



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Las obligaciones indivisibles en el código civil español: el régimen jurídico de la indivisibilidad de la obligación

Santiago Espiau Espiau

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL:
EL REGIMEN JURIDICO DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA
OBLIGACION.

TESIS DOCTORAL
de
Santiago ESPIAU ESPIAU

Dirigida por el Profesor Agregado de Derecho civil
Dr. D. Fernando BADOSA COLL

Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona

1.982

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0700895342

INTRODUCCION

1. Consideraciones generales.
2. Concepto de obligación indivisible de que se parte.

1. Consideraciones generales.

Es conocida la dificultad que, de antiguo, viene rodeando el tema de la indivisibilidad de la obligación. Clásicas son ya las palabras con las que MOLINEO inicia su Tratado sobre las obligaciones divisibles e indivisibles: "Non fuit, ned adhuc est in Universi Juris Oceano turbulentius, profundius, et periculosius pelagus hoc Dividuorum et Individuorum tractatu: adeo ut etiam praecipus juris Doctoribus impermeabilis nuda, et inextricabilis error, et visus et judicatus sit" (1). El transcurso del tiempo, en escasa medida ha permitido atenuar este juicio; antes al contrario, y dada la regulación que en torno a esas obligaciones se adoptará finalmente en el período codificador, parece que deba conservar toda su vigencia (2).

¿Cuáles son las razones que hicieron aparecer esta materia como un "pelagus arduum et profundum" (3)? Significativamente, y pese a que ya las normas romanas orientadas a regularla no siempre parecen excesivamente claras y precisas (4), la dificultad del tema no suele ser achacada a dichas normas, sino a la explicación que, de ellas, realizan sus intérpretes (5). En este sentido, puede decirse que no existe una elaboración doctrinal uniforme en torno a las obligaciones divisibles e indivisibles: cada uno de los autores que afronta su estudio extrae conclusiones propias del mismo, y sólo a un nivel muy general pueden señalarse algunas líneas directrices comunmente aceptadas.

Una de las primeras aportaciones doctrinales --sino la primera en razón a la importancia de su autor y a su posterior influencia-- al tema de la obligación indivisible es la debida a BARTOLO DE SAXOFERRATO (6). La aportación de BARTOLO debe encuadrarse en el contexto de la metodología seguida por los comentaristas en el estudio e interpretación de la ley (7). Quiere ello decir que, si bien con la división del comentario en dos partes --"lectura legis" y "materia legis"-- bien diferenciadas, la labor del intérprete

excede de la mera exégesis de la ley para desarrollar su contenido de forma monográfica, tal desarrollo, en cuanto de alguna manera circunscrito al ámbito prefijado por la ley que lo origina, no supone, en general, una visión total del tema de que se trate (8). Pero, en cualquier caso, lo cierto es que en los comentarios de BARTOLO se encuentran ya las líneas fundamentales a partir de las cuales se desarrollará ulteriormente el tema de la indivisibilidad de la obligación: en efecto, aún cuando no exentas de críticas, sobre sus ideas se asentará fundamentalmente toda la elaboración doctrinal posterior.

El primer intento de construcción unitaria del tema de la indivisibilidad de la obligación se debe, probablemente a BARO (9); y, prácticamente contemporánea a ella (10) es el "Extricatio Labyrinthi dividui et individui" de MOLINEO. Obra controvertida (11), sin lugar a dudas la más completa y extensa escrita hasta entonces en materia de obligaciones divisibles e indivisibles (12), de ella se ha afirmado que supone la ruptura con toda la tradición romanista anterior y la orientación del tema de la indivisibilidad de la obligación a través de directrices totalmente desvinculados de esa tradición y, consiguientemente, que constituye un hito aislado, desconocido por los autores que trataron posteriormente el tema de la obligación indivisible y que, presumi-

blemente, entroncarían con la tradición romanista pretendidamente rota por MOLINEO (13).

Creo que tal juicio debe ser revisado. Por una parte, pienso que difícilmente cabe hablar de ruptura de una tradición de la que sólo a un nivel muy general puede constatarse su existencia: en este sentido, el "Extricatio Labyrinthi" no hace, a mi juicio, sino matizar, completar y desarrollar ideas que usualmente venían barajándose ya en materia de indivisibilidad de la obligación (14). En cuanto al desconocimiento de la obra de MOLINEO por los distintos tratadistas que, con posterioridad a la misma, estudiaron el tema de la obligación indivisible, de suerte que ni tan siquiera aquéllos que hacen gala de mayor erudición la citan una sola vez, no es tan absoluto como a primera vista pudiera parecer. Ocurre, en efecto, que en 1.559, el Papa Pio IV incluye el nombre de MOLINEO en el "Indice" de autores de libros prohibidos, dentro de la categoría de aquellos escritores cuya obra, aún la futura, es totalmente condenada (15). Ahora bien, pese a todo, ello no impidió la difusión de su pensamiento: sus obras más importantes (y, entre ellas, el "Extricatio Labyrinthi dividui et individui") son impresas en Italia y en Alemania bajo el nombre de Gaspar CABALLINUS, y bajo este nombre son conocidas y citadas. Por eso, si bien es cierto que muchos autores no mencionan el nombre de

MOLINEO ni su "Extricatio Labyrinthi", uno y otro están igualmente presentes en sus obras en la referencia al "Tractatus dividui et individui" de CABALLINUS. E, incluso, en ocasiones, una vez levantada la censura eclesiástica, éste y aquél aparecen citados el uno junto al otro, como si se tratase de autores distintos (16) (17).

En cualquier caso, y sea de ello lo que fuere, lo cierto es que las ideas de MOLINEO tendrán especial relevancia, sino en su época y en los juristas que le sucedieron, sí, en cambio, en el período codificador. En efecto, sistematizada y resumida su obra por POTHIER (18) en su "Traité des obligations" (19), éste es, a su vez, tomado como guía por los codificadores franceses al establecer la regulación de las obligaciones divisibles e indivisibles (20). Así, de esta manera y de forma totalmente accidental y fortuita, un planteamiento doctrinal minoritario será el que --a través de la difusión e influencia del Código francés-- tenga, en la Codificación, mayor repercusión.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, en la línea del Code puede situarse el Proyecto de C.c. de 1.851 (21), siendo --como señala BERCOVITZ (22)-- "el Anteproyecto del Código civil de 1.882-1.888 el que presenta la configuración definitiva que el Código habría de dar a las obligaciones indivisibles" (23). Dos son las modificaciones que observa

BERCOVITZ al confrontar la regulación del Proyecto de 1.851 con la del Anteproyecto de 1.882-1.888. En primer lugar, el menor número de preceptos dedicados por este último a este tipo de obligaciones (24); "pero el cambio más importante --dice (25)-- corresponde a la introducción de un nuevo régimen jurídico para las obligaciones con pluralidad de acreedores o pluralidad de deudores. Junto al régimen de las obligaciones mancomunadas y al de las solidarias, el Anteproyecto fija el régimen de las obligaciones que podríamos denominar 'en mano común', precisamente para las obligaciones indivisibles", régimen del cual BERCOVITZ sostiene su absoluta originalidad (26).

En estas afirmaciones debe buscarse el origen del presente trabajo. Paradójicamente, el problema fundamental que tradicionalmente se plantea en torno a la obligación indivisible es el de la propia delimitación de su concepto, pero no el de su régimen cuando en ella concurre una pluralidad de sujetos (27), que se asimila al de la obligación solidaria.

En realidad, el ámbito propio de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación es el de la sucesión hereditaria: las obligaciones del causante, en virtud de un principio cuyo origen se sitúa ya en la Ley de las XII Tablas

romana, se dividen entre sus herederos en proporción a su cuota hereditaria; y la cuestión que se plantea cuando la obligación es indivisible, en el sentido de armonizar ese principio con tal característica, se resuelve permitiendo a cualquier heredero del acreedor reclamar a cualquier heredero del deudor su cumplimiento íntegro. Fuera de ese ámbito, los supuestos en los que la vinculación de una pluralidad de acreedores o de deudores a una obligación indivisible es convencional u originaria son seguramente excepcionales y su regulación se rige por lo dispuesto para las deudas hereditarias.

Esta situación va a sufrir una profunda alteración en el Proyecto de C.c. español de 1.851, al establecer su art. 932 el principio de indivisión de las deudas del causante (28). Con ello, ciertamente, la distinción entre obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles pierde gran parte de su trascendencia; pero, en cualquier caso, la regulación de unas y otras, circunscrita ahora a la concurrencia originaria de varios sujetos exclusivamente, permanece inalterada.

El art. 932 del Proyecto aparece recogido en el art. 1101 del Anteproyecto de 1.882-1.888, que, a su vez, se transcribe de forma literal en el art. 1084 C.c. Por lo tanto, también tanto en el Anteproyecto como en el Código,

la cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación carece de relevancia en el ámbito de la sucesión hereditaria; pero, fuera de ese ámbito, ¿se modifica al mismo tiempo el régimen tradicional que, en cuanto a la legitimación necesaria en torno a la exigibilidad del cumplimiento de la obligación indivisible, asimila ésta a la obligación solidaria?

Fundamentalmente, la regulación que el C.c. dedica a la indivisibilidad de la obligación se encuentra en los tres preceptos que integran la Sección V, Cap. III, Tit. I de su Libro IV; y a ellos hay que añadir algún otro que, al regular aspectos concretos propios de otras materias, hace mención a la obligación indivisible. En líneas generales, esta regulación está en la línea simplificadora que ya iniciara el Proyecto de 1.851; pero no por ello --o, quizás, precisamente por ello-- su interpretación está exenta de dificultades. Tres son, a mi juicio, las causas que las originan: en primer lugar, la misma escasez de los preceptos que hacen referencia a las obligaciones indivisibles; en segundo lugar, la ambigüedad de que adolece, en muchos casos, la redacción de esos preceptos; y, por último, la carencia prácticamente absoluta de referencia alguna a los precedentes en que presumiblemente están inspirados y que,

lógicamente, hubiera contribuido a aclarar su significado.

Pues bien, es a partir de esa regulación que se sostiene que el C.c. introduce un nuevo régimen jurídico para las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos. Ciertamente, el art. 1150 C.c. parece exigir que, por lo que respecta a la obligación indivisible mancomunada en la que concurren varios deudores, la acción del acreedor se dirija contra todos ellos, lo cual estaría en contradicción con la regulación tradicional de la indivisibilidad de la obligación, en virtud de la cual el acreedor puede reclamar a cualquiera de los deudores el íntegro cumplimiento de la obligación. Ahora bien, no es menos cierto que, si ello fuese así, el precepto contenido en el art. 1150 C.c. quedaría, a su vez, desvirtuado por el tenor del art. 1252.3 C.c. cuya disposición presupone, precisamente, la admisión en nuestro Derecho de dicha regulación tradicional; y que este artículo contiene un efecto propio de la indivisibilidad de la obligación que "no cabe imputar a un arrastre histórico del primitivo régimen de las obligaciones solidarias atribuido a las obligaciones indivisibles" (29), lo demuestra el que el mismo es "nuevo" con respecto al Proyecto de C.c. de 1.851 (30).

En este sentido, la "historia" del presente trabajo es pues, en gran medida, la "historia" de la contradicción

entre los arts. 1150 y 1252.3 C.c. y del intento de superarla desde una perspectiva distinta de la usualmente considerada. En efecto, la tesis que se defiende mantiene la admisibilidad y vigencia del régimen tradicional de la obligación indivisible en nuestro C.c., que, por otra parte, permite explicar además otros preceptos del Código cuya "explicación" suele normalmente consistir en achacarlos a equivocaciones u olvidos del legislador. Soy consciente de la contradicción que a esta concepción de la obligación indivisible, en cuanto a los efectos que de la misma se derivan, pueda suponer el art. 1150 C.c.; la interpretación que del mismo propongo quizás no sea, por otra parte, enteramente satisfactoria. Pero, sin embargo, en última instancia, creo perfectamente admisible la solución aquí defendida en el ámbito del C.c. y pienso que son más los argumentos que en favor de ella pueden alegarse que los que puedan aducirse en su contra.

El intento de contestar a la cuestión de si el C.c. acoge o no la regulación tradicional de la obligación indivisible a la que concurre una pluralidad de sujetos ha llevado, pues, a intentar precisar, con carácter general, el propio régimen jurídico de la indivisibilidad de la obligación. Ello exigía, en primer lugar, tratar de fijar un concepto de

obligación indivisible que, al menos, sirviese de punto de referencia al que remitir las afirmaciones que sobre su régimen jurídico se fuesen haciendo posteriormente. La noción de obligación indivisible establecida en el siguiente epígrafe de esta misma "Introducción" no tiene, pues, otra pretensión ni otro valor que éste. Pienso, en efecto, que la delimitación rigurosa del concepto de indivisibilidad de la obligación exige un tratamiento de, por lo menos, igual amplitud que el que sobre su régimen jurídico he intentado llevar a cabo (31); pero ello excedería los límites fijados en este trabajo y, por lo mismo, se ha tratado de señalar sólo unas líneas generales que sirviesen para configurar someramente ese concepto.

Lo que propiamente constituiría ya la materia del presente estudio se ha estructurado en tres secciones o apartados. En el primero de ellos, se trata de precisar el significado de la noción de "no susceptibilidad de cumplimiento parcial", la cual, a tenor de la regulación del Código, aparece como la principal manifestación de la indivisibilidad de la obligación, y, a continuación, se encuadra la misma en el ámbito de las obligaciones unipersonales y, con carácter genérico, en el de las obligaciones pluripersonales, a las que en el siguiente apartado se dedica especial atención.

En efecto, en el segundo apartado de este trabajo, se presenta la configuración que podría calificarse como tradicional

de la obligación indivisible con pluralidad de sujetos, en torno a la legitimación requerida en relación a la exigibilidad del cumplimiento, y, a partir de las disposiciones del C.c. orientadas a regularla, se cuestiona su admisibilidad o no admisibilidad en éste. Como ya se ha indicado, la conclusión a la que a este respecto se llega es afirmativa; y así, teniendo esto presente, el tercer apartado de la tesis se dedica a tratar de configurar la regulación de la obligación indivisible mancomunada de acuerdo con ella.

La misma postura que a lo largo del presente trabajo se mantiene --la admisión por el C.c. del régimen tradicional de la indivisibilidad de la obligación-- determina el método seguido en su desarrollo y justifica que dicho desarrollo se haya realizado desde una perspectiva eminentemente historicista; pero con ello, no se ha pretendido hacer una "historia de la obligación indivisible", sino tratar de utilizarla para explicar la regulación adoptada por el Código. La misma escasez de los preceptos que la integran justifica igualmente, a mi juicio, este enfoque histórico del tema, puesto que hace necesario acudir directamente a los precedentes que la inspiran, para tratar de suplir los supuestos que aquéllos no contemplan directamente.

Este criterio metodológico ha determinado, a su vez,

la elección de las fuentes utilizadas en el estudio y desenvolvimiento del tema del régimen jurídico de la indivisibilidad de la obligación. Que ello sea así se constata a lo largo de este trabajo y basta, para confirmarlo, consultar la relación bibliográfica que al final del mismo se acompaña. Se observará, igualmente, que prácticamente no se hace referencia alguna a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero ello ha obedecido a un triple orden de motivos. Por una parte, a la misma escasez de sentencias en relación a esta materia (32), que impide pueda hablarse de una postura jurisprudencial en torno a ella, siendo, en cualquier caso y de existir, poco significativa. Por otra parte, a que, como se ha hecho notar por algún autor (33), el Tribunal Supremo no aplica la regulación presumiblemente dedicada a la obligación indivisible a supuestos de indivisibilidad de la obligación, sino a resolver conflictos relativos "a la comunidad de bienes o a la comunidad hereditaria, dando lugar a una clara y perdurable confusión". Y, finalmente, a que ese trabajo --el estudio de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación desde una perspectiva jurisprudencial-- lo ha realizado ya, con carácter exhaustivo, BERCOVITZ en el único estudio dedicado en la doctrina española al tema de las obligaciones divisibles e indivisibles, exclusivamente (34).

NOTAS

(1) Cfr. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", "Epitome Principii Labyrinthi dividui et individui ab ipsomet Authore facta", p. 90.

Al objeto de aligerar en lo posible el contenido de las notas, se ha optado por obviar la referencia bibliográfica completa de las obras que en ellas se citan, la cual debe buscarse en la relación de las mismas que se hace al final del presente trabajo; sólo en el caso de que la obra citada no tenga una relación directa con el tema que se estudia se acompaña a ella dicha referencia.

(2) "I compilatori del Codice --dirá TOULLIER, "Il diritto civile frances secondo l'ordine del Codice", vol. VI, nº 749, p.525--...invece di limitarsi ad indicare regole chiare colla dignità di un legislatore che comanda,

hanno cominciato, come un dottore che insegna, con definizioni astratte e poco esatte, tanto più difficili a comprendersi, in quanto che non sono applicate ad alcun esempio che possa schiarirle, di sorta che lo spirito, posto fin da principio in cose vane ed oscure, non può concepire se non idee confuse, che non potrebbe sviluppare senza soccorsi estranei".

Por su parte, y en relación a las dificultades interpretativas que plantea la regulación de las obligaciones indivisibles en el ámbito de los Códigos civiles francés e italiano, GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", vol. I, p. 249, terminará por reconocer que "en la teoría de la indivisibilidad la razón se hace ver raramente, y es necesario, para no aumentar la confusión, doblar alguna vez la cabeza ante las máximas ya acreditadas".

(3) Así, en efecto, la considera CYNUS PISTORIENSIS, "Cyni Pistoriensis...in Codicem et aliquot titulus primi Pandectorum tomi, id est, Digesti veteris, doctissima commentaria", com. ad "Authentica hoc ita", fol. 509.

(4) En este sentido, BONFANTE, "La solidarietà classica della obbligazioni indivisibili", p. 368, atribuye a la compilación de los juristas justinianos todo el confusio-nismo reinante en materia de obligaciones indivisibles. Vid. infra,

(5) Así, DUARENUS, "Francisci Duareni...in Lib. XLV, Tit. I De Verborum Obligationibus commentarii", Cap. III, com. ad l. 2, p. 7.

(6) Cfr. "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Dig. Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Stipilationes non dividun-

tur", fols. 31 ss.; al comentario, ciertamente fundamental, a esa ley, deben añadirse, principalmente, los correspondientes a las leyes "Stipulationum" y "Eadem dicemus, §Cato", recogidos en op. cit., fols. 4 v. ss. y 7 ss., respectivamente, y el correspondiente a la l. "Fideicommissa, § Si in operis", en "Bartoli Commentaria in Secundam Infortiati Partem", fol. 55, para, de este modo, tratar de configurar de forma unitaria la construcción bartolista.

(7) Cfr. BADOSA COLL, "Memoria de Derecho civil", pp. 275 ss.; sobre el significado de la aportación bartolista en el terreno del método, vid. pp. 276 ss., y bibliografía a que remite.

(8) Vid., ya en este sentido, las consideraciones críticas de MOLINAEUS, "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 37, p. 212.

(9) Cfr. "Eguinariii Baronis...de dividuis et individuis obligationibus", fols. 365 ss. Que la obra de BARO sea la más antigua de las dedicadas, con carácter monográfico, al tema de las obligaciones divisibles e indivisibles, es afirmación que hace DE CRESCENZIO, "Delle obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 158.

(10) Que ello sea así, se desprende de un comentario del propio MOLINEO: "His scriptis --dirá, al enumerar las distintas posiciones doctrinales en torno a la cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones "rem tradi" y "rem restitui"-- venerunt in manus meas elegantia super hac materia scripta Eguinariii Baronis, Francisci Duareni, et Joan Corasii...". Vid. "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 340, p. 166.

(11) Cfr. ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 524 ss. En general, incluso dentro de la doctrina francesa, el juicio que merece es desfavorable: "Malgré ou peut-être à cause de ces nombreux fils --dirá BAUDRY-LACANTINERIE, "Précis de Droit civil", T. II, nº 990, p. 718, respecto de ella--, on se perd facilement dans ce labyrinthe comme dans les autres". Pero, sin embargo, téngase presente la afirmación de ARNO, op. cit., p. 525, en el sentido de que si bien la obra de MOLINEO suele ser citada frecuentemente en la doctrina contemporánea y posterior al período codificador, no es conocida sino a través del resumen que de ella hará POTHIER: "Anche in Francia --señala-- il libro di Molineo veniva poco letto o non letto affatto".

(12) Y cuya redacción, por otro lado, le costó, al menos, veinte años de estudio y meditación. Cfr. su afirmación en este sentido en MOLINAEUS, "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 300, p. 160.

(13) Cfr. DE CRESCENZIO, "Delle obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 161 ss.

(14) Así, por poner un ejemplo, la consideración, dentro de la categoría de la indivisibilidad de la obligación, de tres clases o especies de indivisibilidad --"individuum contractu", "individuum obligatione" e "individuum solutione tantum"--, que, usualmente, se señala como una de las innovaciones que introduce en el tema de las obligaciones indivisibles, se encuentra ya en BARTOLO. Cfr. "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Dig. Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Eadem dicemus, § Cato", nº 1, fol. 7 v.

(15) Motivo de ello fue, parece, más que el hecho de

profesar MOLINEO la religión calvinista o haber sostenido la plena licitud de un interés moderado del dinero incluso desde el punto de vista teológico, el haber defendido enérgicamente la supremacía del poder real frente a las pretensiones de la Santa Sede.

Sobre el tema, cfr. LATTES, "Carlo Dumoulin e Gaspare Caballino", Archivio Giuridico 'Filippo Serafini', Quarta Serie, vol. XI, 1.926, pp. 7-19.

(16) Así, por ejemplo, en la obra de PICHARDUS, "De dividuis et individuis obligationibus, brevis, accurata et luculenta explicatio pro interpretatione, cap. 2.3.4.5.72. 85. aliorum tit. D. de verborum obligationibus".

(17) Modernamente, en este mismo sentido, se manifiesta GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", vol. I, p. 217, nota 8, el cual, al dar noticia del "Tractatus dividui et individui" de CABALLINUS, dice de éste que "no ha hecho sino copiar a MOLINEO". ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 525, nota 1, en cambio, parece inclinarse por considerar el nombre de CABALLINUS como un seudónimo, "nome fantastico", tras el cual se ocultaría la identidad de MOLINEO.

Que esta última opinión sea correcta se puede mantener simplemente leyendo "La vie de Charles Du Molin, advocat en Parlement", de Julien BRODEAU, incluida en "Caroli Molinaei ...omnia quae extant opera", T. I, Parisiis, sumptibus Antonii Dezallier, 1.681, pp. 1-60, en especial, pp. 13, 15 y 57. Pero sucede que también hay algo de verdad en la afirmación de GIORGI: y es que existió realmente un jurista llamado Gaspar CABALLINUS, nacido en Cingoli (Macerata), y contemporáneo de MOLINEO.

"Fu adunque --dice LATTES, "Carlo Dumoulin e Gaspare

Caballino", Archivio Giuridico 'Filippo Serafini', Quarta Serie, vol. XI, 1.926, p. 19-- Gaspare Caballino una mezza figura del sec. XVI abbastanza curiosa". En 1.567, es decir, un año después de la muerte de MOLINEO, el Papa Pio V le encarga examinar y expurgar de proposiciones erróneas el "Tractatus commerciorum et usurarum redditumque" y el "Extrictio Labyrinthi dividui et individui" y, mientras lleva a cabo el encargo, "presto il suo nome --señala LATTES, op. y loc. cit.-- per assumere la paternità tipografica e letteraria dei principali e piú diffusi e importanti scritti del Dumoulin, in una forma sotti piú aspetti curiosa, che talvolta arriva al plagio".

Ahora bien, la existencia de Gaspar CABALLINUS plantea, entonces, el problema de determinar cuales, de las obras impresas bajo ese nombre, le corresponden realmente y cuales corresponden a MOLINEO. La cuestión, empero, no presenta demasiadas dificultades, pues la diferencia entre uno y otro jurista es, con ventaja para el francés, considerable. Por otra parte, indica LATTES, op. cit., p. 9, que "le opere, che devono attribuirsi senza esitazione al Caballino, sono quelle stampate esclusivamente col suo nome e non comprese in alcuna delle edizioni francesi delle opere del Molineo, fine all'ultima piú completa del 1.681"; según este criterio, es indudable que la edición del "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Venetiis 1.576, debe ser considerada como propia de MOLINEO, pese a haberse publicado bajo el nombre de CABALLINUS. Cfr. HOLTHÖFER, "Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal", en COING, "Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte", T. II, vol. 19, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1.977, pp. 103 ss.

Como aportación más reciente al tema, aún cuando basada en los datos proporcionados por LATTES, puede verse THIREAU, "Charles Du Moulin (1.500-1.566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance", Genève, Librairie Droz, 1.980, p. 34 y nota 94.

(18) Sobre el acierto de esa sistematización y resumen, existen opiniones contrapuestas. Así, LE TROSNE, "Eloge historique de M. Pothier", en POTHIER, "Traité des obligations", T. I, pp. 17-76, dirá: "Il (POTHIER) y a discuté avec autant de pénétration que de clarté la divisibilité et l'indivisibilité des obligations;... Cette matière avoit besoin d'être traitée avec cette précision et cette méthode qui manquoient à Dumoulin, chez lequel la profondeur sembloit nuire à la clarté" (cf. p. 48); elogioso es, también, el juicio de MARCHI, "Sulla teorica delle obbligazioni divisibili ed indivisibili nel diritto civile italiano", p. 224.

Sin embargo, parece tener mayor fundamento la opinión contraria. La obra de POTHIER, a mi juicio, no llegará a alcanzar plenamente su objetivo; y, en este sentido, pienso que si cabe hablar de ruptura en la línea tradicionalmente seguida en la elaboración doctrinal de la indivisibilidad de la obligación, esa ruptura, más que atribuirse a MOLINEO debiera ser atribuida a POTHIER. Tal es, ya, la opinión de ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 526.

(19) Donde la regulación de las obligaciones divisibles e indivisibles constituye la Sec. II, del Cap. IV, de la IIª Parte del mismo.

(20) De esta regulación, dirá AOLLAS, que la constituyen "textes rédigés au rebours du sens commun, idées sans

suite comme sans vérité, reproduction des inintelligibles quintessences de Dumoulin, plagiat du plagiat de Pothier, et partant double altération de l'original, tout ce qui peut rebuter l'esprit ou le rendre louche, subtil, étroit, préoccupé du rien juridique: voilà les traits généraux de la section". Cit. por ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 527.

(21) Aún cuando no por ello deja de introducir importantes novedades en la regulación que recoge del Code; en este sentido, pienso que se puede afirmar que el Proyecto de 1.851 inicia, en materia de obligaciones indivisibles, una tarea de simplificación que ha sido escasamente valorada. Vid. infra, p. 37 y 43 ss.

(22) Cfr. BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 523.

(23) El C.c., en efecto, recoge en sus dos versiones o ediciones, prácticamente sin alterarlas, las disposiciones del Anteproyecto. Las diferencias que entre uno y otro pueden observarse son mínimas y, en apariencia, no sustanciales.

Así, y en lo que respecta a los preceptos que integraban la Sección dedicada a las obligaciones divisibles e indivisibles, la edición primitiva del Código presentaba tres variantes en relación al Anteproyecto. La primera hacía referencia al art. 1149 C.c., que encabeza dicha Sección en el C.c., sustituyendo el texto del art. 1166 de aquél por una nueva redacción que, en última instancia, venía a decir lo mismo que la desechada pero de otra manera. La segunda innovación se concretaba en la sustitución de los términos "se convierte" del art. 1167 del Anteproyecto por las palabras "se resuelve" en la redacción que se da al art.

1150 C.c., referidos ambos a las consecuencias que derivan de que, en la obligación indivisible mancomunada, uno de los deudores "falte a su compromiso". La tercera innovación, por último, reviste mayor trascendencia, puesto que, a mi juicio, al añadirse la referencia a la "susceptibilidad de cumplimiento parcial" como criterio definidor de la divisibilidad de la obligación de hacer en el art. 1151.2 C.c., de alguna manera se corrige el sentido y alcance del precepto originariamente contenido en el art. 1168.2 del Anteproyecto.

La edición reformada del Código, por su parte, no va a presentar más novedades que el abandono de la redacción dada al art. 1149 C.c. en la redacción anterior, para adoptar en su lugar la correspondiente del Anteproyecto, y la falta de coincidencia de las distintas versiones oficiales en dos supuestos. El primero de ellos, de muy escasa significación, se concreta en una diferencia de puntuación en el precepto contenido en el art. 1149 C.c. El segundo, en cambio, tiene mayor trascendencia, por más que presumiblemente responda a un mero error tipográfico que, en el art. 1151.2 C.c., lleva a calificar como "indivisibles" lo que parece debieran ser obligaciones "divisibles".

(24) BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 523.

(25) Cfr. BERCOVITZ, op. y loc. ult. citis.

(26) En efecto, al cuestionarse este autor, op. cit. pp. 523 ss., el origen de ese régimen, desecha la tradición romanista como incapaz de dar solución adecuada a dicha cuestión y acude a la tradición germanista en busca de ella. Y aún cuando ahí encuentra plenamente reconocido "este tercer régimen que nos ocupa" --dirá, p. 524--, no

por eso dejará de poner de relieve --p. 525-- el hecho de que "tampoco podemos decir que nuestro Código civil, abandonando la construcción romanista de las obligaciones indivisibles, haya adoptado en su totalidad la postura germanista. En efecto, ésta aplica el régimen de las obligaciones en mano común sólo a los créditos indivisibles. En cambio, en el caso de las deudas remite al régimen de las obligaciones solidarias"; y, ante ello, concluye que "así pues, podemos afirmar la originalidad de nuestro Código civil en esta materia. Lo que, unido a los escasos preceptos que le dedica, hace que su regulación resulte especialmente dificultosa".

(27) No concurriendo sino un único acreedor y un único deudor, no se plantea cuestión alguna; pero sobre esto, vid. *infra*, pp. 95 ss.

(28) Con anterioridad, lo había establecido ya el art. 2418 del Proyecto de 1.836; en el antiguo derecho castellano, la cuestión parece más dudosa, aun cuando hay motivos para pensar que tal era, también, la regla en él acogida. Vid. *infra*, pp. 112 ss.

(29) Así, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 578.

(30) Cfr. art. 1265.3 del Anteproyecto de C.c. de 1.882-1.888.

(31) Con carácter monográfico y excluyendo prácticamente toda referencia al régimen jurídico de las obligaciones divisibles e indivisibles, se ocupa del tema, aún cuando en otro contexto legal y doctrinal, CICALA, "Concetto di divisibilitá e di indivisibilitá dell'obbligazione".

(32) Ponen de relieve esta circunstancia, SERRA DOMINGUEZ, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por Manuel Albaladejo)", T. XVI, vol. 2º, com. art. 1252, p. 693; CORTES DOMINGUEZ, "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", p. 401.

(33) CORTES DOMINGUEZ, "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", p. 401.

(34) Se trata del ya cit. "Las obligaciones divisibles e indivisibles". El trabajo de BERCOVITZ, por otro lado, pone de relieve que, en cualquier caso, la jurisprudencia existente se ha ocupado antes de intentar delimitar el concepto de obligación indivisible que de su régimen jurídico.

2. Concepto de obligación indivisible de que se parte.

Nuestro C.c., a diferencia de otros cuerpos legales (1), no define lo que, en abstracto, deba entenderse por obligación indivisible, sino que, en su art. 1151, diversifica la noción de indivisibilidad de la obligación en una serie de definiciones particulares referidas a cada uno de los tipos obligatorios en los que la modalidad --dar, hacer, no hacer-- adoptada por la conducta del deudor puede traducirse (2). Del precepto contenido en el citado art. 1151 C.c. se desprende, ciertamente, qué obligaciones son indivisibles; pero no, en cambio, qué significado tiene tal indivisibilidad, ni consecuentemente, cual es la razón por la cual las obligaciones que califica como indivisibles lo sean.

Todo ello, sin embargo, no ha sido obstáculo para que en la doctrina española se haya generalizado un concepto de

obligación indivisible que la caracteriza como aquélla que no es susceptible de cumplimiento parcial, lo cual, a su vez, presupone --se dirá (3)-- la no fraccionabilidad de su prestación "en varias menores de contenido homogéneo (entre sí y respecto del todo) y valor proporcional, cada una de las cuales produzca al acreedor una utilidad cuantitativamente menor que el todo...pero cualitativamente igual a la de éste" (4). Ahora bien, si tal definición puede considerarse esencialmente correcta, no se justifica, en cambio, a partir de ningún dato normativo (5): el concepto de obligación indivisible aparece, pues, como un mero concepto doctrinal, carente de apoyo legal (6).

¿Significa esto la imposibilidad de obtener un concepto unitario de obligación indivisible a partir de las disposiciones del Código? A mi juicio, y aún pese a la escasez de éstas, no necesariamente. Si bien es cierto que el art. 1151 C.c. configura la indivisibilidad de la obligación en torno a las distintas modalidades que la conducta comprometida por el deudor puede adoptar, no lo es menos que tal configuración se realiza atendiendo a "los efectos de los artículos que preceden", y en los mismos --arts. 1150 y 1149 C.c.-- dichos efectos se predicán de toda obligación indivisible, con independencia de que se trate de una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

Como es sabido, el art. 1150 C.c. dispone, en su primer inciso, que "la obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso". Es evidente que de una tal disposición se desprende la necesidad de una actuación conjunta o colectiva de todos los deudores en el cumplimiento de la obligación indivisible, y ello como consecuencia del carácter mancomunado de la relación existente entre ellos (7); pero se desprende también, y esto es lo que interesa destacar aquí, que el incumplimiento de uno de los deudores --la "falta a su compromiso"-- determina el incumplimiento total de la obligación, de suerte que la misma "se resuelve en indemnizar daños y perjuicios". Es esta una consecuencia que no cabe atribuir al carácter mancomunado de la obligación, sino a su indivisibilidad y la prueba de ello es que, no exonerándose el cumplimiento de los deudores dispuestos a cumplir, el mismo no se concreta en la prestación "in natura" sino en la porción correspondiente de su equivalente pecuniario (8).

Desde este punto de vista, pues, puede decirse que la obligación indivisible es aquélla que no es susceptible de cumplimiento parcial: pero no porque ello pueda inducirse de lo dispuesto en el art. 1151 C.c., puesto que en el contexto de dicho artículo la "obligación no susceptible de

cumplimiento parcial" se configura como una categoría específica dentro de la obligación indivisible (9), sino porque, presupuesta la concurrencia mancomunada de una pluralidad de deudores, la infracción de uno de ellos imposibilita el cumplimiento (parcial) de los restantes (10). La indivisibilidad de la obligación --sería la conclusión-- determina que su cumplimiento no pueda ser llevado a cabo sino íntegramente y a través de un único acto (11).

Ciertamente, podría decirse que tales características son propias de toda obligación: el art. 1157 C.c., en efecto, preceptúa que "no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía", mientras, por su parte, el art. 1169.1 C.c. establece que "a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación".

Tal afirmación debe ser matizada. El que la no susceptibilidad de cumplimiento parcial sea, a tenor del art. 1169.1 C.c., una regla común a todo tipo de obligaciones no desvirtúa el que la obligación se califique como indivisible a partir de ese mismo criterio. En efecto, si bien es cierto que no puede compelerse al acreedor "a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación",

no lo es menos que la norma en cuestión opera sobre unos presupuestos diferentes de los que configuran la "no susceptibilidad de cumplimiento parcial" como criterio definidor de la indivisibilidad de la obligación.

En materia de cumplimiento es necesario distinguir dos planos o niveles (12). Bajo un primer punto de vista, cabe considerar el cumplimiento como realización de una conducta o prestación debida; bajo otro punto de vista, en cambio, cabe considerarlo desde la perspectiva del deber jurídico de llevarlo a cabo. En este sentido, ciertamente, el cumplimiento es siempre indivisible, desde el momento en que el ordenamiento jurídico --y esto es lo que dispone el art. 1169.1 C.c.-- veda la posibilidad de un cumplimiento que no se corresponda con la totalidad del deber jurídico que, en torno al mismo, pesa sobre el deudor. Por el contrario, en el primer sentido, el cumplimiento será indivisible sólo si, objetivamente, la actividad a realizar no admite ejecución parcial o, lo que es lo mismo, si la prestación o el comportamiento debidos no pueden realizarse en momentos sucesivos. Es pues, desde una perspectiva meramente fáctica desde la que se considera la no susceptibilidad de cumplimiento parcial y, con ella, la calificación de la obligación como indivisible.

Ahora bien, evidentemente, no basta que la conducta

comprometida no pueda ser llevada a cabo parcialmente para configurar la obligación como indivisible. Si fuese ello así, pocas obligaciones cabría considerar indivisibles, puesto que, en principio, prácticamente toda actividad es fraccionable atendiendo a criterios meramente fácticos. Es necesario, además, que a través de esa fraccionabilidad se desvirtúe la noción de cumplimiento; o, dicho de otro modo, que cada uno de los distintos comportamientos en los que la conducta debida puede fraccionarse no desempeñe una función cuyos efectos se correspondan --si bien, obviamente, en una proporción menor-- con los del cumplimiento.

Si el cumplimiento obligatorio se define como aquel "comportamiento del deudor que se adecua al proyecto o programa establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria" (13), de forma que a través del mismo no sólo se verifique la realización del deber jurídico que pesa sobre el deudor, sino también la liberación del mismo y, sobre todo, la satisfacción del derecho y del interés del acreedor (14), la posibilidad o imposibilidad de fraccionamiento de dicho comportamiento debe valorarse igualmente en torno a esas coordenadas. No susceptible de cumplimiento parcial será, pues y esencialmente, aquella conducta que, o bien no puede ser fraccionada o bien, fraccionada, se configura como un conjunto de actividades distintas de

la originariamente debida; y, como consecuencia de ello, la realización de una de esas actividades particulares, no reduce el deber jurídico que vincula al deudor, ni comporta efectos liberatorios para éste, ni satisface en modo alguno el interés del acreedor (15) (16).

Ahora bien, configurar la indivisibilidad de la obligación como resultado o consecuencia de la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación debida no supone configurar el concepto de obligación indivisible. Queda, todavía, por resolver lo que sin duda es la cuestión más importante: ¿de qué depende el que el comportamiento debido no sea susceptible de cumplimiento parcial? ¿de qué depende --en definitiva-- la indivisibilidad de la obligación?

En la concepción que podríamos denominar tradicional, elaborada a partir de las aportaciones de los juristas del Derecho intermedio, la indivisibilidad de la obligación se define en función de las cosas (17) que constituyen su objeto (18). Así, si éste --por serlo aquéllas-- es indivisible, la obligación lo será también y, como consecuencia de ello, su cumplimiento no podrá verificarse sino por entero (19). Esto no significa, sin embargo, que siempre que el cumplimiento de la obligación no pueda ser realizado por partes, ésta sea indivisible: si bien la indivisibilidad

del objeto de la obligación conlleva necesariamente la del cumplimiento, la indivisibilidad de éste no siempre deriva de la de aquél (20). "Obligación indivisible" y "obligación no susceptible de cumplimiento parcial" no son términos sinónimos: no susceptible de cumplimiento parcial puede serlo tanto la obligación indivisible como la obligación divisible; y precisamente por ello es por lo que la "no susceptibilidad de cumplimiento parcial" no basta, por sí sola, para calificar la indivisibilidad de la obligación.

Por otra parte, dentro de las obligaciones indivisibles se distinguirá (21) entre aquéllas que "sunt totaliter individuae ab initio et ex post facto" (22) y aquéllas "individuae postquam sunt contractae: sed ab initio possunt pro parte contrahi" (23). Se llega, así, a una triple consideración de la indivisibilidad en relación a la obligación; pues, en efecto --se dirá (24)--, unas obligaciones son indivisibles "quo ad contractum", otras "quo ad obligationem" y otras "quo ad solutionem tantum" (25). De estas tres categorías de indivisibilidad, las dos primeras son manifestación o consecuencia de la del objeto de la obligación; la "individuitate solutionis", por el contrario, "praesupponit obligationem esse dividua" (26).

Atendiendo a estos precedentes, tal y como aparecen recogidos en la obra de MOLINEO (27), POTHIER hará mención

igualmente a esas tres clases de indivisibilidad (28). Con él, sin embargo, se desvirtúa en gran medida esta triple consideración de la indivisibilidad. Así, si bien por lo que respecta a la "qu'on apelle individuum solutione tantum" señala, correctamente, que ésta "c'est celle qui ne concerne que le paiement de l'obligation, et non l'obligation même", por lo que su estudio debe hacerse en la sede relativa a la "nature et...effets des obligations divisibles, à la classe desquelles appartiennent proprement les obligations dans lesquelles se rencontre cette espèce d'indivisibilité" (29), los supuestos de los que la predica no son ya los especificados por MOLINEO (30).

Pero es, sobre todo, en su ambigua configuración de las obligaciones "individuae obligatione" donde más alejado se muestra del pensamiento de MOLINEO. Ciertamente que, siguiendo sus enseñanzas, distingue POTHIER dentro de las obligaciones indivisibles aquéllas que lo son "contractu" de aquéllas que lo son "obligatione"; pero sin embargo, la definición que da de estas últimas no se corresponde exactamente con la que daba MOLINEO. Para éste, en las obligaciones "individuae obligatione" la indivisibilidad resulta "ex natura et forma ipsius rei promissae vel debitae" (31); POTHIER, en cambio, parece hacerla derivar de la intención o voluntad de los contratantes, con lo que implícitamente presupone

la divisibilidad de su objeto: "mais il y a certaines choses --dirá con referencia a las que lo constituyen (32)-- qui, quoiqu'elles eussent pu absolument être stipulées ou promises pour partie, ..., néanmoins dans la manière dont elles ont été considérées par les parties contractantes, sont quelque chose d'indivisible, et qui ne peut par conséquent être dû par parties".

Esta desviación de las concepciones tradicionales se acentúa en la regulación del Code (33) y culmina en la adoptada por el Proyecto de C.c. español de 1.851, que las trastueca por completo. En el Proyecto de 1.851, en efecto, la categoría de las obligaciones indivisibles "obligatione" se confunde (34) con la de las obligaciones indivisibles "solutione", las cuales, por otra parte, desaparecen del Proyecto al establecer éste --art. 932-- el principio de indivisión de las deudas del causante, de cuya división aquéllas constituían excepción (35). Ahora bien, configurado expresamente como divisible el objeto de la obligación indivisible "obligatione" y desvanecidas las excepciones a la división de la obligación divisible, el resultado de todo ello va a ser la consideración de la indivisibilidad de la obligación desde una nueva perspectiva.

En la concepción tradicional y aún en la recogida inicialmente en el período codificador (36), el criterio

determinante de la indivisibilidad de la obligación es antes el carácter indivisible de su objeto que la modalidad de cumplimiento a que su inserción en una relación obligatoria puede dar lugar (37). El Proyecto de 1.851 invierte el criterio a partir del cual determinarla y toma como módulo de la misma su "no susceptibilidad de cumplimiento parcial": "obligación indivisible" y "obligación no susceptible de cumplimiento parcial" son, ya, términos sinónimos.

Evidentemente, la determinación de la indivisibilidad de la obligación a partir de la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de su prestación y, con ello, la consideración de esta última como el elemento de la estructura obligatoria que la define, comporta la ampliación del concepto de obligación indivisible tradicionalmente admitido. Según éste, obligación indivisible sólo lo será aquélla cuyo objeto lo sea; considerar indivisible la obligación no susceptible de cumplimiento parcial supone añadir a ella aquélla que, siendo su objeto divisible, no puede ejecutarse parcialmente. Y, en efecto, a tenor de las disposiciones del Proyecto, la obligación será indivisible --establecen los arts. 1071 y 1072-- no sólo cuando su objeto no admita división, sino también "aun cuando la cosa que forme su objeto pueda dividirse, siempre que la naturaleza del contrato y la intención de los contratantes no permitieren la

ejecución parcial".

Los mismos principios inspiran la regulación del C.c. En efecto, la configuración que de la obligación indivisible se desprende de ella, responde, a mi juicio, a una síntesis de lo dispuesto en los arts. 1071 y 1072 del Proyecto de 1.851. Así, también en el Código, la indivisibilidad de la obligación se define en función de la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación comprometida (38); y ésta, a su vez, deriva de que la cosa o acto sobre los que verse sean indivisibles o de que, aún no siéndolo, circunstancias externas a su naturaleza objetiva excluyan la realización parcial que objetivamente posibilitan.

Que ello sea así lo confirman los arts. 1149 y 1151 C.c. El primer párrafo de este último precepto reputa, como es sabido, "indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquéllas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial". Ahora bien, a primera vista, la redacción de una tal disposición resulta algo sorprendente. En efecto, dada la referencia a la no susceptibilidad de cumplimiento parcial, la mención de la indivisibilidad de la obligación de dar cuerpos ciertos parece supérflua, toda vez que siéndolo, quedará incluida dentro de las "no susceptibles de cumplimiento parcial" a que se refiere el segundo inciso de

dicho párrafo. La única explicación que justifica tal mención estriba, a mi juicio, en considerar que el C.c. configura, dentro de las obligaciones indivisibles de dar, una categoría específica con las obligaciones de dar "cuerpos ciertos" y la contrapone a la que integran las obligaciones de dar "no susceptibles de cumplimiento parcial", entendida entonces también como categoría particular. Si ello es así, y presupuesto que la obligación de dar "cuerpos ciertos" es indivisible por serlo su objeto, siendo por definición igualmente indivisible la obligación de dar "no susceptible de cumplimiento parcial" y diferenciándose de la que lo es en función de la indivisibilidad de su objeto, el de la obligación "no susceptible de cumplimiento parcial" habrá de ser necesariamente divisible.

El segundo párrafo del art. 1151 C.c. reafirma esta idea. "Las obligaciones de hacer serán divisibles (39) --dispone dicho párrafo-- cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial" (40). De este precepto se desprende que dos son las notas que, conjuntamente, califican la obligación como divisible: la divisibilidad de su objeto y la susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación. No basta, para

que la obligación de hacer se considere divisible, que su objeto lo sea; es necesario, además, que la prestación comprometida sea susceptible de cumplimiento parcial. Luego, una interpretación a contrario del art. 1151.2 C.c. permitiría configurar como indivisible, tanto la obligación de hacer que no tenga por objeto "la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial", cuanto aquélla que, aún teniendo por objeto "la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial", no sea, sin embargo, susceptible de cumplimiento parcial.

El art. 1149 C.c., por su parte, establece que "la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor no altera ni modifica los preceptos del capítulo II de este título", esto es, los correspondientes a la "naturaleza y efectos de las obligaciones". Ahora bien, además de esto, el art. 1149 C.c. nos dice algo más: en primer lugar, que las cosas constituyen el objeto de la obligación (41); y en segundo lugar, y lo que es más importante, que su divisibilidad o indivisibilidad, cuando en la obligación concurre

una pluralidad de sujetos, comporta la modificación de los preceptos del cap. II, tit. I, Libro IV C.c., modificación que, por su parte, el art. 1150 C.c. circunscribe al ámbito de la obligación indivisible mancomunada (42). Siendo esto así, se impone una conclusión obvia: objeto de la obligación indivisible lo son tanto cosas en sí indivisibles como cosas divisibles. Que las cosas indivisibles constituyan el objeto de la obligación indivisible parece evidente; que puedan constituirlo también cosas divisibles se desprende lógicamente de la proposición contenida en el art. 1149 C.c.: de otro modo, en efecto, ¿cuando, si no es circunscrita al ámbito del art. 1150 C.c., "la divisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones" alterará las disposiciones relativas a su naturaleza y efectos?

Configurada la obligación indivisible como aquélla cuya prestación no es susceptible de cumplimiento parcial y determinada esta no susceptible de cumplimiento parcial en función de la indivisibilidad y, en su caso, divisibilidad, de las cosas que constituyen su objeto, cabe plantear ahora a través de qué criterios se determina una y otra.

La determinación de los criterios que permitan fijar la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la obliga-

ción ha sido, quizás, una de las causas que hicieron merecer al tema de la indivisibilidad la fama de confuso y oscuro que, de antiguo, viene rodeándole. Toda la elaboración doctrinal llevada a cabo por los juristas del Derecho intermedio se resiente, en efecto, de la variedad de los criterios utilizados en esa tarea (43); y tampoco la regulación acogida inicialmente en el período codificador va a quedar exenta de ese defecto, pese a la idea --o quizás, como consecuencia de ella-- de generalización y abstracción que la inspira.

Esto es particularmente claro en el Código civil francés y en los que le tomaron como guía (44); no así en el Proyecto de C.c. español de 1.851 que, en materia de indivisibilidad de la obligación establece una regulación más sencilla. En el Code, los criterios que rigen la divisibilidad e indivisibilidad del objeto de la obligación se asientan sobre la susceptibilidad de división "sea material, sea intelectual" de las cosas o hechos que lo constituyen (45), entendiéndose que basta lo sea bajo esta última perspectiva, aún no siéndolo bajo la primera, para considerarlo divisible (46).

El Proyecto de 1.851, en cambio, prescinde (47) de la distinción de la divisibilidad en física o material y civil o propia para el comercio de las cosas y de la subdivisión

de esta última en real e intelectual (48), para considerarla desde un punto de vista objetivo y atender exclusivamente a la naturaleza de las cosas que constituyen el objeto de la obligación. Desde esta perspectiva, pues, la obligación será indivisible cuando su objeto, en sí, lo sea materialmente; y consecuencia de ello será, entonces, que aquellas obligaciones cuyo objeto lo constituyan cosas "divisibles intelectualmente" pasen a configurarse como obligaciones absolutamente indivisibles (49).

Igual criterio siguen el Anteproyecto de 1.882-1.888 y el Código civil. En este último, la dicción de los arts. 1149 C.c., que considera las "cosas" como "objeto de la obligación", y, sobre todo, 1151 C.c., que califica como indivisible la obligación de dar "cuerpos ciertos" (50), es expresiva de que, a la hora de calibrar la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la obligación, nuestro Código prescinde del criterio de división intelectual para atender a su divisibilidad desde un punto de vista material; es decir, referido exclusivamente al objeto en sí.

Por lo demás, la misma mención a la indivisibilidad de la obligación de "dar cuerpos ciertos" marca la pauta por la que se rige, en general, la de toda obligación. En torno al significado que encierra la expresión "cuerpo cierto",

la doctrina ha ensayado diversas explicaciones, todas ellas, a mi juicio, poco satisfactorias (51). Sin entrar a discutir la esencia de dichos planteamientos, pienso que, en cualquier caso, los mismos se resienten, al incidir en el calificativo "cierto", dando por supuesta la identidad entre los términos "cuerpo" y "cosa", de un mismo defecto.

En efecto, si bien es cierto --art. 1149 C.c.-- que las cosas constituyen el objeto de la obligación, no lo es menos que no lo constituyen consideradas en abstracto, sino a través de la consideración en que las tienen los contratantes, la cual, por otro lado, puede coincidir o no con esa consideración abstracta. Objeto de la obligación es, pues, antes que las cosas propiamente dichas, la designación que sobre ellas recae, y que las individualiza como tal objeto (52).

La trascendencia que esto tiene en materia de indivisibilidad de la obligación es obvia, puesto que ésta, en última instancia, está en función de la indivisibilidad de las cosas que constituyen su objeto. Una obligación, ciertamente, es indivisible si su objeto lo es; pero que éste lo sea ya no depende exclusivamente de que la cosa que lo integra en sí lo sea, sino de la forma en que haya sido designada por las partes. De este modo, cosas en sí divisibles pueden configurar un objeto indivisible, previa su trans-

formación, por medio de una nueva designación, en cosas indivisibles. Así, por ejemplo, dos bueyes, que desde el punto de vista de la obligación que versase sobre su entrega, conformarían su objeto como divisible, lo conforman como indivisible si se les considera ("designa") como junta: la obligación de entrega, así configurada, sería entonces, por serlo su objeto, indivisible (53).

A partir de estas consideraciones debe, a mi juicio, tratar de fijarse la noción de "cuerpo cierto". Si "objeto" de la obligación es, antes que las cosas propiamente dichas, la denominación bajo la cual se las comprende, "cuerpo cierto", en cuanto objeto de la obligación de dar, será, a su vez, una determinada modalidad de designación aplicada específicamente a las cosas. En este sentido, pues, "cuerpo cierto" no es tanto "cosa cierta" (54), sea cual sea el significado y alcance que se al calificativo "cierto", sino "objeto cierto" de la obligación y, consecuentemente, las notas de "no fungibilidad" y "especificidad" que, en su caso, configuran la "certidumbre" del cuerpo, conforman, al mismo tiempo, una forma de designación concreta: la designación unitaria o individualizada (55).

El "cuerpo cierto" del art. 1151.1 C.c. es, pues, la

la noción con la que se individualiza la unidad, desde la perspectiva del objeto de la obligación. Así, a ella se reconducen tanto las cosas que, de por sí y en sí mismas, se configuran como una unidad material intrínsecamente indivisible (con independencia del carácter --genérico o específico-- de su determinación) (56), como la pluralidad de cosas o las cosas materialmente divisibles a las que su encuadramiento bajo una designación común conforma asimismo como unidad. Y es esa configuración como unidad la que determina su indivisibilidad; en última instancia, y como BADOSA (57) ha puesto de relieve, en materia de obligaciones, "la individualidad de la designación prescinde de la materialidad de la división" (58).

El mismo criterio determina la indivisibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer. Por lo que respecta a las primeras, en principio, todas son indivisibles (59): la divisibilidad de la obligación de hacer, y como el propio art. 1151.2 C.c. pone de manifiesto, lo es siempre por designación, concretándose en la introducción de lo que podríamos denominar "factores de divisibilidad", esto es

unidades de medida o tiempo que, aplicadas a una realidad naturalmente indivisible en su unidad, la convierte en divisible en función de la repetición de esa unidad en tantas otras como el elemento numérico que a ellas se conecta, expresa (60).

Y lo mismo cabe decir de las obligaciones de no hacer, por más que, con una cierta ambigüedad, el art. 1151.3 C.c. reconduzca su indivisibilidad al "carácter de la prestación en cada caso particular". Pero ello obedece, seguramente, a la consideración, profundamente arraigada por más que carente de fundamento doctrinal (61), de que la obligación de no hacer se configura siempre como indivisible. Ciertamente que, circunscrita a aquélla que se orienta al mantenimiento inalterable de la situación existente en el momento de la celebración del negocio constitutivo de la relación obligatoria (62), parece realmente difícil encontrar algún supuesto de obligación de no hacer divisible. Así, cuando se dice que toda obligación de no hacer es indivisible porque no hay materia a la que aplicar la división (63) o porque "todo acto positivo que resulte prohibido a consecuencia del deber de omisión asumido no es un parcial cumplimiento del deber de omisión, sino un incumplimiento" (64), de alguna manera se tiene presente esa idea.

Sin embargo, nuestro C.c. opta por admitir la divisibilidad de la obligación de no hacer (65); y es que, en

realidad, y como ocurría con las obligaciones de hacer, cabe configurar --siquiera con carácter residual-- junto a su indivisibilidad objetiva, una divisibilidad por designación. (66) (67).

Ahora bien, como ya se dejó señalado, la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación no aparece configurada sólo a partir de la indivisibilidad de las cosas que constituyen el objeto de la obligación. Una cosa materialmente divisible puede ser objeto de una obligación indivisible, siempre y cuando se excluya el cumplimiento parcial que, a nivel de prestación, la naturaleza intrínseca de aquélla posibilita. Pues bien, en esos supuestos, ¿cuales son los factores o circunstancias que eliminan la susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación y permiten, con ello, considerar indivisible la obligación?

La categoría de las obligaciones indivisibles cuyo objeto lo constituye una cosa divisible, considerada como tal, proviene del art. 1072 del Proyecto de C.c. de 1.851. Establecía, en efecto, este artículo que "la obligación será indivisible, aún cuando la cosa que forme su objeto pueda dividirse, siempre que la naturaleza del contrato y la intención de los contrayentes no permitieren la ejecución parcial". "Naturaleza del contrato" e "intención de los con-

trayentes" son, pues, los criterios a partir de los cuales se delimita en este caso la indivisibilidad de la obligación. Ambos, reconducibles al más genérico de "voluntad de las partes" (68), están asimismo presentes en el C.c. y determinan la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de aquellas obligaciones que, no siendo indivisible su objeto, el art. 1151 C.c. reputa igualmente indivisibles.

En efecto, la divisibilidad del objeto de la obligación no conduce necesariamente a la consideración de la obligación como divisible. Para ello, hace falta algo más: que la prestación que sobre él incida sea susceptible de cumplimiento parcial. Y si bien la propia divisibilidad del objeto posibilita tal susceptibilidad, ésta puede quedar excluida por circunstancias externas o ajenas al mismo y dependientes, en cambio, de la finalidad perseguida a través de la obligación. Es indudable, por ejemplo, la objetiva divisibilidad de la obligación de entregar una suma de dinero; sin embargo, esa entrega no podrá ser realizada parcialmente si está orientada a un fin determinado: pago de una fianza, ejercicio de un derecho de retracto o de opción,... (69). La obligación en este caso, pues, será indivisible, si no por la naturaleza de su objeto, sí por el carácter de la prestación.

La voluntad de las partes interviene, pues, decisivamente en la formación del concepto de obligación indivisible en cuanto permite configurar la indivisibilidad de su objeto a partir de cosas en sí divisibles y en cuanto, a partir de un objeto divisible, permite configurar como "no susceptible de cumplimiento parcial" la prestación que sobre él recae. Pero una vez señalado esto, es evidente que una obligación divisible en sí, por serlo su prestación, es y será siempre divisible y nunca podrá asumir otro carácter; y el que los contratantes excluyan los efectos que normalmente debieran derivar de ella y los sustituyan por otros distintos, estableciendo la indivisión de su cumplimiento, no comporta la conversión de la obligación divisible en indivisible.

Este sería, por otra parte, el ámbito que, en materia de obligaciones correspondería a lo que algún sector doctrinal denomina "indivisibilidad subjetiva" (70). Ahora bien, en rigor, así configurada, esa "indivisibilidad subjetiva" poco o nada tiene que ver con el tema de la obligación indivisible tal como aparece regulada en el C.c. Por eso, tampoco parece muy exacto calificarla como "causa de la indivisibilidad de la obligación" (71): la denominada "indivisibilidad subjetiva" en nada altera la objetiva

naturaleza de la obligación divisible y, en su caso, sólo constituye una "causa de indivisión del cumplimiento obligatorio" (72).

NOTAS

(1) Así, arts. 1217 y 1218 C.c. francés. Según el primero, "l'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle"; a ello agrega el art. 1218 que "l'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle".

Sintetizan la definición que se desprende de ambos preceptos, los arts. 1524.1 C.c. de la República de Chile y 1202 C.c. italiano de 1.865. Desde un punto de vista diferente, en cambio, la configura el art. 667 C.c. argen-

tino: "Son indivisibles (las obligaciones), si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sinó por entero".

(2) Ello está en congruencia, señala ESPIN CANOVAS, "Manual de Derecho civil español", vol. III, p. 59, con la ausencia de una definición legal de obligación y con la propia estructura del art. 1088 C.c.

(3) ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 50.

(4) En términos similares se manifiesta el resto de la doctrina. Cfr., por todos, CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, p. 171; CASTAN, "Derecho civil español, común y foral", T. III, p. 147; LACRUZ BERDEJO, "Elementos de Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 44.

(5) Así, por ejemplo, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 508, configura los conceptos de obligación divisible y de obligación indivisible a partir del "criterio generalmente recogido (en la doctrina)...de atender a la divisibilidad (o no) de su cumplimiento, es decir, de la ejecución de la prestación que forma su contenido".

(6) Unicamente DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 504, alude al art. 1151 C.c., como precepto sobre el que asentar el concepto de divisibilidad e indivisibilidad de la obligación.

(7) Vid. infra, pp. 271 ss. y 367 ss.

(8) Sobre este dato se asienta la principal diferencia que entre la regulación contenida en el art. 1139 C.c. y la

establecida en el art. 1150 C.c. puede señalarse. Pero sobre esto, vid. infra, pp. 480 ss.

(9) Vid. infra, pp. 39 ss.

(10) Ahora bien, y esto parece ocioso advertirlo, ello no significa que en la configuración o calificación de una obligación como divisible o como indivisible sea esencial la vinculación a la misma de una pluralidad de sujetos. El que la indivisibilidad de la obligación se considere en el art. 1151 C.c. "para los efectos de los artículos que preceden", y en ellos se atienda a la obligación en que concurren varios deudores no significa sino que aquélla tiene especial relevancia en tales casos, no que se defina en función de tal concurrencia: derivando la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación del carácter de la prestación, la obligación será divisible o indivisible con independencia de que haya un solo acreedor y un solo deudor, o una pluralidad de unos u otros.

En este sentido, al plantearse las diferencias existentes entre solidaridad e indivisibilidad, CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, p. 172, señalará, como una de ellas, el que "en la solidaridad es esencial la pluralidad de personas y en la indivisibilidad no". Sobre esta cuestión, vid. infra, pp. 314 ss.

(11) Expresamente, art. 667 C.c. de la República Argentina.

(12) Vid., infra, pp. 76 ss.

(13) Así, DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil

patrimonial", T. I, p. 611.

(14) Cfr. BELTRAN DE HEREDIA, "El cumplimiento de las obligaciones", en especial, p. 44.

(15) "Puesto que la divisibilidad de la obligación requiere la fraccionabilidad de la prestación en varias prestaciones cualitativamente iguales a la total, aunque sean cuantitativamente distintas de ésta --dirá ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 52--, no basta que sea fraccionable (sin destruirse) en varias que, aunque formen en conjunto la prestación total, sean desiguales (...) Ello es así porque como quiera que con la divisibilidad de la obligación se trata de que, habiendo varios sujetos, pese sobre cada uno de los pasivos una diversa parte de la obligación total, o cada uno de los activos tenga derecho a una porción de la misma, es precisa la igualdad cualitativa, pues si no, se podría atribuir a cada uno una parte igual, y la atribución de desiguales sería insólita".

Cfr., igualmente, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 531.

(16) Sobre la no consideración de la fraccionabilidad material del cumplimiento como susceptibilidad de cumplimiento parcial, cfr. ya MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 270, pp. 156-157, y Parte III, nº 76, p. 217.

(17) "Res omnes --dirá CHESIUS, "De dividuis, et individuis obligationibus. Plura explicantur juris loca, et praecipuè l. 4 §Cato I. ff. de verb. oblig.", nº 8, p. 260--, quae in stipulationem, vel obligationem deducuntur, vel sunt res, quae specialiter dicuntur ad differentiam factorum, vel

sunt facta". En el mismo sentido, DONELLUS, "De dividuis et individuis tum rebus tum factis, earumque rerum obligationibus utilis et compendiosa, nec minus huic loco accommodata tractatio", III, col. 55.

(18) Que la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación depende "secundum naturam eorum, quae in... obligationem deveniunt", constituye una afirmación indiscutida: BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Dig. Novi Partem commentaria", com. ad l. "Stipulationes non dividuntur", nº 21, fol. 33 v.

Asimismo, cfr. GOMEZ, "De dividuis", nº 2, p. 302; MELCHOR DE VALENCIA, "De dividuis et individuis obligationibus", Cap. II, nº 2, p. 248; RAMOS DEL MANZANO, "De dividuis et individuis obligationibus", Cap. II, § I, p. 159: "Dividuitatem autem vel individuitatem stipulationum pendere omnino ex natura rei sive facti in stipulationem deducti, ita si res factave sint dividua, stipulatio dividua sit, et e contrario".

(19) "In obligatione individua --señala ya BARTOLUS, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Dig. Novi Partem commentaria", com. ad l. "Stipulationum, § Ex his", fol. 5v.--... haeredes promissoris tenentur in solidum: et haeredibus stipulatoris insolidum actio competit". En el mismo sentido, también CUJACIUS, "Jacobi Cujacii in Lib. LXXV. Pauli ad Edictum Recitationes solemnes", ad L. LXXXV. et LXXXVII. de verb. obligat.", cols. 641-642.

(20) Como ya BARTOLUS, op. ult. cit., com. ad l. "Eadem dicemus, § Cato", nº 1, fol. 7 v., había puesto de relieve, "quaedam sunt (obligationes) dividuae quo ad contractum, et quo ad obligationem, sed quo ad solutionem tantum sunt indi-

viduae, ut obligatio rem restitui, et ista dividitur quo ad obligationem inter haeredes, quia quilibet tenetur pro parte haereditaria..., sed quo ad solutionem dicitur individua".

"Nunc de obligationibus dicendum est --señalará GENTILIS, "Tractatus de dividuis et individuis obligationibus", Cap. VI, p. 107--, quae partim divisionem recipiunt, partem non recipiunt: quales sunt: obligatio generis alternativa, poenae, operarum, et si quae aliae similes sunt. Nam hae obligationes, quum et propter res ipsas, quae in eas deducuntur, et aliis de causis dividi possint; tamen conventionne et juris potestate sit, ut in solutione et liberatione pro parte divisionem non recipiant".

Cfr. asimismo, PICHARDUS, "De dividuis, et individuis obligationibus, brevis accurata, et luculenta explicatio pro interpretatione, cap. 2.3.4.5.72.85. aliorum tit. ... D. verborum obligationibus", Cap. IX, nº100, p. 474; FERNANDEZ DE RETES, "De dividuis et individuis obligationibus commentarius repetitae praelectionis academicae", Cap. IV, §§I ss., pp. 622 ss.

(21) Así, BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Dig. Novi Partem commentaria", com. ad l. "Stipulationes non dividuntur", fol. 31 v.; PAULUS CASTRENSIS, "Pauli Castrensis...Patavinae praelectiones...in secundam Digesti Novi Partes", com. ad l. Stipulationes non dividuntur", nº 3 ss., fol. 33 v.

(22) "Ut stipulationem servitutem", señalará BARTOLO, op. y loc. ult. cits.

(23) "Ut stipulatio facti: puta rem tradi", dirá igualmente BARTOLO, op. y loc. cits. Cfr. también SOCINUS, "Mariani Socini...Repetitio seu commentarius in §Cato ex l. IIII

ff. de verbo. oblig.", nº 74 ss., fols. 325v ss.

Contra, ya GOMEZ, "De individuís", nº 23, p. 322; igualmente, CHESIUS, "De dividuis et individuís obligationibus. Plura explicantur juris loca, et praecipuè l. 4 § Cato I. ff. de verb. oblig.", nº 120, p. 297.

(24) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Dig. Novi Partem commentaria", com. ad l. "Eadem dicemus, § Cato", nº 1, fol. 7 v.

(25) Cfr. IASON MAYNUS, "Iasonis Mayni...in Secundam Digesti Novi partem Commentaria", com. ad l. "Stipulationum § Earum", nº 3 ss. fol. 15 v. ss.; ANGELUS DE PERIGLIS, "Subtilissima Repetitio § Cato l. IIII. de verb. oblig.", nº 1, f. 263.

Igualmente, vid. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 57, p. 214, donde contrapone esta distinción, que "effectum et executionem respiciens" a aquélla "nova, nostraque inventionis originem et substantiam ipsam concernes", referida a la "indivuiditatis necessaria", "indivuiditatis naturalis" e "indivuiditatis accidentalis". Ambas constituirán uno de los "tria veluti Thesei fila" que, junto a las diez llaves que igualmente ofrece, "totius hujus labyrinthi per tot secula inextricabilis, fores undique panduntur, sed potius ut persossis speluncis et perruptis rupibus reteguntur". Cfr. MOLINEO, op. cit., Parte III, nº 113, p. 222.

(26) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 241, p. 152.

(27) Cfr. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 211, 220, 241 ss., 270; Parte III, nº 21-22, 57 ss., 75 ss.

(28) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 292, p. 282.

(29) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 295, p. 285; cfr. nº 312 ss., pp. 300 ss.

(30) En efecto, de los tres supuestos de los que POTHIER predica la "individuitatis solutionis", sólo el que deriva de ser la obligación genérica o alternativa era calificado por MOLINEO como tal. Los otros dos no eran, para éste, supuestos de "individuitas solutionis" sino de "incongruitas solutionis"; y, en cambio, POTHIER no considera como tales, supuestos --aquéllos en los que "solutio partis pendet, seu conditionalis est"-- que, en el pensamiento de aquél, efectivamente lo eran.

(31) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 58, p. 214.

(32) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 293, p. 282.

(33) Que, al pretender recoger la categoría de la obligación "individuae obligatione" en su art. 1218, señalando que "L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle", lleva a la confusión --denunciada por MARCADE, "Explication théorique et pratique du Code Napoleon", T. IV, nº 632, p. 488-- entre la indivisibilidad "obligatione" y la simple indivisibilidad "solutione tantum", poniendo en contradicción el precepto en él contenido con los arts. 1220 y 1221, "qui déclarent que dans certains cas, et notamment s'il

résulte 'de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat' que l'intention des contractants a été que la dette ne pût 's'acquitter partiellement', un seul débiteur pourra être poursuivi pour le tout 'par exception au principe' des obligations divisibles".

Cfr. distintos intentos de conciliar ambos preceptos en BOISTEL, "De l'indivisibilité solutione et spécialement de celle qui résulte de la fin que l'on s'est proposée", pp. 168 ss.; PAGAT, "De l'indivisibilité en droit romain et en droit français", pp. 169; LAURENT, "Principes de Droit civil français", n^o 419, p. 417; DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, n^o 531 ss., pp. 466 ss.; COLMET DE SANTERRE, en DEMANTE - ..., "Cours analytique de Code Napoleon", T. V, n^o 157 bis IX y X, pp. 273 ss.

RODIERE, "Trattato della solidalità e della indivisibilità", n^o 335, p. 325 ss., por su parte, señala, en cambio, "che è impossibile di assegnare una differenza ragionevole, tra l'obbligazione che l'articolo 1218 dichiara indivisibile, ..., e tra l'obbligazione che l'articolo 1221 dichiara divisibile ed obbliga intanto di eseguire come indivisibile"; más expresivamente, TOULLIER, "Il dritto civile francese secondo l'ordine del Codice", vol. VI, n^o 792, p. 556, que incluso atribuye a "difetto della mia intelligenza" su incapacidad para ver diferencia alguna entre uno y otro precepto.

(34) En ello no fue, quizás, ajena la opinión de GARCIA GOYENA; su comentario al art. 1071, en "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", p. 577, al menos, así parece indicarlo. Dice, efectivamente: "He recapitulado fielmente los largos comentarios de aquellos célebres Jurisconsultos (se refiere a "POTHIER y otros por

él citados"), y me afirmo de nuevo en que es preferible à todos ellos, por su concision y claridad, el simple y sencillo testo de la citada ley 2, Romana (se refiere a D. 45.1.2) que encierra en solos dos párrafos, ó por mejor decir, en uno solo toda la doctrina de esta difícil materia, y los principios ó llaves para decidir con acierto en todos los casos: el párrafo primero, abraza y deslinda las obligaciones indivisibles contractu, obligatione, et in solutione: las dos últimas especies no son en realidad sino una sola, á saber: la de las que 'partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, satis stipulationi non fit': no cumpliéndose en la totalidad, no se satisface a la estipulacion, ni a la intencion de los contrayentes". La afirmación de GARCIA GOYENA es, evidentemente, errónea, pero su confusión está hasta cierto punto justificada, sobre todo dado el tenor del art. 1218 del Código civil francés que debió servirle de guía.

(35) Vid. BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 521.

(36) No así a partir del "Esboço" de Código civil, de TEIXEIRA DE FREITAS, publicado en 1860-1861, que califica la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación --cfr. art. 969-- de la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de su prestación. En ese artículo se inspira el art. 667 C.c. argentino; por lo demás, en la regulación pensada por VELEZ SANSFIELD para las obligaciones divisibles e indivisibles --así como para otras muchas materias-- es patente la influencia de FREITAS.

(37) "C'est...la nature de l'objet d'une obligation qui décide si l'obligation est divisible: elle est divisible

si l'objet est divisible", dirá LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XVII, nº 368, p. 369, recogiendo una opinión generalizada en la doctrina exegética francesa.

(38) Cfr. arts. 1252.3 y 1151.3 C.c.

(39) En las ediciones del C.c., tanto oficiales como privadas, se lee "indivisibles", añadiéndose en nota que el término correcto debiera ser "divisibles". Sostienen MELON INFANTE y LOPEZ LOPEZ, "Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar por...", nota 1, art. 1151, p. 326, que, en efecto, sin duda se trata de un error; cfr. también, pp. XXVIII y XXXI. Pero no deja de ser sintomático que ni siquiera a los meros errores tipográficos escape la regulación de una materia que siempre se ha caracterizado por su oscuridad y ambigüedad...

(40) Antecedente del precepto es el contenido en el art. 1168.2 del Anteproyecto de 1.882-1.888; y aunque éste no va acompañado de nota explicativa alguna, es indudable su procedencia del art. 670 C.c. argentino: "Las obligaciones de hacer son divisibles cuando tienen por objeto la prestación de hechos, determinados solamente por un cierto número de días de trabajo, ó cuando consisten en un trabajo dado, según determinadas medidas espresadas en la obligación, como la construcción de un muro, estipulada por metros; pero cuando la construcción de una obra no es por medida, la obligación es indivisible".

(41) Entendidas en sentido vulgar o amplio; obviamente, no hay razón para circunscribir el precepto al ámbito de las obligaciones de dar únicamente. Cfr., por otra parte,

arts. 1088 y 1100 C.c.

(42) Vid. infra, pp. 480 ss.

(43) "Mihi autem, si quid difficultatis inest --dirá DUARENUS, "Francisci Duareni...in Lib. XLV, Tit. I De Verborum Obligationibus commentarii", Cap. III, com. ad l. 2, p. 7, acerca de la legendaria complejidad del tema de las obligaciones divisibles e indivisibles--, non tam in rebus ipsis, quae tractantur a juris auctoribus, aut in verbis eorundem, quam in tractandi, docendique ratione, ac dexteritate quadam, esse videtur".

(44) "Si può dubitare --señala TOULLIER, "Il Dritto civile francese", vol. VI, nº 749, p. 525, nota 1-- che un uomo il quale non conoscesse nè il trattato di POTHIER, nè quello di DUMOULIN, possa pervenire ad intendere gli articoli del Codice sulle obbligazioni divisibili ed indivisibili. Non si teme almeno di affermare che vi perverrebbe con molta pena e fatica, giacchè ve ne occorrono già troppo per intenderle, anche col soccorso di POTHIER e di DUMOULIN". Vid. también DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, nº 504, p. 441.

(45) Cfr. BIGOT-PREAMENEAU, en FAVART, "Recueil complet des travaux préparatoires", T. XIII, p. 257.

(46) Así, LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XVII, nº 368, p. 370.

Para una crítica de una tal configuración de la divisibilidad y de la indivisibilidad, vid. CICALA, "Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione", pp. 69 ss.

(47) El art. 1071 del Proyecto, en efecto, establece: "La obligacion es divisible é indivisible, segun que su objeto admita ó no la division".

(48) Vid. GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1071, p. 576. "¿Qué tiene que ver --se pregunta el comentarista del Proyecto isabelino-- que una cosa pertenezca á muchos pro indiviso para que se la califique tan solo de divisible 'intelectualmente'? La indivision no es la indivisibilidad".

(49) Así, la obligación de dar "cuerpo cierto", que tradicionalmente se venía considerando como divisible --si bien generaba una regulación especial-- se califica expresamente de indivisible ya en el Proyecto de C.c. de 1.851. Dos comentarios de GARCIA GOYENA así lo ponen de manifiesto. Así, en relación a lo dispuesto en el art. 933, en el sentido de que, en el ámbito de las deudas hereditarias, cuando por consistir én "cuerpo determinado" el coheredero poseedor del mismo la hubiese pagado íntegramente, la disposición --en palabras de GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 933, p. 460-- se justifica por ser aquélla indivisible. Igualmente, al comentar el art. 1077 del Proyecto, que establece que el heredero del deudor de cosa indivisible demandado puede pedir un plazo para llamar y traer a juicio a sus coherederos, "á no ser que la obligacion por su naturaleza no pueda cumplirse mas que por el heredero demandado", señala como uno de esos casos el de que la "deuda sea de un cuerpo cierto y determinado, que existe en poder del demandado" Cfr. GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1077, p. 579-580.

(50) Con independencia de que tal calificación se verificaba ya en el Proyecto de 1.851, precedente inmediato del precepto contenido en el art. 1151.1 C.c. es, a mi juicio, el art. 679 C.c. de la República Argentina, que establece expresamente que "toda obligación de dar un cuerpo cierto es indivisible".

Esta disposición, a su vez, se inspira en el art. 984.2º del "Esboço" de FREITAS, que éste justifica en una extensa nota. En síntesis, señala FREITAS que la divisibilidad de la obligación de dar un "corpo certo" se mantiene a partir de la errónea distinción entre divisibilidad material y divisibilidad intelectual y de la aplicación al ámbito obligatorio de la teoría de la división abstracta de la copropiedad o condominio, identificando la obligación con el derecho real de los coacreadores y de los codeudores. Si en relación a la copropiedad --agrega-- la cosa está intelectualmente dividida, no por ello debe concluirse que también se deba dividir o que sea divisible en relación con la obligación. La división intelectual, necesaria para la existencia de la copropiedad deja de ser posible para la obligación, donde deviene inútil: "em relação a obrigação a coisa --concluye-- foi considerada em sua integridade natural, e sem esta o pagamento é impossível". Cfr. FREITAS, "Código civil. Esboço", T. II, pp. 389 ss.

(51) Una primera teoría, la más generalizada quizás y que, entre otros, es sostenida por ESPIN, "Manual de Derecho civil", vol. III, p. 59, identifica "cuerpo cierto" con "cosa específica"; una segunda tendencia, posiblemente con mayor acierto, contrapone los "cuerpos ciertos" a los "cuerpos inciertos que se determinan por su número, peso o medida, es decir, a los conjuntos de cuerpos fungibles, los

únicos naturalmente divisibles a efectos de los artículos en cuestión (los que se refieren a las obligaciones divisibles e indivisibles)". En este sentido, cfr. BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 533.

(52) Ello implica que no exista, necesariamente, una relación de correspondencia entre las nociones de "cosa" y "objeto". Por esto, puede verificarse en ese ámbito lo que BADOSA, "Apuntes de Derecho civil: Obligaciones y contratos" (Curso 1.980-1.981), inéditos, denomina un "desfase entre individualidades": una cosa concreta y específicamente determinada puede, evidentemente, en su unidad, integrar el objeto de la obligación; pero la obligación puede, también, tener como único objeto una pluralidad de cosas, bien determinadas en relación a una unidad de medida, número o peso, bien unificadas bajo una designación común: en ambos supuestos, la existencia de un conjunto de cosas no obsta a la consideración del objeto de la obligación como concepto unitario.

(53) "Si defunctus debebat unum jugum boum --dirá MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 41, p. 122--, et reliquit duos heredes, singuli non possunt seorsim tempore vel loco diversis offerre singulos boves jugales: sed debent semel unum jugum offerre, alias esset minus solvere vel offerre qualitate, seu causa, imo re et substantia: quia obligatione concepta sub nomine jugi, non debentur singula corpora, sed unum integrale".

Cfr. ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 57 y nota 3.

(54) "Cosa cierta" sí es, en cambio, "cosa específica".

En este sentido, cfr. arts. 768, 882, 887.2º, 1096, 1097 C.c., etc.

(55) "Philosophi --señalará PICHARDUS, "De dividuis et individuis obligationibus, brevis accurata, et luculenta explicatio pro interpretatione, cap. 2.3.4.5.72.85. aliorum ...tit. D. de verborum obligationibus", Cap. II, nº10, p. 467-- corporum tria genera possunt":de ellos, en efecto, unos se consideran "unitum corpus"; otros, "connexum corpus, quod ex continentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat"; otros, en fin, "corpus ex distantibus partibus non solutis, sed uni nomini subiectu".

Cfr. también BARO, "Eguinariii Baronis...de dividuis et individuis obligationibus", Lib. I, Cap. I, nº 1, fol. 366.

(56) Existe, además, una razón que justifica el que las cosas genéricamente determinadas no tengan trascendencia en el ámbito de las obligaciones divisibles e indivisibles y es que, determinándose la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación a partir del cumplimiento, es también a partir de ese momento en que las cosas pierden su carácter genérico y se "convierten" en específicas.

(57) BADOSA COLL, "Apuntes de Derecho civil: Obligaciones y contratos" (Curso 1.980-1.981), inéditos.

(58) Significativamente, hace notar DONELLUS, "Hugonis Donelli...Commentariorum in selectos quosdam Titulos Digestorum", vol. II, com. ad l. "In stipulationibus", cols. 1081 ss., que "generaliter hoc tenendum est, cum dicitur rem unam aliquam in partes dividi, in usu juris intelligi partes indivisas, nunquam divisas...Divisae partes sunt, discretae

et separatae aliae ab aliis, ut jam non amplius uno corpore teneantur, sed singulae unum corpus efficiant, atque adeo non jam singulae pars sint, sed totum". Cfr. también, GENTILIIS, "Tractatus de dividuis et individuis obligationibus", Cap. V, p. 104; DUARENUS, "Francisci Duareni...in eandem Tit. De V.O. alter commentarius", p. 171: "Sit autem haec divisio in partes incertas, et pro indiviso, quae intellectu magis habeantur, quam corpore, non in certas atque discretas, ut in quantitate diximus", señalará en relación a la divisibilidad de la obligación de dar "certa speciei, sive corporis".

(59) En materia de obligaciones de hacer, no existe, en la elaboración doctrinal del Derecho intermedio un criterio definido que permita determinar de modo taxativo su divisibilidad o indivisibilidad. Así, entre las afirmaciones radicalmente opuestas de DONELLUS, "De dividuis et individuis tum rebus tum factis, earumque rerum obligationibus utilis et compendiosa, nec minus huic loco accommodata tractatio", X, cols. 59-60, en el sentido de afirmar que "omnia sunt individua", y de MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 202-203, p. 147, señalando que "omnes obligationes faciendi...dividuas esse, nisi quando, et quatenus apparet esse individuas", se sitúan las de aquéllos que entienden que en unos casos son divisibles y en otros, indivisibles. Así, ya BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Dig. Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Stipulationes non dividuntur", nº 7, fol. 32; BARO, "Eguinariii Baronis...de dividuis et individuis obligationibus", Lib. II, Cap. VI, nº 5 ss., fol. 374 v. ss.; DUARENUS, "Francisci Duareni...Disputationum anniversariarum Libri duo", Lib. I, Cap. LIX, pp. 51 ss.

GALIAULA, "Repetitio Lanceloti Galiaule...in § Cato. l. IIII. ff. de verb. oblig.", nº 7, fol. 270.

(60) Así, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 534 ss.; también, MORENO QUESADA, "Problemática de las obligaciones de hacer", pp. 480-481.

(61) Para la configuración de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación negativa, según la doctrina dominante en el Derecho intermedio, cfr. COVIELLO, "L'obbligazione negativa", pp. 152 ss.

(62) Así la configura DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 436.

(63) En este sentido, FREITAS, "Codigo civil. Esboço", p. 396, en relación al art. 984.3º del mismo, que establece la indivisibilidad de toda obligación de no hacer.

De manera similar, GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", vol. I, p. 222, entiende que "en esta clase de obligaciones el criterio de la indivisibilidad resulta inaplicable, por la simplicísima razón de que en las obligaciones de no hacer, el acreedor nada puede exigir y el deudor nada está obligado a hacer". Igualmente, acogiendo las ideas de GIORGI, vid. MARCHI, "Sulla teorica delle obbligazioni divisibili ed indivisibili nel diritto civile italiano", p. 237.

Para una crítica de esta postura, que deja de lado el problema de la responsabilidad entre los deudores en caso de infracción de la obligación por uno de ellos, cfr. COVIELLO, "L'obbligazione negativa", pp. 150-151.

(64) HERNANDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", p.166, que, en sustancia, utiliza los mismos argumentos que CROME

"Teorie fondamentali delle obbligazioni in diritto francese", § 4, y DE RUGGIERO, "Istituzioni di diritto civile", T. II, p. 34. Para una refutación de éstos y otros argumentos, cfr. COVIELLO, "L'obbligazione negativa", pp. 162 ss.

(65) Señalan D'ORS - BONET, "El problema de la división del usufructo", p. 68, que, en realidad y por lo que respecta a la indivisibilidad de la obligación de no hacer, "más que una afirmación general de principios vale preguntarse en cada caso concreto si debe admitirse, en el supuesto de una realización parcial del acto que no debía hacerse, una reclamación 'pro parte' o no... Todos estos matices no puede captarlos la ley, sino que dependen de la prudencia judicial.. El art. 1151, párrafo 3, lo reconoce muy sensatamente".

(66) El art. 1151.3 C.c. es prácticamente transcripción literal del art. 671 del C.c. argentino que, en esta ocasión, se aparta del criterio de FREITAS para seguir punto por punto las orientaciones de SAVIGNY, "Le droit des obligations", T. I, § 32, III, pp. 270-271, y MARCADE, "Explication théorique et pratique du Code Napoleon", T. IV, nº 635, p. 490. De éste, recoge VELEZ SARFIELD el ejemplo con el que dicho autor ilustra su comentario al art. 1218 del Code; del primero, la propia formulación del precepto y el criterio que utiliza para determinar la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones de no hacer: "En las obligaciones que tienen por objeto una omisión (non faciendi obligations) --dice el jurista alemán, transcrito por VELEZ SARFIELD en la nota que acompaña al art. 671--, para juzgar de su divisibilidad o indivisibilidad, todo depende de saber si el acto de que el deudor ha prometido abstenerse, puede en sí

mismo ser igualmente cumplido por cada uno de los herederos, o si cada uno no puede cumplirlo sino por su parte. En el primer caso, la obligación misma es indivisible; en el segundo, es divisible".

(67) En este sentido, cfr. BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 536 ss.; asimismo, RUIZ VADILLO, "Las obligaciones negativas en el Derecho español", pp. 41-42, donde recoge y se adhiere a la opinión de BERCOVITZ.

(68) Que puede ser expresa o tácita: en esto, la doctrina que se ha planteado el tema es unánime. Vid., por todos, BAUDRY-LACANTINERIE, "Précis de Droit civil", T. II, nº 994, p. 721.

(69) Cfr. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 40, p. 153; POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 316, pp. 304-305.

(70) Así, PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", T. I, vol. II, pp. 250 ss. (2ª ed.); CASTAN, "Derecho civil español, común y foral", T. III, pp. 165 ss.; ESPIN CANOVAS, "Manual de Derecho civil español", vol. III, p. 60.

Pero como señala ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. I, p. 53, "no se trata de que la voluntad de los interesados haga indivisible a la obligación que es divisible en sí, sino de que, subsistiendo la divisibilidad, la división efectiva queda excluida por voluntad de los interesados".

(71) Cfr. autores cits. nota anterior.

(72) Por lo mismo, tampoco creo que pueda, en rigor, hablarse de una indivisibilidad convencional de las obligaciones divisibles que nacen de un contrato bilateral como consecuencia del sinalagma funcional, como hace BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 547 ss.

En el mismo sentido, ya ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 77 ss.

PRIMERA PARTE

INSUFICIENCIA DE LA NATURALEZA OBJETIVA
DE LA OBLIGACION PARA CONFIGURAR A LA
OBLIGACION INDIVISIBLE COMO CATEGORIA
OBLIGATORIA INDEPENDIENTE

1. La no susceptibilidad de cumplimiento parcial como manifestación de la indivisibilidad de la obligación.
2. La indivisibilidad en las obligaciones unipersonales.
3. La indivisibilidad en las obligaciones pluripersonales.

1. La no susceptibilidad de cumplimiento parcial como manifestación de la indivisibilidad de la obligación.

Constituye una afirmación común a la de que la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación carece, en cuanto a las consecuencias que de una y otra puedan derivarse, de trascendencia cuando la obligación vincula a un solo deudor y a un solo acreedor (1) (2).

En la doctrina española es usual basar tal afirmación en lo dispuesto en el art. 1149 C.c. y, sobre todo, en la norma contenida en el art. 1169.1 C.c. que, de alguna manera, se entiende refleja lo establecido por aquél (3). Se dice, así, que a diferencia de lo que sucede cuando en la obligación concurre una pluralidad de acreedores o de deudores, vinculando a uno solo de éstos y a uno solo de aquéllos, "la divisibilidad o indivisibilidad tiene poca importancia, pues aunque se trate de obligaciones divisibles, el acreedor no

puede ser obligado a recibir por partes ni el deudor compelido a cumplir de este modo, salvo pacto en contrario" (4). Siendo unipersonal la obligación, sería la conclusión, la posible incidencia de su carácter divisible o indivisible queda absorbida por las reglas que rigen el cumplimiento obligatorio --y, en particular, por las que imponen la necesidad de su integridad e indivisibilidad-- que, en cambio, quebrarían cuando, presupuesta su divisibilidad, la obligación fuese pluripersonal (5).

Ahora bien, ocurre que, en estos términos, la cuestión de la incidencia de la divisibilidad o indivisibilidad en el régimen de la obligación está mal planteada. Ciertamente que el art. 1149 C.c. parte de la distinción entre obligaciones unipersonales y obligaciones pluripersonales y que, en esencia, viene a decir que mientras las primeras, sean divisibles o indivisibles, no comportan, en su regulación, alteración o modificación alguna de los preceptos del cap. II del tit. I del Libro IV C.c., en las segundas, la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas que constituyen su objeto determina precisamente lo contrario. Pero no es menos cierto que, si la alteración que esa divisibilidad o indivisibilidad comporta en relación a la "naturaleza y efectos" de la obligación está en función de la concurrencia a la misma de una pluralidad de personas, dicha modificación se predica de la "natura-

leza y efectos" de la obligación tal y como aparecen configurados en los arts. 1094 a 1112 C.c. y es únicamente respecto de ellos que se produce. En este sentido, pues, la relación entre el art. 1149 y el art. 1169.1 C.c. (no integrado, por otra parte, en el cap. II del tit. I, sino en el IV de dicho título) aparece totalmente injustificada.

Pero es que, además, circunscribir la alteración de los preceptos del cap. II, tit. I del Libro IV C.c. al ámbito de la obligación divisible contradice lo que se deduce del art. 1149 C.c. puesto en relación con el art. 1150 C.c.: que la modificación del régimen obligatorio que podría calificarse de normal o paradigmático se predica de la obligación indivisible mancomunada. Por ello, desde este punto de vista, toda atribución de efectos a la obligación pluripersonal divisible, en el sentido de modificar o alterar cualquier precepto, no ya del cap. IV, sino incluso del propio cap. II del tit. I del Libro IV C.c. resulta igualmente inadmisibles.

La postura doctrinal que se critica se resiente de un punto de partida equivocado. Pese a ser la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial la nota definitoria de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación, la relevancia de una y otra no debe buscarse en una posible repercusión en las reglas que rigen el cumplimiento obliga-

torio, puesto que éstas se apoyan en bases diferentes a las de aquéllas y operan a distinto nivel.

En materia de cumplimiento, en efecto, es preciso distinguir dos planos, un plano material y un plano jurídico. El primero se articula en torno a la noción de cumplimiento como actividad a realizar (6), considerada desde una perspectiva meramente fáctica. El plano jurídico, en cambio, se orienta no tanto en torno a la noción de conducta cuanto a la exigencia jurídica de realizarla, atendiendo a la necesidad de una correspondencia entre esa exigencia y la legitimación concedida para satisfacerla. Desde un punto de vista material, el cumplimiento, en función del carácter de la prestación, podrá ser o no susceptible de ejecución parcial, divisible o indivisible; desde un punto de vista jurídico, y por razones de política legislativa (7), el cumplimiento es siempre indivisible, con independencia de que lo sea también o no en cuanto a su realización fáctica: el ordenamiento jurídico prohíbe un cumplimiento que no se corresponda con la totalidad del deber que, en torno al mismo, el deudor ostenta (8).

A ello hace referencia el art. 1169.1 C.c. cuando establece que "a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación". La norma, aunque pensada en clave de divisibilidad "material" (susceptibilidad

de cumplimiento parcial) —pues sólo si la obligación es divisible en ese sentido surge la cuestión de si cabe o no compeler al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista— trasciende sin embargo de esa misma divisibilidad al excluir, no tanto la posibilidad de un cumplimiento parcial derivado de ella, como la posibilidad de un cumplimiento en el que el deudor no lleve a cabo todo aquéllo a lo que está vinculado (9). Ciertamente que, habiendo un solo deudor, la exclusión de tal posibilidad de cumplimiento supone, al mismo tiempo, la exclusión de la posibilidad de un cumplimiento parcial originado en la divisibilidad de la prestación; pero, en cambio, habiendo varios deudores, al concretarse la disposición del art. 1169.1 C.c. al ámbito de legitimación concedido a cada uno de ellos, no impide el cumplimiento parcial de la obligación si ésta, siendo divisible, no se hubiese constituido con el carácter de solidaria (10): permite, pues, que cada deudor pueda imponer el pago parcial de la obligación siempre y cuando éste suponga el pago total de la parte de prestación que le incumbe (11).

El ámbito del art. 1169.1 C.c. es, por tanto, más amplio de lo que normalmente señala la doctrina, puesto que no se circunscribe sólo a las obligaciones unipersonales, sino que comprende también a las pluripersonales (12). La concurrencia de una pluralidad de deudores en una obligación divisible no

deroga el principio contenido en dicho artículo por más que, en ese caso, la deuda se presume dividida en tantas partes iguales como deudores haya, reputándose deudas distintas unas de otras (13). Y no lo deroga porque lo que el art. 1169.1 C.c. prohíbe es la "división jurídica" del cumplimiento en relación al ámbito de la titularidad pasiva (deuda) que corresponde a cada deudor, no la "división material" del mismo derivada de su susceptibilidad de realización parcial. Si excluye ésta no lo hace sino en cuanto excluye la anterior: el cumplimiento parcial a nivel material supone, en la obligación unipersonal, quebrar la regla del art. 1169.1 C.c. porque supone fraccionar la titularidad pasiva del deudor en torno al cumplimiento. En la obligación pluripersonal, en la que la legitimación se parcializa, el cumplimiento parcial a nivel material no comporta, por el contrario, vulnerar dicha regla en tanto en cuanto dicho cumplimiento se corresponda a la total extensión de la participación en la deuda del deudor que lo lleve a cabo.

Ahora bien, no sólo el ámbito del art. 1169.1 C.c. es distinto del que comunmente se le atribuye; tampoco las coordenadas en torno a las que opera son las que le asigna la doctrina. No se trata, en efecto, de que el cumplimiento sea "siempre indivisible aunque recaiga sobre obligaciones que de suyo sean divisibles" y ello como consecuencia "de un

postulado eminentemente jurídico que no se atiene a la realidad material, sino que se sobrepone a ella" (14), ya que, en definitiva, esto significaría que dicho postulado actúa --excluyéndola-- en función de dicha realidad. Y lo cierto es que, a mi juicio, en el art. 1169.1 C.c. no existe correspondencia, por lo que al cumplimiento se refiere, entre lo que antes se ha denominado plano material y plano jurídico. No es que la disposición de dicho artículo se sobreponga a la realidad material: es que no se la plantea. El cumplimiento parcial que excluye es jurídico, no material, excluye la "parcialidad" respecto del deber jurídico. Y la prueba de ello es, precisamente, la admisión del cumplimiento parcial "material" cuando la obligación vincule a una pluralidad de deudores, sin que por eso se vulnere la disposición que establece. El art. 1169.1 C.c. no contiene, pues, una norma de divisibilidad sino de cumplimiento obligatorio. Prescinde de que la obligación vincule a un solo deudor y a un solo acreedor o de que vincule a una pluralidad de éstos o aquéllos; y prescinde, también, del carácter divisible o indivisible de su prestación.

Ello no ha de llevar a negar que la trascendencia de la divisibilidad o indivisibilidad del cumplimiento sea distinta según la obligación sea unipersonal o pluripersonal. Pero lo que ocurre es que esta distinta trascendencia lo es sólo a

nivel de cumplimiento "material", no a nivel de cumplimiento "jurídico".

Ahora bien, no sólo el art. 1169.1 C.c. prescinde del carácter divisible o indivisible de la prestación; también el art. 1149 C.c. prescinde del mismo. Esto no es una paradoja. La regulación que el C.c. dedica a las obligaciones divisibles e indivisibles no se orienta en torno a las consecuencias que, en sí, derivan de la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación, sino sólo en torno a la repercusión de esa susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial en relación a la legitimación para llevar el cumplimiento obligatorio a cabo.

En efecto, el problema fundamental que preside la regulación del Código es articular la legitimación en torno al cumplimiento de la obligación con las exigencias "materiales" (susceptibilidad o no de cumplimiento parcial) que derivan de éste (15). Esto lo pone de manifiesto el propio art. 1149 C.c. que encabeza la Sección dedicada a las obligaciones divisibles e indivisibles (16). El precepto contenido en este artículo viene a decir, sustancialmente, que la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas objeto de la obligación es irrelevante cuando en ella concurren un deudor y un acreedor, pero que no lo es cuando concurre una pluralidad de unos u

otros.

Ahora bien, referida a las consecuencias que, desde un punto de vista fáctico, puedan derivarse de esa divisibilidad o indivisibilidad, la disposición carece de sentido, pues es evidente que éstas se verificarán siempre, sea pluripersonal o unipersonal la obligación, y que, en este último caso, las que deriven de la divisibilidad de la prestación serán —obviamente— distintas de las que deriven de su indivisibilidad. En cambio, dicha disposición adquiere pleno significado considerada desde la perspectiva de la legitimación en torno al cumplimiento de la obligación.

Sólo en este sentido, en efecto, es cierto que la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación carece de trascendencia vinculando la obligación a un único acreedor y a un único deudor, puesto que éste, en ningún caso y con independencia por consiguiente del carácter divisible o indivisible de la prestación, puede fraccionar unilateralmente el ámbito de su titularidad. Igualmente, sólo referida a la legitimación en torno al cumplimiento cabe entender la proposición que, a contrario, se desprende del art. 1149 C.c. Concurriendo en la obligación una pluralidad de deudores, ello comporta que la deuda se presuma dividida en tantas partes iguales cuantos aquéllos sean, reputándose esas partes deudas distintas unas de otras. Pues bien, así como, siendo

la prestación divisible, puede establecerse una relación de correspondencia entre su divisibilidad y la divisibilidad del deber o, lo que es lo mismo, entre la extensión de la deuda y la extensión del cumplimiento que incumbe a cada deudor, similar a la que se produce cuando la obligación vincula a un deudor y a un acreedor, ello no es posible siendo la prestación indivisible. La no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la misma impide, en efecto, establecer tal relación: a nivel de legitimación, cada deudor sólo lo es de una parte del cumplimiento; pero la indivisibilidad de la prestación impide que esa legitimación parcial pueda concretarse en ella. Es, pues, en esa discordancia entre el ámbito de la titularidad pasiva de que responde cada deudor y prestación no susceptible de cumplimiento parcial que se origina la modificación de los preceptos contenidos en el cap. II, tit. I del Libro IV C.c., y en torno a ella se orientan las disposiciones que, en sede de indivisibilidad de la obligación, establece nuestro Código.

La no susceptibilidad de cumplimiento parcial que define la indivisibilidad de la obligación --sería la conclusión-- es, por lo tanto, irrelevante en relación a las reglas que rigen las consecuencias que de ella derivan y a las que el C.c. atiende; y es irrelevante, también, en relación a las

que rigen el cumplimiento obligatorio. Por eso, resulta poco fructífero llevar la distinción entre obligación divisible y obligación indivisible a ese ámbito. En este sentido, la regulación del Código se aparta de lo establecido en el Proyecto de C.c. de 1.851. En éste, en efecto.(17), se relacionan de modo explícito las consecuencias de la divisibilidad de la obligación con la modalidad de cumplimiento, en función de la concurrencia a la misma bien de un solo deudor y un solo acreedor, bien de una pluralidad de éstos o aquéllos. A este respecto, su art. 1073 establece que "aun cuando una obligación fuese por su naturaleza divisible, el deudor deberá cumplirla como indivisible, á no haber pacto en contrario", precisando a continuación GARCIA GOYENA que "esto que es cierto cuando hay un solo deudor, deja de serlo cuando hay dos ó mas obligados simplemente, ó lo que es lo mismo por partes iguales; la disposición de este artículo obrará entonces únicamente respecto de la parte á que cada uno quedó obligado, ó por la obligación simple, ó por pacto especial" (18).

Esta disposición es superflua en el ámbito de las obligaciones divisibles e indivisibles, puesto que la regla contenida en ella es una regla de cumplimiento obligatorio, no de indivisibilidad (19); y la prueba de ello es que, aunque con otras palabras, viene a repetirse en su art. 1094,

referido a las diversas especies de pago: "Cuando el contrato no autorice los pagos parciales --preceptúa--, no puede el deudor obligar al acreedor á que acepte en parte el cumplimiento de la obligación".

El Anteproyecto de C.c. de 1.882-1.888, y con él, el C.c., divergen de esta orientación. El principio contenido en el art. 1073 del Proyecto se reconduce a la Sección correspondiente al cumplimiento de la obligación y se introduce, como "nuevo" (20), el art. 1166 (antecedente inmediato del art. 1149 C.c.). Y si bien pudiera pensarse que su novedad es más formal que sustancial, por recogerse en él una disposición --la de que sólo la incidencia de una pluralidad de personas en la obligación añade alguna consecuencia específica a su carácter divisible o indivisible-- ya tradicional en la materia (21), el precepto del Anteproyecto no se limita únicamente a esto. El art. 1166 del Anteproyecto de 1.882-1.888 significa no sólo romper la conexión entre divisibilidad e indivisibilidad de la obligación y cumplimiento obligatorio (22) (23), sino también circunscribir el tema a aquella sede en la que realmente tiene trascendencia: la de la obligación indivisible en que concurren dos o más deudores mancomunados, en cuanto ella exige conciliar la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de su prestación con la división del deber que la mancomunidad comporta.

NOTAS

(1) "Minus haberet ea res difficultatis --dirá DONELO--, si res ageretur semper in stipulatorem ipsum, et promissorem. Nam cum stipulator solus est, nemo ignorat solidam in eum consequi debere, quod est stipulatus; et cum solus est debitor, certum est eum solidum debere praestare quod promissit". Vid., DONELLUS, "Hugoni Donelli Commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum", vol. II, com. ad l. "Stipulationum. 2", cols. 485-486.

(2) Siendo opinión generalizada, parece ocioso citar la doctrina que la sustenta. Pero no deja de ser curioso que, mientras en la doctrina extranjera --alemana, francesa e italiana fundamentalmente--, y en congruencia con este planteamiento, el estudio de las obligaciones divisibles e indivisibles se realice en sede de obligaciones pluripersonales,

nuestra doctrina, que suscribe igualmente la afirmación en su totalidad, encuadra el tema en sede de modalidades de la obligación derivadas del objeto de la misma. A este respecto, cfr. BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 507 ss.

(3) Así, ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. I, p. 53; PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", T. I, vol. II, p. 245 (2ª ed.); DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 500.

(4) CASTAN, "Derecho civil", T. I, p. 529; también, en "Derecho civil español, común y foral", T. III, p. 167.

(5) Explícitamente, HERNANDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", p. 339. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, "Elementos de Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 57.

La consideración de que, habiendo una pluralidad de acreedores o de deudores, quiebran las reglas que rigen el cumplimiento obligatorio se encuentra ya en MOLINEO: "Fallit (la regla de que el acreedor "non tenetur particularem solutionem recipere") ergo primo, quando ab initio sunt plures debitores, et ex eadem causa simpliciter obligati: vel etiam in solidum, sed stante beneficio divisionis. Sed tunc tam obligatio, quam solutio primo casu ab homine ipso iure divisae sunt; secundo caso a lege, ope exceptionis... Fallit secundo in pluribus haeredibus inter quos obligatio ipso iure divisa est a lege, et consequenter solutio, nisi creditor super solutione non dividendo sibi caverit". Vid. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 37 y 39, p. 121.

(6) Por el deudor o un tercero. Cfr. arts. 1158 y 1161 C.c.

(7) "Para que el pago sea justo y estinga la obligación, se ha de pagar 'simul et semel' todo lo que se debe: la obligación se contrajo por el todo, y ha de ser estinguida como se contrajo: el pago parcial acarrearía inconvenientes y daños al acreedor ante la multiplicidad de recibos y asientos, la facilidad de gastar, y la dificultad de beneficiar pequeñas cantidades". Vid. GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1094, p. 587. La argumentación está tomada de POTHIER, "Traité des obligations", T. II, nº 534, p. 22, el cual, a su vez, la recoge de MOLINAEUS, "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 14, p. 118.

"Particularem solutio --se dirá también para justificar la regla de la indivisión del cumplimiento-- multa habet incommoda". Así, ALBERICUS DE ROSATE, "Secunda Alberici super Digesto Veteri commentariorum iuris", com. ad l. "Tutor, §Lucius", fol. 192.

(8) "No se entenderá pagada una deuda --establece el art. 1157 C.c.-- sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía".

(9) Por ello, la regla de la indivisión del cumplimiento no se modifica cuando a la obligación concurre una pluralidad de personas. DONELO lo señalará claramente al explicar el verdadero sentido de principio de que "ex persona heredem conditionem obligationis non immutari":

"ideo enim et promissor tenetur in solidum, qui solidum debuit; heres pro parte, quia partem debet, pro qua scilicet est heres: hactenus igitur utriusque par conditio, quod uterque praestat, quod debet, non amplius". Vid. DONELLUS, "Hugoni Donelli Commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum": vol. II, com. ad l. "Stipulationum. 2", nº 2, cols. 499-500; igualmente, vol. I, com. ad l. "Quidam existimaverunt", nº 17, cols. 344-345.

(10) El art. 1138 C.c., por tanto, no constituye una excepción al principio establecido por el art. 1169.1 C.c., sino que es perfectamente congruente con el mismo.

(11) Por esto, dirá GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1073, p. 578: "Pero esto que es cierto cuando hay un solo deudor (se refiere a lo que el precepto que comenta dispone: 'Aun cuando una obligación fuere por su naturaleza divisible, el deudor deberá cumplirla como indivisible, á no haber pacto en contrario'), deja de serlo cuando hay dos ó mas obligados simplemente, ó lo que es lo mismo por partes iguales; la disposición de este artículo obrará entonces únicamente respecto de la parte á que cada uno quedó obligado".

(12) Pienso que la abstracción con la que el cap. IV, tit. I, del Libro IV C.c. está redactado confirma también la afirmación que se hace en el texto. Como norma general, los preceptos que integran dicho capítulo son de aplicación a todo tipo de obligación (en particular: concurre a ella un solo deudor y un solo acreedor o una pluralidad de unos u otros), a no ser que expresamente se indique lo

contrario. Un ejemplo de ello lo tenemos en la Sección IV del mencionado capítulo: en materia de confusión, no es irrelevante --art. 1194 C.c.-- el que la obligación sea unipersonal o pluripersonal, comportando este último supuesto efectos propios derivados de ese carácter pluripersonal. Si en la Sección I --"Del pago"-- del cap. IV no se hace, en cambio, mención especial al mismo, es que éste es irrelevante a efectos de cumplimiento y que, por consiguiente, las normas que lo regulan son de aplicación tanto para las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor, como para aquellas en que hay dos o más deudores o acreedores.

(13) Art. 1138 C.c.

(14) HERNANDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", p. 338.

(15) En realidad, el C.c., una vez definida la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación en función de la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación, prescinde por completo de las cuestiones que, en torno a la misma, pudieran plantearse.

(16) E, igualmente, el mismo encuadramiento sistemático de esa Sección lo pone de relieve. La Sección V, del cap. III, tit. I, Libro IV C.c., dedicada a las obligaciones divisibles e indivisibles va, en efecto, colocada inmediatamente depués y no antes (a continuación, entonces, de la correspondiente a las obligaciones alternativas) de la orientada a regular las obligaciones mancomunadas y solidarias, de cuya Sección parece configurarse como mero apéndice.

No deja de ser curioso que el encuadramiento del tema

de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación que suele hacer la doctrina española --ya señalado en la anterior nota 2 de este mismo epígrafe-- lo situé, en cambio, como una modalidad de la obligación derivada del objeto de la misma (en efecto, se suelen estudiar, en un mismo apartado, las reglas correspondientes a las obligaciones alternativas, facultativas, específicas y genéricas, divisibles e indivisibles, etc.), contradiciendo así la propia configuración de que de las obligaciones divisibles e indivisibles ofrece el C.c.

(17) Recogiendo un principio establecido en el Código francés (art. 1220), que luego acogerán también, entre otros, el art. 1204 del C.c. italiano de 1.865 y el art. 673 del C.c. argentino.

(18) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1073, p. 578.

(19) En este sentido, ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 19-20.

(20) Así lo califica, en relación al Proyecto de 1.851, el propio Anteproyecto. El precepto contenido en el art. 1166 del Anteproyecto de 1.882-1.888 es recogido en el art. 1149 C.c., no sin experimentar antes alguna vicisitud. La redacción actual del mismo, en efecto, es fruto de las modificaciones que sufrieron determinados artículos del C.c. en la segunda edición que del mismo se realizó.

El texto acogido en la edición primitiva decía lo siguiente: "Las disposiciones del capítulo primero (lease 'segundo') de este título son aplicables a las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor, sean

divisibles o indivisibles las cosas objeto de las mismas". Cfr. MELON INFANTE - LOPEZ LOPEZ, "Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar por...", art. 1149, p. 325; vid., asimismo, pp. XXX, XXXII y XXXIV.

(21) Así, MANRESA, "Comentarios al Código civil español", T. VIII, com. art. 1149, p. 214, al indicar las concordancias de dicho artículo, se limita a señalar que "concuerda en el fondo con los 1220, párrafo 1º, del (Código) francés; 1204 del italiano; 1335 del holandés; 1170 del de Venezuela, y 673 del argentino".

(22) Respecto de la cual afirma ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 17, que "fu sempre causa di gravi difficoltà e di non lievi errori che si incontrano tuttora e negli scrittori e nelle legislazioni".

(23) Antecedente de cuya ruptura bien pudiera ser el "Avant-projet de revision du Code civil", obra de LAURENT, el cual reproduce el principio formulado por el art. 1220 C.c. francés en la sección correspondiente al cumplimiento (vid. art. 1242 del Avant-projet), pero ya no en la correspondiente a las obligaciones divisibles e indivisibles. Cfr. "Avant-projet de revision du Code civil", T. IV, pp. 198 y 217.

2. La indivisibilidad en las obligaciones unipersonales.

De la disposición contenida en el art. 1149 C.c. se desprende que la indivisibilidad de la prestación carece de trascendencia siendo unipersonal la obligación: cuando en la obligación concurren un solo deudor y un solo acreedor, dice el Código, no se alteran ni modifican los preceptos relativos a la naturaleza y efectos de las obligaciones.

Algo análogo cabe decir en relación al cumplimiento. Como ya se ha señalado, la indivisibilidad del mismo, en cuanto jurídica, prescinde de la no susceptibilidad de ser materialmente realizado por partes y, también, de que esa realización vincule a un solo deudor y a un solo acreedor o a una pluralidad de unos u otros. La trascendencia que la concurrencia de estos factores y su combinación entre sí pueda tener en el ámbito del cumplimiento no se manifiesta, pues, a

nivel jurídico --en el cual la regla de la indivisión del cumplimiento permanece inalterada-- sino a nivel material.

Y a este nivel, en efecto, sí puede señalarse alguna peculiaridad derivada del carácter indivisible de la prestación, que se manifiesta igualmente aún cuando en la obligación concurre un único deudor y un único acreedor. Lo que ocurre es que, por lo mismo, tales peculiaridades son igualmente predicables de la obligación a la que aparecen vinculados una pluralidad de éstos o aquéllos y, en cualquier caso, quedan, en rigor, fuera del ámbito de lo que propiamente constituye la regulación de la obligación indivisible en el C.c. (1).

Así, mientras que la indivisibilidad de la prestación comporta siempre la indivisión material del cumplimiento (2), la divisibilidad, en cambio, opera como presupuesto de su división (3). La no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación determina que, en ningún caso, pueda tener la consideración de cumplimiento lo realizado en función de su ejecución sin satisfacerlo totalmente y, por ello, caso de perderse (4), debe volver a ser realizado puesto que es como si nada hubiere sido hecho: "Si promisserat facere domum pro centum, et ipse fecerat medietatem, quae ruit --dirá PAULO DE CASTRO (5)--: debet habere medietatem mercedis, et si locator

vult quod de novo faciat debebit habere integram mercedem, nec tenetur reficere destructum suis impensis: nec fuit liberatus ab obligatione, qua promisit opus facere, cum opus esset individuum ratione certae formae, et ante formam consummatam nihil dicitur factum" (6) (7).

Igualmente, la trascendencia de la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación se pone de manifiesto, en cuanto a sus consecuencias desde un punto de vista puramente fáctico, en materia de extinción de la obligación por pérdida de la cosa o imposibilidad de su realización.

Desde esta perspectiva, únicamente cabe hablar de extinción parcial de la obligación cuando la imposibilidad no afecte a toda la prestación, sino sólo a parte de ella, cuando ésta sea divisible, puesto que siendo indivisible, la imposibilidad siempre repercutirá sobre la totalidad de la prestación. Si ésta, en efecto, desde el punto de vista de su realización ha sido considerada de una cohesión e integridad tales que no puede cumplirse parcialmente sin perjuicio del interés del acreedor, resulta evidente que cualquier menoscabo en la misma comportará los mismos efectos que su imposibilidad total (8).

La trascendencia de la indivisibilidad en la obligación unipersonal cuyo cumplimiento ha sido asegurado a través de una cláusula penal resulta más dudosa. El C.c. parece partir de la idea de equiparar las consecuencias que derivan de la divisibilidad y de la indivisibilidad de la prestación cuando ésta no haya podido ser completamente realizada. "El Juez modificará equitativamente la pena --establece el art. 1154 C.c.-- cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

Cabe, en efecto, interpretar este precepto (9) entendiendo que el mismo se refiere tanto a la obligación divisible ("en parte cumplida") como a la obligación indivisible ("irregularmente cumplida") y que, a los efectos que regula, el carácter divisible o indivisible de la prestación es irrelevante: en ambos casos, la realización de parte de lo comprometido determinará que el Juez modifique equitativamente la pena prevista para el supuesto de que la obligación resultare totalmente incumplida.

Por lo que respecta a la obligación indivisible, sería ésta, pues, la única ocasión en la que cabría hablar de un "cumplimiento parcial" de la misma al que, además, se atribuirían efectos liberatorios. Ahora bien, en rigor, siendo indivisible la obligación, no cabe calificar de "cumplimiento", siquiera "irregular", lo realizado con vistas a su eje-

cución: en las obligaciones indivisibles --se viene señalando tradicionalmente, "qui non facit totum, nihil facere videtur" (10). Por ello, y teniendo en cuenta, además, que el cumplimiento de la obligación no es ya posible por culpa del deudor (11), parece que debiera imponerse a éste la total satisfacción de la pena, a diferencia de lo que ocurriría de ser divisible la obligación, en cuyo caso, pudiéndose considerar lo realizado como "cumplimiento parcial", su modificación sí sería admisible.

"Cumplimiento irregular", por otra parte, no tiene por que ser necesariamente una noción referida a la indivisibilidad de la prestación. En efecto, de forma irregular cumple también quien realiza una prestación que no se ajusta exactamente a la originariamente prevista por las partes, o quien la realiza habiendo ya incurrido en mora. Consiguientemente, cabría concluir que el art. 1154 C.c. para nada hace mención a las obligaciones indivisibles, siendo la disposición en él contenida de aplicación únicamente a las obligaciones divisibles.

Sin embargo, los antecedentes inmediatos del precepto no apuntan en esa dirección. Aunque, efectivamente, el art. 1085 del Proyecto de C.c. de 1.851, del que proviene el art. 1154 C.c., se refería sólo a las obligaciones divisibles (12), la misma razón de ser de la disposición (13), la hacía aplicable

a las obligaciones indivisibles. Y esto es, por otra parte, lo que explícitamente reconocía GARCIA GOYENA: "También pone ...POTHIER (en quien se inspira) —dirá (14)— ejemplos de obligaciones indivisibles, en que puede tener justa aplicación este artículo" (15).

A lo expuesto quedan reducidas las peculiaridades que de la indivisibilidad de la prestación se derivan cuando la obligación vincula a un solo deudor y a un solo acreedor. Algún autor (16) ha señalado alguna otra, en relación con la confusión y la compensación —a las que podría añadirse asimismo la condonación—, en el sentido de que no cabría hablar de una extinción parcial de la obligación indivisible por medio de esas vías. La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación —podría concluirse entonces— se manifiesta, antes que en su susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial, en su extinguibilidad o no extinguibilidad parcial, en su posibilidad o imposibilidad de extinción parcial.

En rigor, esto no es enteramente exacto. Si la indivisibilidad de la obligación se determina a partir de su no susceptibilidad de cumplimiento parcial, ello es porque la misma se define por el carácter de la prestación. El cumplimiento es, de entre los diferentes medios extintivos de la obliga-

ción, el único que supone exclusivamente la actuación de la prestación: la obligación se extingue en la medida en que la prestación se realiza.

Esa peculiaridad (17) no se da en los restantes modos de extinción de la obligación, particularmente en los antes señalados: en ellos, la obligación se extingue con independencia de que, al mismo tiempo, se realice la prestación. Es más, se extingue, precisamente, sin que la prestación se realice. Por ello, la indivisibilidad de la misma es irrelevante a esos efectos y la extinción parcial de la obligación por esas vías opera con independencia de ella: no suponen una actuación de la prestación, sino lo que podría llamarse una "actuación en la titularidad del crédito", en el sentido de reducir el alcance del derecho a exigirlo.

Esto es particularmente claro en materia de confusión y de remisión (18); e, igualmente, en materia de compensación, por más que, en ella, y desde el punto de vista de su regulación legal, no sea del todo indiferente el carácter divisible de la prestación (19). Sin embargo, el efecto extintivo de la compensación no se deriva tanto de una reducción de la prestación en sentido estricto, como de una "reducción en la titularidad crediticia", originada en el hecho de ser el acreedor a la vez deudor de la persona

frente a la cual ostenta su derecho, que determina --art. 1202 C.c.-- la extinción de la obligación en la cantidad concurrente.

NOTAS

(1) Prueba de ello es la dispersión de las normas que las acogen a lo largo del articulado del C.c., sin quedar encuadradas en sede determinada alguna.

(2) "Bene sequitur --dirá MOLINAEUS, "Extricatio labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 9, p. 208--, obligatio individua est, seu indivisibilis, ergo indivisa, quia negatio potentia, et aptitudinis, multo magis negat actum". En el mismo sentido, PICHARDUS, "De dividuis et individuis obligationibus, brevis accurata et luculenta explicatio pro interpretatione, cap. 2.3.4.5.72.85. aliorum tit. D. de verborum obligationibus", p. 467. También, RAMOS DEL MANZANO, "De dividuis et individuis obligationibus", cap. II, §I, p. 159: "Individuum vero dicitur, quod es indivisibile aptitudine et actu,...quamvis interdum minus proprie et indivisum pro individuo usurpetur...et individuum pro indiviso,

quod actu scilicet nondum divisum est, cum tamen dividi possit".

(3) "Non ergo sequitur, obligatio dividua est, ergo divisa, quia potentia non posit actum, sed ejus aptitudinem, et proclivitatem dumtaxat". MOLINAEUS, "Extricatio labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 9, p. 208.

(4) "No se entenderá pagada una deuda --preceptúa el art. 1157 C.c.-- sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía".

(5) "Pauli Castrensis in secundam Digesti Veteris Partem Patavinae praelectiones", com. ad l. "Martius domum", fol. 152.

Téngase en cuenta que el objeto principal del comentario no es el de la incidencia de la imposibilidad sobrevenida en la obligación indivisible, sino el de los riesgos en la relación arrendaticia.

(6) En sentido similar se había manifestado ya BARTOLO DE SAXOFERRATO: "Sciendum est igitur, quod ille, qui conduxit opus faciendum, faciendo partem non liberatur, quia dicitur obligatio individua...debet ergo adhuc facere totum opus". Vid. BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Digesti Veteris Partem commentaria", com. ad l. "Martius", fol. 178 v.

Cfr. también, FABER, "Antonii Fabri...Rationalium in tertiam partem Pandectarum", T. V, p. 625: "Cur verò non liberatur conductor pro parte operis iam facti quod postea sine ulla conductoris culpa corruerit, si periculum, ut diximus, sit locatoris? Nimirum quia faciendi obligatio individua est, nec proinde impleri pro parte potest...Itaque con-

ductor faciendi operis si partem tantium fecerit, ne quidem pro ea parte liberatus est, sed remanet debitor totius operis faciendi si modo aversione opus locatum sit, non in singulos pedes aut mensuras".

(7) En rigor, igual cabría decir habiéndose pactado la obligación como divisible. Así, por ejemplo, quien se obligó a construir diez metros de pared (no quien se obligó a construir una pared de diez metros) no quedaría liberado construyendo cinco metros cuando, habiendo construido ya otros tantos, la pared levantada se hubiese venido abajo sin su culpa. Pero es que, siendo divisible la obligación, el deudor puede compeler al acreedor a recibir parcialmente el cumplimiento si así se hubiese estipulado; y en este caso concreto, a aquél le cabe expresamente la facultad de imponer al acreedor la aceptación de la realización parcial de la prestación y liberarse por la parte recibida, según lo dispuesto en el art. 1592 C.c. Por ello, de ejercitarse esa facultad, el deudor se liberará efectivamente de su obligación cumpliendo la parte de prestación que le restaba ejecutar, aún cuando lo ya realizado se hubiese perdido; pero no por haberse extinguido por esa causa parcialmente, sino por haberse extinguido ya a través de su cumplimiento parcial.

(8) Así, por ejemplo, quien se obliga a entregar una determinada pareja de caballos (prestación indivisible), parece que deba quedar liberado de su obligación tanto si, sin su culpa, perecen ambos como si perece uno sólo de ellos, ya que, en este último caso, también ello comporta la imposibilidad de entregar la pareja determinada que se pactó. Quien, en cambio, se obliga simplemente a entregar dos animales determinados, no se verá exonerado de su obligación por la muerte de uno de ellos, sino que la obligación subsistirá en el res-

tante.

Ciertamente, pudiera pensarse que todo ello sea consecuencia antes del carácter específico de la cosa objeto de la obligación que de su indivisibilidad; pero lo que ocurre es que, en el ámbito de las obligaciones de dar, sólo son indivisibles --art. 1151.1-- las de "dar cuerpos ciertos".

(9) Como hace la S.T.S. de 21 de marzo de 1.950, a cuya opinión parece adscribirse BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 540.

(10) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Digesti Novi Partem commentaria", com. ad l. "Stipulationes non dividuntur", nº 25, fol. 33 v.

(11) No habiendo incurrido el deudor en culpa, quedaría liberado, puesto que la indivisibilidad de la prestación configuraría el supuesto como de imposibilidad total; cfr. nota 8 de este mismo epígrafe.

(12) "El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo".

(13) La inadmisibilidad de que el acreedor tenga una parte de la cosa y pueda exigir íntegra "la pena que la sustituye y representa". Vid. GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1085, p. 583.

(14) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1085, p. 583.

(15) Cfr. POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 353, pp. 336 ss.

(16) BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 583.

(17) Sobre la especialidad del cumplimiento en relación a los demás medios extintivos de la obligación, vid. BELTRAN DE HEREDIA, "El cumplimiento de las obligaciones", pp. 17 ss. "Cuando la obligación se cumple --dirá, p. 19--, ciertamente se extingue, pero se extingue porque se ha actuado su contenido, tanto desde el punto de vista pasivo (de parte del deudor), como desde el punto de vista activo (ejercicio del derecho de crédito), como, finalmente, desde el punto de vista objetivo de la relación obligatoria". Cfr. también DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I., pp. 610-611.

(18) Para el Derecho romano, la "acceptilatio" sólo podía ser parcial si la obligación era divisible: "Si id --se lee en D. 46.4.13. §1--, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, ut puta si servitus fuit praedii rustici vel urbani". La "acceptilatio" parcial de una obligación divisible comporta, en cambio, la liberación del deudor en cuanto a esa parte, y ello incluso aún en los supuestos en los que un cumplimiento parcial realizado por el propio deudor no lo comportaría: "si uni ex heredibus --señala DONELLUS, "Hugonis Donelli...commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum", vol. II, com. ad l. "Stipulationum. 2, §Si tamen hominem", cols. 506-507-- acceptolatum sit, quod pro portione hereditaria in homine generaliter promisso is debet, partem dumtaxat caeterorum obligationi superesse: significans hunc plane et statim pro sua parte esse liberatum: hoc quidem satis expeditam rationem habet. Et si enim acceptilatio pro vera solutione est, ut quae dicatur imaginaria solutio...

tamen non idem periculum in ea metuimus, quod in vera solutione. Pars hominis cum vere solvitur, si pro ea parte liberetur heres, licebit coheredibus aliorum hominum partes solvere; quod obligatio non concedit... Id in acceptilatione partis metui non potest: non est enim periculum, ne alii coheredes alterius hominis partem solvant, ubi nullius hominis pars soluta est".

POTHIER, "Traité des obligations", T. II, nº 615, p. 86, defiende la ruptura con las leyes romanas: "La remise d'une dette peut se faire pour le total ou pour partie. Les lois romaines exceptoient, à l'égard de l'acceptilation, le cas auquel la chose due n'etoit pas susceptible de parties... Mais parmi nous rien n'empêche qu'une pareille dette (indivisible) ne puisse être remise pour partie, putà, pour la moitié, le tiers, etc.; et l'effet de cette remise sera que vous ne pures exiger de moi ce droit de servitude qu'en me faisant raison de la moitié du prix, ou du tiers".

Por mi parte, pienso igualmente que la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación es irrelevante en materia de remisión y que ésta debe quedar excluida del ámbito del presente estudio.

(19) Cfr. arts. 1196.2º y 1202 C.c.

Tradicionalmente, la compensación se ha asimilado al pago: "compensatio pro solutione est", dirá C. 4.31.4.; "es otra manera de pagamiento", la definirá P. 5.14.20. Y, siendo ello así, los supuestos de compensación parcial --sólo admisibles si la obligación es divisible-- se configurarán como excepciones a la regla de que no cabe compeler al acreedor a recibir parcialmente el cumplimiento de la obligación. Así, MOLINAEUS, "Extricatio labyrinthi dividui et individui", Parte

II, nº 49, p. 122; también, POTHIER, "Traité des obligations", T. II, nº 538, p. 25.

ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 23, refuta esta afirmación, puesto que, según él, "il debito con il quale il creditore è obbligato a compensare supone in generale un fatto volontario e libero da parte sua". Ahora bien, aparte de que, a mi juicio, con tal afirmación no se resuelve la cuestión, pienso que la compensación queda, en última instancia, fuera del ámbito de las obligaciones divisibles e indivisibles. Y queda fuera, no sólo porque sea cuestionable la asimilación entre cumplimiento y compensación, sino también y sobre todo, porque, como se indica en el texto, la extinción parcial de la obligación por vía de compensación obedece antes que nada a una reducción en la posibilidad de ejercicio de la titularidad crediticia. Si algo resulta claro en la compensación es que, a través de ella, no hay nunca actuación de la prestación: el efecto extintivo de la compensación opera precisamente sobre la base de evitar esa actuación y a ello responde la finalidad de la institución.

3. La indivisibilidad en las obligaciones pluripersonales.

Por lo que respecta a las obligaciones pluripersonales y en lo que a materia de indivisibilidad se refiere, de la interpretación del art. 1149 C.c. se desprende que es antes por la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores a la obligación que por su propio carácter objetivo, por lo que se produce la alteración y modificación de los preceptos dedicados a la regulación de su naturaleza y efectos.

La incidencia de una pluralidad de personas en una relación obligatoria puede tener su origen, bien en el mismo momento de su constitución, bien en un momento posterior, a través del mecanismo de la sucesión, ya sea —como es lo más frecuente— mortis causa, ya sea en virtud de novación subjetiva o de sucesión del crédito (1).

Tradicionalmente, el tema de la indivisibilidad de la obligación se ha centrado en torno a las obligaciones pluripersonales en las que la concurrencia de dos o más deudores o de dos o más acreedores sobreviene mediante sucesión hereditaria en los créditos y deudas del causante (2). Unos y otras, en virtud de un principio que se hace derivar de la Ley de las XII Tablas (3) se dividen entre los herederos en proporción a su cuota hereditaria, de modo que cada uno de ellos no tiene derecho ni responde más de lo que, según ella, le ha correspondido: "Per leg. XII Tabb. dividatur actio vel obligatio, nec ad singulos (heredes) descendet nisi pro portionibus hereditariis, in tantum, ut qui ultra petit male agat" (4).

Implícitamente, la disposición de la Ley de las XII Tablas presupone la divisibilidad de la obligación; siendo indivisible, su no susceptibilidad objetiva de ser parcialmente realizada, impide su división entre los herederos (5): la estipulación, "per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest" (6) y vincula a cada uno de ellos en su integridad (7). "Lex enim 12 tab. quod attinet ad divisionem...solum ~~enim~~ loquitur de haeredibus, inter quos ipso jure sine alio ministerio, tam activè quàm passivè pro partibus haereditariis dividit obligationes, non quas-

vis, sed divisibilis tantum, et quatenus dividuae sunt", dirá MOLINEO (8); "quod si stipulatio divisionem non recipiat, sive natura rerum id accidat, sive obligationis conditione --se dirá también (9)--, jus conditionem obligationis non mutat, eoque et quae solida fuerat actio penes decessorem, eadem et solida transit ad heredes".

Que este sea el planteamiento originariamente acogido en nuestro Derecho es discutible. El antiguo Derecho de Castilla, en efecto, recoge el principio contrario, tal como ponen de manifiesto disposiciones recogidas en el "Libro de los Fueros de Castiella" (10) y en el Fuero Viejo (11). Y aunque se discuta sobre la vigencia de estos textos (12), es lo cierto que, tanto el Fuero Viejo como el "Libro de los Fueros de Castiella", constituyen, en palabras de Galo SANCHEZ, verdaderas fuentes del derecho territorial castellano y "son fiel espejo de la vida jurídica, pues faltan en ellas las tendencias reformistas que los legisladores suelen dar a sus obras y que a veces son causa de que éstas no se ajusten al derecho realmente vivido" (13).

Igual orientación parece seguir P. 6.3.14. (14), aún cuando bien es verdad que lo establecido en P. 5.12.10 (15) parece desvirtuarlo. Que ello fuera efectivamente así podría deducirse del hecho de que Gregorio LOPEZ (16) no hace

mención a una posible derogación del principio romano de división de las deudas del causante (17). "Lex nostra civilis --señalará, por su parte, Antonio GOMEZ (18)-- dividit ipso iure obligationem inter haeredes pro portionibus haereditariis, ergo unum non teneretur pro alio, etiam non existente solvendo". Esta disposición --se dirá-- es aplicable en tanto en cuanto "obligatio dividua esset: nam si divisionem non reciperet, omnes heredes in solidum obstricti essent" (19). No parece, pues, tener eco otra regulación de las deudas hereditarias que la admitida por el Derecho romano; e igual criterio seguirá la doctrina posterior, que mantiene, unánime, la vigencia del principio romano (20).

Sea de ello lo que fuere, lo que en cambio sí es indudable es que el C.c. romperá con esta tradición. Como es sabido, el origen de esta ruptura se encuentra en los Proyectos de C.c. de 1.836 y de 1.851. Disponía el primero, en su art. 2418 --sin que en la Exposición de Motivos del Proyecto se explique el motivo de la innovación (21)--, que "los herederos quedan mancomunadamente (22) obligados al pago de las deudas de la herencia, cuando ésta fue aceptada sin beneficio de inventario; si aquellos se hubieren aprovechado de éste, será cada uno responsable tan solo hasta donde alcanzase el valor de lo que hubiere percibido; más en ambos

casos podrá exigir de sus coherederos el que haya pagado, la parte que a cada uno le corresponda satisfacer a prorrata de lo recibido por el mismo".

Por su parte, el art. 932 del Proyecto de 1.851 establece que "hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los coherederos que no hubieren admitido la herencia a beneficio de inventario, y hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con aquel beneficio; pero en uno y otro caso el demandado tendrá derecho á hacer citar y emplazar á los otros, á no ser que por disposición del testador ó á consecuencia de la particion hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda" (23) (24) (25).

Tal cambio de criterio impone, lógicamente, también un cambio de regulación: el establecimiento del principio de indivisión de las deudas del causante lleva al Proyecto de 1.851 a aplicar a las mismas normas propias del régimen tradicional de la obligación indivisible (26).

Con la innovación introducida por el Proyecto, ciertamente, se simplificaba la materia. El principio romano daba lugar, en realidad, a dos regímenes obligatorios distintos, puesto que aquél que natural y propiamente derivaba del mismo sólo era aplicable si la obligación originaria era divisible, pero no si era indivisible, siendo preciso, por tanto,

arbitrar otro al que ésta pudiese adaptarse. El principio de indivisión, en cambio, comporta un único régimen obligatorio desde el momento en que, cuadrando perfectamente a las obligaciones indivisibles (y ello con independencia de que, a mayor abundamiento, se tratase en esencia de su propio régimen), no por ello se impide el acomodo de las obligaciones divisibles al mismo (27).

Pero, con esta simplificación, la cuestión de la distinción entre obligación divisible y obligación indivisible deja de tener trascendencia: la indivisión establecida para el pago de las deudas hereditarias prescinde por completo de su carácter objetivo. La facultad que se concede a los acreedores del difunto para exigir el pago de sus créditos de cualquiera de los herederos de éste, opera, en efecto, con absoluta independencia de que los mismos sean o no susceptibles de realización parcial: tanto en uno como en otro caso, el demandado deberá satisfacer las pretensiones del acreedor, íntegramente si no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, caso de haberla aceptado con ese beneficio.

El art. 932 del Proyecto de 1.851 está casi literalmente transcrito en el art. 1101 del Anteproyecto de 1.882-1.888, de donde pasa, sin más modificaciones, a constituir

el art. 1084 de nuestro Código. Esto significa que, paradójicamente, en nuestro Derecho, la distinción entre obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles ha dejado de ser relevante precisamente donde siempre lo había sido, y que, por tanto, debe excluirse la cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad de las deudas hereditarias del ámbito estricto de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación; o, dicho de otro modo, que debe desconectarse dicho ámbito de su tradicional adscripción al derecho sucesorio (28).

Distinta evolución ha seguido el tratamiento de la indivisibilidad de la obligación fuera del ámbito de la sucesión hereditaria. Considerada ésta como la causa más frecuente de la que deriva la presencia de una pluralidad de personas en la titularidad activa o pasiva de la obligación (29), las soluciones apuntadas para aquel ámbito se aplican prácticamente sin modificación al de las obligaciones en las que la concurrencia de dos o más deudores o de dos o más acreedores se da ya originariamente.

Estas van, pues y por así decirlo, a remolque de las obligaciones hereditarias. Ahora bien, ello no implica que el hecho de que la pluralidad de deudores o de acreedores sea originaria carezca de trascendencia. Siendo divisible la obligación, "si ab initio plures sint creditores, vel

debitores ejusdem summae, dividitur quidem summa...Sed proprie non dividitur obligatio, quia divisim, seu pro partibus nascitur: et proprie non dicitur dividi, quod nunquam unitum fuit...et sic singulorum videntur singula debita" (30). En cambio, "licet inter plures haeredes creditoris divisum sit creditum ipso iure; non tamen sunt plura debita, sed tantum plures partes divisae ejusdem debiti, unum autem semper debitum...Quare idem dicendum passivè ex parte debitoris" (31). Esto explica que, mientras en el primer caso, si uno de los acreedores o de los deudores sucede a los demás, subsista la posibilidad de realizar parcialmente la obligación, en el segundo caso, la reunión de las porciones de los herederos del deudor o del acreedor en una sola persona, la excluya (32).

Siendo indivisible la obligación, tendrá relevancia el que los deudores sean originarios cuando el cumplimiento de aquélla aparezca reforzado por una estipulación penal. En este caso, la contravención de la obligación por uno de los deudores hace incurrir sólo al infractor enteramente en la pena. En cambio, tratándose de una deuda del causante, "si unus haeredum, qui repraesentat defuncti personam, contra faciat, omnes tenentur" (33), aún los que no la hubiesen infringido. Por eso, MOLINEO afirmará que "aliud est plures sive in dividuis, sive in individuis teneri ex propria obli-

gatione, sive ex suo contractu, vel ex dispositione legis, aliud plures teneri ex causa hereditaria" (34); y desarrollando este principio, dirá: "In obligationibus individuís ex contractu...sub poena, vel absque poena (35), contraventio unius alterum non obligat, nec ad poenam conventam, nec ad interesse, sive conventum, sive legales: sed solus contrafaciens in solidum tenetur: et sic jam aliud quam in haeredibus" (36), puesto que, en tal supuesto, "uno contrafaciente, omnes tenentur" (37).

Con POTHIER, las diferencias se atenúan y llegan a desaparecer en cuanto a la responsabilidad del infractor por la contravención de una obligación indivisible garantizada con una cláusula penal: "Tout ce que nous avons dit... à l'égard des héritiers du débiteur d'une dette indivisible —dirá (38)—, reçoit application à l'égard de plusieurs débiteurs principaux qui ont contracté ensemble sans solidité, et sous une peine, une obligation indivisible: la convention faite par l'un d'eux oblige les autres à la prestation de la peine, chacun pour sa part virile, sauf leur recours; et elle oblige pour le total celui qui l'a faite".

La asimilación de las obligaciones en las que la concurrencia de la pluralidad de deudores y acreedores es originaria a las obligaciones hereditarias es, por otra parte, manifiesta en cuanto a la regulación de los efectos que

derivan de la indivisibilidad. Los epígrafes correspondientes a este tema se refieren expresamente a los herederos del acreedor y a los herederos del deudor (39), y sólo una vez aludirá POTHIER --para remitir su regulación a lo establecido para la concurrencia de una pluralidad de herederos-- a la concurrencia de varios acreedores originarios (40).

Esta tónica se mantiene y acentúa en el período codificador. En el Code civil, así, si bien el art. 1222 se refiere a "chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible" y el art. 1223 remite a ese precepto "à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation", los arts. 1224 y 1225 se refieren exclusivamente a los herederos del acreedor y del deudor, respectivamente (41).

Idénticas directrices orientan la regulación del Proyecto de 1.851: los arts. 1075, 1076 y 1077 son mera traducción de los arts. 1222, 1223, 1224 y 1225 del Code, y el art. 1078 del Proyecto hace mención tanto a los "deudores principales" como a los "herederos del que contrajo la obligación".

Pero más importante que este enfoque de la obligación pluripersonal es la clasificación que tradicionalmente viene haciéndose de ella. Básicamente, se distingue --a un mismo nivel-- entre obligaciones solidarias, obligaciones divisi-

bles y obligaciones indivisibles. La obligación divisible se configura como categoría central de esta clasificación y punto de referencia de las otras dos, puesto que en ella confluyen las características que una y otra, desde distintas perspectivas, excluyen.

El principio rector en materia de obligaciones pluripersonales es, en efecto, el de que, de la concurrencia de dos o más deudores o de dos o más acreedores en una obligación se deriva su división en tantas partes como deudores o acreedores hubiere, a no ser que la obligación se hubiese constituido como solidaria o que la prestación comprometida fuese indivisible (42). Ahora bien, en cualquier caso, la regla en cuestión presupone la divisibilidad de la obligación y a ella se atiende fundamentalmente en su formulación. Por eso, en la concepción tradicional puede decirse que la obligación divisible se opone tanto a la obligación indivisible como a la obligación solidaria.

Consecuencia de una tal consideración es que, dentro de la categoría de las obligaciones divisibles pluripersonales se confunden rasgos derivados del carácter divisible de la prestación y propios, pues, de ella, con otros que se le atribuyen inexactamente, por cuanto derivan antes de la concurrencia --no solidaria-- de la pluralidad de sujetos, que de la divisibilidad de la prestación. Esto se ve clara-

mente en POTHIER: "Chaque héritier du débiteur --dice-- n'est tenu des dettes divisibles, que pour la part dont il est héritier; et il n'est pas même tenu subsidiairement du surplus, en cas d'insolvabilité de ses cohéritiers" (43). Evidentemente, si cada heredero del deudor no responde de la insolvencia de los demás siendo la obligación divisible, esto no es consecuencia de ese carácter sino de no existir vínculo de solidaridad entre ellos. Precisamente para diferenciar uno de otro elemento, POTHIER establece dos principios o efectos fundamentales que definen la obligación divisible: el primero es el de la división de la obligación (44); el segundo es el de la susceptibilidad de cumplimiento parcial (45). Al principio de división de la obligación se reconducen los efectos que derivan de lo que nosotros denominaríamos "no solidaridad"; al principio de la susceptibilidad de cumplimiento parcial, los que propiamente derivan de la divisibilidad de la obligación.

La consideración de la obligación divisible como categoría a la que se oponen tanto la indivisibilidad como la solidaridad trae como consecuencia que, desde este punto de vista, ésta y aquélla aparecen equiparadas, aunque lo cierto sea que el carácter excepcional que, en relación a la división de la obligación suponen, obedece en uno y otro supuesto a causas muy diferentes. En rigor, la obligación indivisible

y la obligación solidaria no pueden ser equiparadas; pero como el concepto de obligación divisible de que se parte lo impone, se tratará de diferenciarlas diciendo que "aliud est quem teneri ad totum, aliud totaliter" (46): a lo primero están vinculados los deudores de una obligación indivisible; a lo segundo, los de una obligación solidaria.

En el Anteproyecto de 1.882-1.888 y, con él, en el C.c., la situación es distinta. Por una parte, se ha visto ya, las obligaciones pluripersonales originarias adquieren autonomía respecto de las hereditarias, que, incluso, quedan fuera del área de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación. Por otra parte, y en el ámbito de aquéllas, se racionaliza la clasificación de las obligaciones pluripersonales al introducir en ella el concepto de "mancomunidad", cuyo mantenimiento propugnaba la Base 19 de la Ley de 11 de mayo de 1.888, y que, en su significación histórica, había sido desconocido por el Proyecto de 1.851 (47).

En la concepción legal, la obligación mancomunada es una especie de la obligación en que concurre una pluralidad de acreedores o de deudores, al igual que lo es la solidaria (48), a la que se contrapone (49). La obligación mancomunada es la obligación no solidaria, y ello tanto en el ámbito de la divisibilidad como en el de la indivisibilidad. La indi-

visibilidad se opone a la divisibilidad, pero ni una ni otra se oponen a la solidaridad, puesto que ésta opera a distinto nivel al de aquéllas. La concurrencia de una pluralidad de deudores o de acreedores en una obligación se contempla en el Código bajo una doble perspectiva claramente diferenciada: la que proporciona la confrontación entre obligaciones mancomunadas y obligaciones solidarias y la que proporciona la confrontación entre obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles.

El art. 1149 C.c., como de su interpretación "a contrario" se deduce, sirve de punto de conexión entre las secciones IV y V del cap. III, tit. I, Libro IV C.c. El fenómeno de la concurrencia de una pluralidad de personas en la obligación, al que se dedica la secc. IV, es contemplada por el Código desde el punto de vista de la titularidad colectiva que resulta de dicha concurrencia.

Dos son las formas que admite la organización de esa titularidad; explícitamente, el C.c. regula la hipótesis de que, presupuesta la presencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores, cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir la total satisfacción del crédito y cada uno de éstos deber de realizar la totalidad de la deuda, de modo que, en la relación crédito/deuda, uno y otra se configuran como si

estuviesen ostentados por un único titular. Esto, sin embargo, no se produce por la mera concurrencia de una pluralidad de personas; es necesario algo más: que la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria (50).

En la solidaridad, la presencia de una pluralidad de acreedores o deudores en la titularidad activa o pasiva tiene efectos "multiplicadores" en la relación crédito/deuda: todos y cada uno de los acreedores tiene derecho al todo y todos y cada uno de los deudores debe el todo. En este sentido, cabe hablar, en la solidaridad, de un "desdoblamiento" de la titularidad colectiva en virtud del cual cada uno de los distintos titulares ostenta la titularidad global (51). Ahora bien, junto a este efecto "multiplicador", y como limitación al mismo, cabría hablar de un efecto "expansivo" de la solidaridad, derivado de la consideración de la titularidad global como única, pese a la pluralidad de titulares.

Este efecto expansivo tiene, a su vez, una doble manifestación. Determina, por una parte, cual sea la legitimación necesaria para ejercitar dicha titularidad: cada acreedor y cada deudor aparecen investidos de una legitimación exclusiva y excluyente para afectar la posición jurídica de la que son cotitulares. Y determina, por otra parte, que las vicisitudes que afecten a una cualquiera de las "distintas"

posiciones jurídicas (en su manifestación "desdoblada") o de las personas que las detentan, incidan con igual eficacia sobre las demás y, por tanto, sobre la titularidad global.

Pues bien, el efecto "multiplicador" de la solidaridad determina que, en su ámbito, carezca de relevancia la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación. La esencia de la solidaridad estriba en el hecho de que, de la pluralidad de personas que concurren en la obligación y como consecuencia de la legitimación que cada una de ellas ostenta, cada una aparezca vinculada a su realización (legitimación pasiva total). Y esto, la vinculación de una sola persona, es lo que determina, por aplicación de la regla contenida en el art. 1169.1 C.c. (52), que lo sea al todo con independencia de la susceptibilidad o no susceptibilidad material de la prestación de ser parcialmente realizada.

El art. 1149 C.c. confirma la irrelevancia de la divisibilidad e indivisibilidad en el ámbito de las obligaciones solidarias. Y ello no tanto porque el art. 1150 C.c. que es su consecuencia lógica se refiera a la obligación mancomunada y no a la solidaria, sino porque de su interpretación se deduce que en los supuestos en los que se da una legitimación individual por el todo, la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación carece de trascendencia.

Siendo irrelevante la indivisibilidad de la prestación en las obligaciones unipersonales, así como en las derivadas de la sucesión del causante y en las solidarias, su trascendencia se centra en un ámbito muy concreto: el de la obligación mancomunada. La razón se ha apuntado ya repetidamente: mientras que en los supuestos en los que la legitimación individual en cuanto al ejercicio de la titularidad comporta la afectación total de ésta, la indivisibilidad de la prestación se acomoda perfectamente a dicho ejercicio, en la obligación mancomunada es necesario adecuar a una legitimación parcializada en cuanto al ejercicio de la titularidad (en el único supuesto en el que el ordenamiento jurídico no sólo la admite sino que la impone, a no ser que otra cosa se haya estipulado), las exigencias que derivan de la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación sobre la que aquélla se ostenta.

NOTAS

(1) Cfr. ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 36 ss. También, DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, nº 542, pp. 478-479. Ciertamente, que si la concurrencia de una pluralidad de deudores se opera en virtud de novación, requerirá el consentimiento del acreedor: art. 1205 C.c.

(2) El planteamiento se encuentra ya en D. 45.1.85, "lex pulchra et elegans" en la consideración de la Glosa. Vid. "Pandectarum seu Digestorum iuris civilis, ...cum Accursij Commentarijs, et doctissimorum virorum annotationibus", T. III, glo. ad l. "In executione", vers. "In executione", p. 664.

(3) "Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt", señala C. 3.36.6. Cfr. "Corpus Iuris Civilis", vol. II ("Codex Iustinianus"), versión KRUEGER, p. 143.

"Los bienes que consisten en créditos, no admiten división, porque de derecho están divididos en porciones hereditarias en virtud de la ley de las Doce Tablas", traduce GARCIA DEL CORRAL, en "Cuerpo del Derecho Civil Romano", versión KRIEGEL, HERMANN, OSENBRÜGEN, 2ª Parte, "Código", T. I, p. 386.

(4) FERNANDEZ DE RETES, "De dividuis et individuis obligationibus commentarius repetitae praelectionis academicae", Cap. I, § II, p. 608.

(5) Cfr. BONFANTE, "Sulla trasmissibilità ereditaria delle obbligazioni nell'antico diritto romano", donde, tras señalar que, en ese contexto, las obligaciones divisibles no plantean cuestión alguna, agrega --pp. 137-138-- que "l'unico problema, ma puramente giurisprudenziale, riguarda il trattamento delle obbligazioni indivisibili. Ma se consideriamo che la questione stessa concerne essenzialmente le stipulationes faciendi, le quali erano intrasmissibili, salvo che non vi fosse la mentio heredis, anch'esso non poteva preoccupare i decemviri, i quali non potevano aver in mente se non le obligationes dandi, anzi solo res e pecunia".

(6) D. 10.2.25. § 9. Cfr. "Corpus Iuris Civilis", vol. I ("Institutiones-Digesta"), versión KRUEGER-MOMMSEN, p. 172. "(La estipulación) no se divide por la ley de las Doce Tablas, pues ni aun puede dividirse", se lee en la traducción de GARCIA DEL CORRAL, en "Cuerpo del Derecho Civil Romano", versión KRIEGEL, HERMANN, OSENBRÜGEN, 1ª Parte, "Instituta-Digesto", T. I, p. 618.

(7) "Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur", D. 50.17.192. Cfr. "Corpus Iuris Civilis", vol. I ("Institutiones-Digesta"), versión KRUEGER-MOMMSEN, p. 926. "Las cosas que no pueden ser divididas en

partes se deben íntegras por cada heredero", traduce GARCIA DEL CORRAL, en "Cuerpo del Derecho Civil Romano", versión KRIEGEL, HERMANN, OSENBRÜGEN, la Parte, "Digesto", T. III, p. 960.

(8) Cfr. MOLINAEUS, "Extricatio labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 35, p. 121.

(9) DONELLUS, "Hugonis Donelli...commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum", vol. I, com. ad l. "Stipulationum. 2", col. 487.

(10) "Esto es por fuero --se lee en el "Titulo de omne o de muger que muere e dexa fijos herederos (97)"-- de todo omne ode muger que se muere et dexa que hereden lo suyo de çinco sueldos arriba et deue el muerto deuda manifiesta a otro omne: et aquel omne a quien deue la deuda puede preñar aqual quier delos fijos et coger dela deuda, sy fallaren despues en que. Et este fijo que pecha la deuda, deue preñar atodos sus hermanos quel aiuden apechar esta deuda del padre et dela madre, asy commo heredan lo suyo".

(11) Con distinta ortografía, la disposición es, en efecto, la misma en el Libro de los Fueros que en el Fuero Viejo. La semejanza e identidad que se observa entre algunos preceptos de uno y otro texto la explica Galo SANCHEZ aludiendo a la existencia de una fuente, hoy perdida, común a ambos. Vid. "Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano", pp. 260 ss., en especial, p. 298; y su "Introducción" al "Libro de los Fueros de Castiella", p. X.

La disposición del Fuero Viejo a que me refiero se encuentra recogida en la ley 3, tit. II, Libro V. Y continúa la ley 3: "Mas quando morier el padre, o la madre, si el fijo o

los fijos, que fueren, vieren que el algo del suo padre es tan poco, que montan mas las debdas, que deve, deven llamar testigos vecinos de aquella parrocha, onde eran vecinos el padre, e la madre, e en conceio pregonado deven decir ansi: Nuestro padre, e nuestra madre son finados, e nos tenemos, que lo que nos el deja, que non es tanto, que nos podiesemos pagar las debdas, e facemos ende a vos testigos; e haciendo esto, non son tenudos a ninguna debda de suo padre, nin de sua madre".

Por otra parte, la ley 5, tit. III, Libro V del mismo Fuero Viejo establece: "Los fijos que an de partir con el padre, o con la madre, o con los ermanos unos con otros, si quisieren partir la buena, el padre, o la madre qualquier que finque vivo, o algund de los ermanos, o otro ome qualquier que sea caveçalero del finado deve decir: Pues partir queredes, dad recabdo, que ansi como queredes particion de los bienes, que pague cada uno sua parte de las debdas, e en la manera, que fiço, ansi como es fuero".

Ahora bien, esto no contradice la anterior ley 3 cit., puesto que la presente disposición se refiere a las relaciones de los herederos entre si y no a las relaciones de éstos con el acreedor de su causante. Frente al acreedor rige la ley 3; y es precisamente en virtud de lo que establece la ley 5 por lo que "aquel fijo que pagare la debda, puede mandar a los otros erederos, que le ayuden a pechar aquella debda".

(12) La cuestión parece definitivamente resuelta tras los estudios de SANCHEZ, que sostiene el carácter privado de ambos textos. Vid. su "Introducción" al "Libro de los Fueros de Castiella", pp. IX-X; también, "Curso de Historia del Derecho: Introducción y fuentes", p. 73, y, sobre todo, "Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano",

en particular, pp. 271 y 285.

La doctrina más reciente se adscribe igualmente a esta opinión. Así, LALINDE ABADIA, "Iniciación histórica al Derecho español", p. 128; GIBERT, "Historia General del Derecho Español", p. 38.

Sin embargo, hasta el siglo pasado, era corriente la opinión contraria. Que el "Fuero Viejo" tuviera vigencia legal lo afirmaba ya ESPINOSA, "Sobre las leyes y los fueros de España", pp. 19 ss. Igualmente, JORDAN DE ASSO y DE MANUEL, en su "Discurso Preliminar" a "El Fuero Viejo de Castilla... publicánlo con notas históricas y legales los Doctores D. Ignacio JORDAN DE ASSO Y DEL RIO y D. Miguel DE MANUEL Y RODRIGUEZ", pp. XLIV ss., mantienen el carácter legal del Fuero Viejo y su vigencia a través de lo dispuesto en la ley 3, tit. II, Lib. I de la (Nueva) Recopilación, reproduciendo esta opinión en sus "Instituciones del Derecho Civil de Castilla", p. XII. Del mismo parecer es REGUERA VALDELOMAR, "Prólogo... sobre las leyes de España desde el principio de su restauración: origen, progreso y autoridad de los Fueros de Castilla y León", en "Extracto de las leyes del Fuero Viejo de Castilla", nº 29 ss., en particular, nº 35 y 36. Finalmente, cabe mencionar a PIDAL, "Adiciones al Fuero Viejo de Castilla", pp. 243 ss.

(13) "Curso de Historia del Derecho: Introducción y fuentes", p. 73. Ello, en cierta medida, hace irrelevante la cuestión de su valor oficial. Como afirma el mismo autor, ahora con referencia al Fuero Viejo de Castilla, su carácter privado no obsta para que el mismo recoja el derecho de Castilla. Cfr. "Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano", pp. 284 ss.

(14) "Otrosi dezimos, que si dos omes fuessen establecidos por herederos en un testamento, el uno en una cosa, e el otro en otra señalada; si el fazedor del testamento non departiesse, nin mandasse dar a otro, los bienes que ouiessen, estos amos los deuen auer todos egualmente; e cada uno dellos deue auer ante aquella cosa, en que fue establescido por heredero; pero amos de so uno son tenudos de responder a las debdas del fazedor del testamento". Vid. "Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de mas interés y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez", versión castellana y notas a cargo de SANPONTS Y BARBA, MARTI Y DE EIXALA, y FERRER Y SUBIRANA, T. III, p. 450.

Precisamente, en P. 6.3.14. se basa la S.T.S. de 23 de octubre de 1.899 para afirmar que "la doctrina de derecho (de que 'nomina et debiti hereditaria ipso jure inter coheredes sunt divisa') que se invoca..., establece el principio, respetando siempre las disposiciones especiales, sólo para los contratos, no para las sucesiones, las cuales se rigen, entre otras, en este punto por la l. 14, tit. 3º, Partida 6ª,...preceptivo de que cuando hay dos herederos, 'amos de so uno son tenudos de responder á las debdas del fazedor del testamento'...". Vid. "Colección Legislativa de España - Jurisprudencia Civil", 1.889, vol. 3º, p. 156.

Cfr., también, ALBALADEJO, "La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición", p. 490, donde cita la sentencia cuyas afirmaciones se transcriben en la presente nota.

(15) "Obligandose muchos omes de so uno, e cada uno por todo, faziendose principales deudores de dar o fazer alguna cosa a otri; si todos fueren en el lugar, quando el señor del debdo les quisiesse fazer demanda, maguer cada uno dellos

entrasse fiador, e debdor por el otro, con todo esso, non deue demandar todo el debdo al uno. Ante dezimos, que deue ser apremiado cada uno, de dar su parte, si todos ouiessen de que pagar. E si por aventura todos non fuesen en la tierra, o alguno dellos non fuesse valioso, entonce los que fueren y, e que ouieren la valia, deuen pagar todo el debdo, quantos quier que sean, uno, o dos, o más". Cfr. "Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de mas interés y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez", versión castellana y notas a cargo de SANPONTS Y BARBA, MARTI Y DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, T. III, pp. 272-273.

Ciertamente que la expresión "obligarse de so uno" parece hacer mención a una responsabilidad solidaria; sin embargo, aún en este caso, juega el beneficio de división y el acreedor "non deue demandar todo el debdo al uno". El problema estriba en saber si esta disposición, de aplicación siendo originarios los deudores, se aplica también cuando lo son por sucesión.

Respecto al supuesto a que se aplica dicha disposición señalará VILLALOBOS, "Antinomia iuris regni Hispaniarum, ac civilis, in qua practica forensium causarum versatur", fol. 40, nº 17, que "rei duo debendi si obligantur in solidum, non habent beneficium divisionis de iure civili, ut per. Bart. in l. 2. vers. 3. de duob, reis. quia corrumpetur stipulatio. quod etiam tenet. Salyc. in l. 1 et in authen. hoc. ita. C. de duo. reis. De iure autem regio incontinenti debet petere per l. 10 tit. 12 par. 5 si ambo sunt praesentes in loco, non potest unus conveniri pro toto, approbata glos. in l. reos. cum in tabulis. ff. de duo. reis."

(16) En efecto, las glosas de Gregorio LOPEZ a P. 6.3. 14. no contienen dato alguno que permita adivinar un cambio

de orientación respecto al sistema romano. Cfr. "Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de mas interés y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez", versión castellana y notas a cargo de SANPONTS Y BARBA, MARTI Y DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, T. III, pp. 447-450.

(17) Igualmente, HERMOSILLA, "Gasparis patris et Joannis ac Sebast. filiorum a Hermosilla. Notae, addittiones, et resolutiones ad glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii", T. I, tit. II, lex V. Gloss. II, nº 2, fol. 168: "...etsi testator gravet unum ex haeredibus, ut ipse solvat debitum creditoribus, cum jam per legem sit obligatio divisa non posse à creditoribus conveniri nisi pro parte"; es decir, que ni la disposición del testador, en el sentido de imponer el pago de sus deudas a uno de los herederos, impide la división de las mismas entre todos. Sobre esto, vid. *infra.*, p. 391, nota 42, y autores allí citados.

(18) "De individuís", p. 304. Al mismo tiempo, hace una enérgica defensa de la primacia legislativa del monarca, al afirmar que el principio transcrito tiene igualmente vigencia "in foro conscientiae, et de iure canonico", puesto que "lex humana civilis positiva facta à Rege, vel Principe, non recognoscente superiorem, debet servari, etiam in foro conscientiae...".

(19) OLEA, "D. Alphonsi de Olea...tractatus de cessione iurium et actionum", Tit. IV, Quaest. VI, nº 16, p. 226. "Legis duodecim Tabularum potestate --había señalado también, nº 1 y 2, p. 220--, actiones hereditariae inter coheredes ipso iure pro portionibus hereditariis dividuntur...Qua ratione etsi defunctus in solidum obligatus esset, inter eos, creditore etiam invito, obligatio dividitur, et non nisi

pro rata, et portione sua, unusquisque tenetur, et conveni-
tur".

En el mismo sentido, YAÑEZ PARLADORIUS, "D. Ioannis Yañez Parladorii Opera Juridica sive Rerum Quotidianarum Libri duo", Lib. II, Cap. final, Pars IV, I, nº 11, p. 149.

(20) Vigencia que sólo truncará, a nivel legal, la entrada en vigor del C.c. en 1.889.

Así, MARTI Y DE EIXALA, "Tratado elemental del Derecho civil romano y español", T. II, pp. 145-146, clasifica las obligaciones en divisibles o indivisibles "considerando las obligaciones con respecto al modo de pasar a los herederos del deudor, así como el derecho a los del acreedor". Resultan, de esta manera, dos tipos de obligaciones: "la una comprende aquellas que se dividen entre los herederos del deudor, así como el derecho entre los del acreedor, por cuya razón se les da el nombre de divisibles; la otra se compone de las que pasan por entero á cargo de cada uno de los herederos, transmitiéndose también el derecho solidariamente á cada uno de los herederos del acreedor; y por lo mismo se llaman indivisibles".

Por su parte, GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 932, p. 459, señala que el precepto que comenta, que consagra el principio de indivisión de las deudas del causante, "encierra una grande innovacion contraria al Derecho Romano...(cuya) doctrina pasó a nuestro Derecho Patrio". GUTIERREZ FERNANDEZ, "Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español", T. IV, p. 104, recoge también como vigente en nuestro Derecho el principio de división de las obligaciones entre los herederos del causante; y la postura de Benito GUTIERREZ es especialmente significativa, puesto que escribe

teniendo presente el Proyecto de 1.851, al que considera el Código futuro. Si, pues, se aparta de él en este punto concreto, ello es señal de que el principio romano debía estar hondamente arraigado.

La doctrina más moderna sitúa asimismo en la promulgación del Código la modificación del principio de división de las deudas hereditarias. Así, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "La herencia y las deudas del causante", p. 78; ALBALADEJO, "La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición", p. 502; GINOT LLOBATERAS, "La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral", p. 1072; GONZALEZ PALOMINO, "La adjudicación para pago de deudas", en "Estudios jurídicos de arte menor", vol. I, p. 219; vid., también, ALBALADEJO, "Derecho civil", T. V, vol. 1º, pp. 281 ss., y LACRUZ BERDEJO - SANCHO REBULLIDA, "Derecho de sucesiones", T. I, pp. 138 ss.

Curiosamente, la doctrina inmediatamente posterior al C.c. sigue considerando —implícitamente— vigente el principio romano, pese a su expresa derogación por el Código. Vid. SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho civil", T. IV, pp. 114-115 (no así en T. VI, vol. 3º, pp. 2094 ss. donde sostiene lo contrario); CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, p. 178; "Instituciones de Derecho civil español", T. II, p. 63.

También la jurisprudencia, hasta muy poco antes de la promulgación del C.c., se manifiesta a favor de la vigencia del principio de división en nuestro Derecho. Cfr. S.T.S. de 14 de octubre de 1.887, Considerandos 1º y 2º, en "Colección Legislativa de España - Jurisprudencia Civil", 1.887, 2º semestre, pp. 141 ss., cit. por BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 519.

Como argumentos en contra de la pervivencia en nuestro

Derecho del principio de división de las deudas del causante, aparte la afirmación que en ese sentido hace la S.T.S. de 23 de octubre de 1.889, cit. en nota 14 de este mismo epígrafe, podrían alegarse el de que no se haga mención alguna a la introducción (de ser efectivamente así) del principio contrario en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil de 1.836, que lo recoge en su art. 2418, y el de que, curiosamente, entre las numerosas observaciones hechas al Proyecto de 1.851 por diferentes juristas (ORTIZ DE ZARATE, CARDENAS,...) y distintas instituciones culturales --entre ellas, varias Universidades-- del país, en ninguna se encuentren referencias a la "grande innovacion" que, al decir de GARCIA GOYENA, el art. 932 del Proyecto contiene. Cfr. las observaciones recogidas en LASSO GAITE, "Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil", vol. I, pp. 241-285.

(21) Cfr. lo que se dice en el último párrafo de la nota que antecede a ésta.

(22) En la terminología del Proyecto de 1.836, como luego en la del Proyecto de 1.851, se entiende por "mancomunidad" lo que el Código calificará como "solidaridad".

(23) Concuerda el art. 932 del Proyecto de 1.851, dice GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 932, p. 459, únicamente con el art. 787 del Código de Vaud; no cita, en cambio, como precedentes el art. 2418 del Proyecto de 1.836 ni las disposiciones en el mismo sentido contenidas en el "Libro de los Fueros de Castiella" y en el "Fuero Viejo de Castilla".

El art. 787 del Código de Vaud establece que "les cohéritiers sont tenus solidairement des dettes et charges

de la sucesion; ils contribuent entr'eux au payement de ces dettes et charges, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend".

Igualmente, cita GARCIA GOYENA en apoyo del art. 932 del Proyecto la opinión de VOET. Este, en efecto, "Joannis Voet...Commentariorum ad Pandectas Libri Quinquaginta", T. II, p. 246, afirma: "Quod tamen moribus nostris ad evitandas litium ambages ac multiplicationem mutant ajunt, creditoribus ex aequitate concedentes facultatem in solidum conveniendi illum, quem defunctus testamento vel pacto, aut coheredes conventionem mutua in solidum voluerunt gravatum...Imo iure singulari placuit Mechiniensibus, creditoribus etiam tunc, cum nullus coheredum ex conventionem vel defuncti dispositionem in solidum oneratus invenitur, electionem competere, contra quem ex pluribus in solidum experiri veliut; ne in plures debitores distiringeretur qui cum uno contraxerat; salva heredi in solidum condemnato actione contra coheredes ad indemnitatem pro rata, Statutu Mechliniens., tit. 16, art. 37".

En el mismo sentido, GROENEWEGEN, "Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus", pp. 245-246, aún cuando para éste, la posibilidad del acreedor de dirigirse contra uno sólo de los herederos del deudor por el total de la deuda, presupone su previa designación en ese sentido, bien por el testador, bien por los restantes coherederos.

Pero quizás el origen de esta corriente doctrinal deba buscarse en el comentario a la ley "Si ve pro fratre", C. 2.18.3. de JACOBO DE RAVANIS: "Est mihi obligatus personaliter: si non posses solvere partem: ista solutio particulariter esse mihi damnosa. Et lex dicit quod ex persona heredis non mutatur conditio obligationis: et omnes heredes loco unius

habentur: unde credo quod unum heredum solvere volens partem suam creditori non admitteretur a creditore si vellet". Vid. PETRUS DE BELLA PERTHICA, "...Lectura isignis et secunda super Prima Parte Codicis domini Justiniani", fol. 85 v. Aunque impresa bajo el nombre de PEDRO DE BELLAPERTICA, la obra debe ser atribuida a JACOBO DE RAVANIS. Así se señala en nota a la edición (anastática) manejada, remitiendo a los estudios de MEIJERS, "Etudes d'histoire du droit", Leyden 1.959, p. 72 ss., y KIEFNER, "Zur gedruckten Codexlectura des Jacques de Revigny", Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, XXXI, 1.963, pp. 5 ss. Cfr. también, HORN, "Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts", en COING, "Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte", T. I, München 1.973, p. 318, que remite al trabajo de KIEFNER. Por otra parte, y esto corroboraría estas afirmaciones, la opinión que MOLINEO, "Extricatio labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 1 y 2, p. 116, atribuye a JACOBO DE RAVANIS en materia de pago de deudas hereditarias, distinta de la sostenida por PEDRO DE BELLAPERTICA, es precisamente la que recoge el comentario transcrito.

(24) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, com. art. 932, pp. 459-460, justifica el precepto contenido en el citado artículo en los siguientes términos: "El acreedor contrajo con solo el difunto; ¿por qué, pues, se le han de imponer las molestias y gastos consiguientes á tener que demandar uno tras otro á todos los coherederos, que tal vez sean de distintos fueros, y estén domiciliados en países muy lejanos? Y, si uno de ellos resultare insolvente, tendrá que repetir la misma série de demandas con la engorrosa subdivisión de la parte del

insolvente entre los demás y en la misma proporción hereditaria. ¿No es más sencillo y justo que estas molestias y gastos recaigan en los mismos coherederos beneficiados por la herencia, que intervinieron en su partición, y quedaron obligados á garantizarse recíprocamente? Al coheredero no se causa agravio mientras no se le exija más de lo que percibió del difunto. Ofrecía también el sistema Romano la posibilidad de una grande injusticia, á más del inconveniente mencionado de gastos y molestias. Dividiéndose ipso iure los créditos y deudas entre los coherederos, cada uno era deudor y acreedor según su porción hereditaria, y por consecuencia la parte del insolvente no gravaba á los demás, según se dispone de los legados en la ley 33, libro 31 del Digesto. Podía, pues, ocurrir que por la insolvencia de un coheredero no cobrase el acreedor enteramente su crédito, aunque con toda evidencia quedasen bienes hereditarios en poder del otro; y podía también seguirse que un heredero puro y simple no respondiese enteramente de las deudas y cargas de la herencia... El derecho que en todo caso se da al demandado para hacer citar y emplazar á los otros, prueba además que ña innovacion se ha hecho guardando todos los miramientos más delicados de equidad, porque ó de este modo se evitará el juicio allanándose todos á pagar, ó todos serán condenados en una misma sentencia".

(25) Los argumentos --contra los que precisamente se dirige GARCIA GOYENA-- que justifican la opinión contraria, habían sido anteriormente expuestos por POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 310, pp. 298-299: "On oppose (al principio de división de las deudas del causante y sus consecuencias) que les dettes étant une charge des biens, elles doivent être acquittés pour le total sur les biens que re-

tient cet héritier en partie. La réponse est que l'universalité totale des biens est chargée du total des dettes; mais les portions de cette universalité ne sont chargées que d'une pareille portion des dettes. On insiste et on dit: Si le débiteur avoit dissipé la moitié de ses biens, l'autre moitié qui lui resteroit seroit chargée du total des dettes: donc, lorsque l'un des héritiers du débiteur a dissipé sa moitié, l'autre moitié qui appartient à l'autre héritier doit pareillement être chargée du total des dettes. Je nie la conséquence. Lorsque le débiteur a dissipé la moitié de ses biens, ce qui lui reste est le total des biens de la personne obligée au total de la dette, et par conséquent le total des dettes est une charge de ce qui reste des biens: mais lorsque mon cohéritier a dissipé la moitié qui lui est échue, celle que j'ai n'est toujours que la portion d'un héritier pour moitié, lequel n'est tenu personnellement des dettes que pour cette moitié: cette portion ne doit donc être chargée que de la moitié des dettes. On insiste encore, et on dit que le créancier ne doit pas souffrir de la multiplicité des héritiers que son débiteur laisse: donc la dissipation de la moitié de ses biens, que fait l'un des héritiers, ne doit pas lui faire perdre la moitié de sa dette, puisque, si le débiteur ou l'unique héritier du débiteur eût perdu cette moitié de biens, le créancier ne perdrait rien de sa dette. La réponse est, que ce n'est que 'ex accidenti' que le créancier souffre en ce cas de la multiplicité des héritiers qu'a laissés le débiteur: il pouvoit n'en pas souffrir en arrêtant les biens de la succession avant le partage, ou en veillant à se faire payer".

(26) Así, la facultad que se concede al heredero demandado de pedir un plazo para hacer citar a sus coherederos es

propia de la obligación indivisible, pero no de la solidaria. El Proyecto de 1.851, a diferencia del de 1.836, que atribuye a la responsabilidad de los herederos el carácter de "mancomunada" (solidaria), se cuida de no calificarla en ese sentido; sin embargo, GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1058, p. 569, citará como ejemplo de "mancomunidad (solidaridad) en virtud de disposición de la ley" precisamente el supuesto contemplado en el art. 932 del Proyecto.

(27) "Dividuum enim sonat potentiam, aptitudinem, et susceptibilitatem divisionis, non autem actu jam divisum esse, quamvis (utpote affirmativum) non excludat actum, si alias adsit...Non ergo sequitur, obligatio dividua est, ergo divisa: quia potentia non ponit actum, sed ejus aptitudinem, et proclivitatem dumtaxat". Vid. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 9, p. 208.

(28) Ello justifica, según BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 523, la menor importancia de este tipo de obligaciones en nuestro Derecho. En el mismo sentido, DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 500.

(29) SAVIGNY, "Le droit des obligations", T. I, § 33, III, p. 277; SEGRE, "Le obbligazioni divisibili e indivisibili", IIª Parte, p. 156.

(30) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 34, p. 121.

(31) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et

individui", Parte II, nº 21, p. 119.

(32) Sobre la cuestión, POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 319 ss., pp. 306 ss.

(33) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Dig. Novi Partem commentaria", com. ad l. "Eadem dicemus, § Cato", nº 6 y 10, fol. 8.

(34) Es la sexta de las diez llaves que propone MOLINEO para desentrañar el laberinto de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación. Vid. MOLINAEUS, "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 112, p. 222.

(35) Como se ve, para MOLINEO, la diferencia de régimen no se da, como en BARTOLO, sólo para el caso de que el cumplimiento venga asegurado por una pena, sino para todo caso en el que se infrinja la obligación, esté o no ésta garantizada por una estipulación penal.

(36) MOLINAEUS, "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 120, p. 223.

(37) MOLINAEUS, "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 114, p. 222.

(38) POTHIER, "Traité des obligations", nº 359, p. 342.

(39) Así, dentro del apartado correspondiente a la naturaleza y efectos de las obligaciones divisibles, el II trata "De l'effet de l'indivisibilité de l'obligation 'in dando aut in faciendo', par rapport aux héritiers du

créancier", mientras el III se ocupa "De l'effet des obligations indivisibles 'in dando aut in faciendo', para rapport aux héritiers du débiteur". Vid. POTHIER, "Traité des obligations", T. I, pp. 313 y 315, respectivamente.

(40) "Tout ce que nous avons dit de plusieurs héritiers du créancier d'une dette indivisible --dirá--, reçoit application à l'égard de plusieurs créanciers non solidaires envers qui une pareille dette auroit été contractée". Vid. POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 330, p. 315. Otra referencia a la obligación indivisible no solidaria, contemplada desde el punto de vista de la pluralidad de deudores, en nº 325, p. 311.

(41) "Les effets de la divisibilité ou de la indivisibilité qui exigent des règles spéciales --dirá BIGOT-PREAMENEAU-- ne concernent que les héritiers du débiteur ou ceux du créancier". Cfr. FENET, "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", T. XIII, p. 258.

(42) Vid., para un planteamiento de la concepción tradicional, DEMOLOMBE, "Cours du Code Napoleon", T. XXVI, nº 110 ss., pp. 84 ss.

Consecuencia de este planteamiento es que, por así decirlo, la obligación pluripersonal divisible, en cuanto tal, no exista, pues apenas constituida se fracciona en tantas obligaciones unipersonales cuantas personas hubieren concurrido originariamente a su constitución. Por ello, hacía notar MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 34, p. 121, que, en tal caso, "proprie non dividitur obligatio, quia divisim, seu pro partibus nascitur: et proprie non dicitur dividi, quod nun-

quam unitum fuit...et sic singulorum videntur singula debita".

En el mismo sentido se expresa CICALA, "Obbligazione divisibile e indivisibile", p. 649: "Per le ipotesi di pluralità originaria di soggetti (creditori o/e debitori) non è esatto discorrere di 'frazionamento', o 'divisione', dell'obbligazione: perchè il 'frazionamento', o 'divisione', presuppone un'unità, mentre qui l'obbligazione non esiste neppure per un sol momento come rapporto unico (...). Si costituiscono senz'altro, dunque, tante obbligazioni quanti sono i soggetti. Si ha la nascita contemporanea di più obbligazioni, una pluralità originaria di rapporti corrispondente alla pluralità originaria dei soggetti, non una successiva pluralizzazione del rapporto, non una pluralità di rapporti conseguente alla divisione di un rapporto originariamente unico". Igualmente, RUBINO, "Delle obbligazioni (obbligazioni alternative - obbligazioni in solido - obbligazioni divisibili e indivisibili)", pp. 334 ss.

(43) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 310, pp. 297-298.

Por su parte, el art. 1526 C.c. de la República de Chile establece que "si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede solo exigir su cuota, i cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya; i la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores".

(44) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, pp. 289 ss.

(45) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, pp. 300 ss.

(46) Es una de las llaves que propone MOLINEO para abrirse camino a través del laberinto que constituyen las obligaciones divisibles e indivisibles. Vid. MOLINAEUS, "Extrictio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 112, p. 222.

(47) La introducción se hace no sin variar el sentido del término "mancomunidad". Desarrollando las directrices de la Base 19 de la Ley de 11 de mayo de 1.888, el epígrafe correspondiente a la Secc. IV, cap. III, tit. I, del Libro IV C.c., no se refiere, como sería de esperar, a la "obligación mancomunada" en general, sino que opone ésta a la solidaria --"De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias", reza la mencionada rúbrica-- desvirtuando el sentido originario del vocablo "mancomunidad" como concepto genérico, referido a todo supuesto obligatorio en que concurren dos o más acreedores o dos o más deudores". Para una crítica del empleo de esta terminología en el Código, vid. SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho civil", T. IV, pp. 46-47.

(48) Aunque se hable de obligaciones mancomunadas y de obligaciones solidarias, téngase presente que lo que es mancomunado o solidario no es la obligación, sino el crédito o la deuda. Así, BADOSA COLL, "Apuntes de Derecho civil: Obligaciones y contratos" (Curso 1.980-1.981), inéditos.

(49) Cfr., en cambio, art. 1025 del Proyecto de C.c.

de 1.851, que contrapone a la obligación "mancomunada" (esto es, "solidaria", según la terminología actual) la obligación "individual".

(50) Art. 1137 C.c.

(51) Se trata, pues, del principio opuesto al del art. 1138 C.c.: tantos créditos y tantas deudas por el todo, podría decirse, como acreedores o deudores haya.

(52) Puesto que, como se ha indicado ya, no se excluye del ámbito de las obligaciones pluripersonales.

SEGUNDA PARTE

CONFIGURACION DE LA OBLIGACION INDIVISIBLE
NO SOLIDARIA EN RELACION A LA LEGITIMACION
EN TORNO A LA EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO

1. La concepción tradicional.
2. La posición doctrinal respecto a la regulación contenida en el C.c.; discusión de la misma.
 - 2.1. Planteamiento del tema.
 - 2.2. No es argumento en contra de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible por nuestro C.c. el art. 1137 del mismo.
 - 2.3. No es argumento en contra de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible por nuestro C.c. el art. 1139 del mismo.
 - 2.4. El art. 1252.3 C.c. como argumento en favor de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible en el C.c.
 - 2.5. El art. 1772.2 C.c. como argumento en favor de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible en el C.c.
 - 2.6. El art. 1974.3 C.c. como argumento en favor de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible en el C.c.
 - 2.7. Valoración del art. 1150 C.c. como argumento en favor de una u otra postura.
 - 2.8. Recapitulación.

1. La concepción tradicional.

Para los juristas romanos, la indivisibilidad de la obligación comporta que, presupuesta la concurrencia de una pluralidad de acreedores o de deudores (1), cada uno de aquéllos pueda reclamar y cada uno de éstos deba cumplir íntegramente la prestación comprometida (2). Esto, evidentemente, asemeja la obligación indivisible a la obligación solidaria; es más: en el período clásico parece que la asimilación de la primera a la segunda fue total. "Le obbligazioni indivisibili --dirá BONFANTE (3)-- non altro erano per i giureconsulti romani che obbligazioni in solidum, e poichè non si furono mai due classi di obbligazioni in solidum, esse appartenevano all'unica classe, di cui seguivano integralmente la regola" (4).

En el período justiniano, en cambio, ello ya no es

exactamente así (5). Paralelamente a la transformación que, en esta época, se opera en el campo de las obligaciones solidarias (6), la solidaridad clásica de la obligación indivisible se separa de aquélla y sufre su propia evolución, configurando a ésta como categoría obligatoria propia y autónoma (7). Ciertamente que, al igual que en el Derecho clásico, siendo indivisible la prestación, cada acreedor tiene derecho a exigirla y recibirla íntegra y, correlativamente, cada deudor puede ser demandado por ella y debe ejecutarla enteramente. Pero mientras que para el Derecho clásico las obligaciones indivisibles no eran sino obligaciones "in solidum", el Derecho justinianeo, al tiempo que consagra definitivamente la limitación del régimen solidario (8), parece considerarlas como obligaciones parciarias en las que la indivisibilidad objetiva de la prestación hace necesaria la introducción de principios especiales que conjuguen el régimen clásico de la solidaridad con la constatación de que, en realidad, cada uno de los deudores debe sólo una parte y cada uno de los acreedores tiene derecho sólo a una parte de la misma (9).

Esa vinculación de cualquiera de los acreedores o de los deudores al todo en virtud de la indivisibilidad de la prestación es igualmente recogida en el Derecho intermedio.

Y ello con independencia del contenido --dar o hacer (10)-- de la obligación. Es verdad que las obligaciones en las que "totum peti necesse est, nec divisum praestari potest" (11), las circunscribe D. 45.1.85 a aquéllas referidas "ad opus, quod testator fieri iusserit; nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest" (12). Pero ya la Glosa entenderá que esto no ocurre sólo en las obligaciones encaminadas a la realización de una obra, obligaciones de hacer; también sucede lo mismo en las obligaciones, indivisibles, que se orientan en torno a la constitución de una servidumbre: "idem (es decir, es necesario que se pida la ejecución de la obligación íntegra y no puede cumplirse parcialmente) in omni servitute --señalará ACCURSIO (13)--, excepto usufructu" (14).

Alguna trascendencia tendrá, empero, el que la obligación sea de dar o de hacer; pero no en cuanto a su ejecución ni en cuanto a la legitimación para llevarla a cabo. Así, dirá BARTOLO DE SAXOFERRATO (15), existen "facta dividua tempore contractus: quia pro parte potest quis stipulari, fundum tradi, fossam fodi, et similia: sed postquam pro solido sint deducta in stipulationem, non dividuntur aliquo modo...et in hoc differunt a servitutibus, quae non dividuntur tempore contractus" (16).

En el mismo sentido se manifestarán, entre otros, JASON

DE MAYNO (17), así como, posteriormente, MOLINEO. Junto a una indivisibilidad "accidentalis", que propiamente corresponde a una "obligatio de se, siquae natura dividua est: sed non est simpliciter contracta, verum cum certa circumstantia individua principaliter intenta, et in obligatione deducta" (18), distinguía MOLINEO (19) entre una indivisibilidad "necessaria" y una indivisibilidad "naturalis", de las cuales, de la primera era ejemplo la obligación de constituir una servidumbre, mientras que de la segunda lo era la encaminada a un "opus". Pues bien, así como aquélla "individua est omni respectu: posteriore vero caso propter futuri operis formam, vel consummatum effectum principaliter intentus (qui non advenit ante perfectionem) individua est obligatio, non contractu, sed obligatione et praestatioe" (20).

Cierto que estas afirmaciones son cuestionadas (21). Pero en cualquier caso, y con independencia de ello, se trate de "stipulationes...individuae ab initio et ex post facto" (22) o de "stipulationes individuae, postquam sunt contractae: sed ab initio possunt pro parte contrahi" (23), en unas y otras, por lo que respecta al cumplimiento, "haeredes promissoris tenentur insolidum: et haeredibus stipulatoris insolidum actio competit" (24).

Es esta una opinión generalizada (25): "(Si obligatio,

seu res in obligationem deducta divisionem non recipiat) --se dirá (26)-- natura rei conventionem aut numero personarum mutari non potest. Eo sit, ut individua manente stipulatione et a singulis ex debitoribus solidum debeatur, a quibus et peti possit; et singulis ex creditoribus debeatur solidum quod et singuli recte petant, de quo paulo post. Hinc quaestio hoc loco tractatus necessaria, eademque pariter et ad primos reos plures, et ad plures heredes perti- nens".

Sin embargo, si bien por lo que respecta a los deudores, cualquiera de ellos aparece vinculado y puede ser demandado por el todo, de alguna manera se atenúa su responsabilidad, al conceder al deudor a quien se demanda un plazo "intra quod faciat venire cohaeredum suum pro faciendis praedictis" (27): ciertamente, "quilibet ex haeredibus in solidum poterit compelli --se dirá (28)--, attamen non nisi alijs existentibus in more" (29).

Sin apartarse en lo fundamental de estas directrices, la configuración del régimen de la obligación indivisible en MOLINEO presenta, sin embargo, matices propios. "Aliud quem teneri ad totum --dirá (30)--, aliud totaliter". Desarrollando esta afirmación, por lo que respecta a la concurrencia de una pluralidad de acreedores, distinguirá según se trate de una "individuitatis necessaria" o de una "indi-

viduitatis naturalis", puesto que "quamvis in necessario individuis unus solus agere possit in solidum, et omnibus prodesse...tamen non semper solus acquirere potest...Pariter in individuis natura tantum, quamvis unus solus ex pluribus mero jure non agat,...nisi pro sua parte,...tamen ad totum cum effectu potest agere: puta ad totam domum faciendam, vel fulciendum cavendo de rata erga consortes..." (31).

En cambio, tratándose de una pluralidad de deudores, en ambos casos, "uterque haeres tenetur in solidum, scilicet ad totum ipsum individuum: sed non statim totaliter" (32) y, como consecuencia de ello, "potest unus in solidum conventus cogere creditorem, ut det congruam dilationem, infra quam reus possit cohaeredem vocare, et compellere ad simul emendam, et dandam servitutem, vel ad simul aedificandum, quia dilatione obtenta si denunciatus venerit, et paratus sit, simul praestabunt, et sic quisque totum, sed non quisque totaliter, sed simul et conjunctim. Quid si venerit, sed non sit paratus, sive quia nolit, sive quia obligationem controvertit, et litem parat, tunc perinde est ac si non venisset, et cogitur primum conventus totum praestare salvo recurso:...sic jam non solum ad totum, sed etiam totaliter respectu actoris tenetur" (33) (34).

Presupuesta, pues, la concurrencia de una pluralidad de deudores a una obligación indivisible, si bien a cada

uno de ellos puede serle reclamada la prestación en su integridad, en los supuestos en los que la misma no haya de ser necesariamente cumplida por el deudor frente a quien se dirige el acreedor (35), aquél puede exigir de éste la concesión de un plazo que le permita llamar a los restantes codeudores a juicio: "potest unus in solidum sonventus cogere creditorem, ut det congruam dilationem, infra quam reus possit cohaeredem vocare".

¿A qué efectos? Pues nótese que para MOLINEO la "llamada en causa" no comporta la división de la condena al cumplimiento de la prestación indivisible comprometida, ni evita que el demandado pueda ser compelido a realizarla en su integridad. Para que ello ocurra es necesario, en primer lugar, que el o los deudores emplazados acudan a la citación del demandado y, en segundo lugar, que se muestren dispuestos a cooperar con él; porque lo cierto es que la "llamada en causa" no obliga ni a una cosa ni a otra. Pero además, "si denunciatus venerit, et paratus sit", no por ello cada uno de los deudores dejará de estar vinculado --"sic quisque totum"-- al todo: la condena será, pues, a ambos (MOLINEO presupone la presencia de sólo dos deudores) por el todo.

Lo que ocurre es que, habiéndose personado el deudor emplazado en el juicio y presupuesto su interés en la reali-

zación de la prestación, lógico es que ésta, pese a vincular a ambos en su integridad, se lleve a cabo "simul et conjunctim". Realización conjunta que no debe entenderse tanto como participación activa en su ejecución material --pues esa puede no ser posible-- cuanto contribución a la cobertura económica de la misma. Así pues, y tal y como aparece configurada la obligación indivisible con pluralidad de deudores en el pensamiento de MOLINEO, puede afirmarse lo siguiente:

1º. Cualquier deudor puede ser demandado por el acreedor, exigiéndole el íntegro cumplimiento de la prestación, siempre y cuando ésta no sea debida específicamente por alguno de ellos.

2º. El deudor demandado puede emplazar a los restantes codeudores, lo que, ciertamente, diferencia la obligación indivisible de la obligación solidaria; ahora bien, ello pone de manifiesto que la presencia de todos los deudores en el juicio no se impone con carácter necesario, sino que la misma se deja no sólo a la voluntad del deudor demandado, sino también a la de aquéllos, que pueden desconocer la llamada de aquél.

3º. El que, en su caso, se condene a todos los deudores al íntegro cumplimiento no impide que éste pueda ser exigido en su totalidad de cualquiera de ellos, ni del ori-

ginariamente demandado cuando a él se dirige la reclamación del acreedor, cuando los restantes codeudores se nieguen a personarse en juicio, o, cuando personándose, se nieguen a llevarlo a cabo o a contribuir a su ejecución.

POTHIER recoge en sus rasgos esenciales la construcción de MOLINEO, aún cuando, por lo que respecta a la obligación indivisible con pluralidad de acreedores, prescindirá de la distinción de aquél entre indivisibilidad "necessaria" e indivisibilidad "naturalis". "Lorsque l'obligation est indivisible --dirá (36)--, chaque héritier du créancier étant créancier de toute la chose, il en résulte que chacun des héritiers peut donner la demande pour toute la chose contre le débiteur". En cambio, por lo que respecta a la obligación indivisible con varios deudores, parece seguir el pensamiento de MOLINEO: "Lorsque la dette est indivisible, chacun des héritiers du débiteur étant débiteur de la chose entière, il en résulte qu'on peut donner la demande contre chacun des héritiers pour la chose entière. Mais comme il n'en est pas débiteur totaliter, qu'il ne l'est que comme héritier en partie du débiteur, et conjointement avec ses cohéritiers, il suit de là qu'étant assigné, il peut demander un délai pour appeler et metre en cause ses cohéritiers, et qu'il ne doit être condamné seul que faute

par lui de les avoir appelés en cause" (37).

Tampoco aquí la "llamada en causa" tiene como consecuencia dividir la condena al cumplimiento de la prestación, puesto que verificada la llamada y, como efecto de la misma, presentes todos los deudores en el juicio, no por eso dejan de estar todos y cada uno de ellos vinculados a la íntegra realización de la prestación. Esto es precisamente lo que justifica, incumplida la obligación, todos sean condenados a la indemnización de daños y perjuicios, si bien sólo en proporción a su cuota hereditaria: "Au reste, ceux qui étoient prêts à concourir ne seront pas moins condamnés que ceux qui refuseroient de le faire, sauf leur recours entre eux; parce que chacun d'eux est obligé à construire l'edifice entier, et que c'est une chose que chacun d'eux peut séparément faire" (38).

Pero esto ya no es exactamente lo mismo que decía MOLINEO. Para éste, si uno de los deudores se niega a contribuir al cumplimiento, "cogitur primum conventus totum praestare, salvo recursu:...sic jam non solum ad totum, sed etiam totaliter respectu actoris tenetur" (39): la no disposición al cumplimiento de uno de los deudores no impide al acreedor exigirlo en su integridad de cualquiera de los demás. POTHIER adopta otra solución: "étant tous en cause, faute par eux de remplir l'obligation, ils seront condamnés

aux dommages et intérêts, chacun seulement pour sa part hereditaire" (40). La no disposición al cumplimiento de uno de los deudores, ciertamente, no libera a los demás: pero éstos ya no aparecen vinculados a la íntegra realización de la prestación, sino sólo a la porción que, en la indemnización de daños y perjuicios, les corresponda (41).

Sobre estos antecedentes se asientan los arts. 1224.1 y 1225 del C.c. francés, orientados a regular la legitimación en torno a la exigencia del cumplimiento en la obligación indivisible con pluralidad de acreedores y deudores, respectivamente, una vez que el art. 1222 establezca que "chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement" (42).

Dispone el art. 1224.1 del Code que "chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible". El art. 1225, por su parte, preceptúa que "l'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers".

¿Cual es la finalidad de la "llamada en causa" y qué consecuencias derivan de ella? BIGOT-PREAMENEAU (43) la concibe, simplemente, como un medio de conciliar los derechos del acreedor y del deudor demandado, teniendo en cuenta que este último "ne doit pas la totalité, quoiqu'il ne puisse point payer partiellement" (44). Por su parte, frente a la opinión de RODIERE de que la facultad concedida al deudor demandado para citar y emplazar a sus codeudores responde meramente a la excepción dilatoria de garantía regulada en el art. 175 del Código de procedimiento francés (45), la opinión generalizada de los comentaristas del Code entiende que la finalidad de la institución es evitar que la condena se pronuncie sólo contra el deudor originariamente demandado.

Ahora bien, a partir de este acuerdo de principio se hacen derivar consecuencias sustancialmente opuestas. Obtenida una condena común --se dirá (46)-- el acreedor dispone de un título ejecutivo frente a todos los deudores que le permite dirigirse contra cualquiera de ellos reclamando la íntegra realización de la prestación comprometida (47). Desde otro punto de vista (48), más cercano al que había sido defendido por POTHIER, se sostendrá, en cambio, que la condena lo es a la ejecución conjunta de la obligación indivisible; y, si "par le refus de l'un d'eux de concourir

à cette exécution intégrale, l'obligation n'est point accomplie --se añadirá (49)--, elle se convertit en dommages-intérêts, au payement desquels les différents codébiteurs ne sont tenus que pour leurs parts" (50) (51).

En nuestro Derecho histórico no existe un tratamiento sistemático de la obligación pluripersonal indivisible. Si acaso, puede inducirse su regulación de la de la obligación encaminada a la constitución de una servidumbre, paradigma, por otro lado, de la obligación "individua omni respectu" (52). Así, P. 3.31.9 dirá: "Plaziendo a alguno, de otorgar servidumbre en su casa, o en su heredad, a edificio, o a heredamiento de otro; si despues de tal otorgamiento como este, se muriesse aquel a quien fuesse fecho, maguer dexasse muchos herederos, cada uno dellos puede demandar toda la servidumbre. E esto es, porque la servidumbre non se puede partir. E porende, non podria cada uno demandar su parte apartadamente. Otrosi dezimos, que si el que oviesse otorgado la servidumbre en lo suyo, se muriesse, e dexasse muchos herederos, que puede ser demandada la servidumbre toda enteramente a qualquier dellos, e son tenudos a ella, assi como era el señor cuyos bienes heredaron" (53).

Por lo que respecta a la doctrina, y aunque en ocasiones se haga referencia a las leyes de Partida, es lo cierto

que nuestros autores estudian, fundamentalmente, las leyes romanas y siguen, por tanto, la senda trazada por sus intérpretes y comentaristas. Los planteamientos adoptados no serán, pues originales, y, en cualquier caso, confirman la legitimación solidaria que, en torno al cumplimiento, comporta la obligación indivisible con pluralidad de acreedores o de deudores. "Alia est obligatio omnino individua, et petitione, et solutione --dirá PICHARDO (54)--, ex qua solidum peti, et praestari necesse est, ut si quis stipulatus sit opus aliquod certum fieri,...., nam hujus operis effectus, sive effectio in partes haereditarias scindi non potest, idest pro parte haereditaria opus effici non potest, et cum eadem sit ratio stipulationis in non faciendo conceptae, item et servitutem, idem quoque jus in his est". Sobre la base de la indivisibilidad de la obligación de constituir una servidumbre y de la de la obligación de hacer, GOMEZ había llegado ya anteriormente a las mismas conclusiones. Por lo que respecta a la primera, señalará que cada uno de los herederos, según lo sea del deudor o del acreedor, "tenetur constituere servitutem" o "potest agere in solidum ad constituendam servitutem" (55); y, por lo mismo, "talis contractus, promissio, vel obligatio servitutis --afirma GOMEZ--, dicitur individuus...., quia pro parte non possit solvi" (56). De modo

similar, para dicho autor, "factuum dicitur individuum ratione distributionis vel divisionis inter haeredes: quia morto promissore, vel debitore, relictis pluribus haeredibus, quilibet tenetur in solidum" (57); e, igualmente, factum dicitur individuum ratione solutionis; quia non potest solvi pro parte divisa, vel indivisa" (57)^{bis}.

En la etapa que precede a la promulgación del C.c., el Proyecto de 1.836 mantiene la equiparación de la obligación indivisible a la solidaria (58) y aún, si cabe, la acentúa al no recoger en precepto alguno la posibilidad que se otorga al deudor demandado de emplazar a sus codeudores.

El Proyecto de 1.851, en cambio, se adscribe plenamente al sistema instaurado por el Code. Su art. 1075, en efecto, establece: "El que hubiere contraído juntamente con otro una obligación indivisible, estará obligado por la totalidad, aún cuando no se hubiere pactado la mancomunidad. Esta disposición es aplicable á los herederos del que contrajo una obligación indivisible". Y GARCIA GOYENA apostilla: "La indivisibilidad de la obligación surte necesariamente entre los mismos co-deudores todos los efectos de la mancomunidad" (59) (60). Y, junto a esta disposición, por otra parte, el art. 1077 del Proyecto

recoge la facultad concedida al deudor demandado de citar a sus codeudores: "El heredero del deudor á quien se haya reclamado la totalidad de la obligacion, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio á sus coherederos, á fin de que estos puedan ser condenados á su cumplimiento, á no ser que la obligacion por su naturaleza no pueda cumplirse mas que por el heredero demandado, en cuyo caso podrá ser condenado solo, salvo su derecho á repetir contra los demás por la parte que les corresponda".

Por todo comentario al precepto, GARCIA GOYENA se limita únicamente a transcribir parte del discurso de BIGOT-PREAMENEAU en relación al art. 1225 del Code (del que el art. 1077 del Proyecto es prácticamente traducción literal) y a señalar que en la posibilidad de emplazar a los codeudores se diferencia la obligación indivisible de la obligación solidaria (60)^{bis}. Tampoco su comentario al art. 932 del Proyecto (61) contribuye a determinar la finalidad que atribuye a la "llamada en causa": "El derecho que en todo caso se da al demandado para hacer citar y emplazar á los otros --dirá entonces (62)--, prueba además que la innovacion (contenida en el artículo que comenta) se ha hecho guardando todos los miramientos mas delicados de equidad, porque ó de este modo se evitará el juicio allanándose todos a pagar, ó todos serán condenados

en una misma sentencia". Pero esto, en definitiva, es lo que el propio art. 1077 del Proyecto ya establecía (63).

La doctrina de la época, por su parte, si bien estudiaba el tema de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación a partir de las disposiciones del Proyecto de 1.851, no hace, sin embargo, mención a la facultad que al deudor demandado por el todo concede el art. 1077 del mismo (64).

NOTAS

(1) Sea originaria o sobrevenida. A no ser que expresamente se indique otra cosa, lo que de ahora en adelante se diga es de aplicación tanto para una pluralidad de herederos del acreedor o del deudor, como para una pluralidad de acreedores o deudores originarios.

(2) "Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur", se lee en D. 50.17.192; cfr. "Corpus Iuris Civilis", vol. I, versión KRUEGER-MOMMSEN, p. 926. Vid. supra, p. 128, nota 7.

En congruencia con esta regla, PAULO hablará en D. 45. 1.85 de la existencia de obligaciones en las que "totum peti necesse est nec divisum praestari potest", a saber, aquéllas referidas "ad opus, quod testator fieri iusserit: nam singuli haeredes in solidum tenentur, quia operis effectus in

partes scindi non potest". Cfr. "Corpus Iuris Civilis", vol. I, versión KRUEGER - MOMMSEN, p. 776; vid. supra, notas 10 y 11 de este mismo epígrafe, trad. cast.

La opinión generalizada de la doctrina romanista se manifiesta en el sentido indicado en el texto. Sin embargo, la cuestión, hasta finales del siglo pasado, era controvertida. SAVIGNY, "Le droit des obligations partie du Droit romain actuel", T. I, § 33, pp. 278-279, señala que, mientras vinculando la obligación a dos o más deudores, de hecho, "on traite l'obligation indivisible comme une obligation solidaire", vinculando a una pluralidad de acreedores los jurisconsultos romanos se inclinaban por un tratamiento distinto: "Depuis l'introduction de la procédure formulaire, tous les jugements ne pouvaient s'appliquer qu'à de l'argent comptant. Si maintenant on reportait par la pensée cette issue inévitable du procès à son origine, chaque obligation indivisible en elle-même devenait ainsi complètement divisible". WINDSCHEID, "Diritto delle Pandette", T. II, § 299, pp. 167 ss. si bien afirma la solidaridad de la obligación indivisible, sostiene que "questa solidarietà ha le sue specialità". MAYNZ, "Curso de Derecho Romano", T. II, pp. 120 ss., mantiene en cambio que el tratamiento de la obligación indivisible, en cuanto al procedimiento, exigía, en un primer momento, que todos los acreedores "obrasen...en conjunto y...todos los deudores entrasen en la causa". Este sistema, "más rigurosamente conforme con la naturaleza de las cosas...presentaba dificultades á menudo insuperables en la práctica", por lo que acabó por prevalecer la posibilidad de que cada acreedor pudiese actuar por sí solo y de que cada deudor pudiese ser perseguido separadamente. GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", vol. I, p. 238, se adscribe al pensamiento de MAYNZ, señalando que, mientras en el Derecho clási-

co regía el principio de "obligar al acreedor a dirigir su acción contra todos los deudores juntos,..., en tiempos de Justiniano, era incontrovertible el derecho del acreedor a reclamar la totalidad del crédito a un solo deudor". ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 448 ss., en fin, refuta esta opinión y afirma tajantemente que, de acuerdo con los textos romanos, "nell'obbligazione indivisibile, ciascun soggetto --attivo o passivo-- é tale per l'intero, in solidum".

Este es, ya en el presente siglo, el parecer de GUARNERI CITATI, "Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano", p. 7; BONFANTE, "La solidarietà classica della obbligazioni indivisibili", pp. 368 ss.; así como el de ALBERTARIO, "Elementi romano-classici ed elementi romano-justinianeî nel nostro diritto delle obbligazioni", pp. 529 ss., y SEGRE, "Le obbligazioni divisibili e indivisibili", IIª Parte, pp. 172 ss.

La doctrina más reciente se inclina, asimismo, por considerar que, ya en el Derecho clásico, los créditos y deudas que versan sobre una prestación no susceptible de cumplimiento parcial se asimilan a los crédito y deudas solidarios. Así, JÖRS - KUNKEL, "Derecho Privado Romano", p. 302, nota 6; KASER, "Derecho Romano Privado", p. 248; en la doctrina española, puede verse D'ORS, "Derecho Privado Romano", p. 487; IGLESIAS, "Derecho Romano", p. 378; y, no tan recientemente, ARIAS RAMOS, "Derecho Romano", T. II, p. 561.

(3) "La solidarietà classica della obbligazioni indivisibili", p. 368.

(4) Cfr., también, ALBERTARIO, "Elementi romano-classici ed elementi romano-justinianeî nel nostro diritto delle obbligazioni", p. 536; KASER, "Derecho Romano Privado", p.

248; D'ORS, "Derecho Privado Romano", p. 487.

(5) Precisamente, a los compiladores justinianos atribuye BONFANTE toda la responsabilidad en el confusionismo creado en materia de indivisibilidad de la obligación; cfr. "La solidarietà classica della obbligazioni indivisibili", p. 368.

(6) Vid. ALBERTARIO, "L'obbligazione solidale romana e l'obbligazione solidale giustiniana", pp. 317-318.

(7) Cfr., en general, autores citos. en nota 4 de este mismo epígrafe; en especial, vid. ALBERTARIO, "Elementi romano-classici ed elementi romano-giustiniani nel nostro diritto delle obbligazioni", pp. 536 ss.

(8) A este respecto, observa BONFANTE, "Instituciones de Derecho romano", p. 385, nota 3, que, el que la expresa declaración de la ley o de las partes en torno a la solidaridad, "sea requerida en general para constituir la solidaridad, o en otros términos, que la división sea la regla, y la correalidad la excepción, es muy dudoso, por lo menos en el Derecho clásico. En el curso de la historia del Derecho Romano es la mancomunidad simple lo que parece ganar terreno poco a poco; así, entre los herederos en virtud de la ley decemviral, entre los 'sponsors' en virtud de la 'Lex Furia', entre los fiadores en virtud del beneficio de Adriano; y por expresas disposiciones de Justiniano (l. 4, C. 6. 38; Nov. 99) el movimiento se hace más intenso en el Derecho Justiniano...Por lo demás, el movimiento contra la correalidad se acentúa al cesar los motivos antiguos que la exigían, entre los cuales debe haber tenido su parte también la ausencia de representación y la piedad por los deudores que inspira el Derecho nuevo".

Sobre el tema, cfr. también HERNANDEZ GIL, "El principio de la no presunción de la solidaridad", pp. 81 ss.

(9) BONFANTE, "La solidarietà classica della obbligazioni indivisibili", p. 369; ALBERTARIO, "Elementi romano-classici ed elementi romano-justinianeî nel nostro diritto delle obbligazioni", p. 537. Como modificaciones introducidas por el Derecho justiniano señala este último autor las siguientes: concurrendo varios deudores, aquél de ellos que sea interpelado por el acreedor tiene la facultad de pedir un plazo para emplazar y citar a juicio a los demás deudores, así como la de exigirles, antes del cumplimiento, indemnización por las cuotas de éstos, por él asumidas; concurrendo varios acreedores, el deudor demandado por uno de éstos puede exigirle caución o fianza para asegurar así que no será perseguido por los restantes acreedores; y, en cualquier caso, la obligación indivisible se transforma en divisible cuando, incumplida, aparece en su lugar la obligación de resarcir daños y perjuicios: porque derivada la indivisibilidad de la obligación de la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación y estando al mismo tiempo vinculado cada acreedor o cada deudor de los varios que en ella concurren, en rigor, únicamente a una parte de la misma, la obligación al resarcimiento de daños subsiguiente a su falta de cumplimiento, en cuanto se configura en torno a una prestación dineraria es perfectamente divisible y compete a cada uno de los acreedores o deudores por aquella parte solamente en la que su participación en la obligación indivisible se concretaba.

Sin embargo, no parece haber acuerdo en que éstas fuesen las innovaciones introducidas por los compiladores justinianos o, incluso, en la propia existencia de las mismas. Los

juristas del Derecho intermedio, en general, desconocen la facultad del deudor de pedir fianza al acreedor que le reclama el cumplimiento de la obligación; en la pandectística alemana, en cambio, no se encuentra referencia alguna a la posibilidad del deudor demandado de citar y emplazar a sus codeudores.

Por otra parte, la oportunidad de tales modificaciones ha sido diversamente apreciada. Mientras BONFANTE, "La solidarietà classica della obbligazioni indivisibili", pp. 374 ss., las encuentra absolutamente rechazables, ALBERTARIO, "Elementi romano-classici ed elementi romano-justiniane nel nostro diritto delle obbligazioni", p. 538, las juzga, en cambio, elogiosamente: "Il regime classico --dirá-- nella sua rigidità é piú lineare e semplice: il regime giustiniano, ..., nella sua elasticità é piú dettagiato e piú complesso; ma il secondo ha una sua profonda equità e una piú viva aderenza alla realtà del rapporto".

(10) "Res omnes --señalará CHESIUS, "De dividuis et individuis obligationibus. Plura explicantur juris loca, et praecipuè l. 4 § Cato I. ff. de verb. oblig", nº 8, p. 261-- quae in stipulationem, vel obligationem deducuntur, vel sunt res, quae specialiter dicuntur ad differentiam factorum, vel sunt facta. Unde Juris Cons. ...inquit, stipulationes quasdam in dando, quasdam in faciendo consistere...Quamvis enim verbum facere et dare contineat...tamen in proposito distinguntur res à factis...ut quoties res in stipulationem sunt deductae, dicatur stipulatio in dando consistere, si vero facta, in faciendo, ita ut in proposito, facti appellatione contineatur etiam non factum".

(11) D. 45.1.85. Cfr. "Corpus Iuris Civilis", vol. I, versión KRUEGER - MOMMSEN, p. 776. "Es necesario que se pida

íntegra, y que no se puede entregar por partes", se lee en la traducción de GARCIA DEL CORRAL, en "Cuerpo del Derecho Civil Romano", versión KRIEGEL, HERMANN, OSENBRÜGEN, 1ª Parte, "Digesto", T. III, p. 541.

(12) D. 45.1.85 § 2. Cfr. "Corpus Iuris Civilis", versión KRUEGER - MOMMSEN, vol. I, p. 776. "(La segunda especie de estipulaciones se refiere) á una obra, que el testador hubiere dispuesto que se haga; pues cada heredero está obligado á la totalidad, porque la ejecución de una obra no se puede dividir en partes". Vid. GARCIA DEL CORRAL, en "Cuerpo del Derecho Civil Romano", versión KRIEGEL, HERMANN, OSENBRÜGEN, 1ª Parte, "Digesto", T. III, p. 541.

(13) Glo. ad l. "In executione", vers. "Secunda ad opus". Vid. "Pandectarum seu Digestorum iuris civilis, ... cum Accursij Commentarijs, et doctissimorum virorum annotationibus", T. III, p. 665.

(14) La equiparación, por otra parte, debía entenderse implícita, dado el tenor de otros textos referidos al tema. Así, por ejemplo, PAULO, en D. 45.1.2, al referirse, de las "stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt", a aquéllas "quaedam (partium praestationem) non recipiunt", pone como ejemplo de ellas las que "natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur". Y ULPIANO, en D. 45.1.72, dentro de las estipulaciones que no se dividen, comprende tanto las de las cosas, "quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium", como las que versan sobre una actividad, "ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem". Cfr. "Corpus Iuris Civilis", ver-

sión KRUEGER - MOMMSEN, vol. I, p. 769 y 774, respectivamente.

"Unas estipulaciones consisten en dar, y otras en hacer. ...Otras no...admiten (la prestación de parte), como aquellas que por naturaleza no admiten división, como cuando estipulamos las servidumbres de vía, paso ó conducción", traduce GARCIA DEL CORRAL el fragmento de PAULO. Por lo que respecta al de ULPIANO, su traducción es como sigue: "(No se dividen las estipulaciones de las cosas) que no admiten división, como las de las servidumbres de vía, paso, conducción, acueducto, y de las demás...(también si alguno hubiera estipulado que se haya de hacer alguna cosa), por ejemplo, que se entregue un fundo, que se cave una fosa, ó que se fabrique una casa, ó que se hagan trabajos, ó alguna cosa semejante a éstas; porque la división de estas cosas vicia la estipulación". Cfr. "Cuerpo del Derecho Civil Romano", versión KRIEGEL, HERMANN, OSENBRÜGEN, 1ª Parte, "Digesto", T. III, pp. 520 y 535-536, respectivamente.

(15) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Dig. Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Stipulationes non dividuntur", nº 7, fol. 32.

(16) La distinción, para ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 405, carece de interés, "giacchè noi per dire se un'obbligazione è indivisibile consideriamo l'oggetto solo nell'istante in cui vien dedotto in obligationem". Y ya antes había señalado, op. cit., p. 401, a mi juicio acertadamente, que "la distinzione,..., tra 'individuum contractu' ed 'individuum obligatione', certo non è di alcun momento stando nel campo delle obbligazioni divisibili ed indivisibili, chè e nell'un caso ('individuum contractu') e nell'altro (individuum obligatione') ci si presentano le

obbligazioni assolutamente indivisibili costituenti una categoria a parte nello studio nostro, la quale tutta va trattata ad uno stesso ragguaglio, onde è interamente inutile per tale studio indagare i punti di divario tra le due specie di indivisibilità, dal momento che entrambe offrano quel carattere che è proprio delle obbligazione assolutamente indivisibili".

(17) Cfr. "Iasonis Mayni in Secundam Digesti Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Stipulationum, § Et harum", n° 3 ss., fols. 15 v. y 16.

(18) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, n° 59, p. 214.

(19) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, n° 57-58, p. 214.

(20) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, n° 270, p. 157.

(21) Así, GOMEZ, "De individuis", n° 23, p. 322, considera que "regulariter omne factum est individuum secundum iuris dispositionem omni respectu", y, por tanto, también "respectu ipsius contractus et obligationis...quia pro parte indivisa quotitativa non potest promitti nec deduci in contractu, et sic non posset quis promettere dimidiam, tertiam, vel quartam partem alicujus facti".

En el mismo sentido, cfr. CHESIUS, "De dividuis et individuis obligationibus. Plura explicantur juris loca, et praecipuè l. 4 § Cato I. ff. de verb. oblig.", n° 120, p. 297: "Falsum esse, quod Doctores communiter supponunt, factum contractum esse dividuum: nam imò, et ab initio individuum est. Nam si quis stipuletur partem insulae fieri, non stipula-

tur partem ejus facti, quo quis ad insulam totam faciendam se obligat: sed stipulatur quid totum, diversum ab eo, quo quis ad totam insulam faciendam se obligat: decipiuntur Doctores ex eo, quod partem insulae, et totam insulam considerant. At pars insulae non est in obligatione, sicuti, nec insula, quando totam fabricare quis promisit: sed ipsa fabricatio, et constructio, quae quidem alia est, si partem; alia, si totum construere quis se obliget. Nec divisio insulae, dividit factum insulae, sive pro parte, sive tota insula sit facienda. Cum et factum partis insulae sit individuum, quod et ipsum nondum existet, donec pars insulae non sit perfecta juxta formam, quam voluerunt, et convenerunt contra-hentes, quae et ipsa consummatione inducitur".

(22) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Dig. Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Stipulationes non dividuntur", n^o 1, fol. 31 v.

(23) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Dig. Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Stipulationes non dividuntur", n^o 1, fol. 31 v.

(24) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Dig. Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Stipulationum, § Ex his", fol. 5 v.

Cfr., asimismo, MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividi et individi", Parte III, n^o 104, p. 221. Sin embargo, distingue aún este autor según concurra a la obligación una pluralidad de deudores o de acreedores. En el primer caso, se trate de obligaciones de dar o de obligaciones de hacer, de una "necessaria individuitatis speciem" o de una "naturalis individuitatis speciem", ciertamente, "tantum habent inter se...convenientiam, ut respectu debitoris in effectu

non differunt". En el segundo, en cambio, "respecto verò creditorum adhuc illa duo themata...parum differunt: quia quamvis in necessario individuus unus solus agere possit in solidum, et omnibus prodesse...tamen non semper solus acquirere potest...Pariter in individuus natura tantum, quamvis unus solus ex pluribus mero jure non agat, nisi pro sua parte,...tamen ad totum cum effectu potest agere: puta ad totam domum faciendam, vel fulciendum cavendo de rata erga consortes". Vid., también, Parte III, nº 102 y 111, pp. 220 y 221-222, respectivamente.

(25) Así, por todos, ALCIATUS, "D. And. Alciati...in legem II, III, IIII, de verb. obligationibus, scholia", nº 28 ss., cols. 827 ss.; BOLOGNINUS, "Ludovici Ioannis de Bologninus...Repetitio elegans, ac copiosa en §Cato. ex l. IIII. ff. de verborum obligatio.", nº 92, fol. 356; FERNANDEZ DE RETES, "De dividuis et individuus obligationibus commentarius repetitae praelectionis academicae", Cap. II, §V, p. 615.

(26) Cfr. DONELLUS, "De dividuis et individuus tum rebus tum factis, earumque rerum obligationibus utilis et compendiosa, nec minus huic loco accomodata tractatio", §I, cols. 53-54.

(27) Vid. "Pandectarum seu Digestorum iuris civilis,... cum Accursij Commentarijs, et doctissimorum virorum annotationibus", T. II, p. 675, "Casus" ad "§Si in opere".

(28) PAULUS CASTRENSIS, "Pauli Castrensi...Patavinae praelectiones in Secundam Digesti Novi Partes", com. ad l. "In executione", nº 2, fol. 32.

(29) Cfr., también, BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli

Commentaria in Secundam Infortiati Partem", com. ad l "Fidei commisa, § Si in opere", fol. 55.

(30) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 112, p. 222. La afirmación constituye una de las diez claves —la octava, concretamente— que propone para clarificar el tema de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación.

(31) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 111, pp. 221-222.

(32) MOLINAEUS, op. cit., Parte III, nº 104, p. 221.

(33) MOLINAEUS, op. y loc. ult. cits.; también, Parte II, nº 465 ss., pp. 183 ss. y Parte III, nº 90, pp. 218-219.

(34) Una segunda consecuencia es que, si al deudor demandado le corresponde sólo una pequeña parte de la deuda, puede exigir del acreedor que sea él quien emplace al deudor de la parte principal. Vid. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 105, p. 221; también, POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 332, p. 316.

(35) Cfr. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 100, p. 220.

(36) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 327, p. 313.

(37) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 331, p. 315. Igualmente, y como es obvio, podrá ser condenado él sólo cuando la "dette est de nature à ne pouvoir être acquitté que par le seul des héritiers du débiteur qui est assigné".

Cfr. op. cit., nº 333, pp. 316-317.

(38) POTHIER, op. cit., nº 334, p. 318.

(39) Cfr. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 104, p. 221.

(40) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 334, p. 318.

(41) Sobre la postura de POTHIER, y la finalidad de la "llamada en causa", vid. infra, pp. 365 ss.

(42) "Il en est de même --completa el art. 1223 del Code-- à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation".

(43) Cfr. en FENET, "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", T. XIII, p. 260.

(44) "Quant aux héritiers du débiteur, si l'un d'eux est assigné pour la totalité de l'obligation --dirá, por su parte, FAVART, en FENET, "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", T. XIII, p. 335--, il peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers: différence essentielle à remarquer entre une obligation indivisible et une obligation solidaire; car pour celle-ci le débiteur assigné n'a pas le droit de demander ce délai. Il doit tout: il peut donc être assigné et poursuivi pour le tout".

(45) Cfr. RODIERE, "Trattato della solidalità e della indivisibilità", nº 367, pp. 355-356.

(46) Así, LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XVII, nº 392, pp. 397 ss.; igualmente, "Avant-projet de

revision du Code civil", T. IV, com. art. 1221, pp. 202-203. En el mismo sentido, DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, nº 602, p. 539; BAUDRY-LACANTINERIE, "Précis de Droit civil", T. II, nº 1001, pp. 726-727.

(47) Tal es, también, el parecer de ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 459 ss.

(48) Cfr. DURANTON, "Corso di Diritto civile secondo il Codice francese", vol. VI, nº 304, pp. 284-285; ZACHARIAE, "Corso di diritto civile francese...riveduto ed aumentato (col consenso dell'autore) da AUBRY e RAU", T. I, § 301, pp. 338 y 239; AUBRY - RAU, "Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae", T. IV, § 301, p. 84.

(49) AUBRY - RAU, "Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae", T. IV, § 301, p. 84.

(50) La influencia de la regulación adoptada por el Code es manifiesta. En ella se inspirarán, entre otros, el C.c. de Chile de 1.855 y el C.c. italiano de 1.865, de tanta trascendencia en nuestro propio período codificador.

En la regulación de la obligación indivisible en el C.c. italiano son fundamentales los arts. 1207 y 1208. El primero, en el primer inciso de su párrafo primero, dispone que "ciascun erede del creditore può esigere l'intera esecuzione dell'obbligazione indivisibile, coll'obbligo di dar cauzione idonea per l'indennità degli altri coeredi". Si bien la posibilidad de que cualquiera de los acreedores pueda exigir el íntegro cumplimiento de la obligación indivisible es acorde con su regulación tradicional, no lo es, sin embargo, la obligación de dar caución o fianza "per l'indennità degli altri coeredi". La disposición, que procede del art. 1314 del Código Albertino, y que luego recogerá asimismo el Codice de

1.942, parece que debe su origen a las modificaciones introducidas por los compiladores justinianos en relación al régimen clásico de la obligación indivisible. Cfr. nota 9 de este mismo epígrafe.

Por su parte, el art. 1208 establece que "l'erede del debitore, convenuto per la totalità dell'obbligazione, può domandare un termine per chiamare in causa i suoi coeredi, purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto se non dall'erede convenuto, il quale in tal caso può esser egli solo condannato, salvo il regresso contro il coeredi". Significativamente, y respondiendo a la acusada orientación del C.c. de 1.942 de asimilar y encuadrar (de nuevo) la obligación indivisible dentro de la obligación solidaria (cfr. art. 1317), tal precepto no aparece recogido en el nuevo Código.

Sobre ambos preceptos, así como, en general, sobre la regulación de la obligación indivisible en el C.c. italiano de 1.865, puede verse, BORSARI, "Commentario del Codice civile italiano", vol. III, Parte seconda, com. arts. 1202 ss., pp. 496 ss.; LEONI, "La teoria dei diritti e degli obblighi divisibili ed indivisibili", especialmente, pp. 234 ss.; MARCHI, "Sulla teoria delle obbligazioni divisibili ed indivisibili nel diritto civile italiano", pp. 232 ss.; más recientemente, POLACCO, "Le obbligazioni nel Diritto civile italiano", T. I, pp. 191 ss.; PACCHIONI, "Diritto civile italiano", Parte seconda, vol. I, pp. 273-274.

(51) Al margen de las disposiciones del Code y de la corriente doctrinal que a partir de ellas se origina, deben situarse las aportaciones al tema de la indivisibilidad de la obligación de SAVIGNY y de la pandectística alemana, que prescinden por completo de los precedentes en que aquéllas se inspiran. Así, significativamente, SAVIGNY, "Droit des

obligations partie du Droit romain actuel", T. I, § 29, p. 240, cita, de entre los juristas del Derecho intermedio que toma en consideración, únicamente a GENTILIS y, aún cuando frecuentemente sea para rebatir sus opiniones, a DONELO. Por su parte, ARNDTS, "Trattato delle Pandette", vol. II, § 204 p. 10, nota 1, que igualmente se remonta a los "interpreti antichi", destaca "fra i quali primi DONELLO e CUJACIO".

Establece SAVIGNY, op. cit., T. I, §§ 33 a 35, una regulación distinta --pp. 279-280-- según en la obligación concierne una pluralidad de acreedores o una pluralidad de deudores, y el motivo de ello es que "lorsque le débiteur primitif meurt et délaisse plusieurs héritiers, le créancier peut être lésé dans son attente légale de n'avoir affaire qu'avec un seul débiteur, et l'inconvénient qui en résulte doit être évité autant que possible", mientras que "semblable inconvénient ne peut se rencontrer pour le débiteur lorsque le créancier meurt en délaissant plusieurs héritiers, puisque les prestations à plusieurs ne sont pour lui pas plus difficiles que celles à un seul".

Consecuencia de esta distinción es, pues, que "chaque héritier du débiteur --p. 280-- est obligé 'in solidum'", en el sentido de que "chaque débiteur doit se laisser attaquer et juger pour toute la dette" --p. 284 y p. 285, nota 1--, sin que pueda citar y emplazar a sus codeudores, mientras que en el supuesto de que la obligación vincule a una pluralidad de acreedores, si bien cualquiera de ellos puede reclamar su íntegro cumplimiento, el deudor --pp. 290 ss.-- "n'est pas condamné pour le tout, seulement pour la partie qui correspond à la part héréditaire du demandeur".

Sobre la trascendencia de estas consideraciones en el período codificador, y en cuanto a su influencia en la regulación que adoptará el Código alemán, vid. SALEILLES, "Etude sur la theorie générale de l'obligation d'après le premier

projet de Code civil pour l'Empire Allemand", nº 130 ss., pp. 130 ss. Pero igualmente significativa es su influencia en el "Codigo civil. Esboço" de FREITAS, aún cuando éste no acostumbra a citar sus fuentes de inspiración, y en el C.c. de la República Argentina de 1.869.

En este último, en efecto y como ponen de manifiesto las notas de VELEZ SANSFIELD a los artículos orientados a regular la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación, las referencias a SAVIGNY son constantes. El mismo codificador argentino advertía en relación al título correspondiente a las obligaciones divisibles e indivisibles: "Hemos creído necesario poner algunas notas esplicativas en esta materia, para que se conozcan los principios de donde partimos, muy diferentes de los que sirven de base á todos los Códigos publicados en Europa y América, que no hicieron sino seguir á la letra al Código Francés. Algunos comentadores de este, y otros jurisconsultos de los últimos tiempos han hecho ver los errores del Código de Napoleón, que hace un laberinto inexplicable en sus resoluciones. Por esto no haremos concordancia con los Códigos existentes, y nuestros fundamentos serán únicamente las Leyes de Partida, y el Derecho Romano, donde se hallan los verdaderos principios de esta materia".

(52) Así, GOMEZ, "De individuís", nº 15, p. 312.

(53) Vid. "Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez", versión castellana y notas a cargo de SANPONS Y BARBA, MARTI Y DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, T. II, p. 868. Cfr., asimismo, P. 3.22.20, cuyo texto se transcribe infra, p. 434.

(54) Cfr. PICHARDUS, "De dividuis et individuís obligati-
nibus, brevis accurata, et luculenta explicatio pro interpre-

tatione, cap. 2.3.4.5.72.85. aliorum tit. D. de verborum obligationibus", Cap. IV, nº 41, p. 469. En el mismo sentido, MELCHOR DE VALENCIA, "De dividuis et individuis obligationibus", Caps. VI y VII, pp. 270 ss. y 276 ss.

(55) GOMEZ, "De individuis", nº 16, p. 315.

(56) GOMEZ, "De individuis", nº 17, p. 318. La obligación de constituir una servidumbre, siendo "omni respectu individua", lo es también "respectu ipsius contractus, promissionis, et obligationis: quia pars servitutis non potest promitti, nec deduci in obligationem, dirá en p. 312. Igualmente, y siéndolo con relación al cumplimiento, "talís contractus, promissio, vel obligatio servitutis, dicitur individuum ratione liberationis, quia facta solutione in parte, non contingit liberatio, etiam in aliqua parte". Cfr. nº 17, p. 318.

(57) GOMEZ, "De individuis", nº 23, p. 323. "Textus --continúa-- est in l. 'in executione', vers. 'secunda ad opus'...et ad hoc ibi notat gloss. ordin. Bartol. Alberic. Angelus, Imol. Paulus, Alexand. Iason., et communiter Doctores...Confirmatur ratione quia quando actus est individuus non ex persona haeredum, mutatur conditio obligationis".

(57)^{bis} GOMEZ, "De individuis", nº 23, p. 323. "Ita probant --agrega--, et in terminis probat text. ultra Doctores per me subtiliter ponderatus in l. 'prout quisque', ff. de solut. ubi habetur, quod eadem modo, forma et solemnitate debet fieri solutio, quo vel qua fuit celebratus contractus...Ergo idem dicemus in nostro casu, quod cum factum sit merè individuum respectu contractus, similiter debet esse individuum respectu solutionis".

Como consecuencia de ello, "factum dicitur individuum

respectu liberationis: quia si fiat solutio in parte divisa, vel indivisa, et creditor recipiat, non contingit, nec causatur debitori liberatio in illa parte soluta...Et ratio, per quam factum est individuum, est triplex, et quaelibet valde notabilis. Prima: quia factum pro parte non affert tantam utilitatem respectu partis, sicut totum respectu totius... Secunda ratio est: quia domus, aedificium, vel aliud simile factum es sui perfecta consummatione respicit formam. Unde, qui totum non facit, et solvit, nihil videtur fecisse nec solvere...Tertia ratio est: quia cum in obligationibus facti post moram succedat obligatio ad interesse, et debitor non teneatur praecisè ad factum, sed liberetur solvendo interesse, sequeretur, quod si debitor qui solveret partem, esset liberatus, quod posset postea aliam partem solvere in pecunia, vel aestimatione, et fieret solutio in diversis rebus contra mentem creditoris, et deveniretur ad inconveniens".

(58) "El que hubiere contraído juntamente con otro una deuda indivisible --reza el art. 925 del Proyecto de C.c. de 1.836--, estará obligado por el todo, aunque la obligación no haya sido otorgada mancomunadamente".

En el Proyecto de 1.836, como después en el de 1.851, la expresión "mancomunidad" hace referencia a lo que en la terminología del C.c. se denomina "solidaridad".

(59) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1075, p. 578. Téngase presente lo dicho en la nota anterior sobre el significado de la expresión "mancomunidad".

(60) En el mismo sentido, el propio GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1058, p. 569, considera como un supuesto de solida-

ridad legal el del art. 1075.

(60)^{bis} Como, a su vez, había señalado ya FAVART: cfr. nota 44 de este mismo epígrafe. Por otra parte, tal afirmación contradice la suya anterior --coment. art. 1075: cfr. nota 59 de este epígrafe-- de que "la indivisibilidad de la obligación surte necesariamente entre los mismos co-deudores todos los efectos de la mancomunidad".

(61) Que contiene, en su segundo inciso, una disposición sustancialmente idéntica a la del art. 1077. Recuérdese que, al establecer el principio de indivisión de las deudas del causante, el Proyecto de 1.851 pasa a regularlas con normas que responden, en esencia, a los mismos principios que aquéllas que regulan la indivisibilidad de la obligación.

(62) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 932, p. 460.

(63) Sobre el tema, vid. infra, pp. 366 ss.

(64) Así, vid., aún cuando anterior al Proyecto de 1.851, MARTI Y DE EIXALA, "Tratado elemental del Derecho civil romano y español", T. II, pp. 146 ss.; en la doctrina posterior, GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, "Elementos del Derecho civil y penal de España", T. II, p. 208; GUTIERREZ, "Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español", T. IV, pp. 105 ss.; DEL VISO, "Lecciones elementales de Derecho civil", T. III, pp. 73 ss.; ALCALDE PRIETO, "Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico de Derecho civil español, común y foral", p. 171; FERNANDEZ ELIAS, "Novísimo tratado histórico filológico del Derecho civil español", p. 566; ELIAS, "Derecho civil general y foral de España", T. III, pp. 37-38.

2. La posición doctrinal respecto a la regulación contenida en el C.c.; discusión de la misma.

2.1. Planteamiento del tema.

Como se acaba de ver, tradicionalmente se ha venido considerando que siendo la obligación indivisible aquélla que versa sobre una cosa o un acto no susceptible "ni de partes reales ni de partes intelectuales" (1) o, más correctamente, sobre una prestación no susceptible de cumplimiento parcial (2), ello comporta que, vinculadas dos o mas personas a una tal obligación, cada una de ellas sea acreedora o deudora de la íntegra prestación (3), aún cuando no se halla pactado la solidaridad, puesto que --es el razonamiento que se hace-- no se puede ser acreedor o deudor por una parte solamente de lo que no es susceptible de partición. En esto, pues, la indivisibilidad se asemejaría a la solidaridad; pero difiere de ella (4) en que, siendo indivisible la obligación, lo que determina que cada

acreedor o cada deudor lo sea de la total prestación deriva del carácter de la misma, que no admite realización parcial, mientras que la solidaridad deriva de una especial configuración de la titularidad colectiva que determina que la legitimación por el todo no se predique tan solo en relación a la prestación y su cumplimiento (como sería el caso de la indivisibilidad), sino en relación a todo cuanto afecte a la propia posición jurídica (facultad de disposición sobre la misma en general), prescindiendo, por tanto, de la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación.

¿Admite nuestro C.c. este planteamiento? La doctrina contemporánea a su promulgación (5) y la inmediatamente posterior a la misma (6) se inclinan por la respuesta afirmativa (7). Entre los que la mantienen, tiene especial relevancia la postura de CLEMENTE DE DIEGO: "El efecto de la indivisibilidad (presupuesto el concurso de varios deudores) es --dice-- que cada codeudor o cada heredero del deudor puede ser constreñido a pagar el total de la prestación, porque ésta no admite división o pagos parciales" (8); y, por lo que respecta a la "hipótesis de obligación indivisible con varios acreedores, cada acreedor --señala-- podrá pedir el total del crédito" (9).

Sin embargo, la posición doctrinal actualmente dominante sostiene que en nuestro Derecho no es admisible esta

configuración de la obligación indivisible, por más que, sin embargo, se reconozca que, no obstante ello, en el C.c. existan "residuos" de la concepción tradicional (10). "En los arts. 1139 y 1150 del C.c. español --escriben PEREZ GONZALEZ y ALGUER (11) y a su opinión se adscribe la totalidad de nuestra doctrina (12)--, que son los que interesan en esta materia, no se establece, como en el derecho común, que cada uno de los acreedores tenga derecho al todo ni que cada uno de los deudores deba el todo, pues aparte de no sancionarlo ninguno de esos dos artículos, tenemos que, con arreglo al 1137, es menester para que esa consecuencia se produzca que la obligación se haya constituido con el carácter de solidaria".

Estas afirmaciones son cuestionables. Es más, a mi juicio, y contra la hoy opinión común, si algo resulta claro de las disposiciones que el Código dedica a la indivisibilidad de la obligación es que éste no aporta, en relación con la concepción tradicional, originalidad alguna en la regulación de la obligación indivisible. (13).

Como argumentos en favor de la tesis contraria se esgrimen, como se acaba de ver, los arts. 1137, 1139 y 1150 C.c.; a ellos, y una vez demostrado que su verdadero significado no apoya la opinión que en ellos pretende asentarse, pueden oponerse los arts. 1252.3, 1772.2 y 1974.3 C.c.

Ciertamente, en los tres se ha querido solamente ver "residuos" de la configuración tradicional de la obligación indivisible, cuya inclusión en el Código se debería a la inercia del legislador. El art. 1772.2 C.c. se explica (cuando se explica), así, como versión incompleta del art. 1677.2 del Proyecto de C.c. de 1.851 (14); el art. 1974.3 C.c., como transcripción errónea del art. 1988 del mismo Proyecto (15); y el art. 1252.3 C.c., en fin, no pudiendo, en puridad, calificarse como "arrastré histórico del régimen tradicional de la obligación indivisible" porque el precepto en él recogido es nuevo en relación al Proyecto de 1.851 (16), ha sido considerado como un absurdo lógico (17). Un precepto del Código puede, evidentemente, estar equivocado; que tres preceptos, que, además, apuntan en una misma dirección desde puntos de vista diferentes, lo estén, resulta más difícil de admitir, y más, cuando tal cosa se ha afirmado, fundamentalmente, ante la dificultad de conciliarlos con el art. 1139 C.c. y con el prejuicio de que la regulación tradicional de la obligación indivisible no es admitida en nuestro Derecho.

De los argumentos que, en favor de una u otra tesis, puedan extraerse de los preceptos que a continuación se examinan, no todos tienen el mismo peso. El de mayor fuerza,

con independencia de que la interpretación que del mismo se propone la desvirtúe, en contra de la admisibilidad de la regulación tradicional de la obligación indivisible en nuestro C.c., procede, quizás, del art. 1150 C.c.; de igual valor, pero en favor de la tesis opuesta, es el que se desprende del art. 1252.3 C.c., mientras que, por su parte, los preceptos contenidos en los arts. 1772.2 C.c. y 1974.3 C.c. confirmarían la regulación que aquél presupone.

NOTAS

(1) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 289, p. 280. Siguiendo esta orientación se expresa el Code en su art. 1217.

(2) Cfr. art. 667 C.c. de la República Argentina.

(3) Con independencia, ahora, de que, supuesta una pluralidad de deudores, se admita o no la posibilidad de, demandado uno de ellos por el todo, citar éste a sus codeudores a juicio. En el período codificador, como ya se ha visto, la recoge el art. 1225 Code; no la acoge, en cambio --expresamente-- el C.c. argentino, aún cuando se admita en la doctrina: así, SALVAT, "Tratado de Derecho civil argentino" - "Obligaciones en general", T. II, p. 41.

(4) Vid. infra, p. 314 ss.

(5) Así, SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho civil", T. IV, pp. 113 ss.: "El deudor por obligación indivisible --dirá en p. 116--, lo mismo que sus herederos, estarán obligados por la totalidad, aún cuando entre ellos nada se hubiere pactado". En el mismo sentido, VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", T. III, pp. 67 ss.: "En la indivisibilidad pasiva, el deudor á quien se reclama el cumplimiento íntegro de la obligación, deberá cumplirla;...si se trata de la indivisibilidad activa, ó sea de acreedores, cada acreedor ..., puede pedir el total del crédito".

(6) En este sentido, cfr. MANRESA, "Comentarios al Código civil español", T. VIII, pp. 216 ss.; PLANAS Y CASALS, "Instituciones del Derecho civil español", T. II, p. 576; CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, pp. 179 ss.

(7) Aún cuando con la dificultad de encuadrar el art. 1139 C.c. --que se considera igualmente referido a la obligación indivisible-- dentro de este planteamiento.

(8) CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, p. 179. Después de señalar la legitimación de cada deudor en cuanto al total cumplimiento, continúa: "Como esto (la compulsión al pago total) obedece a la necesidad, si uno paga el todo o se le reclama el todo, ¿cómo se restablecerá la igualdad debida entre los deudores? Reconociendo al deudor demandado el derecho de hacer citar y emplazar a los demás para que comparezcan en el juicio y sean condenados al cumplimiento conjunto de la obligación, o por lo menos que se establezca el derecho que tiene al reem-

bolso de la parte que toque a los demás en el cumplimiento... Esto no lo dice el Código, pero se deduce de la analogía con las obligaciones solidarias y de lo que establece el artículo 1084". Sobre esto, vid. *infra*,

Cfr., asimismo, del citado autor sus "Instituciones de Derecho civil español", T. II, pp. 60 ss., donde mantiene básicamente las mismas afirmaciones.

(9) CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, p. 181.

(10) Así, DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 504.

(11) En sus anotaciones a la obra de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, "Tratado de Derecho civil", T. II, vol. 12, p. 465 (ed. 1.933). Se ha escogido la opinión de PEREZ GONZALEZ y ALGUER como representativa de la común de la doctrina española por dos razones. En primer lugar, porque, a mi juicio, constituye el punto de inflexión de un cambio de orientación doctrinal: la doctrina anterior a ellos, en efecto, se adscribe, en general, a la concepción tradicional. Y, en segundo lugar y sobre todo, porque los citados autores son prácticamente los únicos que razonan, siquiera de modo breve, los motivos por los cuales esa concepción tradicional puede ser considerada inadmisibles en nuestro Derecho.

(12) Vid., por todos, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 569 ss.

(13) En contra, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 523: "Pero el cambio más importante (en la regulación de las obligaciones indivisibles por el Ante-

proyecto de 1.882-1.888 en relación al Proyecto de 1.851) --dirá este autor-- corresponde a la introducción de un nuevo régimen jurídico para las obligaciones con pluralidad de acreedores o pluralidad de deudores. Junto al régimen de las obligaciones mancomunadas y al de las solidarias, el Anteproyecto fija el régimen de las obligaciones que podríamos denominar en mano común, precisamente para las obligaciones indivisibles".

FALCON, "Código civil español...ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios", T. IV, p. 37, por su parte, ya había señalado que no sabía "en que legislación extraña se ha inspirado el legislador español al redactar los tres únicos artículos que comprende esta sección (la dedicada a las obligaciones divisibles e indivisibles)".

(14) Así, COCA PAYERAS, "Apuntes de Derecho civil (Obligaciones)", pp. 52-53.

(15) En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "El Anteproyecto del Código civil español (1.882-1.888), publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias, por ...", p. 756, nota 382. A partir de sus observaciones, DE CASTRO, "La prescripción", pp. 146 ss.; ALBALADEJO, "Derecho civil", T. I, vol. 2º, pp. 514-515, nota 15; PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", T. I, vol. I, 2ª parte, p. 901; BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 581, nota 109.

(16) Como señala BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 578. Sin embargo, como luego se verá, el citado autor no saca todas las conclusiones a que esta observación podía, a mi juicio, haberle conducido.

(17) "El problema (que plantea el párrafo tercero del art. 1252 C.c.) --dice GOMEZ ORBANEJA, en ... - HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal Civil", vol. I, p. 450-- no tiene solución lógica posible". Más expresivamente, CORTES DOMINGUEZ, "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", p. 385, opina que la norma del art. 1252 "no es en absoluto 'de fiar'".

El art. 1252.3 C.c. es uno de esos preceptos que se encuentran a caballo entre el ámbito civil y el ámbito procesal y que, a consecuencia de ello, ni civilistas ni procesalistas acostumbran a dedicar la atención que merece. Las referencias al mismo, sin embargo, deben buscarse preferentemente en el campo procesal; la aportación más reciente al tema es el comentario a dicho precepto por SERRA DOMINGUEZ, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por Manuel Albaladejo)", T. XVI, vol. 2º, com. art. 1252 C.c., pp. 627 ss.