a propósito del Derecho español: Ferrer de San-Segundo: ob. cit., pp. 69-73. Véase sobre el tema: Sepúlveda Larrocau, Marco Antonio: "La cláusula de no enajenar". En: **Derechos Reales. Principios, Elementos y Tendencias**. Heliasta, Gabriel De Reina Tartiere, coordinador. Buenos Aires, 2008; Sepúlveda Larrocau, Marco Antonio: "La cláusula de no enajenar". En: Fojas. *Revista de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral*. Numeros 10-11, Octubre 2003, http://fojasv2.conservadores.cl/articulos/index.php?10_11/articulos2; Domenge Amer, Bartolomé: **Las Prohibiciones Voluntarias de Disponer**. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996.

En todo caso la doctrina resalta, so pena de nulidad por objeto ilícito, la necesaria "existencia de un interés legítimo del enajenante, del adquirente o de un tercero en prohibir la enajenación, ya que no parece razonable limitar el dominio por limitarlo, afectándose sin motivo justificado la libre circulación de los bienes"; se precisa temporalidad de la prohibición, en el sentido de que no puede ser perpetua ni de muy largo tiempo, lo que, como se comprenderá, es una cuestión de hecho que corresponderá apreciar a los jueces en cada caso"[153]. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Legislador prohíbe tal pacto en el caso de "una negociación de préstamo con hipoteca" (Código Civil artículo 1267)[154].

Se agrega que en materia de hecho ilícito la reparación del daño puede estar asegurada en especie por la obligación de no continuar una actividad nociva a otro, lo que generalmente es una obligación de no hacer[155]. Se puede presentar obligaciones negativas accesorias a una obligación de hacer que sería la principal, lo cual acontece en algunos contratos de prestación de servicios como es el caso del modelaje, en que la modelo o el modelo como parte de mantener cierta apariencia se obliga por ejemplo a no tomar sol, a no hacer cambios sustanciales en su físico (no alterar sustancialmente su peso corporal, no cortar su cabello) porque éste es el motivo que dio origen a la obligación principal[156]. Y tales obligaciones negativas de no hacer, en modo alguno,

---

153 Sepúlveda Larrocau: "La cláusula de no enajenar", http://fojasv2.conservadores.cl/articulos/index.php?10_11/articulos2.

154 Véase: Juzgado de Primera Instancia Agraria de la Región Agraria del Estado Lara, Sent. 22-04-05, Exp. KP02-A-2002-0000039, http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/656-22-KP02-A-2002-000039-.html; TSJ/SCC, Sent. Nº 00169 de 02-04-09, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/rc.00169-2409-2009-08-514.html.

155 Ochoa Gómez: ob. cit., p. 78.

156 Véase como ejemplo de ello: http://musica.univision.com/noticias/article/2013-01-09/thalia-perder-demanda-millonaria-por-embarazo, se refiere caso de Thalía al quedar embarazada no obstante haber pactado en su contrato con la compañía farmacéutica Genomma Lab International no tener cambios de imagen drásticos. Véase también: http://es.wikipedia.org/wiki/Alicia_Machado se reseña sustancial aumento de peso de Alicia Machado para la época en que era Miss Universo; en tal caso sería relevante la preservación de la apariencia física para el supuesto de que se hubiere pactado una cláusula equivalente.

a nuestro entender, constituyen cláusulas ofensivas de la libertad, porque se relacionan con la esencia básica y permitida de la obligación principal. Su incumplimiento podrá, pues, generar responsabilidad civil si no llega a constituirse en una cláusula ofensiva de la libertad, la cual estaría latente si pretende una suerte de perpetuidad. Recordemos que la relación obligatoria por esencia es "transitoria", contraria a la idea de una duración excesiva.

Moisset agrega lo relativo a la materia de secretos en cuanto a la obligación de revelarlos, pues en caso de que su divulgación pueda ser perjudicial, importa un no hacer[157]. En sentido semejante, en la doctrina nacional, se pronuncia Ochoa Gómez, quien alude a la obligación de no revelar una información o un procedimiento de fabricación[158]. Pero, a nuestro modo ver, el deber de reserva profesional extensible a múltiples profesiones impone la confidencialidad como parte de la naturaleza de la relación, inclusive terminado el contrato y sin necesidad de pacto expreso[159]. Y recordemos que la obligación de no hacer permite que el deudor se abstenga de hacer algo que lícitamente pudiera hacer si la obligación no existiera, y es el caso, que en tal supuesto el deber de confidencialidad no es consecuencia de una obligación de no hacer, sino que constituye un deber derivado de la relación profesional. Aunque se estile en los contratos una cláusula de confidencialidad, la misma es innecesaria la mayoría de las veces.

Adicionalmente se ha planteado acertadamente que algunas obligaciones negativas accesorias forman parte implícita de los deberes inherentes una vez

---

157 Moisset de Espanés: ob. cit., p. 343.

158 Ochoa Gómez: ob. cit., p. 78.

159 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: "El Secreto profesional y el deber de testimoniar". En: **Estudios de Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Humberto Cuenca**. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 6. Caracas, 2002, pp. 243-291. Véase: ibíd., p. 286, "el secreto en nuestra opinión, rebasa lo meramente contractual y afecta el orden público, por ello el profesional puede alegarlo a pesar de la autorización de su cliente para relevarlo del mismo"; ibíd., p. 248, creemos que el carácter contractual del secreto se desluce ante su contenido de orden público; ibíd., p. 255, incluso una vez culminado su cometido debe el profesional ser cuidadoso.

culminada formalmente la relación obligatoria, pudiendo generar la denominada "responsabilidad postcontractual", aquella –que a decir de Llanos Lagos– derivada por infringir deberes inherentes a la buena fe contractual no obstante la culminación del contrato[160]. Para el autor, las obligaciones postcontractuales se ubican dentro de las accesorias o de garantía derivadas de la buena fe contractual[161]. Dentro de las que se cita "la obligación postcontractual negativa" que impone al deudor una actividad omisiva o un no hacer[162], que ciertamente pueden consistir en un no hacer o un tolerar[163]. Y así el deudor podría mantener una situación abstencionista o cesar en una actividad que hasta entonces el sujeto venía desarrollando[164]. Y precisamente se cita como ejemplo la obligación de no hacer público circunstancias o hechos relacionados con el otro co-contratante o la utilización en provecho propio del proceso de producción de bienes obtenido a raíz de esa relación. Si las cláusulas han sido estipuladas algunos la denominan de "reserva". Para Llanos Lagos, la difusión si no ha sido estipulada compete al campo delictual y si ha sido estipulada el tema es más difuso[165]. Se citan como ejemplos, de obligaciones negativas una vez terminada la relación contractual, el pacto de no concurrencia en materia laboral a fin de que el trabajador no aproveche a favor de un tercero los conocimientos técnicos adquiridos, pudiendo fijarse una indemnización al efecto[166], siendo uno de los supuestos que permitirían limitar contractualmente la libertad de trabajo, cuando exista un verdadero interés industrial

---

160 Véase: Llanos Lagos, Leonardo Andrés: **Responsabilidad postcontractual**. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile, 2008. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía: René Ramos Pazos. http://es.scribd.com/doc/55426878/Tesis-Completa-Inidce-INFORMES-ESCANEADOS, p. 95.

161 Véase: ibíd., pp. 114 y 115, supone deberes de conducta que tiene por finalidad ampliar el contenido de la obligación principal.

162 Véase: ibíd., p. 115.

163 Ibíd., p. 116.

164 Ibíd., p. 117.

165 Ibíd., p. 95.

166 Ibíd., p. 97; http://iusasesor.com/not/433/pactos_de_no_concurrencia_para_limitar_la_competencia_entre_empresa_y_empleados/.

y comercial para el Empresario[167], pero se le atribuye como requisito una duración limitada en el tiempo[168].

Ahora bien, en nuestro concepto, según se indicó *supra*, no se observa la necesidad de pactar expresamente la obligación de "reserva" derivada de una pretérita relación profesional, porque el secreto profesional constituye un deber inherente inclusive terminada la relación, aunque ello pueda ser conveniente desde el punto de vista de fijar una cláusula penal. Ello, aunado a la circunstancia que para algunos se incluiría adicionalmente dentro de los deberes inherentes a la buena fe derivada del contrato, aunque la relación haya terminado. Y al efecto, Llanos Lagos refiere que para la jurisprudencia francesa la violación de un deber postcontractual implica una violación del contrato y no un acto aquiliano[169]. Así, por ejemplo, también los contratos de transferencia tecnológica aparejan obligaciones que surgen en el ámbito postcontractual derivadas de la lealtad contractual[170]. Lo cual ciertamente es diferente al referido pacto de exclusiva cuyo régimen de responsabilidad será el contractual[171].

Se distingue, a su vez, que la omisión a que el deudor está obligado puede ser de actos materiales (ejemplo, no tocar el piano en el lugar arrendado) o de actos jurídicos (ejemplo, el deudor se obliga a no vender o a no arrendar una finca que ha adquirido)[172]. Que, según se indicó, bien pueden incluirse en el rubro de las obligaciones de "no dar".

---

167 Llanos Lagos: ob. cit., p. 98.

168 Ibíd., p. 99, a saber, de 6 meses a dos años.

169 Ibíd., p. 102, cita dejándolo entrever sentencia de 30 de marzo de 2007 por la Sala Quinta del Tribunal de Casación de París.

170 Ibíd., pp. 103 y 104.

171 Ibíd., pp. 105 y 106, el pacto de exclusiva limita la libertad contractual en algunos contratos como de suministro, concesión, agencia; una parte pasa a disfrutar de una posición de monopolio o privilegio en cuanto a que la otra se le impone el deber de abstenerse u omitir actos o negocios con terceros del tipo de aquel al que se adhiere la exclusiva o sobre el objeto al que éste se refiere. Ciertamente también debe estar sujeto a límites temporales y es un ejemplo de obligación de no hacer.

172 Díez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 135.

Finalmente, pueden presentarse supuestos de obligaciones negativas de "tolerar" o permitir una conducta del acreedor. Entre las mismas, se puede colocar la citada obligación negativa de permitir el paso por nuestra propiedad (que, según se advirtió, debe diferenciarse del derecho real de servidumbre negativa); de permitir que el acreedor realice ciertas actividades que el deudor podría lícitamente impedir, tales como hacer ruidos a determinadas horas (derivados, por ejemplo, de tocar determinado instrumento, hacer una fiesta o realizar trabajos o reparaciones), soportar que el vecino levante una pared que afecta la vista, tolerar que el acreedor utilice un bien de nuestra propiedad, etc. En tales obligaciones "*in patiendo*", la conducta que debe soportar el deudor en virtud de la obligación deriva del acreedor.

En definitiva, retomando la idea inicial, podrán presentarse múltiples ejemplos de obligaciones negativas, en sus diversas modalidades: de no hacer (no levantar pared o no talar, no hacer cambios a la fachada, no tomar sol, no variar sustancialmente la apariencia corporal como parte del contrato de modelaje, etc.), así como de no dar (no transferir la propiedad u otro derecho real); tolerar (soportar que el acreedor cruce por nuestro paso, que pueda hacer ruido a ciertas horas, que pueda utilizar un bien de nuestra propiedad, etc.). Omisiones o abstenciones todas que reflejan la amplia gama que podría derivarse de la "obligación omisiva o de inactividad" en acertada denominación de Ferrer de San-Segundo.

2.4. Cumplimiento

Cumplimiento y pago pueden considerarse sinónimos. La palabra "pago" se asocia vulgarmente a dar dinero pero en un sentido jurídico más ampliamente es "el cumplimiento de la prestación"[173]. La diligencia del deudor puede ser convenida, si no se ha pactado nada se entiende la de un buen padre de familia o término medio salvo que se trate del depósito (Código Civil artículos 1264, 1270 y 1756). El efecto de la obligación es generar su cumplimiento. El principio general sobre la materia está contenido en el artículo 1264 del Código Civil: "Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido

[173] Lete del Río: ob. cit., p. 101.

contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de contravención". Ello es perfectamente aplicable a la obligación negativa así como los efectos de las obligaciones en general (Código Civil artículos 1264 y ss.).

La obligación negativa se cumple con la preservación de la omisión o de la abstención. La conducta positiva que tienda a romper o fraccionar su cumplimiento denotara la falta del deudor. Se afirma: "Todo acto omisivo se incumple desde el momento en que se desarrolla el acto positivo contrario, esto es, no se efectúa la abstención del acto vedado"[174]. Sin embargo, se aclara que el incumplimiento de la obligación negativa no necesariamente siempre consiste en un acto positivo, pues la amplitud de su noción reclama matices que no permiten conclusiones radicales. Y al efecto se afirma que si bien se ha pretendido que las obligaciones negativas se caracterizan porque la violación viene determinada por una acción, bien pueden darse supuestos de infracción consistentes en una incorrección de la misma omisión[175].

A continuación, consideraremos las particularidades que puede presentar la obligación en estudio una vez repasados los conceptos generales relativos al cumplimiento de las obligaciones.

2.4.1. Cumplimiento anticipado[176]

Antes de referirnos al cumplimiento forzoso de la obligación negativa, valdría considerar como punto previo la posibilidad de "cumplimiento anticipado

[174] Eguzquiza Balmaseda, María Angeles: "Obligaciones negativas incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual". En: *Revista Jurídica de Navarra*. Nº 9, 1990, p. 157. http://www.navarra.es/home_es/Gobierno+de+Navarra/Organigrama/Los+departamentos/Presidencia+justicia+e+interior/Publicaciones/Revistas/Revista+Juridica+de+Navarra/Sumarios/sumario09.htm.

[175] Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 59.

[176] Véase: Domínguez Luelmo, Andrés: **El cumplimiento anticipado de las obligaciones**. Editorial Civitas S.A. – Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León. Madrid, 1992; Annicchiarico Villagrán, José y Madrid Martínez, Claudia: "El Derecho de los Contratos en Venezuela: hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos". En: **Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29. Caracas, 2012, pp. 83 y 84.

de la obligación negativa"[177]. Tal obligación como cualquier otra debería cumplirse en el plazo y fecha pactado, pero se admite que pudieran existir supuestos que permitan un válido cumplimiento anticipado de la obligación negativa, a saber, cuando ello derive de la autonomía de la voluntad: porque se concede a una de las partes tal facultad, cuando así haya sido convenido por las partes, o cuando la parte que tenía el plazo a su favor renuncia a éste[178]. La posibilidad de pago o cumplimiento anticipado dependerá de cada relación obligatoria en particular, en la que habrá que averiguar cuál de las partes puede exigir o cumplir anticipadamente[179]. Comenta Ferrer de San-Segundo que visto que el elemento "tiempo" no tiene porque recibir un trato distinto en esta especie de obligación, si la fecha o término es irrelevante la prestación podrá cumplirse válidamente antes. Y si el deudor tenía la facultad de anticipar el cumplimiento o contaba con un término establecido en su beneficio podrá anticiparse[180]. Que la obligación no sea exigida por el acreedor porque no tenga atribuida la facultad de anticipar, no significa que no pueda adelantarse si la prerrogativa se ha concedido al deudor y la ejercita, o media acuerdo entre ambos. Por lo que mal se puede concluir que todas las obligaciones negativas son inexistentes, inexigibles y de realización carente de sentido antes del término inicialmente pactado[181]. Si bien no puede exigirse antes del plazo, no cabe repetir el pago anticipado aunque el deudor puede reclamar en la medida de su perjuicio el enriquecimiento a favor del acreedor (Código Civil artículo 1213)[182]. Por su parte, la anticipada exigibilidad del crédito por insolvencia o disminución de las garantías (Código Civil artículo 1215), aunque de difícil o poco frecuente aplicación, no es enteramente descartable a la obligación negativa, no obstante precisarse una superior justificación al ser menos nítida su directa procedencia, porque la prestación negativa se puede cumplir sin precisar especiales recursos económicos, pero pudiera ser factible la eventual infracción del convenio y la imposibilidad del remedio específico[183].

---

177 Véase: Ferrer de San-Segundo: ob. cit., pp. 168-175.
178 Ibíd., p. 169.
179 Domínguez Luelmo: ob. cit., p. 56.
180 Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 170.
181 Ibíd., pp. 170 y 171.
182 Véase: ibíd., pp. 172 y 173, salvo que haya perjudicado a otros acreedores.

Como contrapartida, fuera de los casos referidos, mal puede pretenderse una exigibilidad anticipada de la obligación negativa. De ser solicitado judicialmente, el deudor podrá acudir a la defensa de plazo o condición no cumplida[184].

2.4.2. Cumplimiento inexacto

El artículo 1264 del Código Civil establece la regla que rige el norte del cumplimiento de la relación obligatoria según la cual ésta debe ser cumplida "exactamente" como ha sido contraída. La hipótesis normal e ideal a los fines de la satisfacción del acreedor es que el deudor cumpla voluntariamente la prestación. Este constituye el verdadero cumplimiento, es lo que se denomina: "cumplimiento en sentido estricto o cumplimiento subjetivo", porque emana del sujeto obligado, a saber, del deudor. Se alude también en caso de no intervención de este último, al "cumplimiento objetivo" en que la satisfacción del acreedor tiene lugar mediante un tercero o también a través de la ejecución forzosa en forma específica. Pero este último cumplimiento no es el ideal o el "propio" que supone el concurso voluntario y directo del deudor[185].

El incumplimiento es la inejecución de las obligaciones, ya sea total o parcial, permanente o temporal, voluntario o involuntario[186]. "Dentro de la teoría del incumplimiento de la obligación se suele distinguir entre el incumplimiento de la prestación y el cumplimiento defectuoso de la misma. El cumplimiento defectuoso se subdivide, a su vez, en cumplimiento inexacto y cumplimiento tardío o moroso"[187]. Cuando el deudor no realiza de modo puntual y exacto el deber de prestación se produce el incumplimiento que deviene en dos categorías: el "incumplimiento propio, absoluto o definitivo" (que hace insubsanable

183 Véase: ibíd., p. 173.
184 Véase: Delgado Ocando, Carlos A.: "Sobre la defensa de plazo o condición no cumplida". En: *Revista de Derecho*. N° 34. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2012, pp. 77-114.
185 Lagrange, **Apuntes**…
186 Véase: Maduyo Luyando: ob. cit., p. 90.
187 Álvarez Caperochipi: ob. cit., p. 165.

el cumplimiento de la prestación)[188] y el "incumplimiento impropio o relativo" (subsiste la posibilidad de realizar la prestación). En el primero hay imposibilidad de realizar la prestación, mientras que en el segundo la característica es que todavía puede realizarse el deber de prestación, de allí el calificativo de impropio. La manifestación más característica del incumplimiento impropio es la mora o cumplimiento tardío. La palabra "mora" significa retraso, tardanza, dilación. La mora constituye un retraso, pero una tardanza culpable[189]. El incumplimiento propio o la imposibilidad de cumplir la prestación puede deberse a la voluntad del deudor pero también puede derivar de circunstancias ajenas a la culpa de éste, lo que nos coloca frente a la causa extraña no imputable[190], la cual debe distinguirse a su vez de la posibilidad de cumplir, aunque ello resulte enteramente oneroso para el deudor, que nos coloca frente a la teoría de la imprevisión.

Entre las hipótesis de cumplimiento inexacto en materia de obligaciones negativas puede mencionarse, sin ánimo de ser exhaustivo, I. La no realización u observancia incorrecta o incompleta de deberes accesorios o instrumentales establecidos al configurar la abstención, sean éstos de carácter positivo o negativo, cuya infracción no supone un incumplimiento propio y definitivo. II. La no realización de alguna de las prestaciones singulares fijadas en el marco de una relación obligatoria compleja. Si estas prestaciones singulares

---

188 Véase sobre el incumplimiento propio o definitivo de la obligación negativa y su régimen de ejecución judicial en España: Ferrer de San-Segundo: ob. cit., pp. 27 y ss. La autora señala que el incumplimiento propio, definitivo o absoluto implica la imposibilidad de sanación de la infracción y la herida relevante de la relación obligatoria.

189 Lete del Río: ob. cit., p. 121.

190 Véase: Lagrange: **Apuntes**…, respecto del incumplimiento de la obligación hay que distinguir en primer término aquellas causas que afectan la esencia de la obligación y que hacen imposible la realización de la prestación de otras causas que no determinan la imposibilidad de cumplir sino que originan un cumplimiento defectuoso de la prestación. En el primer caso se alude a "incumplimiento propio", en tanto que en el último, en que la prestación es todavía posible se refiere a "incumplimiento impropio". La hipótesis más importante de este último acontece con relación al tiempo, colocándonos frente a la figura de la mora. Por su parte, el incumplimiento propio o propiamente dicho que hace imposible la prestación puede depender de una causa extraña a la voluntad del deudor.

son, además, equivalentes en su función económica y proporcionales en relación con el todo, se hablará de un cumplimiento inexacto por parcial, más que por defectuoso. III. La observancia de la omisión sin obtener el resultado en su caso exigido (por lo que resulta inidónea) o sin desplegar la necesaria diligencia. Se puede lesionar la obligación de no divulgar un secreto si éste, aún sin desvelarse por el deudor, es descubierto por su negligencia en la custodia de la fórmula. IV. La imposición de una prohibición de carácter jurídico, desarrollando una conducta que no es completamente convergente y que, aunque solo en parte, lo contradice[191]. En las obligaciones negativas de exclusiva también se puede presentar un incumplimiento impropio si se coloca, por ejemplo, un precio mínimo de venta pero éste se reduce de hecho mediante premios o contraprestaciones no pecuniarias; o si acontece un incumplimiento geográfico de la exclusiva, no respetándose totalmente la zona. Cuando la obligación consiste en un tolerar y aunque el deudor no lo impida materialmente no hace todo lo necesario para frustrar la obligación[192]. También pudiera acontecer un cumplimiento parcial si se respeta la prohibición en principio, pero, por ejemplo, no se impiden las vistas más que en un pequeño ángulo; si se conviene una obligación recíproca, si una obligación interrelacionada y múltiple entre varios comerciantes es infringida en parte o por alguno; si se ha dispuesto una prohibición de enajenar y se vende una porción de la finca. Y en general en las obligaciones negativas de no realizar diversos actos jurídicos interdependientes pero interrelacionados en una omisión continuada conservando la abstención una utilidad relevante para el acreedor[193].

2.4.3. Cumplimiento *in natura* y en su defecto por equivalente

Se indica que la sanción por el incumplimiento de la obligación negativa no es tratada sustancialmente diferente por el Código Civil respecto de la obligación

[191] Ferrer de San-Segundo: ob. cit., pp. 244 y 245.

[192] Ibíd., p. 245, agrega como ejemplo que el deudor se compromete a no recurrir la catalogación urbanística de una parcela y así lo hace, pero sus manifestaciones a propósito de otro asunto hacen paralizar o modificar dicha decisión administrativa.

[193] Ibíd., pp. 245 y 246.

de hacer. Pues el principio de recurrir al cumplimiento por equivalente, previa exclusión del cumplimiento en especie, se deriva de las disposiciones de los artículos 1264 y 1271 del Código Civil. Pero no conviene tomar tal principio al pie de la letra, pues el cumplimiento en especie puede ser perfectamente admitido en esta modalidad de obligaciones[194]. De tales artículos, a decir de Zambrano Velasco, se puede deducir y afirmar respecto de las prestaciones de no hacer, que el incumplimiento de traduce en observar una conducta contradictoria con lo que debió omitirse. Y que si así ocurre pudiera plantearse la ejecución forzosa en forma específica[195]. El incumplimiento de la obligación negativa se traduce en principio en una conducta positiva, en la transgresión de la abstención.

Cuando se trata de una obligación de no hacer que se ha manifestado en la realización de una obra material que puede ser destruida, dispone el artículo 1268 del Código Civil: "El acreedor puede pedir que se destruya lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, y puede ser autorizado para destruirlo a costa del deudor, salvo el pago de los daños y perjuicios". En sentido semejante se pronuncia el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el Juez podrá autorizar al acreedor a solicitud de éste "para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, a costa del deudor".

El deudor debe destruir la obra material realizada en contravención a una obligación de no hacer, y si no la destruye podría entrar en aplicación el citado artículo, y el Tribunal podrá ordenar que se destruya la obra material a costa del deudor. Pero, en ocasiones, el incumplimiento de la obligación de no hacer no puede ser subsanado por vía de las normas en comentarios, porque la misma no se manifiesta en una obra material. En cuyo caso el acreedor ante la imposibilidad material de obligar coactivamente a la persona del deudor[196] tendrá que conformarse con el resarcimiento del daño causado, a tenor del artículo 1266 segundo párrafo

194 Ochoa Gómez: ob. cit., p. 79.

195 Zambrano Velasco: ob. cit., p. 262.

196 Véase: Ghersi: ob. cit., p. 353, "el respeto por la integridad y dignidad de la persona obra como postulado que no debe contrariarse; si no se puede obrar de otra manera sino violentando al deudor en su persona para vencer su renuencia, tal circunstancia operara

del Código Civil: "…Si la obligación es de no hacer, el deudor que contraviniere a ella quedará obligado a los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención". En igual sentido, agrega el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil: "…en caso de que el acreedor no formulare tal solicitud o de que la naturaleza de la obligación no permitiera la ejecución en especie o la hiciere demasiado onerosa, se determinará el crédito en una cantidad de dinero y luego se procederá como se establece en el artículo 527".

Con base en ello, la doctrina distingue dos hipótesis en cuanto a la ejecución forzosa de la obligación negativa, según el hecho o acto del deudor pueda ser destruido o no, siendo que en el último caso quedará únicamente la opción de daños y perjuicios, a saber, la reducción a una indemnización pecuniaria[197].

---

como límite que impedirá al acreedor obrar en consecuencia"; Lacruz Berdejo: ob. cit., p. 209, no se puede coaccionar físicamente al deudor obligado ante la negativa de éste; Moisset de Espanés: ob. cit., pp. 345 y 346; Ochoa Gómez: ob. cit., p. 79.

197 Maduro Luyando: ob. cit., p. 89. Ahora bien, en cuanto al cumplimiento forzoso de las obligaciones de no hacer la doctrina distingue dos supuestos: 1. Si el hecho realizado por el deudor y con el cual incumplió su obligación de abstenerse es un hecho susceptible de ser borrado o destruido del campo de la realidad (ejemplo, obligación de no hacer consistente en no edificar un muro y el deudor lo construye). En tal caso, la obligación es susceptible de ejecución forzosa en especie, mediante un medio indirecto. Y así el acreedor de conformidad con el citado artículo 1268 puede pedir que se destruya lo realizado por el deudor o puede autorizarse el mismo para destruirlo. En tal caso se acepta que el acreedor pueda acumular el cumplimiento forzoso en especie (destrucción de lo construido) con el cumplimiento forzoso por equivalente (daños y perjuicios derivados por solo hecho de la contravención), según prevé el artículo 1266, párrafo segundo del Código Civil. 2. Si el hecho efectuado por el deudor y con el cual incumplió su obligación de abstenerse no es susceptible de ser borrado o eliminado del campo de la realidad, sólo será posible la ejecución por equivalente mediante el pago de daños y perjuicios que el incumplimiento causó al acreedor. Y así Maduro Luyando coloca como ejemplo las obligaciones de exclusividad que consisten para el deudor en abstenerse de realizar determinadas actuaciones o conductas tales como no actuar en determinados sitios o no realizar actividades en determinados momentos. En el caso de un artista que se hubiese comprometido a no actuar en determinado canal, televisora, escenario o teatro, y no obstante realiza la actuación, se está en presencia de una inejecución que no puede ser borrada del terreno de la realidad y por lo tanto, la obligación ya no es susceptible de ejecución en especie sino por equivalente.

En efecto, se puede distinguir dos hipótesis: una en que puede lograrse la ejecución forzada, como la de abstenerse de construir una pared y otra en que no es posible tal ejecución forzada, como es el caso del artista que se obliga a no trabajar en otras salas, teatros, etc., lo cual es así en todo el Derecho comparado porque no se puede pretender un constreñimiento personal[198].

Y así, por ejemplo, en materia de pactos de exclusividad se afirma que un efecto natural de las obligaciones es que dichos pactos sólo presentan eficacia entre las partes y no puede ser opuestos a terceros, respecto de los cuales ciertamente es válido el negocio concluido por el deudor infringiendo la obligación, sin perjuicio de la respectiva indemnización de daños y perjuicio del acreedor contra el deudor[199], la cual se presenta como la típica forma de satisfacción o cumplimiento subsidiario del acreedor, a saber, el cumplimiento forzoso por equivalente, a falta precisamente de la ejecución *in natura,* también denominada en especie.

"La doctrina sostiene que existen situaciones en las cuales no es procedente el cumplimiento en especie de la obligación establecida en la sentencia, natural o jurídicamente. En tales situaciones, el cumplimiento en especie debe ser reemplazado o sustituido por el cumplimiento por equivalente"[200]. En este sentido, se aprecia decisión judicial que refiere la recurrida: "En consecuencia, no existe duda que las codemandadas han incumplido con una obligación de no hacer, de manera pues que existe el derecho de la parte actora a demandar los daños y perjuicios que tal incumplimiento le haya ocasionado"[201].

---

198 Moisset de Espanés: ob. cit., pp. 345 y 346.

199 Lete del Río: ob. cit., p. 52, el autor cita sentencia española de 23 de marzo de 1921.

200 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 00571 de 25-07-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00571-250707-06839.htm, agrega: "tal como sucede cuando las partes convienen en que la obligación se ejecute mediante un cumplimiento distinto al inicialmente pautado, conforme a sus intereses, pudiendo decidir ellos finalmente que es lo que más les conviene".

201 TSJ/SCC, Sent. Nº 0141 de 07-03-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/marzo/rc-0141-070302-00383-00174.htm.

Por ello, la doctrina es conteste en que la obligación negativa pudiera hacerse efectiva por el Juez y en su defecto queda la vía indemnizatoria[202]. Vía que es, en definitiva, la consecuencia última del Derecho de las Obligaciones. Como el acreedor no tiene efectivamente ninguna medida personal coactiva contra el deudor, el patrimonio de éste es la única garantía para el cumplimiento de la obligación, inclusive en aquellas prestaciones de carácter personal cuyo incumplimiento queda reducido a una indemnización de tipo pecuniario[203]. Ello, pues, ha quedado en la historia la entrega personal del deudor incumplidor al acreedor o la prisión por deudas[204].

Se afirma que el cumplimiento por equivalente no es más que la puesta en escena de la responsabilidad patrimonial del deudor frente a la violación de un deber contractual preexistente[205], cuando concurren los elementos típicos de la responsabilidad civil (daño, culpa y relación de causalidad)[206].

---

202 Véase: Ghersi: ob. cit., p. 352, "si la prestación consiste en un no hacer, esto es, abstenerse de producir un hecho, el acreedor puede acudir ante el Juez, quien puede ordenar que se deshaga lo hecho (siempre que ello fuera posible) y, si el deudor se resiste, es perfectamente viable la destrucción, por un tercero o por el acreedor a costa del obligado. Si no fuera factible la destrucción por no existir una cosa que demoler o remover (por ejemplo, un profesor contratado con dedicación exclusiva que hubiere dictado clases en otro establecimiento, infringiendo su deber de no actuar), sólo le cabe al acreedor la solicitud indemnizatoria"; O Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade: ob. cit., p. 426; Ochoa Gómez: ob. cit., p. 79, no es posible acudir al cumplimiento en especie de las obligaciones de no hacer. No solamente por la imposibilidad de ejercer una coacción física sobre el deudor, sino porque el incumplimiento mismo de la obligación ha causado al acreedor un daño cierto y existente en forma inmediata. Y así no es posible coaccionar físicamente al deudor que ha violado una obligación de no competir, actividad que por el transcurso del tiempo ha causado daño al acreedor. En tal caso no existe otra sanción que condenar al pago de una indemnización por daños y perjuicios; Moisset de Espanés: ob. cit., pp. 345 y 346.

203 Álvarez Caperochipi: ob. cit., p. 20.

204 Ibíd., p. 19.

205 Annicchiarico, José: "Convivencia de remedios ante el incumplimiento contractual". En: **Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29. Caracas, 2012, p. 278.

206 Ibíd., pp. 279. Véase referencia general a la responsabilidad civil y sus elementos en nuestro trabajo: "El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia

En "la ejecución de una obligación de hacer o no hacer, la actividad del juez se dirige al cumplimiento de las mismas, tal como es ordenado en la decisión, en caso negativo, el ejecutante será autorizado para efectuarla por su cuenta. Si la condena es de no hacer, el incumplimiento es referido a los daños y perjuicios; los que serán estimados como si fuera cualquier otra indemnización. Si la condena se refiere a la destrucción de una cosa, el Juez la ordenará por cuenta del ejecutado"[207]. Así, en las obligaciones negativas, el interés genérico al mantenimiento de un estado de cosas viene perfectamente satisfecho, a través del comportamiento del deudor de contenido negativo, mediante otro comportamiento del deudor de contenido positivo (destrucción de lo que fue hecho violando la obligación), o por la actividad positiva de los órganos del Estado, encaminada a dicha destrucción. Una vez violado el deber con la construcción del obrar, nace en el acreedor un interés en la destrucción de la misma[208].

Dice Giorgianni que en la obligación negativa, la variedad instrumental de los diversos medios está demostrada, diremos prácticamente, por el hecho de que a la ejecución forzosa se llega a través del cordón umbilical constituido por el nacimiento de una obligación positiva a cargo del incumplidor, y por el hecho de que la actividad ejecutiva de los órganos del Estado es absolutamente diversa de aquella que estaría obligado el deudor; en cuanto esta última consiste en una omisión, mientras la primera está constituida por una actividad positiva[209]. Se mantiene así en materia de obligación negativa el mismo orden subsidiario que aplica respecto de las reglas del cumplimiento forzoso de la obligación, que, a decir de algunos, más que un cumplimiento se traduce en

---

al Derecho de Familia". En: **IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual – extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange**. T. I. Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados. Caracas, 2012, pp. 163-169.

207 Tribunal del Municipio Colón y Francisco Javier Pulgar de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 21-05-10, Exp. 08-2538, http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2010/mayo/502-21-2538-135.html.

208 Giorgianni: ob. cit., p. 209.

209 Ibíd, p. 207, agrega: "En la ejecución forzosa de las obligaciones positivas, sin embargo, la circunstancia de que tanto la actividad a que el deudor estaba obligado como la realizada por los órganos del Estado, sean ambas positivas, no supone necesariamente que tengan siempre un idéntico resultado inmediato".

las consecuencias de un "incumplimiento" toda vez que el verdadero y propio cumplimiento es voluntario y personal por el deudor. A falta de la voluntad de éste, el acreedor podrá acudir al cumplimiento *in especie* o *in natura*, por el cual se pretende obtener sin la colación del deudor la misma prestación que éste hubiere realizado si hubiere mediado su sana voluntad[210]. Ante la imposibilidad del cumplimiento *in natura* o en especie es que surge la ejecución forzosa por equivalente, para proveer al acreedor de una indemnización. De allí que se aluda al "principio de prioridad de la ejecución en especie". En materia de obligación negativa, ello no es imposible, puede acontecer cuando se viola una abstención con una obra o un acto que puede ser destruido o desecho a costa del deudor (ejemplo una pared, una reja, etc.). Pero no todas las manifestaciones de la obligación negativa o de no hacer son tan simples o básicas, y algunas por su naturaleza no son susceptibles de cumplimiento en especie (la obligación de no trabajar en otro lugar, o de no instaurar un fondo de comercio). Entra entonces en juego el cumplimiento por equivalente que parte de un principio básico que rige la responsabilidad patrimonial del deudor, según el cual, a falta de ejecución *in natura*, tiene lugar la única indemnización posible que se reduce a una cantidad de dinero que pretende compensar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Recordando que en general la consecuencia del incumplimiento es la responsabilidad civil[211] integrada por el daño, la culpa y la relación de causalidad. Sin perjuicio de pactar una cláusula penal[212].

---

[210] Véase: Lagrange: **Apuntes**… El incumplimiento de la obligación imputable al deudor le abre al acreedor la vía de la ejecución forzosa. En ocasiones es posible procurar al acreedor la misma prestación o el mismo resultado práctico que él habría obtenido si la ejecución hubiera sido cumplida de manera espontánea por el deudor. En tal caso se afirma que es posible la "ejecución forzosa en forma específica, en especie o *in natura*". Pero acontecen otros supuestos en que tal ejecución específica no es posible y entonces tiene lugar lo que se denomina "prestación del interés", que se traduce en una obligación de resarcir el daño causado por el incumplimiento del acreedor. Ello está previsto en el artículo 1264 del Código Civil. También cabe citar los artículos 1271, 1272 y 1863 del Código Civil.

[211] Véase: Maduro Luyando: ob. cit., pp. 124-184; Ochoa Gómez: ob. cit., pp. 133 y ss.; Mélich Orsini, José: **Doctrina general del contrato**. 5ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios 61. Caracas, 2012, pp. 451-473.

[212] Véase sobre ésta: Mélich Orsini: **Doctrina**…, pp. 523-586; Mélich Orsini, José: "La cláusula penal en los contratos y sus efectos". En: **Libro Homenaje a las X Jornadas**

El incumplimiento voluntario de la prestación genera responsabilidad civil, de la cual no escapa la obligación negativa, la que a falta de ejecución directa o en especie se reducirá a una indemnización por equivalente, pues al ser improcedente otra reparación posible el resarcimiento pecuniario permite legalmente dar por satisfecho al acreedor. De allí que indicara Pothier: "Cuando alguien se ha obligado a no hacer una cosa, el derecho que da esta obligación al acreedor es el de perseguir en justicia al deudor, en caso de contravención a su obligación, para hacerle condenar al pago de los daños y perjuicios que resulten de la contravención"[213].

Para Maduro Luyando, los daños procedentes en la obligación negativa son los "compensatorios" y no los "moratorios", porque el autor no admite la posibilidad de mora en la obligación bajo análisis[214], por lo cual considera que se incumple por el simple hecho de la contravención[215]. Aunque, veremos

---

"Dr. José Santiago Núñez Aristimuño" Maturín-Edo. Monagas. Vadell Hermanos Editores – Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez. Valencia – Caracas, 2000, pp. 47-66; Maduro Luyando: ob. cit., pp. 565-571.

213 Pothier: ob. cit., p. 86.

214 Maduro Luyando: ob. cit., pp. 85 y 86, que en lo que respecta a la procedencia de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación de no hacer, que los daños y perjuicios procedentes son siempre compensatorios, esto es, aquellos destinados a resarcir al acreedor del no cumplimiento en especie de la obligación por parte del deudor; pero no proceden jamás los daños y perjuicios moratorios (derivados del retardo culposo en el cumplimiento), porque en las obligaciones de no hacer no puede existir jamás el retardo en el cumplimiento. La obligación de no hacer se incumple cuando el deudor realiza el acto que estaba prohibido. En ese momento el incumplimiento es total y absoluto, jamás puede haber retardo en el cumplimiento.

215 Ibíd., p. 86, indica Maduro Luyando que como particularidad de los daños y perjuicios compensatorios en las obligaciones de no hacer, cabe anotar que ciertos daños y perjuicios proceden por el solo hecho de la contravención, es decir, que puede solicitarse la indemnización de tales daños y perjuicios aunque el acreedor obtenga el cumplimiento forzoso en especie mediante un medio indirecto de ejecución. En otras palabras –agrega el autor–, los daños y perjuicios compensatorios que por su propia naturaleza resarcen al acreedor de la no ejecución en especie de la obligación por parte de deudor y por lo tanto no pueden ser pedidos por el acreedor cuando éste ha solicitado la ejecución forzosa en especie, pueden ser pedidos conjuntamente con el cumplimiento en especie cuando se trata de obligaciones de no hacer.

según *infra* 2.4.4., un sector de la doctrina –al que nos adherimos- admite la procedencia de la mora en la obligación negativa.

2.4.4. Posibilidad de mora[216]

Como se indicó, la mora es un retraso o tardanza culpable en el cumplimiento de la obligación. La generalidad de la doctrina sostiene que en las obligaciones de no hacer el deudor no puede incurrir en mora, pues su incumplimiento consiste en realizar aquello que estaba prohibido, bajo el alegato que en las obligaciones de no hacer no puede existir jamás el retardo en el cumplimiento[217]. Sin embargo, considerando sumamente respetable tal opinión, pero sin compartirla, se ubica Moisset para quien "hay casos de obligaciones de no hacer en las que se puede incurrir en mora, y que en tales hipótesis la mora se producirá automáticamente". Ello, pues, a decir del autor, hay mora cuando pese

[216] Véase: Ferrer de San-Segundo, María José: **Sobre la mora de las obligaciones negativas**. http://abogadocivilista.ferrerdesansegundo.com/articulos-doctrinales/sobre-la- mora-de-las-obligaciones-negativas/.

[217] Véase: Lete del Río: ob. cit., p. 52; Diez-Picazo Giménez, Gema: **La mora y la responsabilidad contractual**. Civitas. Madrid, 1996, pp. 522-524, la autora indica el "carácter positivo de la obligación" como requisito de la mora; Llanos Lagos: ob. cit., p. 123; Egusquiza Balmaseda: ob. cit., http://www.cibernetia.com/tesis_es/ciencias_juridicas_y_derecho/derecho_y_legislacion_nacionales/derecho_civil/26, "el cumplimiento tardío, la mora, queda excluido del ámbito de la obligación negativa"; Egusquiza Balmaseda: "Obligaciones negativas incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual", p. 157, resulta insusceptible de un cumplimiento parcial; Mélich Orsini, José: "La mora del deudor en el derecho venezolano". En: **Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1967, p. 343, no cabe en la hipótesis de la contravención de una obligación de no hacer discusión acerca de la posibilidad de que un ulterior comportamiento del deudor pueda ser jurídicamente valorado como un "cumplimiento retardado" en especie, el artículo 1269 del Código Civil venezolano restringe la problemática de la mora al solo campo de las obligaciones de dar y hacer; Mélich Orsini: **El pago**…, p. 33, el incumplimiento del deudor en la obligación de no hacer tiene la característica de definitivo e irrevocable y no de un simple retardo que pueda ser remediado por un cumplimiento tardío; Maduro Luyando: ob. cit., p. 86, "La obligación de no hacer se incumple cuando el deudor realiza el acto que estaba prohibido. En ese momento el incumplimiento es total y absoluto, jamás puede haber retardo en el cumplimiento".

al retardo en el cumplimiento todavía es posible o útil para el acreedor que se ejecute la obligación. En tanto se dice que hay incumplimiento cuando se ha tornado imposible o inútil la ejecución de la obligación[218]. Y se citan los "casos en que el retardo equivale a incumplimiento definitivo"[219]. Pero si bien es cierto que en la mayoría de los ejemplos académicos de obligaciones de no hacer, la violación de la abstención importa incumplimiento porque ya no será posible en el futuro lograr de manera integral la prestación, también hay casos en que la violación de la abstención implica sólo un incumplimiento temporal, es decir, técnicamente mora[220].

Lo que vale ilustrar especialmente en obligaciones de no hacer relativas a la no concurrencia –aunque recordemos que es cuestionable la validez de dichas cláusulas por afectar la libre competencia– en cuyo caso no obstante el incumplimiento parcial, el acreedor puede retomar el interés en el cumplimiento[221]. Y la verdad es que bien cabe admitir que si el concepto de mora depende del interés particular del acreedor en que subsista la posibilidad de cumplir del deudor no obstante un incumplimiento o retraso relativo o no definitivo, ello es perfectamente predicable respecto de algunas obligaciones de no hacer, en particular aquellas que se traducen en una suerte de no hacer

---

218 Moisset de Espanés: ob. cit., p. 344.

219 Se ubica: a) Obligaciones a término esencial; b) Cláusula resolutoria expresa; c) resolución de pleno derecho; y, d) Cuando el deudor manifiesta que no cumplirá. Se agrega que a los efectos de la mora es necesaria la "interpelación", requerimiento o intimación (Código Civil artículo 1269), salvo que la obligación esté sometida término cierto pues el "día interpela por el hombre", lo cual es común en las obligaciones negativas.

220 Ibíd., pp. 344 y 345.

221 Ibíd., p. 345, el autor lo ilustra con el siguiente ejemplo: "Supongamos que Juan tiene dos negocios, un almacén de ramos generales y una gomería, vende a Pedro la gomería, y se compromete a suspender la venta de neumáticos en su almacén de ramos generales durante cinco años, a partir de la fecha de la venta. La prestación prometida es de no hacer competencia durante cinco años íntegros, y tiene como finalidad permitir que el negocio de Pedro se consolide. Pero, sucede que Juan continúa vendiendo neumáticos, es decir, no comienza a cumplir su abstención. En este ejemplo tenemos un típico caso de mora en una obligación de no hacer, ya que Pedro puede obtener que Juan suspenda su actividad y cumpla íntegramente la prestación, absteniéndose de hacerle competencia durante cinco años, a partir del momento que deje de vender neumáticos".

de tracto sucesivo o extensibles en el tiempo. Así, al acreedor le puede interesar que el deudor que se obligó a un pacto de exclusividad y lo incumplió retome lo prometido a pesar de ese incumplimiento relativo. Dependerá del interés del acreedor en el supuesto particular porque, por ejemplo, el artista que incumple el pacto de exclusividad y aparece en otro canal bien pudiera ser determinante para el acreedor ese incumplimiento, pero también pudiera no serlo y exigirle al deudor que cese en la aparición del canal de la competencia, sin perjuicio de las acciones que los terceros ejerzan en su contra. Sin embargo, los defensores a ultranza del carácter positivo de la obligación como requisito de la mora[222], señalan que desde el momento en que se infringe la obligación de no hacer se ha incumplido la obligación no en forma temporal sino definitiva pues no es posible su purgación posterior con un cumplimiento tardío correcto. El hecho de que se trate de una obligación duradera en el tiempo o de tracto sucesivo, significa que el deudor, si el acreedor así lo pretende, continuará obligado en la parte que le resta cumplir, pero la parte incumplida queda transgredida[223], si se considerase inadmisible la mora en las obligaciones negativas, en acertado juicio de Ferrer de San-Segundo, se presentará una suerte de responsabilidad agravada que tiene lugar en los supuestos de incumplimiento definitivo, pero, tratándose de obligaciones positivas, serían sancionadas con las consecuencias menos intensas del retraso[224].

Por ello, para la citada autora, "la visión del asunto cambia si se entiende que en las relaciones jurídicas omisivas, cada momento de la obligación se corresponde con una prestación individualizable, que puede captarse y aislarse, como cada fotograma de una película cinematográfica. De modo que si no existe el corte o receso natural puede introducirse ficticiamente, mediante lo que hemos dado en denominar fijación de la omisión en el momento de la contravención. Así, para apreciar la viabilidad de la aplicación del régimen de la mora, habrá que detener la secuencia omisiva en el momento en que se ha producido la infracción, fijarla, aprehenderla, a fin de examinar y determinar

222 Véase también indicando el "carácter positivo de la obligación" como requisito de la mora: Diez-Picazo Giménez: ob. cit., p. 522.

223 Ibíd., p. 523.

224 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 214.

su relevancia en relación con el contenido integral de la obligación, así como la posibilidad-utilidad de acumular –extender– el tiempo de la abstención o de la omisión a un momento posterior y, en definitiva, la factibilidad de cumplimiento o corrección ulterior"[225].

Por lo que Ferrer de San-Segundo propone, sin perjuicio del análisis de cada relación obligatoria omisiva en particular, que será admisible la mora: a) Tanto para las obligaciones de no hacer como de tolerar; b) Tanto para aquellas que la lesión se produce al inicio como en cualquier otra fase de desarrollo del comportamiento, si se trata de una obligación diferida o duradera; c) Tanto para las que consisten en suspender una actividad e iniciar la omisión, como en no hacer algo que antes tampoco se hacía, en muchos casos porque ni siquiera se estaba en la situación de realizar el acto que a posteriori resulta prohibido por la obligación (ejemplo exclusiva impuesta por la adquisición de una concesión de la que antes se disponía por lo que era imposible realizar un acto contrario); d) Tanto para las prestaciones únicas: si el deudor está obligado a no concurrir el día 10 a un acto –por ejemplo, a una subasta–, y concurre pero no se celebra, trasladándose el acto al día 20, podrá todavía cumplirse porque es la misma actividad comprometida –salvo la diferencia de la fecha– y no tiene sentido que se considere un pago indebido; lo mismo si se compromete a guardar absoluto silencio, sin producir ruido durante un día u horas, y para el acreedor no es esencial que sea ese día o esas horas sino "uno" o "un determinado número de horas" aunque se haya fijado el plazo en su beneficio. Y así por ejemplo también un pacto de exclusiva durante cinco años y un acto contrario a la prohibición[226]. Así pues, podrá surgir mora con independencia del momento en que se produzca si todavía queda tiempo de la prestación o pueda prolongarse con utilidad para el acreedor, de modo que pueda recuperar, con el tiempo añadido, lo perdido o no ganado durante el tiempo de infracción, al igual que ocurriría de suspenderse temporalmente un suministro[227]. Por lo que habría que distinguir dos hipótesis: 1. Obligaciones que admiten cumpli-

[225] Ibíd., p. 269.
[226] Ibíd., p. 272.
[227] Ibíd., pp. 272 y 273.

miento en un momento posterior o prolongación de la obligación por el tiempo que duró la infracción, en las que la fecha no es elemento esencial, o resulta más útil al acreedor tal opción que una calificación de incumplimiento definitivo; y 2. Obligaciones que permiten una corrección material o reversibilidad (económica o jurídica) del acto infractor[228].

Ello encuentra explicación en que en las obligaciones negativas no siempre el elemento tiempo está sujeto a un "término esencial", esto es, que si no se cumple en la fecha pautada, el acreedor pierde el interés en el cumplimiento[229]. Por lo que mal puede predicarse indiscriminadas conclusiones absolutas respecto de las obligaciones negativas, en las que no parece que el elemento tiempo tenga una superior relevancia al resto de las obligaciones[230]. De allí que Ferrer de San-Segundo dedique un análisis particular al "retraso en el cumplimiento: la mora de las obligaciones negativas"[231], admitiendo –acertadamente– al margen de la discusión doctrinaria que el foco de atención debe centrarse en el interés del acreedor en seguir considerando la función satisfactiva del pago, esencial en cualquier relación obligatoria[232]. Por lo que la admisión de la mora en la obligación negativa se impone inclusive desde la finalidad de protección del crédito[233] e inclusive para la mejor tutela del deudor[234]. De tal suerte que lo propio es desligarse de una generalización que no encuentra

---

228 Ibíd., p. 273.

229 Como sería el caso del remanido ejemplo de los cantantes que debían acudir cierto día y cierta hora a una fiesta. Después de lo cual pierde enteramente el sentido el cumplimiento de la prestación para el acreedor.

230 Ibíd., pp. 169 y 170.

231 Ibíd., pp. 250-278.

232 Ibíd., p. 265. Véase: Cano Hurtado, María Dolores: **La consignación como mecanismo de liberación del deudor**. Dykinson. Madrid, 2005, p. 156, http://books.google.co.ve/books?isbn=8497725999, señala que el pago tiene doble función: una "liberatoria" para el deudor y otra "satisfactiva" para el acreedor.

233 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 266.

234 Ibíd., p. 267, porque lo contrario (su consideración inamovible) supone una agravación general innecesaria de la responsabilidad, lo cual carece de justificación. Véase también: Ferrer de San-Segundo: **Sobre la mora de las obligaciones negativas**. http://abogadocivilista.ferrerdesansegundo.com/articulos-doctrinales/sobre-la-mora-de-las-obligaciones-negativas/.

razón de ser, pues la obligación negativa será susceptible de mora en la medida que el acreedor pueda seguir presentando interés en su cumplimiento aunque sea retrasado.

2.5. Imposibilidad de cumplimiento

Ya conocemos la noción y los ejemplos de la obligación negativa. Sabemos que la concepción general que soporta la responsabilidad civil hace responder al deudor del incumplimiento –ya sea doloso o culposo– de su obligación, lo que ciertamente es extensible a la obligación negativa. Dentro de las circunstancias eximentes[235] se distinguen las causas que eliminan la culpa[236], de las circunstancias atenuantes, pero de las que se queda sujeto a reparar parte del daño[237]. Por otra parte, dentro de las causas que eliminan la relación de causalidad a los efectos de la responsabilidad civil, se ubica la causa extraña no imputable.

La "causa extraña no imputable" supone aquellas circunstancias ajenas a la voluntad del deudor que le hacen imposible cumplir la prestación debida y por tal lo exoneran de responsabilidad, entre las cuales se ubican el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho del príncipe[238], el hecho de un tercero y el

---

235 Véase: Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 09-08-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039-.html, "Será eximente de su responsabilidad que el hecho dañoso devenga de una causa no imputable a él".

236 Esto es, la ausencia de culpa, conducta objetiva lícita, legítima defensa (Código Civil artículo 1188).

237 Véase: Maduro Luyando: ob. cit., p. 183, que ubica: a) Estado de necesidad: Código Civil artículo 1188; b) Compensación de culpas: concurre culpa del agente y de la víctima, Código Civil artículo 1189. El hecho de la víctima ha de ser culposo. Para Maduro Luyando aplica al ámbito contractual. En la doctrina española se alude a "concurrencia de culpas" cuando un daño se deriva no sólo por culpa del deudor sino también por la del que sufre el perjuicio. No cabe duda que la solución más justa es su admisión; c) Pluralidad de culpas: El daño es imputable a varios autores porque ha concurrido sus culpas. Cualquiera de los coautores responde solidariamente ante la víctima a tenor del artículo 1195 del Código Civil. El que ha pagado tiene acción contra los demás.

hecho del acreedor. Se ubican tales causas entre aquellas que eliminan la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil. Son obstáculos o circunstancias que propician el incumplimiento involuntario, teniendo generalmente, efectos liberatorios y eventualmente efectos restitutorios. El Código Civil en el artículo 1271, alude genéricamente a una "causa extraña" que no le sea imputable al deudor[239], la cual es el género que incluye el "caso fortuito" y la "fuerza mayor" (Código Civil artículo 1272) a los que se agrega el hecho del príncipe, el hecho del tercero y el hecho del acreedor[240].

Con relación al caso fortuito y la fuerza mayor, se acota que los juicios de valor en su determinación han de relacionarse con la diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento de su obligación. Entre sus requisitos se precisa: que el acontecimiento no sea imputable al deudor, que el hecho sea imprevisto y que siendo previsto sea inevitable, que impida al deudor realizar la prestación debida, que entre el acontecimiento y la imposibilidad del cumplimiento exista un nexo de causalidad eficiente[241]. Se ha pretendido distinguir entre fuerza mayor y caso fortuito, con base en el criterio de la "evitabilidad": la fuerza mayor es un acontecimiento que además de imprevisible, es inevitable; el caso fortuito es un hecho imprevisible, pero de haberse previsto hubiera podido evitarse. Otro criterio es el de la procedencia del hecho impeditivo, según sea externo o interno al ámbito en que se desenvuelve la relación obligatoria, así si el suceso es externo es fuerza mayor (terremoto) y si es interno se trata de caso fortuito (robo). Pero lo cierto es que la ley pareciera considerarlos

238 El profesor Lagrange incluye éste dentro de la fuerza mayor. Véase ubicándolo como causa extraña autónoma: Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 130.

239 "El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe".

240 En su mayoría referidos en el artículo 1193 del Código Civil. Véase incluyendo a las anteriores "la pérdida de la cosa debida": Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 131. Figura a la cual no hace referencia el profesor Lagrange en el tema, pues más bien el Código Civil la ubica (artículo 1344) entre los "modos de extinción de las obligaciones". Sobre la pérdida de la cosa debida, véase: Código Civil artículos 1344 y 1345.

241 Lete del Río: ob. cit., p. 130.

sinónimos[242]. En efecto, el caso fortuito se asocia al interior del afectado o su círculo; en tanto, que la fuerza mayor se origina afuera con una violencia insuperable[243]. El deudor no responde por los sucesos que quedan fuera del ámbito de su control. Este ámbito guarda relación con el tipo de diligencia que le sea exigible[244]. Como el deudor soporta el daño, se considera que lo más equitativo es que, en correspondencia, el acreedor haga suyo el posible beneficio que aquel obtuviere como consecuencia del caso fortuito, por ejemplo, la indemnización del seguro por pérdida de la cosa[245]. Sabemos que por aplicación del artículo 1270 del Código Civil la diligencia que ha de considerarse a los efectos del cumplimiento de la obligación es la de un buen padre de familia, la del deudor medio, admitiéndose, sin embargo, que puede por aplicación de la autonomía de la voluntad pactarse una diligencia distinta y también disponerse que se responde inclusive por caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, cabe preguntarse si es predicable la teoría de la causa extraña no imputable que exonera de responsabilidad al deudor ante el supuesto de las obligaciones negativas. Y obviamente, la respuesta sería positiva[246], siempre

---

242 Ibíd., p. 131. Véase igualmente: Lagrange: **Apuntes**..., considera que la ley pareciera utilizar lo términos como sinónimos pues a veces los utiliza conjuntamente (Código Civil artículos 1193 y 1272; Código de Comercio artículos 139, 163, 164, 173, 188, 634 y 915), otros sólo "caso fortuito" (Código Civil artículos 134, 1588 y 1727) en tanto otros solo aluden a "fuerza mayor" (Código Civil artículos 1594 y 1758; Código de Comercio artículos 161, 165 y 168).

243 Diez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 201.

244 Ibíd., p. 202.

245 Lete del Río: ob. cit., p. 132. Véase: Código Civil artículo 1345 que indica que transfiere al acreedor la ventaja o provecho que correspondería a su deudor por la pérdida de la cosa sin culpa de éste; Lagrange, Enrique: **El principio del "*commodum repraesentationis*"; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2001; Lagrange, Enrique: "El principio del '*commodum repraesentationis*'; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil". En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Vol. 68, N° 138. Caracas, 2001, pp. 11-121; Lagrange, Enrique: **El principio del "*commodum repraesentationis*"; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001.

246 Véase en este sentido: Mélich Orsini: **El pago**…, p. 33, al referirse al pago de la obligación negativa indica: "sin embargo, si el deudor de este género de obligación la infringe al ejecutar la conducta prohibida sin que pueda justificarlo por una causa

que el incumplimiento del deber de abstención derive de una fuerza irresistible para el deudor, o derive del hecho de otro, ya sea del príncipe (voluntad del Estado), del acreedor o de un tercero.

Así como acontece respecto de la posición tradicional que niega la posibilidad de incurrir en mora respecto de la obligación de no hacer, no ha faltado en consonancia quien considere que tampoco aplicaría a la obligación negativa la posibilidad de un hecho fortuito. Y así se pregunta Diez-Picazo Giménez luego de no admitir la mora en tales obligaciones: "¿Qué riesgos fortuitos pueden afectar a un deudor de una obligación negativa?[247]; ¿Cómo puede verse compelido fortuitamente el deudor de una omisión de hacer a llevar a cabo un comportamiento de actividad a ejecutar aquello a que se había comprometido de abstenerse?; ¿Qué imposibilidad fortuita, extraña y absoluta, puede impedir a un deudor de una omisión, actuar en contra de lo prometido?"[248].

Pues sí pudieran plantearse ejemplos: si alguien asume la obligación de no utilizar las escaleras, ciertamente ello cede ante un siniestro como incendio o terremoto. Si alguien se obligó a no levantar una pared pero las lluvias torrenciales se lo imponen para salvaguardar su hogar. Si alguien se obligó a un no hacer como no vender un producto pero por imperativo del Estado que se constituye en hecho del príncipe es obligado a ello, queda exonerado de responsabilidad ante el acreedor[249]. Y así por ejemplo, la modelo cuya obligación negativa accesoria consistía en no variar sustancialmente su peso corporal, bien podrá probar a los fines de su liberación, que ello es producto de una afección de

---

extraña no imputable" tal conducta generará responsabilidad civil; Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, pp. 218-238.

247 Véase: Diez-Picazo Giménez: ob. cit., p. 523, se hacía alusión al caso fortuito considerado objetivamente y no a la imputabilidad propia del acreedor o de un tercero en el incumplimiento.

248 Ibíd., p. 524.

249 Véase en este sentido: Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 234, cuando el deudor se haya comprometido a no levantar un vallado que limite las vistas del acreedor o impida su paso a la fuente integrada en el inmueble de aquél, pero las precipitaciones extraordinarias "obligue", dada la ubicación y características de la finca a levantar el muro para evitar los daños o se imponga tal construcción por una norma jurídica.

salud (ejemplo alteraciones del metabolismo) que no le es imputable. El propio hecho del acreedor bien podría excepcionalmente dar causa a la aplicación de la causa no imputable al deudor en las obligaciones de no hacer.

Agrega Moisset que se puede indicar un ejemplo típico de la actuación de la fuerza mayor en la obligación de no hacer: el deudor que se obligó a no talar bosques a cierta distancia del inmueble del vecino, pero una disposición legal por razones de policía vegetal u otra circunstancia impone talar esas plantaciones; entonces, el deudor que obra de esa manera, ejecutando lo que no podía ejecutar, se libera de la obligación sin ninguna responsabilidad[250]. Se agrega la obligación negativa de no hacer humo en una finca para evitar molestias al vecino colindante, pero ello acontece por incendio fortuito[251].

De tal suerte que, aunque aparentemente menos común que en las obligaciones positivas, la teoría de la causa extraña no imputable puede perfectamente encontrar aplicación en la esfera de las obligaciones negativas.

Al efecto, indica acertadamente Ferrer de San-Segundo que en caso de incumplimiento el deudor responderá por cualquier causa de imputación, aunque no medie auténtica voluntad de infringir, "salvo que pruebe que procede su exoneración"[252]. Obviamente la prueba viene dada por la acreditación de la causa extraña no imputable.

2.6. Incumplimiento por alteración de las circunstancias u onerosidad excesiva[253]

Se alude a la dificultad extrema y sobrevenida en el cumplimiento de una obligación en aquellos casos en que si bien no acontece imposibilidad de

---

250 Moisset de Espanés: ob. cit., pp. 346 y 347.

251 Véase en este sentido: Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 224.

252 Ibíd., p. 57.

253 Véase: Mélich Orsini, José: "La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. N° 54. Caracas, 1999, pp. 55-98; Rodner S., James Otis: "La teoría de la imprevisión (Dificultad

cumplir la misma, pesa sin serle imputable al deudor, una gran dificultad en su ejecución. Algunos distinguen dos hipótesis: 1. Que se dificulte el cumplimiento o ejecución de la obligación; 2. La alteración de circunstancias que consiste en la excesiva onerosidad de la prestación. Al efecto surge la "teoría de la imprevisión", que si bien no cuenta con disposición expresa en nuestro ordenamiento civil[254] es admitida por razones de justicia, equidad y equilibrio en la prestación. Precisa que ocurra con posterioridad a la celebración del contrato, esto es, tiene un carácter esencialmente sobrevenido. Debe tratarse, además, de una circunstancia imprevista, extraordinaria, ajena a la culpa del deudor y que haga el cumplimiento extremadamente oneroso (no imposible). Puede llevar a la liberación del deudor o revisión, siendo mayormente aceptada esta última opción[255].

---

de cumplimiento por excesiva onerosidad)". En: **El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 401-449; Lupini Bianchi, Luciano: "Notas sobre la teoría de la imprevisión en el derecho civil". En: **Homenaje a Aníbal Dominici**. Ediciones Liber. s/l, 2008, pp. 265-322 (también en: **Estudios de Derecho Privado**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 85. Caracas, 2010, pp. 303-351; Flah, Lily R. y Smayevsky, Miriam: "La teoría de la imprevisión en la emergencia económica". En: **Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. T. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, 2004, pp. 513-532; Barcía Lehmann, Rodrigo: "Breve análisis de la teoría de la imprevisión en el derecho chileno bajo la perspectiva del análisis económico". En: **Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona**. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, 2002, pp. 191-211; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez: ob. cit., pp. 68-73; Maduro Luyando: ob. cit., pp. 199-202; Rodríguez Ferrara: ob. cit., pp. 145-149.

254 Véase sobre su procedencia en el Derecho Administrativo: Rodner S.: ob. cit., pp. 437-442, con inclusión de las notas 63 y 65, que cita trabajo de Gustavo Linares Benso y Eloy Lares Martínez contenidos en la *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*. Vol. 8. 1993.

255 Véase: Maduro Luyando: ob. cit., pp. 199-202. Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez: ob. cit., pp. 68-73, indican que de aceptarse su procedencia resta por determinar si habrá de modificarse o darse por terminada la relación contractual. Señalan que el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil contiene una referencia en este sentido "o la hiciere demasiado onerosa…". Véase resaltando tal frase igualmente: TSJ/SCC, Sent. Nº 00571 de 25-07-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00571-250707-06839.htm.

Si bien un sector de la doctrina se muestra desconfiado en cuanto a dejar la procedencia de la figura al arbitrio del Juzgador[256], otros la admiten como una alternativa que el demandado pudiera plantear si se cumplen ciertos requisitos a los efectos de propiciar del juzgador un reajuste de las prestaciones[257]. Lupini Bianchi plantea inclusive la onerosidad excesiva dentro de una posible resolución del contrato por quebrantar la buena fe contractual o suspender la ejecución del contrato pendiente de revisión[258], salida que ha asomado la doctrina española al tratar la resolución judicial del contrato por alteración de las circunstancias[259] pues se admite en dicho ordenamiento una

[256] Véase: Mélich Orsini: **La revisión**…, p. 80, la recepción de la teoría de la imprevisión se hace temeraria en un Estado que no posea absoluta confianza en la idoneidad técnica y corrección moral de los integrantes de su Poder Judicial; Barcía Lehman: ob. cit., pp. 208 y 209, la revisión del contrato crea una gran incertidumbre en el cumplimiento de éste. Por lo que la crítica justificada de esta teoría puede afectar la certeza en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, más bien dependen del criterio con los que los tribunales la apliquen; Flah y Smayevsky: ob. cit., p. 532, el problema de la imprevisión está fuertemente influenciado por hecho que debe ser analizado según el prudente arbitrio judicial.

[257] Véase: Rodner S.: ob. cit., pp. 424-432, entre sus requisitos ubica que se trate de un contrato conmutativo de ejecución continuada o diferida, no aplica a contratos aleatorios, no aplica al alea propia del contrato, se refiere a dificultad y no a imposibilidad, la dificultad debe ser sobrevenida, el evento deber ser extraordinario e imprevisible, la dificultad debe ser excesiva, no puede surgir de la culpa del deudor y no procede en caso de mora.

[258] Lupini Bianchi: ob. cit., pp. 307 y 308. En sentido contrario: Rodner S.: ob. cit., p. 432, según el autor la "resolución" por imprevisión sólo procedería en caso de que esté expresamente previsto en la ley, lo que no ocurre en Venezuela.

[259] Véase: Lete del Río: ob. cit., p. 189. En España, la "dificultad extraordinaria o excesiva de la prestación" lo refiere la doctrina a propósito de la "extinción" de la relación obligatoria, pues la doctrina se pregunta si es posible equipararla a la imposibilidad absoluta a lo que Lete refiere que la opinión generalizada es extensiva con base en los principios de equidad y buena fe. Es significativa la sentencia española del 09 de diciembre de 1949 en la que se indica que el deudor no se le puede exigir la prestación "exorbitante", es decir, "aquella que exigiría sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de los deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor". En todo caso –agrega la sentencia española del 06 octubre de 1987– que esta es una cuestión que debe estudiarse con más detenimiento dentro de la doctrina.

suerte de imposibilidad sobrevenida no solo por causa extraña sino por "agravación extraordinaria", predicable respecto de la obligación bajo análisis[260].

La jurisprudencia patria también ha hecho referencia a la figura[261], pues a fin de cuentas el instituto se impone al margen de su no consagración expresa en razón de la justicia, equidad y buena fe[262]. A lo que debe añadirse la proporción de las prestaciones. La teoría de la imprevisión resulta perfectamente aplicable a la obligación negativa en aquellos casos en que la omisión por circunstancias sobrevenidas, ajenas a la voluntad del deudor, hacen extremadamente onerosa la preservación de la abstención. Pudiera dar lugar a petición de la parte al reajuste de las prestaciones e inclusive excepcionalmente a la liberación del deudor, según las circunstancias.

Como ejemplo de posible procedencia en las obligaciones bajo análisis bien puede ubicarse el caso del vecino que contrajo la obligación de no levantar una pared, pero una delincuencia exacerbada sobrevenida le impone tal necesidad a riesgo de su propia seguridad. Vale citar también el caso del actor o la modelo que se comprometió a no variar sustancialmente su apariencia, y por causa sobrevenida tal preservación le resulta extremadamente onerosa, y por tal, a todas luces insostenible o incompatible con el beneficio a obtener del contrato. El ejemplo pudiera lindar inclusive en la causa extraña ante eventos climáticos o bélicos[263],

---

260 Véase: Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 225.

261 Véase: TSJ/SCC, Sent. Nº 00058 de 18-02-08, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/rc-00058-180208-07713.htm; TSJ/SCC, Sent. Nº 000417 de 12-08-11, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/rc.000417-12811-2011-09-601.html; TSJ/SCC, Sent. Nº 0241 de 30-04-02, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/rc-0241-300402-00376-00164.htm.

262 Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 149.

263 Advirtiese *supra* 2.5. donde se indicó el ejemplo de la lluvia como prototipo de causa extraña no imputable (fuerza mayor) que obliga al vecino a colocar la pared. Pero ello pudiera cambiar según el contexto de que se trate si el evento torna la obligación demasiado onerosa. Véase: Rodner S.: ob. cit., p. 428, que refiere, siguiendo la doctrina italiana, que el acontecimiento o evento extraordinario o imprevisible que podría dar lugar a la teoría de la impresión pudiera ser una "guerra", "condiciones climatológicas", o inclusive la "devaluación". El autor concluye que en tiempos actuales es improbable

pero la diferencia vendría dada porque en la causa extraña no imputable el cumplimiento de la obligación resulta imposible en tanto que en la teoría de la imprevisión el cumplimiento es posible pero se hace excesivamente oneroso para el deudor.

2.7. Procedencia de otras figuras en materia de obligaciones

Sin ánimo de extendernos, cabe referir que diversas figuras de carácter general que se estudian en materia de Obligaciones encuentran aplicación respecto de la obligación negativa. Así, por ejemplo, la prestación de dicha obligación tendrá que reunir las características de posible, lícita, determinada o determinable[264] y ser susceptible de valoración económica[265] aunque pudiera ser difícil valorar pecuniariamente la omisión[266]. Y así por ejemplo, mal podría el deudor obligarse a no tocar el cielo, no pudiendo darse compromisos de omisión imposibles o contrarios a las buenas costumbres o al orden público.

En primer término respecto a las tradicionales fuentes de las obligaciones (Código Civil artículos 1133 al 1196), que al margen de la larga discusión histórica y teórica[267], en nuestro Código Civil se enumeran: contrato, gestión de negocios, pago de lo indebido, enriquecimiento sin causa[268], hecho ilícito

---

considerar la "inflación" como un hecho imprevisible, salvo que se trate de un índice desproporcionado a los años previos (ibíd., p. 449).

264 Véase entre otros: Ferrer de San-Segundo: ob. cit., p. 59; Lacruz Berdejo: ob. cit., p. 208.

265 Véase: Bernad Mainar: ob. cit., pp. 52-56. Véase sobre la patrimonialidad: Giorgianni: ob. cit., pp. 36-46.

266 Pero ello no es óbice para tratar de medir su patrimonialidad de igual forma que acontece en las obligaciones positivas. Véase: Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., p. 61, si bien el comportamiento debe ser patrimonialmente valorable puede ser difícil valorar la omisión debida, por cuanto una misma abstención puede tener distinta cuantificación al responder a diverso interés. A menos que se haya fijado una cláusula penal lo cual sería recomendable.

267 Véase: Álvarez Caperochipi: ob. cit., p. 26, un sector de la doctrina española reconoce tres fuentes autónomas: el contrato, la responsabilidad por daños causados y el deber de restituir lo recibido sin causa; Beltrán de Heredia y Onis: ob. cit., pp. 116-123, agrega como fuente autónoma: "la responsabilidad objetiva por riesgo", el autor cita como ejemplos en el Derecho español: la responsabilidad por circulación de vehículos

y la ley. Cabe observar que la fuente por antonomasia de la obligación negativa, por su naturaleza y finalidad, será en principio el contrato. El contrato es probablemente la más utilizada de las fuentes de las obligaciones[269]. Y por tal, también encontrarán aplicación respecto de la obligación en comentarios, las figuras estudiadas a propósito de la teoría general del contrato[270], entre las que cabe citar: los elementos de existencia (Código Civil artículo 1141; consentimiento, objeto y causa) y validez (Código Civil artículo 1142; vicios del consentimiento[271] e incapacidad[272]), la formación del contrato[273], la nulidad

---

de motor, transporte aéreo, energía nuclear, ejercicio de la caza; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez: ob. cit., p. 62, indican que "en el Derecho venezolano, dejando de lado la facultad para testar, la declaración unilateral de voluntad no constituye una fuente unilateral de obligaciones"; sobre esta última véase Palacios Herrera: ob. cit., p. 25, no se puede decir que en la doctrina hay unanimidad en lo que respecta a su reconocimiento, pues aún se discute si es fuente nueva de obligaciones.

268 Se afirma que el enriquecimiento sin causa es el género y las especies son la gestión de negocios y el pago de lo indebido, por lo que aunque se eliminasen estas últimas subsistirían por aplicación de la primera. Véase: Rodríguez Ferrara: ob. cit., p. 37. Véase: Código Civil artículos 1173 al 1184.

269 Beltrán de Heredia y Onis: ob. cit., p. 105.

270 Véase: Melich Orsini: **Doctrina**... (*in totum*); Maduro Luyando: ob. cit., pp. 373 y ss.; Palacios Herrera: ob. cit., pp. 128 y ss.; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez: ob. cit., pp. 19-103.

271 Véase: Código Civil artículos 1146 y ss.; Urdaneta Fontiveros, Enrique: "Contratos bajo presión: la disciplina de la *vis* compulsiva en la legislación venezolana". En: **Homenaje a Aníbal Dominici**. Ediciones Liber. s/l, 2008, pp. 109-168; Urdaneta Fontiveros, Enrique: **El error el dolo y la violencia en la formación de los contratos**. 1ª reimp., Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010; **Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158**. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado. Caracas, 1982.

272 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil**. 3ª, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores N° 1. Caracas, 2010.

273 Véase: Maduro Luyando: ob. cit., pp. 487-500; Mélich Orsini: **Doctrina**…, pp. 101-142; Mélich Orsini, José: "Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato". En: **Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23. Caracas, 2007, pp. 67-134; Lupini Bianchi, Luciano: "El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa". En: **Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales

(Código Civil artículos 1346 a 1353), los efectos (Código Civil artículos 1159 a 1168), la interpretación[274], etc.

Así mismo, encuentra igualmente aplicación las diversas especies de obligaciones (Código Civil artículos 1197 al 1256), a saber, obligaciones condicionales, a término, alternativas, solidarias, divisible e indivisibles. Sobre esta última clasificación se suele afirmar que las obligaciones negativas son generalmente "indivisibles" dado que la prestación de la actividad omisiva no es susceptible de división, quedando incumplido completamente el deber jurídico asumido con un solo acto de contravención[275]. Pero se matiza tal afirmación señalando que no puede negarse de forma absoluta la divisibilidad dadas las particularidades de las múltiples obligaciones negativas[276]. Por lo que se admite que las obligaciones negativas serán divisibles cuando se puedan descomponer en actividades cualitativamente proporcionales y conserven su valor económico[277]. "En las obligaciones negativas indivisibles con pluralidad de deudores, a diferencia de las positivas, el cumplimiento de una de ellas no

– Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23. Caracas, 2007, pp. 135-251; Santos Briz: ob. cit., pp. 73-97.

274 Véase: Escovar León, Ramón: "La interpretación de los contratos, la casación en la obra de José Mélich Orsini". En: **Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos Nº 29. Caracas, 2012, pp. 141-167; Urbina Mendoza, Emilio J.: "La interpretación de los contratos y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil Venezolana (1875-2005)". En: **Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23. Caracas, 2007, pp. 365-430; Barrios, Haydee: "La interpretación del contrato por el Juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado". En: **Libro Homenaje a José Mélich Orsini**. Vol. I. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado. Caracas, 1982, pp. 21-186.

275 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 113. Véase en tal sentido: Egusquiza Balmaseda: "Obligaciones negativas incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual", p. 157, cada acto contrario a la omisión posee virtualidad propia y frustra el interés perseguido por el acreedor. La razón de ello estriba en la estructura de la obligación negativa, ya que por ser indivisible resulta insusceptible de un cumplimiento parcial.

276 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 114.

277 Véase: Llanos Lagos: ob. cit., p. 119. Para el autor la mayoría de las obligaciones negativas postcontractuales serían divisibles.

libera a los demás del vínculo obligatorio, porque todos tienen que observar el comportamiento debido para que la obligación se desarrolle en toda su extensión. De modo que cuando la pluralidad de deudores se constituye al transmitirse a los coherederos o coadquirentes del originario deudor singular, se produce una suerte de multiplicación de la relación obligatoria"[278].

En cuanto a si a la obligación negativa aplica la idea de la obligación natural[279] generalmente fundada en un deber moral que tiene por efecto la no repetición o devolución de lo pagado[280], vale decir que si bien es difícil concebir un pago en dinero con base en una obligación negativa, se debe ser más amplio en el sentido de considerar que la conducta omisiva que no estaba basada en una obligación civil sino natural, es perfectamente válida, por lo que nada tendrá que reclamar el deudor. Y así, una omisión debida pero que estaba prescrita y no obstante fue cumplida debe reputarse perfectamente válida.

Así mismo para Ferrer de San-Segundo, podría plantearse la institución del pago o cobro de lo indebido (Código Civil artículo 1179). Se discute la compatibilidad de la figura por la dificultad pragmática de encaje de la idea de "restitución" de prestaciones en sede de obligación negativa y la dificultad

---

278 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 121.

279 Véase: Zambrano Velasco: **Teoría General de la Obligación**…, pp. 163-238; Zambrano Velasco, Luis Alberto: "Las obligaciones naturales". En: *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*. N° 21. Editorial Sucre – Fundación Rojas Astudillo. Caracas, 1976-1978, pp. 9-109; Giorgianni: ob. cit., pp. 107-135; Maduro Luyando: ob. cit., pp. 230-234; Rodríguez Ferrara: ob. cit., pp. 44 y 45; Ochoa Gómez: ob. cit., pp. 69 y 70; Palacios Herrera: ob. cit., pp. 319-324; Navia Arroyo, Felipe: "Las obligaciones naturales en el Código de Bello". En: **Estudios en Homenaje al profesor Dr. D. Alejandro Guzmán Brito**. http://dialnet.unirioja.es/servlet/ articulo? codigo=3171365&orden=244390; Rocco, Enma Adelaida: **Obligaciones: Obligaciones Civiles y naturales. Comunicación efectuada por la Profesora Dra. Emma Adelaida Rocco en la sesión privada extraordinaria de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires del 28 de abril de 2006**. http:// www.ciencias.org.ar/user/files/Rocco.pdf; Gil Ljubetic, Rodrigo: **Separata 2 Obligaciones Naturales**. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Curso de Obligaciones, https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/1/D122A0415/2/material.../118990.

280 Véase: Código Civil artículo 1178.

del concepto de restitución, pero nada impide ajustar la expresión normativa a la realidad de este tipo de obligaciones[281]. Aunque en tal caso la obligación y su resultado debe haber sido recibida por el hipotético acreedor, es decir, haber tenido consciencia de ella y no haber sido advertido de la no sujeción ni rehusado sus efectos[282].

En cuanto a la carga de la prueba de las obligaciones[283] dispone el artículo 1354 del Código Civil: "Quien pida la ejecución de una obligación deberá probarla y quien pretenda haber sido libertado de ella debe probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación". En sentido semejante se pronuncia el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. La liberación de la obligación negativa no está exenta de precisar de la respectiva prueba, a saber, del correspondiente finiquito o del respectivo hecho extintivo. Se afirma que "el acto jurídico que constituye el cumplimiento, recepción y conformidad del acreedor puede y debe quedar reflejado materialmente en algún instrumento que permita acreditar su realidad"[284]. Sin embargo, la dinámica de la relación obligatoria negativa y el carácter omisivo que pesa sobre el deudor generalmente podrá originar un cumplimiento pendiente de finiquito,

---

281 Véase: Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, pp. 176 y 177.

282 Ibíd., p. 178, la acción del deudor es de restitución de prestaciones y no de resarcimiento, por aplicación de la regla *solutio indebito, solverit condicen poterit*. Si además se ha causado un daño al deudor puede mediar responsabilidad contractual o extracontractual. La obligación de repetir el valor de lo cumplido es distinta de la restitutoria del beneficio en que uno se ha enriquecido.

283 Véase: Rodríguez Ferrara: ob. cit., pp. 63-71. La carga de la prueba depende de la posición que asuma el demandado: si reconoce la obligación debe pagar. Si niega la obligación el demandante deberá probar que efectivamente existe la obligación. Otra opción es que el demandado reconoce pero alega existencia de un hecho que tiende a destruir el derecho del demandante. Respecto a la obligación negativa, el deudor deberá acreditar la omisión.

284 Véase: Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 147. Véase, ibíd., p. 148, sin embargo la norma está concebida generalmente para las obligaciones dinerarias, no existiendo una norma específica en materia de prueba del pago de las obligaciones negativas, por lo que el recibo se presenta como el medio más general, básico y sencillo de la acreditación del cumplimiento aunque su expedición no esté normada. Véase sobre las presunciones y prueba de cumplimiento de la obligación negativa: ibíd.,

por lo que bien podría acontecer que éste pruebe el cumplimiento por cualquier medio[285].

Indicamos que ciertamente el incumplimiento de la obligación negativa podrá generar responsabilidad civil, pero puede caber en la materia la discusión relativa al "cúmulo de responsabilidades" contractual y extracontractual que algunos aceptan[286] y otros rechazan[287]. Ello podría presentarse respecto de la

pp. 147-150, la autora distingue entre las prestaciones únicas y continuadas; en las primeras será más fácil la obtención de la prueba del cumplimiento; en las continuadas puede reclamarse esta última al final de cada período pactado, siendo que la negativa injustificada del acreedor a emitirlo puede dar lugar a la suspensión de la prestación por el deudor.

285 Véase: Castillo Silverio, Junior Andrés: **Diferentes medios de obtener el cumplimiento de las obligaciones**. http://www.monografias.com/trabajos89/medios-obtener-cumplimiento-obligaciones/medios-obtener-cumplimiento-obligaciones.shtml, la carga de la prueba del pago pesa sobre el deudor, pero la ley permite acudir a todo medio de prueba cuando ha sido imposible moralmente procurarse un documento o recibo que pruebe el pago realizado.

286 Véase: Álvarez Oliveros, Ángel: "El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de las clínicas privadas en casos de mala praxis médica, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia". En: **IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual –extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange**. T. I. Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados. Caracas, 2012, pp. 70-73; Madrid Martínez, Claudia: **La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Tesis Nº 4. Caracas, 2009, pp. 157 y 158, la autora resume las condiciones que ha fijado la doctrina (Mélich y Sansó) para admitir su procedencia y reseña que la jurisprudencia ha llegado a admitir la concurrencia de responsabilidades.

287 Véase: Adrián, Tamara; "Nuevas modalidades de responsabilidad civil y los vacíos del sistema". En: **Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos Nº 29. Caracas, 2012, p. 430, crítica la inusual solución jurisprudencial venezolana que permite la acumulación de acciones contractuales y extracontractuales, pues a decir de la autora dicha solución es inadmisible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que afirman las especificidades de ambos sistemas. Agrega que las peripecias que deben hacer los demandantes para tratar de hacer ver al Juez la existencia de un hecho ilícito distinto del simple incumplimiento contractual tiene muchas veces más ejercicios de malabarismo jurídico que de examen riguroso de las situaciones involucradas; Mélich Orsini, José: **La responsabilidad civil por hechos ilícitos**. T. I. Biblioteca de la Academia de Ciencias

obligación bajo análisis, en aquellos supuestos que, al margen de la relación contractual que da origen a la obligación negativa, el deudor incurra en responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de haber infringido el deber de no dañar a los demás o incurrir en abuso de derecho (Código Civil artículo 1185). El criterio unificador con base en la unidad de la responsabilidad propugna un tratamiento individual de ambas categorías (contractual y extracontractual)[288].

Así mismo, caben en la materia las modalidades de "transmisión de las obligaciones"[289], pues las obligaciones negativas –salvo las personalísimas o que lo impida su propia naturaleza– son perfectamente transmisibles[290] mortis causa o por acto entre vivos[291], siendo dentro de esta última importante el caso de la cesión de créditos[292].

Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 45. Caracas, 1994, p. 307, "evitar la contaminación de la teoría del contrato por aquellos principios que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual". Véase sin embargo, citando a Mélich Orsini ("El resarcimiento del daño moral") a favor de su procedencia bajo ciertas condiciones: Alvaréz Oliveros: ob. cit., p. 72; Madrid Martínez: **La responsabilidad civil**…, pp. 157 y 158, nota 491); Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, Sent. 09-08-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039-.html, "La doctrina nacional al respecto es contradictoria por cuanto existen autores que indican que la acción por daños y perjuicios debe ser accesoria a la de cumplimiento contractual o resolución por incumplimiento conforme el análisis que del artículo 1264 del Código Civil realizan; mientras que otro sector establece que sí es posible interponer la demanda de forma independiente y autónoma conforme al artículo 1271, lo que sí está claro en principio es que la responsabilidad contractual excluye en principio a la responsabilidad ordinaria por hecho Ilícito o Aquiliana, por cuanto la fuente de tal responsabilidad es totalmente diferente en ambos casos y en la primera la culpa, la causalidad y el daño deviene del incumplimiento de normas contractuales y en la ordinaria de otras diferentes a las contempladas en el contrato".

288 Véase: Llanos Lagos: ob. cit., p. 24.

289 Véase: Maduro Luyando: ob. cit., pp. 278-294; Rodríguez Ferrara: ob. cit., pp. 315-321.

290 Véase sobre la transmisión del crédito en la obligación negativa: Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., pp. 180 y ss.

291 Ibíd., p. 106.

Ahora bien, en cuanto a las acciones protectoras del crédito, a saber, la acción oblicua[293], acción pauliana[294] y acción de simulación[295], su procedencia, si bien resulta poco usual o de difícil nitidez dada la naturaleza de la obligación bajo análisis, porque generalmente se asocia a obligaciones dinerarias, no es enteramente descartable en el caso que nos ocupa, pues recordemos que el acreedor de la obligación negativa tiene a su favor el cumplimiento forzoso ya sea en especie o en su defecto por equivalente, el último reducido a una indemnización pecuniaria, por lo que bien puede tener interés en proteger su crédito de la inercia, fraude o actos simulados del deudor.

A la obligación negativa le son aplicables las circunstancias de la obligación relativas al "tiempo" de vigencia de la relación obligatoria[296] (pues las obligaciones son por esencia "temporales"; mal podría pretenderse una obligación negativa perpetua) y "lugar"[297]. La obligación negativa puede tener carácter principal o accesorio[298], y puede ser simple o estar afectada por modalidades como el término y la condición, la cual puede ser suspensiva o resolutoria, positiva o negativa[299].

---

292 Véase: Código Civil artículos 1549 al 1557; Gorrín Falcón, Guillermo: "La cesión del crédito garantizado con hipoteca". En: **Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, 2004, pp. 615-655.

293 Véase: Código Civil artículos 1278 y 1017.

294 Véase: Código Civil artículos 1279 y 1280; Mélich Orsini, José: "El fraude a los acreedores y la acción pauliana". En: **Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, 2004, pp. 829-871.

295 Véase: Código Civil artículo 1281; Guanipa Villalobos, José Manuel: "Prueba de la simulación y mito del contradocumento". En: *Cuestiones Jurídicas.* Vol. I, Nº 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2007, pp. 58-80; Rodríguez Ferrara: ob. cit., pp. 187-192.

296 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 177.

297 Ibíd., pp. 87-93. Véase sobre el lugar, tiempo y costos del contrato en general: Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez: ob. cit., pp. 76-80.

298 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 95.

299 Véase: ibíd., pp. 96-99.

Así mismo, *mutatis mutandi*, respecto de la obligación negativa bien pudiera plantearse la distinción entre obligación genérica y específica, según la cual podría mediar una abstención genérica no entendida como sinónimo de absoluta sino con una "genericidad" que admita grados de precisión. Pero la posible ilicitud pierde nitidez cuando se precisa el género y no se observa diferencia apreciable entre no vender naranjas de cualquier especie, precio y cantidad y la obligación de no vender naranjas que necesita especificarse *a posteriori*. Por lo que no ha de excluirse en principio la virtualidad de las obligaciones negativas de carácter no estrictamente específico o subsumibles en la denominación de "género limitado"[300]. Recordemos que lo importante para medir la licitud de la obligación negativa aunque genérica, será que se manifieste en el estricto ámbito de la autonomía de la voluntad y que no roce el orden público configurando una violación del derecho a la libertad en general.

Aplica a la obligación negativa igualmente el concepto de prestación "infungible", esto es, que debe ser realizada personalmente por el deudor dado que forma parte del interés del acreedor, mayormente porque precisa el concurso o voluntad del deudor amén de que la prestación pudiera ser personalísima[301]. Pero su carácter infungible no se presenta necesariamente, tal es el caso de algunas obligaciones negativas que al ser incumplidas pueden ser objeto de ejecución forzosa (destruir lo ejecutado)[302]. También podría acontecer que la conducta negativa sea ejecutada por una suerte de representante o sujeto designado por el deudor, en cuyo nombre se está ejecutando la abstención, que logre el resultado querido por el acreedor[303].

---

300 Ibíd., p. 101.

301 Ibíd., p. 104, "en materia de obligaciones negativas se ha venido sosteniendo su carácter infungible, no ya porque la contemplación de la persona del deudor haya sido determinante al constituirlas, sino porque resulta imposible realizarla sin su concurso, deslindar el sujeto de la prestación, ya que el objeto es su misma conducta. Más que un supuesto de insustituibilidad (necesidad convencional), estaríamos ante una hipótesis de auténtica inseparabilidad (necesidad natural). Otra cosa es que, además, la prestación sea personalísima, habiéndose contratado con ese concreto deudor en atención a sus cualidades y circunstancias". Véase también: Llanos Lagos: ob. cit., p. 120, la obligación negativa adquiere carácter infungible o personalísimo si su sustituibilidad es imposible.

302 Véase: Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, p. 105.

Ochoa Gómez señala que la obligación de no hacer se traduce en una obligación "de resultado", pues desde el momento que se actúa debiendo abstenerse se viola la misma, sin que sea necesario indagar si este incumplimiento es culposo[304]. Respecto de la aplicación de la distinción entre obligaciones "de medio" y de "resultado", se afirma que siendo en la obligación negativa la conducta omisiva el objeto y contenido de la obligación, el resultado de la inactividad "no parece que pueda quedar comprometido". Esto es, al constituirse la obligación no se está comprometiendo el deudor a un resultado sino a la abstención, no garantizando los efectos que su omisión pudiera generar[305]. De allí que se concluya acertadamente que la verdad es que no puede entenderse que las obligaciones negativas siempre son de resultado[306]. Rige la misma idea respecto de que no caben reglas o conclusiones radicales en la obligación bajo análisis pues se precisa el examen particular del caso concreto.

Aplican igualmente a las obligaciones negativas las figuras y normas relativas al pago[307] (Código Civil artículos 1283 y ss.), no obstante algunas precisiones que hace la doctrina[308], entre otros aspectos en cuanto a su identidad[309] e integridad

303 Ibíd., pp. 105 y 106.

304 Ochoa Gómez: ob. cit., pp. 78 y 79.

305 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**…, pp. 124 y 125.

306 Ibíd., p. 126.

307 Véase: ibíd., pp. 131 y ss.; Mélich Orsini: **El pago**…, pp. 32-34. Véase sobre el pago en general también: Carnevali de Camacho, Magaly: **Naturaleza y requisitos del pago**. Universidad de los Andes. Mérida, 1988; Maduro: ob. cit., pp. 296-328; Rodríguez Ferrara: ob. cit., pp. 75-98; Benalcázar K., Gonzalo: **El pago efectivo de las obligaciones**. pp. 241-264, www.udea.edu.co/.../Vol%20XXI%20Rev%2062%20parte%203.pdf.

308 Véase: Mélich Orsini: **El pago**…, pp. 32 y 33, en la obligación de no hacer no se requiere que el deudor manifieste ninguna voluntad de cumplir, esto es, no se requiere de su parte del *animus solvendi*, sino que basta que su conducta pasiva satisfaga el interés del acreedor. No ha dejado de ser controvertida la calificación de pago dada la abstención de una conducta prohibida, habida cuenta que el cumplimiento de esa conducta pasiva del deudor de una obligación de no hacer es algo que se actualiza en un determinado momento, sino que postula una continuada omisión y, como tal, haría pensar en una suma de infinitos momentos de cumplimientos parciales. Sin embargo, si el deudor de este género de obligación la infringe al ejecutar la conducta prohibida sin que pueda justificarlo por una causa extraña no imputable, tal infracción generará responsabilidad civil al igual que el incumplimiento de cualquier otra obligación.

(el pago ha de ser completo)[310], lugar, gastos, etc. Siendo de difícil procedencia por la naturaleza omisiva de la obligación negativa la figura de la oferta real y depósito subsiguiente[311], que tiene lugar en caso de negativa injustificada del acreedor a recibir el pago del deudor quien puede liberarse mediante la consignación judicial de la "cosa" debida[312]. Se acota que por su carácter no dinerario y por requerirse absoluta identidad entre las prestaciones resulta improcedente a la obligación negativa la figura de la imputación de pagos[313]. Y precisamente por el carácter no dinerario de la obligación negativa también resulta de difícil procedencia los supuestos taxativos de pago con subrogación[314]. Rige igualmente respecto de la obligación en comentarios la mayoría de los diversos modos de extinción de las obligaciones[315] distintos al pago, ya sean que impliquen satisfacción del acreedor (la dación en pago[316]; la compensación por precisar identidad y homogeneidad resulta en principio improcedente dado el carácter no pecuniario de las obligaciones negativas[317] a menos que se traduzcan a su valor económico[318]) o sin satisfacción para el

---

309 Véase: Código Civil artículo 1290, no se puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta; TSJ/SCC, Sent. Nº 00571 de 25-07-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00571-250707-06839.htm.

310 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., pp. 134 y 135; Mélichi Orsini: **El pago**…, pp. 17-23.

311 Véase: Código Civil artículos 1306 al 1313. Procede en los siguientes tipos de pago: obligaciones pecuniarias, de cuerpo determinado, de inmueble por su naturaleza o destinación. Rodríguez Ferrara: ob. cit., pp. 97 y 98.

312 Álvarez Caperochipi: ob. cit., p. 98.

313 Véase: Código Civil artículos 1302 al 1305; Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., p. 152.

314 Véase: Código Civil artículos 1298 al 1301.

315 Véase: Mélich Orsini, José: **Modos de extinción de las obligaciones**. 2ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios Nº 60. Caracas, 2006.

316 Véase: Código Civil artículo 1834; Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., p. 165-168.

317 El artículo 1333 del Código Civil impone que se trate de dos deudas que tengan igualmente por objeto una suma de dinero o una cantidad determinada de cosas de la misma especie. Véase: Código Civil artículos 1331 al 1341; Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., pp. 160-163; De Jesús O., Alfredo: "La pretendida compensación legal: notas críticas sobre una noción artificial". En: **Temas de Derecho Procesal**. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N°15. Caracas, 2005, pp. 301-323.

acreedor (prescripción[319], novación[320], delegación[321], confusión[322] o remisión de deuda[323]).

---

318 Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., p. 163. Pudiera ser que en dos obligaciones negativas se haya estipulado una cláusula penal en caso de incumplimiento, en cuyo supuesto si éste fuera recíproco sí pudiera operar la figura.

319 Véase: Código Civil artículos 1952 y ss.; Mélich Orsini, José: **La prescripción extintiva y la caducidad**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2002; Mélich Orsini, José: "La interrupción de la prescripción". En: **Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren**. T. II. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2001, pp. 107-150; Mendoza, José Rafael: "Los problemas de la caducidad". En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Vol. 71, Nº 129. Caracas, 1994, pp. 63-77; Zuleta González, Atilio: "La caducidad y la prescripción en la legislación venezolana". En: *Revista de la Universidad del Zulia*. Vol. 3, N° 11. Maracaibo, 1960, pp. 27-32; Barboza Russian, Henando: "Caducidad legal y contractual en el procedimiento civil venezolano". En: *Cuestiones Jurídicas*. Vol. 1, N° 1. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2007, pp. 29-61; Fuenmayor G., José Andrés: "La caducidad contractual". En: *Opúsculos Jurídicos. Evolución y perspectiva del Derecho Procesal en el país*. Edit. Texto C.A. Caracas, 2001, pp. 225-230; Barreto, Rafael D.: "La caducidad contractual en los contratos de seguros". En: *THEMIS Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*. Barquisimeto, 1994, pp. 11-22; Palacios, Leopoldo: "La prescripción y la caducidad en materia de seguros". En: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Nº 138. Caracas, 1979, pp. 91-119; Baumeister Toledo, Alberto: "Algunas consideraciones sobre la defensa de la caducidad en el seguro". En: **Libro Homenaje a las X Jornadas "Dr. José Santiago Núñez Aristimuño"**. Vadell Hermanos Editores – Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez. Valencia – Caracas, 2000, pp. 217-242. Véase a propósito de los requisitos de la prescripción: TSJ/SCC, Sent. Nº 0271 del 02-05-07, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/rc-00271-020507-06741.htm: "La necesidad de exigir el cumplimiento o ejercer la acción: presupone el no uso de su derecho por parte del acreedor por culpa imputable a él. El acreedor debe y puede ejercer su derecho de exigir el cumplimiento al deudor y no la ejerce. Ello no quiere significar que para que ocurra la inercia del acreedor basta que éste no actúe, pues existen situaciones en que el acreedor no actúa y, sin embargo, está ejerciendo su derecho, así ocurre con el acreedor de una obligación de no hacer, pues mientras el deudor desarrolla su conducta pasiva, el acreedor estará ejerciendo su derecho sin necesidad de actuar".

320 Véase: Código Civil artículos 1314 al 1325; Garbati Garbati, Guido y León Parada, Alejandra: "La novación". En: **Studia Iuris Civilis. Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster**. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 16. Caracas, 2004, pp. 277-298.

321 Véase: Maduro Luyando: ob. cit., pp. 337-342; Código Civil artículos 1317 y ss.

Así mismo, podría mediar la estipulación a favor de tercero[324] o la promesa por otro[325] y otras tantas figuras que exceden del ámbito de las obligaciones para posicionarse en instituciones del Derecho Civil Patrimonial con especial referencia a los Contratos. Así como, por contrapartida, se discute en principio la improcedencia del desistimiento unilateral del contrato[326], por lo que la obligación bajo análisis efectivamente no escapa de las reglas y principios que rigen el Derecho de las Obligaciones, en la medida que su propia naturaleza lo permita. Los institutos de la materia han de ser vistos a la luz de la particular naturaleza de la relación obligatoria negativa, procurando dejar de lado la percepción de que se trata de una obligación incompatible con diversos

---

322 Véase: Código Civil artículos 1342 y 1343; ibíd., pp. 354-356; **Código Civil de Venezuela. Artículos 1326 al 1345**. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Ediciones de la Biblioteca. Caracas, 1997.

323 Véase: Código Civil artículos 1326 al 1330; Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., pp. 164 y 165. Véase sobre la remisión de deuda: Mélich Orsini, José: "La remisión de deuda". En: **El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique**. T. I. Universidad Católica Andrés Bello – Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados. Caracas, 2003, pp. 217-244; **Código Civil de Venezuela. Artículos 1326 al 1345**. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Ediciones de la Biblioteca. Caracas, 1997; Maduro Luyando: ob. cit., pp. 350-353.

324 Véase: Código Civil artículo 1164; Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., pp. 191-193; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez: ob. cit., pp. 61 y 62, para que el beneficiario pueda ejercer el derecho de crédito se requiere que manifieste su voluntad de querer aprovecharse de él.

325 Véase: Código Civil artículo 1165; Ferrer de San-Segundo: **La obligación**..., pp.188-190.

326 Véase: Corsi, Luis: "Algunos aspecto del desistimiento *ad nutum* del vínculo contractual: Esbozo para su estudio". En: **Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, 2004, pp. 353-383. Concluye el autor que "en principio 'lo pactado se inmoviliza' e impide que una de las partes haga desaparecer por su sola voluntad el vínculo que la unía a la otra"; Annicchiarico Villagrán y Madrid Martínez: ob. cit., p. 61, los autores consideran que los contratos de tracto sucesivo de duración indeterminada deberían poder ser terminados unilateralmente por cualquiera de los contratantes o sus causahabientes, pues los compromisos perpetuos constituyen una alienación permanente de un atributo de la libertad de las personas, lo cual es inadmisible por inconstitucional.

tópicos. Las conclusiones radicales no son convenientes en una categoría de obligaciones que puede presentar tantos matices como infinitas posibilidades.

La obligación negativa se presenta así como una manifestación omisiva de la conducta del deudor que, no obstante presentar particularidades, no escapa a las reglas y principios generales que rigen el amplio espectro del Derecho Civil Patrimonial. Su presencia práctica es indudable, especialmente en el ámbito de las obligaciones accesorias, siendo quizás por tal carácter que no ha logrado captar sobremanera la atención de la doctrina patria.