

# CLASIFICACION DE LA OBLIGACION DE ENTREGAR

EDUARDO NIÑO TEJEDA  
Universidad Católica de Valparaíso

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los Arts. 956, 1438, 1535, 1555, 1553, 1460, 1461 y 1548, entre otros, consagran expresamente en nuestro derecho positivo civil la clasificación de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

La obligación de entregar aparece consagrada a su vez por los Arts. 1526 N° 2, 1548, 670, 1824, 2174 y otros del Código Civil.

¿A cuál clase de obligaciones pertenece la obligación de entregar?

Las posibilidades posibles son dos: o es obligación de dar o es obligación de hacer.

La importancia de lo que se concluya al respecto radica en los distintos efectos que produce cada una de estas obligaciones y que se expresan a continuación:

a) En cuanto a la ejecución forzada, las obligaciones de dar se rigen por las reglas del juicio ejecutivo contempladas en el título I del Libro III del CPC., que fundamentalmente consisten en el embargo y realización de bienes; se cumplen o pueden siempre cumplirse "manu militari", o en naturaleza. Las obligaciones de hacer se rigen en este aspecto por las reglas del Art. 1553 del Código Civil y del Título II del Libro III del CPC que fundamentalmente contemplan el apremio del deudor con multas y arrestos,

la ejecución por un tercero a expensas del deudor, o la indemnización compensatoria; no se cumplen ni pueden cumplirse "manu militari" ni en naturaleza, sino por equivalencia, salvo que el hecho debido consista en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación, en que puede ejecutarlo el juez a nombre del deudor.

b) En cuanto al pago efectivo, en las obligaciones de dar puede hacerlo por el deudor cualquiera persona a nombre del deudor, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor. En cambio, si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor (Art. 1572).

c) En cuanto a la competencia del tribunal, "si la acción entablada fuere inmueble, serán competentes para conocer del juicio, a elección del demandante: el juez del lugar donde debe cumplirse la obligación, el del lugar donde se contrajo la obligación, o el del lugar donde se encontrare la especie reclamada (C.O.T., Art. 135); si la acción entablada fuere de las que se reputan muebles, será competente únicamente el juez del lugar donde debe cumplirse la obligación" (C.O.T., Art. 138).

Las acciones para exigir el cumplimiento de una obligación de dar serán muebles o inmuebles según lo sea la cosa que se debe (C. Civil, Art. 580); en cambio, las obligaciones de hacer son siempre muebles (C. Civil, Art. 581).

d) En cuanto a su extensión, las obligaciones de dar son complejas, pues contienen la de entregar la cosa (C. Civil, Art. 1448); en cambio, las obligaciones de hacer son simples, sólo imponen la ejecución del hecho convenido.

e) En las obligaciones de dar, como dice Alessandri (C. Civil, Teoría de las obligaciones, p. 18, Zamorano y Caperán, Santiago, 1934), "el acreedor puede llegar a ser dueño de la cosa; en la obligación de entregar sólo adquiere el uso o tenencia de la cosa, más no el dominio", lo

cual, a mi juicio, debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 2510 N° 3 del Código Civil.

La obligación de entregar es aquella que tiene por objeto el traspaso de una cosa de manos de una persona a otra.

Este traspaso es un hecho que produce diversos efectos según sea la intención con que se realiza.

Los títulos traslaticios de dominio (venta, permuta, donación entre vivos, dación en pago, aporte social, etc.) revelan siempre la intención de transferir el dominio (o cualquier otro derecho real), dado que, por su naturaleza, sirven para transferirlo (Art. 703) y anteceden a una tradición (Art. 670).

Si la intención es transferir o devolver la mera tenencia, tal traspaso es un pago que no crea derecho real alguno sino que representa el cumplimiento de la obligación propia de un derecho personal.

La obligación de entregar existe en toda obligación de dar (1548) y en aquellas obligaciones de hacer en que se debe proporcionar el goce o la restitución de una cosa sin constituir un derecho real como en el arrendamiento (1924 N° 1° y 1947), en el mandato (2158 N° 1° y 2166), en el comodato (2174 y 2180), en la anticresis (2435 y 2444), etc.

En doctrina, *obligación de dar* es aquella que tiene por objeto transferir el dominio y transferir o constituir cualquier otro derecho real.

*Obligación de entregar*, en este mismo terreno, es aquella que tiene por objeto transferir la mera tenencia de una cosa, sea que para exigir este traspaso de la tenencia se invoque un derecho real o un derecho personal.

Claro Solar dice que la obligación de dar, "daré", supone esencialmente un título que, según la intención de las partes o la disposición de la ley, debe hacer al acreedor propietario de la cosa que constituye el objeto de este título, o hacerle adquirir un derecho real o permitirle el uso o tenencia sobre esta cosa; la obligación de entregar sólo es

por su naturaleza secundaria y puede proceder, sea de una obligación de dar, sea de una obligación de hacer; y toma su carácter del compromiso principal de que deriva, no siendo, por consiguiente, sino una obligación de hacer cuando el compromiso a que se refiere es solamente una obligación de hacer. "Obligaciones de hacer son las que tienen por objeto la ejecución de un hecho distinto de una entrega que deba efectuarse en virtud de una obligación de dar". (Explic. de C. Civil Ch. y Comp. t. 10, p. 547 Edit. Nascimento 1936).

En Chile, parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia refunde ambos conceptos y da una definición amplia según la cual obligación de dar es aquella que tiene por objeto transferir el dominio o la mera tenencia, y transferir o constituir cualquier otro derecho real.

Este planteamiento coincide con el de Rezzonico, quien afirma que "En realidad las obligaciones de dar son obligaciones de hacer cuyo objeto consiste en el hecho de entregar la cosa debida". (Manual de las Obligaciones, Edic. Depalma, B. Aires, 1967, p. 135). Se basa este autor en el Art. 574 del Código Civil argentino, según el cual "La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño".

El profesor Meza Barros, entre nosotros, da un concepto parecido al afirmar que "ante nuestra legislación positiva, la obligación de dar tiene por objeto la entrega de una cosa, sea en propiedad o para constituir otro derecho real, sea en mera tenencia". (Manual de D. Civil, de las Obligaciones. p. 27, Edit. Jurídica, Santiago 1974).

Alessandri sostiene que toda obligación de dar es necesariamente de entregar, pero no toda obligación de entregar es necesariamente obligación de dar.

## 2. LA OBLIGACION DE ENTREGAR ES OBLIGACION DE DAR

Quienes sostienen esta tesis la fundan en los siguientes argumentos:

a) Según el Art. 581 del Código Civil los hechos que se deben se reputan muebles, de modo que si la obligación de entregar fuese de hacer, sería mueble. Sin embargo, el Art. 580 dice que los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así, la acción del comprador para que se le *entregue* la finca comprada es inmueble.

b) El Art. 1548 establece que "La obligación de dar contiene la de entregar la cosa...".

c) El legislador, en algunos preceptos, emplea los vocablos "entrega" y "tradición" como sinónimos; V. gr. el Art. 1824 y el Art. 1793 en que define la c/v. como un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa...; en el párrafo 6º del título XXIII del Libro IV título: "De la Obligación del vendedor y primeramente de la obligación de entregar".

d) Las obligaciones de entregar se tramitan ejecutivamente conforme al juicio ejecutivo para las obligaciones de dar según se dejó constancia en la historia fidedigna del Código de Procedimiento Civil.

La Corte de Apelaciones de Iquique sostiene esta teoría en fallo que en lo pertinente dice: "*Que aun cuando algunos tratadistas han interpretado la obligación de dar, en un sentido estricto, estimando que ella se refiere únicamente a la transferencia del dominio o constitución de un derecho real en favor del acreedor, sin embargo, puede afirmarse, como fruto del examen comparativo de los Arts. 1546, 1548, 1824, 1826, 1920, 1924, 2174, 2212 y 2213 del Código Civil, que este cuerpo de leyes ha dado a este concepto un carácter de mayor amplitud, extensivo a toda*

*“obligación de entregar, sea que se trate de transferir el dominio, como en la compraventa; sea que se trate de la entrega de la mera tenencia o del uso, como en el arrendamiento de cosas; sea que se trate de la simple restitución de la cosa dada en comodato o depósito. Esta teoría se consolida, si se tiene en consideración que el precepto del Art. 1548 del Código Civil, que define la obligación de dar, ha sido encuadrada por el legislador en el Título XI del Libro IV, que estudia en general —sin referirse a contrato alguno determinado—, el efecto de las obligaciones”.*

*“Que el vocablo dar o entregar induce a confusiones, pues también en las obligaciones de hacer, existe entrega de las cosas que se han hecho; pero hay que advertir al respecto que en este último concepto, la entrega es algo secundario, es sólo una simple consecuencia derivada de la obra que se ha confeccionado, en tanto que en las obligaciones de dar la entrega constituye la cuestión primordial, la esencia misma de la obligación”.*

### 3. LA OBLIGACION DE ENTREGAR ES OBLIGACION DE HACER

En doctrina no se discute que la obligación de entregar es obligación de hacer porque tiene por objeto la ejecución de un hecho: la entrega.

La vigencia en nuestro derecho de ciertos preceptos, especialmente de los contenidos en los Arts. 580 y 1548 del Código Civil, ha destruido la uniformidad de dicha conclusión. Algunos autores, apartándose de la tesis anterior, sostienen que la obligación de entregar, en ciertos casos es de dar y en otros es de hacer. Urbano Marín (en voto disidente al fallo citado) dice que *“Es incuestionable que cuando la obligación de entregar involucra también la de transferir el dominio u otro derecho real constituido sobre*

*“la cosa que se debe, queda comprendida entre las de dar”; pero, agrega: “Hay casos en que una persona puede tener una cosa como mero tenedor de ella, y entonces su obligación de devolverla al dueño no es de dar, sino de hacer; o en que teniendo dominio u otro derecho real sobre la cosa, la entrega a otra persona, pero sin transferirle su derecho, quedando el que la recibe como mero tenedor de ella”.*

*“A primera vista —sigue este autor— introduce cierta confusión en estos conceptos la disposición del Art. 1548 del Código Civil, —que establece que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa—, pero es obvio, que este precepto —que, por lo demás, es casi redundante, y que resulta también de la regla consignada en el Art. 1546 del mismo Código—, sólo se refiere a los efectos que produce la obligación de dar, que, como es de transferir dominio u otro derecho real, forzosamente debe contener la de entregar la cosa. De dicho Art. no puede inferirse que no existan otras obligaciones de entregar —como por ejemplo, las del arrendatario o usufructuario—, cuando termine el arrendamiento o usufructo, que son simplemente de entregar la cosa sin transferir dominio, ni ningún derecho real, constituido sobre ella; y que, consiguientemente, son obligaciones de hacer”.*

Claro Solar, en la cita transcrita precedentemente sostiene también una conclusión relativa pues hace depender la calificación del compromiso principal. En su criterio la obligación de entregar, siendo secundaria, sigue la naturaleza o calificación jurídica del compromiso principal de que emana, y así será de dar si ese compromiso es de dar, o será de hacer si ese compromiso es una obligación de hacer.

#### 4. CRITICA DE ESTAS TEORIAS

Los fundamentos dados por quienes consideran que la obligación de entregar es obligación de dar, son todos rebatibles, de modo que no conllevan a una conclusión absoluta.

El argumento basado en los Arts. 580 y 581 del Código Civil, generaliza la calificación de la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, como inmueble, sin reparar que el legislador se refiere en ese precepto al caso específico de un título traslativo de dominio como lo es la compraventa. No se extiende ni incluye los títulos de mera tenencia que también imponen la necesidad de una entrega.

La invocación del Art. 1548 del mismo texto tampoco es argumento para calificar como obligación de dar toda obligación de entregar, porque este precepto dice que "la obligación de dar, contiene la de entregar la cosa, pero no, que toda obligación de entregar sea obligación de dar. A lo sumo podría aceptarse que por tratarse de una obligación accesoria, ya que la entrega forma parte o está contenida en la obligación de dar, esta obligación secundaria tuviere la misma naturaleza jurídica de la obligación de dar. Pero debe observarse que hay otras obligaciones que no son de dar y que también contienen la de entregar la cosa, como las del arrendador, (1924 N<sup>o</sup> 1) comodante, (2174) depositante, (2215) mandante, (2158 N<sup>o</sup> 1) etc., en que para cumplir la obligación de hacer de proporcionar el goce de la cosa, o su cuidado, o la ejecución del mandato, deben entregar la cosa.

Si el legislador lo dijo expresamente en este Art. fue porque las obligaciones de dar se cumplen mediante la tradición y este modo de adquirir consiste substancialmente, en la "entrega" de la cosa. Como tratándose de bienes raíces la tradición se verifica por la inscripción del título en el Registro del Conservador y no por la entrega, el legislador creyó necesario establecer este precepto según el cual



la obligación de dar un inmueble no se entiende cumplida con su mera tradición o inscripción conservatoria, sino que requiere ser complementada con su entrega ya que sin la tenencia efectiva y material, el adquirente o acreedor no puede gozar del derecho tradido. El Art. 1548, por su ineludible concordancia con el Art. 686 del C. Civil, sólo tiene relevancia respecto de los bienes raíces; en los demás casos, es redundante.

Es cierto que el legislador, en algunos preceptos, emplea indistintamente los vocablos "entrega" y "tradición", pero ello no autoriza a concluir que ambos términos sean sinónimos.

El Art. 1824 se refiere a las obligaciones del vendedor de toda clase de bienes, muebles o inmuebles y como la regla general es que la tradición se haga mediante la entrega, se refirió a la "entrega o tradición".

Lo mismo cabría comentar respecto al epígrafe del párrafo 6º del título 23 del libro IV, ya que en el predicamento expuesto, la primera obligación del vendedor, lógica y jurídicamente es en general la de entregar.

Por último la circunstancia de que la obligación de entregar se persiga ejecutivamente en el mismo procedimiento señalado para las obligaciones de dar, tampoco permite sacar una conclusión substantiva partiendo de una situación adjetiva.

Las obligaciones de hacer pueden consistir en el hecho de suscribir un documento, en el de ejecutar una obra material o en el de entregar una cosa.

El título II del libro III del Código de Procedimiento Civil: "Del Procedimiento Ejecutivo en las Obligaciones de hacer y de no hacer", sólo contempló expresamente los primeros dos casos señalados y además, (Arts. 532, 533 y 544) el de las obligaciones negativas que consistan en destruir la obra hecha. No consideró las obligaciones de entregar, no por omisión involuntaria, sino porque como se dejó constancia en la historia fidedigna, ésta por estar contenida

en la obligación de dar, se somete a las reglas del juicio ejecutivo reglamentado para esta última clase de obligaciones en el título I del mismo libro.

Al acreedor de una obligación de entregar pueden no serle útiles ni más convenientes los medios contemplados en el Art. 1553 del Código Civil, ya que tal obligación, lo mismo que las de dar, pueden o son susceptibles de cumplirse, "manu militari", como dicen algunos autores, tomando forzosamente la cosa que debe entregarse, previo embargo de la misma.

No parece haber entre los autores nacionales, quienes sostengan, también absolutamente que la obligación de entregar sea siempre, en nuestro derecho, obligación de hacer. Nadie puede desentenderse del contenido de los artículos citados precedentemente. (580, 581, 1548, 1793, 1824).

La tesis del ministro de la Corte de Iquique y luego fiscal de la Corte Suprema, Urbano Marín, involucra un planteamiento de conclusión alternativa, como dije anteriormente, puesto que sostiene "*que la obligación de entregar en ciertos casos es de dar y en otros, de hacer. Es obligación de dar si la obligación de entregar involucra también la de transferir el dominio u otro derecho real constituido sobre la cosa que se debe; pero es de hacer cuando se trata del mero tenedor de una cosa que debe devolverla o restituirla a su dueño, o del propietario que transfiere a otro la mera tenencia de la cosa, conservando su derecho real*".

Este planteamiento, que se acerca mucho al que sostendré en la conclusión, merece sin embargo la siguiente objeción: La obligación de entregar no involucra nunca la obligación de transferir el dominio, ya que lógicamente la situación es al revés: la obligación de transferir el dominio implica la de entregar la cosa puesto que para gozar, usar y disponer de una cosa es preciso tenerla material o jurídicamente, lo que se logra mediante la entrega en cualquiera de las formas autorizadas por la ley.

En cuanto al propietario que transfiera la mera tenencia de la cosa, cabe observar que esta transferencia o entrega puede hacerse para conferir un derecho real, desmembración del dominio, (usufructo, uso, habitación) y en tal caso la obligación de entregar no es de hacer sino de dar, aunque el dueño conserve su dominio.

La tesis de Claro Solar tiene el acierto de señalar el carácter secundario de la obligación de entregar, sea que la obligación principal sea de dar, sea que ésta sea obligación de hacer. Pero no parece lógicamente exacto que lo accesorio o secundario siga la misma naturaleza o merezca la misma calificación que lo principal. Por ejemplo, en una obligación principal de dar, la pena u obligación accesoria puede consistir en una obligación de dar o de hacer (Art. 1535 C. Civil).

##### 5. LA OBLIGACION DE ENTREGAR ES OBLIGACION DE DAR CUANDO SE INVOCA UN TITULO TRASLATIVO DE DOMINIO, PERO ES OBLIGACION DE HACER CUANDO SE INVOCA UN TITULO DE MERA TENENCIA

La obligación de entregar va aparejada generalmente a una obligación de proporcionar el goce u otro beneficio de una cosa, sea que este goce o beneficio corresponda a un derecho real o a un derecho personal, porque en ambos casos el goce no puede realizarse sin la tenencia de la cosa.

El dominio, el usufructo, el uso, la habitación, la prenda, son derechos reales que contienen la facultad de gozar de una cosa o servirse de ella, incluso como garantía.

El arrendamiento, el comodato, el depósito, son derechos personales que permiten gozar o guardar una cosa.

En todos estos casos, para gozar y servirse de la cosa es necesario que se haga entrega de su mera tenencia. Por esto, no sólo las obligaciones de dar contienen la de entre-

gar la cosa sino también, las obligaciones de hacer. Si el legislador lo dijo únicamente respecto de las obligaciones de dar, en el Art. 1548, fue porque, en concordancia con el Art. 686, la tradición de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el registro conservatorio y no por su entrega, de modo que sin este Art. 1548 el deudor habría cumplido su obligación sólo con la inscripción. Pero para el goce o servicio de la cosa no basta con el hecho de la inscripción sino que es necesaria la entrega. Por esto el legislador lo dijo expresamente, aunque hubiera sido más exacto si hubiera incluido la palabra "inmueble" en el Art. 1548.

En las obligaciones de hacer no se requiere tradición. Cuando para exigir la entrega se invoca un título traslativo de dominio, que por su naturaleza sirve para transferirlo, como la venta, permuta, donación entre vivos, dación en pago, aporte, mutuo, esta obligación de entregar es obligación de dar. El Art. 580 del Código Civil cuando dice que la acción del *comprador* para que se le entregue la finca comprada es inmueble, se refiere expresa y literalmente a un título traslativo de dominio como es la compraventa.

Como la transferencia del dominio se verifica por la tradición, la obligación de entregar es obligación de dar, siempre que la entrega constituya tradición, sea de una cosa mueble o inmueble. La tradición no es un hecho sino un acto jurídico, por lo cual no se le aplica el Art. 581 del Código Civil.

Pero cuando la entrega se debe en virtud de un título de mera tenencia, constituye un pago distinto de la tradición porque en él no se debe transferir la propiedad ni otro derecho real, sino solamente extinguir un derecho.

En este caso se trata de una obligación de hacer porque la prestación efectiva, directa e inmediata, es el hecho de la entrega material en sí mismo y no como medio o forma de efectuar la tradición de una cosa.

El hecho material de la entrega, cuando, según la intención manifestada en el título respectivo, tiene por efecto crear, transferir o extinguir derechos, es un acto jurídico denominado pago.

Si este efecto consiste en transferir el dominio o transferir o constituir cualquier otro derecho real, la obligación de efectuar este pago es obligación de dar.

Pero si consiste en extinguir derechos reales o personales la obligación de hacer este pago es obligación de hacer.

El Código de Procedimiento Civil en el párrafo sobre juicio ejecutivo en la obligación de hacer sólo contempló las obligaciones de subscribir un documento o constituir una obligación y la de confeccionar una obra material. Las obligaciones de entregar no quedaron reglamentadas por este título, porque los legisladores las consideraron incluidas en las obligaciones de dar, ya que, sin perjuicio de la distinción que hemos hecho, la entrega puede cumplirse forzosamente mediante el embargo, en que la cosa se saca "manu militari" del poder del deudor para entregarla al acreedor.

Como en este acto la entrega es un hecho, se trata de una obligación de hacer que sólo admite la excepción procesal señalada.

En conclusión, en nuestro derecho positivo, igual que en la doctrina universal, la obligación de entregar es obligación de hacer porque tiene por objeto el hecho de la entrega, menos cuando se invoca un título traslativo de dominio, caso en que se trata de una obligación de dar. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada es inmueble, y la acción del arrendatario para que el arrendador le entregue el bien raíz, es mueble. En este último caso se aplica el Art. 581 del Código Civil porque los hechos que se deben se reputan muebles y la cosa que se debe, la entrega, es un hecho.