

Las obligaciones divisibles e indivisibles

Rodrigo BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: 1. Concepto.—2. Historia.—3. Divisibilidad natural de las obligaciones: A. Obligaciones de dar. B. Obligaciones de hacer. C. Obligaciones de no hacer. D. Obligaciones complejas. E. Conclusión.—4. Inaplicabilidad de la divisibilidad de los derechos a esta materia.—5. Indivisibilidad convencional de las obligaciones.—6. Régimen jurídico de las obligaciones divisibles.—7. Régimen jurídico de las obligaciones indivisibles.—8. La divisibilidad de las obligaciones sin pluralidad de sujetos.

1. CONCEPTO

Mientras que la doctrina española suele estudiar este tipo de obligaciones entre las modalidades derivadas del objeto de las mismas, la doctrina extranjera coloca su estudio entre las modalidades derivadas de la existencia de una pluralidad de sujetos. En principio existen razones para justificar ambas posturas. Si atendemos al criterio de distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles, es evidente que éste radica en las prestaciones que son contenido de la obligación. Pero si atendemos a los efectos derivados de esta clasificación de las obligaciones, veremos que se producen fundamentalmente en conexión con la existencia de una pluralidad de acreedores o de deudores.

Cierto que la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación resulta también relevante aunque no exista tal pluralidad de sujetos. Pero la problemática que plantean tales casos es menos densa y compleja y, además, totalmente distinta. Tan es así, que normalmente la doctrina se ocupa única y exclusivamente de la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones en relación con la pluralidad de sujetos, desentendiéndose del caso de singularidad del acreedor y del deudor, y relegando las cuestiones derivadas de éste al estudio de los supuestos de extinción parcial de las obligaciones (1). Con lo que

(1) "... se trata de los efectos, empezando por dejar a un lado el caso de que en la obligación haya un solo deudor y un solo acreedor, respecto del cual el carácter divisible o indivisible de las obligaciones nada significa, por estar decidido que ni el acreedor podrá obligar al deudor ni éste a aquél, a

la doctrina se limita en este punto a ajustarse a una exégesis del propio Código civil. Ya que los únicos tres preceptos sustantivos que expresamente recoge sobre esta materia — los artículos 1.138, 1.139 y 1.150— se refieren a una pluralidad de sujetos.

Así pues, aunque, siguiendo a nuestra doctrina, se estudien las obligaciones divisibles e indivisibles entre las modalidades que puede adoptar la prestación, conviene no olvidar que su estudio se encuentra íntimamente unido al de las obligaciones con pluralidad de sujetos (2). En efecto, el Código civil prevé respectivamente en los artículos 1.137, 1.138 y 1.139 tres regímenes para los supuestos de pluralidad de sujetos, según que la obligación sea solidaria, divisible o indivisible.

Una vez aclarada esta doble vertiente de la clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles, podemos entrar directamente en el criterio de dicha clasificación, es decir, en el concepto de uno y otro tipo de estas obligaciones. El criterio generalmente recogido para aceptar la divisibilidad de una obligación es el de atender a la divisibilidad de su cumplimiento, es decir, de la ejecución de la prestación que forma su contenido. Lo que se mide por la indiferencia del acreedor ante la posibilidad de cobrar su crédito de una vez o fragmentariamente. Esto depende de que el acreedor reciba

la prestación parcial de la cosa o hecho convenido (art. 1.157)". MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*. T. XIX. Madrid, 1904. Vid. p. 803.

"Sólo cuando los acreedores o deudores son varios es cuando la divisibilidad de las obligaciones tiene importancia...". Vid. p. 806 del mismo.

"Como vamos a ver acto seguido, lo primero que dispone la ley es que la divisibilidad o indivisibilidad sólo merece consideración especial cuando se trata de obligaciones pluripersonales". PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*. T. I. Vol. II. Barcelona, 1959. Vid. p. 247

En el mismo sentido, Vid. BARASSI, *Istituzioni di Diritto Civile*. 4.^a ed. Milano, 1955, p. 435; BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil Español*. T. III. Barcelona, 1955, p. 105; BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. por J. Simo Bofarull. México, 1946, p. 282; CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. III. 10.^a ed. Madrid, 1967; COLÍN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de Droit Civil*. T. II. París, 1959, p. 975; DEKKERS, *Précis de Droit Civil Belge*. T. II. Bruxelles, 1955, p. 259; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*. Vol. III. 3.^a ed. Madrid, 1970, p. 60 y pp. 100-101; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*. Reimpresión de la ed. de 1937. París, 1965, p. 431; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de Obligaciones*. Madrid, 1960, p. 159; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II. 1.^o Vol. París, 1962, p. 775; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. 7.^a ed. Vol. II. Milano, 1947, pp. 455-456.

Excepción relativa a esta postura general es la adoptada por Díez-PICAZO: "como línea directriz, debe mantenerse, a mi juicio, la idea de que la indivisibilidad no es, en el Derecho español, una categoría especial de la obligación con pluralidad de partes o de sujetos, sino una característica de la obligación derivada de la configuración que debe darse a la prestación". *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. I. Madrid, 1970. Vid. p. 504.

(2) "la relación que guardan los preceptos relativos a la mancomunidad y los de la presente sección, "Sección V: De las obligaciones divisibles y de las indivisibles", es muy estrecha, y si no acudiéramos constantemente a los primeros en el comentario, no comprenderíamos bien el alcance del artículo 1.150, regla capital de la sección". MUCIUS SCAEVOLA, Op. cit. Vid. p. 804.

de ambas formas la misma satisfacción. Y en principio ese requisito requiere que la prestación (y, por ende, su ejecución) pueda fragmentarse en partes cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales, conservando además su valor económico. De manera que si, en su caso, sólo se cumpliera una de dichas partes, el acreedor obtendría una satisfacción proporcional a la satisfacción total que derivaría del cumplimiento total de la prestación (3). En principio, a cualquier acreedor le dará lo mismo recibir cincuenta mil pesetas de una vez que recibir dos entregas de veinticinco mil pesetas cada una, siempre y cuando las dos entregas estén muy unidas en el tiempo (dos momentos distintos de un mismo día, por ejemplo —a pesar del artículo 1.169 del Código civil—. Y en el caso de que sólo recibiese una de las entregas de veinticinco mil pesetas, obtendría una satisfacción equivalente a la mitad de la que correspondería al cobro de las cincuenta

(3) ALBALADEJO: "Las obligaciones se clasifican en divisibles e indivisibles, según que *en abstracto puedan o no ser cumplidas por partes iguales*, mediante el fraccionamiento de la prestación total en varias menores del mismo contenido y valor proporcional". *Derecho Civil—II—Derecho de Obligaciones. Parte General*. Barcelona, 1970. Vid. p. 36.

BLOMEYER: "Hier muss die Leistung in gleichartige Teile, und zwar nach Quoten, zerlegt werden können. Dies ist der Fall, "wenn ein beliebiger Leistungsteil seinem Wesen und Wert nach verhältnismässig (anteilig) der Gesamtleistung entspricht, d.h. sich nur der Gröse, nicht der Beschaffenheit nach von ihr unterscheidet". *Allgemeines Schuldrecht*. Berlin-Frankfurt, 1953. Vid. p. 33.

CLEMENTE DE DIEGO: "Si la prestación es susceptible de cumplirse por partes, de tal modo que no se altere esencialmente con esta distribución en partes, entonces es divisible la obligación; en otro caso, indivisible". *Instituciones de Derecho Civil Español*. Ed. revisada y puesta al día por De Cossío y Corral-Gullón Ballesteros. T. II. Madrid, 1959. Vid. p. 70.

CICALA: "L'obbligazione é divisible o indivisibile secondo che l'adempimento di ciascuna delle obbligazioni risultanti dal suo frazionamento procuri o no al creditore, proporzionatamente, la stessa utilità che sarebbe offerta dall'adempimento dell'obbligazione totale". *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968. Vid. p. 638.

ENCCERUS-LEHMANN: "Es divisible (la obligación) si puede ser realizada, sin alteración de su esencia o disminución de su valor, por varias prestaciones de contenido igual". *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Barcelona, 1954. Vid. página 21.

ESPÍN: "La prestación es divisible si puede ser realizada sin alteración de su esencia o disminución de su valor, por prestaciones parciales que se distinguen de la prestación total sólo cuantitativa y no cualitativamente". *Manual de Derecho Civil*. Vol. III. 3.º ed. Madrid, 1950. Vid. p. 58.

ESSER: "Eine Leistung ist teilbar, wenn sie ohne Wertminderung in mehrere gleichartige Teile zerlegt werden kann". *Schuldrecht*. I. 4. Aufl. Karlsruhe, 1970. Vid. p. 428.

HERNÁNDEZ-GIL: "La divisibilidad presupone que la prestación es susceptible de realizarse fraccionadamente, y que las partes o actos en que se descomponga estén en relación de proporcionalidad y homogeneidad respecto del todo". *Derecho de Obligaciones*. Madrid, 1960. Vid. pp. 157-158.

LARENZ: "Teilforderungen können naturgemäss nur entstehen, wenn die Leistung teilbar, d.h. ohne Wertverlust in nur mengenmässig unterschiedene, qualitativ aber gleichartige Teile zerlegbar ist". *Lehrbuch des Schuldrechts*. I. 8. Aufl. München-Berlin, 1967. Vid. p. 373.

mil pesetas. Tenemos, pues, un ejemplo de divisibilidad perfecta en las obligaciones pecuniarias.

Supongamos una finca con tres tipos de cultivo a los que se ha dedicado la misma superficie y que tienen el mismo valor. La divisibilidad de la obligación de entregarla no es posible porque, si bien se conserva su valor económico y las partes son cuantitativamente proporcionales al total, dichas partes no son cualitativamente iguales, por lo que no tienen por qué causar a su vez una satisfacción proporcional al acreedor.

Un conjunto de cincuenta perlas iguales necesarias para montar un collar puede dividirse en parte (hasta cincuenta) cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales al total. Sin embargo, fragmentadas, su valor total no se mantiene, ya que dicho valor se potencia por ser las cincuenta perlas el número justamente necesario para hacer un collar: sin él no se puede realizar y el valor disminuye. De ahí que la obligación de entregar esas cincuenta perlas no sea divisible. Si el acreedor no recibiese más que veinticinco de ellas, no obtendría el cincuenta por ciento del valor correspondiente al total.

La fragmentación de una piedra preciosa puede implicar tener que desperdiciar algunas de sus partes. En tal caso resulta claro que ni siquiera se cumple con el requisito de que las partes resultantes sean cuantitativamente proporcionales al total, aunque mantengan la igualdad cualitativa.

Finalmente, las piezas de un coche no son ni cualitativamente iguales al total, ni guardan proporción cuantitativa con él, ni tampoco conservan su valor. Se trata, pues, de un ejemplo extremo de indivisibilidad el de la obligación que recae sobre la entrega de un coche.

2. HISTORIA

Punto de partida forzoso para explicar la historia de esta clasificación de las obligaciones es la obra del francés Dumoulin, *Extrictio labyrinthi dividui et individui* (1562). Recogido su contenido esencial por Pothier, será esta segunda versión la que condicione directamente la regulación adoptada por los codificadores para esta materia. Por ello importa exponer resumidamente el estudio que Pothier realiza sobre las obligaciones divisibles e indivisibles en su *Tra-tado de las Obligaciones* (4).

Pothier relaciona la divisibilidad de las obligaciones con la de las cosas que son objeto de ellas. Pero no atiende a la divisibilidad física de dichas cosas, sino a la civil. Hay divisibilidad civil cuando la cosa puede ser dividida *materialmente* sin que se destruya su sustancia o esencia, o bien cuando puede ser dividida *intelectualmente* en par-

(4) *Traité des Obligations*, en Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle par M. Bugnet. T. II. París. 1848.

tes indivisas. Criterio que se extiende a las obligaciones de hacer y a las de no hacer siempre que estas sean susceptibles de un cumplimiento parcial. La imposibilidad de una división material o intelectual del objeto de la obligación determina pues la indivisibilidad de la obligación. Pero junto a esta *indivisibilidad natural o absoluta* de la obligación existe una *indivisibilidad relativa* de la obligación que no depende del objeto sobre el que recae. En efecto, aunque éste sea divisible, la obligación puede ser indivisible, en base a su configuración con relación a los intereses de las partes. Lo que vendrá dado no sólo por pactos expresos o tácitos, sino también por las circunstancias de la obligación.

Finalmente, existe un tercer tipo de *indivisibilidad con respecto al pago* cuando el pago dividido pueda lesionar los intereses del acreedor, o cuando alguna otra razón determine su unificación, aunque la obligación sea divisible de acuerdo con los dos criterios anteriores. Dentro de esta tercera categoría de obligaciones indivisibles, Pothier incluye todas las excepciones a los dos efectos fundamentales de la divisibilidad de las obligaciones, que son su efectiva división entre los herederos, tanto del deudor como del acreedor, y la consecuente posibilidad de un pago fraccionado de las mismas, de acuerdo con el principio romano de división *ipso iure* de las deudas del causante.

Estas excepciones (casos de indivisibilidad con respecto al pago) afectan unas a la división de las obligaciones entre los herederos del deudor y otras a la división del pago. Entre las primeras se enumeran los siguiente supuestos:

1.º Las deudas hipotecarias, en las que la indivisión de la hipoteca permite al acreedor cobrarse totalmente el crédito sobre el bien hipotecado.

2.º Las deudas de cosa cierta, que sólo afectan a los herederos del patrimonio en el que dicha cosa se incluye.

3.º En todo caso, los créditos de cosa cierta pueden exigirse en su totalidad a aquel de los herederos a quien haya correspondido la cosa (5).

4.º Lo que resulta aún más evidente para los supuestos en que la deuda consiste en la devolución de una cosa propiedad del acreedor.

5.º El heredero que haya dado lugar a la pérdida de la cosa responda del total de la deuda (6).

(5) "La raison qu'en rend Dumoulin, est que, quoique l'action qui naît de cette dette soit divisée contre chacun des héritiers du débiteur, néanmoins comme l'exécution de cette action doit se faire pour le total sur celui d'entre eux qui par le partage en est devenu seul possesseur, il s'ensuit qu'il peut être condamné à la délivrance de cette chose pour le total". POTHIER, op. cit. Vid. p. 155.

(6) "La raison se tire du principe de Dumoulin, qui est "que l'obligation principale *rem dividuam dandi*, est divisible à la vérité; mais l'obligation accessoire *praestandi bonam fidem et diligentiam*, qui y est jointe, est indivisible": chacun des héritiers est à cet égard tenu *in solidum*; *nec enim pro parte diligentia praestari potest*: d'où il suit que celui des héritiers qui y a

6.º) Uno de los herederos puede quedar obligado al pago total de la deuda (aunque los demás herederos sigan sujetos a su parte en ella), tanto por acuerdo, como por disposición testamentaria o consecuencia de la partición judicial.

Entre las segundas se enumeran estos tres supuestos:

1.º) Las deudas alternativas y las genéricas, puesto que, de lo contrario, cada heredero podría pagar con parte de cosas distintas (7).

2.º) Cuando así se haya pactado expresamente.

3.º) Cuando así cabe deducirlo de los intereses en juego de acreedores y deudores (8).

manqué, et par le fait ou la faute duquel la chose est périée, doit être tenu pour le total". (Vid. p. 156).

"A l'égard des autres héritiers qui n'ont concouru par aucun fait ni faute de leur part, à la perte de la chose due, ils sont libérés; car cet héritier est tenu de la dette, comme le défunt en était tenu. Le défunt aurait été libéré par la perte de la chose arrivée sans sa faute; l'héritier doit donc pareillement être libéré par la perte de la chose arrivée sans la faute du défunt, et sans la sienne propre. L'héritier est bien tenu des faits du défunt, puisqu'il succède aux obligations du défunt; mais il n'est pas tenu du fait de ses cohéritiers" (Vid. p. 156).

"Si on avait stipulé une peine en cas que la chose ne fût pas rendue; en ce cas, quoiqu'elle ait péri par la faute de l'un d'eux, et sans le fait ni la faute des autres, ils ne laisseront pas d'être tenus de la peine, chacun pour leur part: car l'obligation de payer la somme convenue pour la peine, est conditionnelle; elle a pour condition l'inexécution de la première. Les héritiers du défunt ont chacun, quant à la part pour laquelle ils sont héritiers du défunt, succédé à cette seconde obligation sous la même condition: ils sont donc tenus, chacun pour leur part héréditaire, de payer cette somme, dans le cas de l'existence de la condition, c'est à dire, dans le cas où la première obligation ne serait pas exécutée, soit par le fait ou la faute du défunt, soit par celle de quelqu'un de ses héritiers; sauf leur recours contre celui de leurs cohéritiers par le fait de qui la chose a péri". (Vid. p. 157). POTHIER. Op cit.

(7) Caso de indivisibilidad que señala también en nuestra doctrina ANTONIO GÓMEZ, según refiere MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., pp. 809-811. Este expone en las págs. 807-817 un resumen de la construcción de dicho autor clásico español sobre el tema.

(8) Lo que, según se deduce de las palabras mismas de POTHIER, ocurre con mucha frecuencia: "Cela se présume facilement, lorsque la chose qui fait l'objet de la convention, est susceptible, à la vérité, des parties intellectuelles, et est par conséquent divisible, mais ne peut être divisée en parties réelles; Molin., part. 3, n.º 223.

Cela se présume, même à l'égard des choses qui peuvent se partager en parties réelles, lorsqu'elles ne peuvent l'être sans qu'il en résulte un préjudice au créancier.

Par exemple, si j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage; quoique cet héritage soit susceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à ferme, ne serait pas reçu à m'offrir sa part indivisée ou divisée de cet héritage, pour s'acquitter envers moi de son obligation, si ses cohéritiers n'étaient aussi, de leur côté, prêts à me délivrer les leurs; parce que la division de cet héritage me porterait préjudice: je ne l'ai acheté ou pris à ferme que pour l'avoir en total, cu pour en jouir en total; et je n'en aurais ni acheté ni pris à ferme une partie.

La fin que les contractants se sont proposée, peut aussi empêcher le paiement partiel, même des dettes d'une somme d'argent.—Par exemple,

Obsérvese que mientras que las primeras excepciones consisten en que uno de los deudores ha de pagar el todo, las segundas dan lugar a que todos ellos tengan que actuar conjuntamente (9).

De lo expuesto resulta fácil deducir cómo la importancia de esta clasificación de las obligaciones se centra en el principio antes mencionado de división *ipso iure* de las deudas del causante, ya que, mientras que no se produzca una pluralidad de sujetos en la parte activa o en la parte pasiva de la obligación, la divisibilidad no afecta a la regla general de cumplimiento total y no fraccionado de las obligaciones (10).

si par une transaction vous vous êtes obligé à me payer une somme de mille écus, avec déclaration que c'est pour me tirer de prison, où j'étais détenu pour la dite somme par un créancier, et que peu après vous soyez mort laissant quatre héritiers; un de ces héritiers ne sera pas reçu à m'offrir séparément le quart de ladite somme, qui ne peut me procurer la mainlevée de ma personne, qui a été l'objet du contrat, et que je ne pourrais pas conserver sûrement en prison, en attendant le paiement du surplus; Molin, part. 2, n.º 40". Op. cit. Vid. pp. 162-163.

(9) Refiriéndose a éstas últimas, aclara la necesidad de dicha actuación conjunta con las siguientes palabras: "Dans tous les cas ci-dessus rapportés, dans lesquels une obligation, quoique en elle-même divisible, ne peut néanmoins s'acquitter par parties, le créancier ne peut, à la vérité, mettre les héritiers de son débiteur en demeure, qu'en donnant la demande contre tous; la demande qu'il ferait à l'un d'eux de lui payer le total ne serait pas valable, et ne le mettrait pas en demeure, puisque l'obligation étant divisible, il ne doit pas le total: mais, quoique l'un des héritiers ne soit débiteur que de la partie pour laquelle il est héritier, et ne puisse être poursuivie pour le total, néanmoins l'indivision de paiement empêche qu'il ne puisse valablement offrir la part dont il est débiteur, si le surplus n'est offert en même temps par ses cohéritiers. C'est pourquoi de telles offres partielles non-seulement ne mettent pas le créancier en demeure de recevoir, et n'arrêtent pas le cours des intérêts, si la dette est de nature à en produire; mais si l'héritier qui a fait ces offres, avait été auparavant mis en demeure par une demande donnée contre tous les héritiers, ces offres imparfaites ne purgeraient pas sa demeure, et n'empêcheraient pas qu'il ne fût sujet, vis-à-vis du créancier, à toutes les peines de la demeure; sauf son recours contre ses cohéritiers." POTHIER. Op. cit. Vid. p. 163.

(10) POTHIER justifica ese efecto fundamental de división de las deudas que no sean indivisibles entre los herederos con los siguientes argumentos: "La loi 2, Cod. de Haered. act. qui décide que chaque héritier n'est tenu des dettes du défunt que pour sa part, ne distingue point si tous les héritiers sont solvables ou non. Cela est pris même de l'idée d'héritier. Un héritier est celui qui succède aux droits actifs et passifs, c'est à dire, aux dettes et obligations du défunt. Celui qui n'est héritier que pour partie, n'y succède que pour cette partie; il n'est donc tenu que pour cette partie: l'insolvabilité de ses cohéritiers qui survient, ne le rend pas successeur pour le total aux droits du défunt; il ne doit être tenu des dettes que pour sa part.

On oppose que les dettes étant une charge des biens, elles doivent être acquittées pour le total sur les biens que retient 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 avait dissipé la moitié de ses biens, l'autre moitié qui lui resterait, serait 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.

En cambio, el régimen de las obligaciones indivisibles se asemeja al de las obligaciones solidarias desde el momento en que se produce una pluralidad de acreedores o de deudores, puesto que la obligación no es susceptible de un cumplimiento parcial. Sin embargo, existen diferencias entre las obligaciones indivisibles y las solidarias. Aquéllas se basan en una cualidad real de la obligación, por lo que se transmiten tal cual a los herederos; éstas corresponden a una cualidad personal (“la solidité venant du fait des personnes qui se sont obligées chacune pour le total”), por lo que no se transmiten a los herederos con dicha cualidad, sino que se dividen entre ellos.

De esa diversidad de su naturaleza deriva una segunda diferencia. Los deudores solidarios lo son por el todo y *totaliter*. En cambio, los deudores de una obligación indivisible dejan de deber el todo cuando desaparece su causa porque la obligación se ha transformado en una indemnización de daños y perjuicios (que no es indivisible) (11). Lo mismo cabe decir con respecto a los acreedores. Y esta es la razón por la que ninguno de ellos podrá remitir totalmente la deuda, sino sólo en la parte que le corresponda (12).

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 ces 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 pouvait n'en pas souffrir, en arrêtant les biens de la succession avant le partage, ou en veillant à se faire payer.

Cette décision, “que l'héritier pour partie n'est pas tenu des dettes pour les portions de ses cohéritiers devenus insolvables, quand même sa portion serait plus que suffisante pour payer le total”, étant tirée des principes de la raison naturelle, et de la nature même de la qualité d'héritier, elle doit avoir lieu dans le for de la conscience, aussi bien que dans le for extérieur; MOLIN, part. 2, n. 82.” Op. cit. Vid. pp. 158-159.

(11) Sin embargo, POTHIER establece una responsabilidad solidaria de los deudores por pérdida de la cosa debida en determinados supuestos: “Lorsque la chose est périe par le fait ou le dol de plusieurs d'entre les héritiers, chacun d'eux en est tenu solidairement: *Nec enim, dit Dumoulin, qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet consortem.*”

Si néanmoins ces héritiers avaient, chacun par un fait particulier, perdu ou diverti différentes parties de la chose due, chacun ne serait tenu que de la perte ou divertissement de cette partie; car, en ce cas, *unusquisque non in solidum, sed in parte duntaxat dolum amisit*”. Op. cit. Vid. p. 158.

(12) “C'est pourquoi, si le créancier d'une dette indivisible a laissé deux héritiers, et que l'un d'eux ait fait remise au débiteur de la dette en ce qui le concerne, le débiteur ne sera pas libéré envers l'autre. Néanmoins cette remise aura effet. L'autre héritier pourra, à la vérité, demander au débiteur la chose entière; mais il ne le pourra qu'en offrant de lui faire raison de

También se debe a que cada uno de los deudores no lo sea *totaliter* el que una vez demandado pueda pedir un plazo para citar y emplazar a sus coherederos; por lo que no podrá ser condenado solo, salvo cuando le sea imputable el no haber llevado a cabo el emplazamiento. Pothier distingue tres supuestos:

1.º La deuda no puede ser cumplida nada más que por el demandado (13): entonces él será el único condenado (al margen de su posible derecho de regreso frente a los demás codeudores).

2.º La deuda puede ser cumplida separadamente por cualquiera (14): entonces rige el derecho de emplazamiento de sus codeudores para actuar todos conjuntamente. Todos serán responsables del incumplimiento puesto que cada uno de ellos está obligado al cumplimiento total y cada uno de ellos puede llevar a cabo dicho cumplimiento separadamente por su cuenta (15).

3.º La deuda no puede ser cumplida más que por todos actuando conjuntamente (16): entonces responde de los daños y per-

la moitié de l'estimation de cette chose: car la chose due, quoique indivisible en soi, a néanmoins une estimation, laquelle est divisible, et à laquelle on peut, en ce cas, avoir recours: c'est une modification que reçoit, en ce cas, l'indivisibilité de la dette.

Il ne suffirait pas au débiteur d'offrir à celui qui n'a pas remis son droit, la moitié du prix de la chose due; car cet héritier est créancier de la chose même; et son cohéritier, en faisant remise de son droit, n'a pu préjudicier à celui de cet héritier.

.....

La même chose doit avoir lieu lorsque le débiteur est devenu héritier pour moitié du créancier; l'autre lui demandera la chose entière, en offrant de lui faire raison de la moitié de l'estimation". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 169.

(13) "On peut apporter pour exemple du premier, la dette d'une servitude de vue ou de passage que le défunt a promis d'imposer sur un de ses héritages, qui est tombé par le partage à l'un de ses héritiers. Il n'y a que cet héritier à qui cet héritage est tombé par le partage, qui puisse acquitter cette dette, parce qu'une servitude ne peut être imposée que par le propriétaire de l'héritage. En ce cas, il sera seul condamné à la prestation du droit de servitude; et il pourra être contraint à l'imposer, par une sentence qui ordonnera que faite par lui de l'imposer, la sentence vaudra pour titre de constitution de la servitude (Molin., p. 3, n. 100)". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 170.

(14) "On peut apporter pour premier exemple du second cas, la dette d'une pareille servitude que le défunt se serait engagé de faire avoir à quelqu'un sur l'héritage d'un tiers. La chose qui fait l'objet de cette obligation est une chose indivisible, et qui de sa nature peut être acquittée séparément par chacun des héritiers du débiteur; car il est possible à chacun d'eux au moins *naturá*, de s'accommoder avec le propriétaire de l'héritage, sur lequel le défunt a promis à son créancier de lui faire avoir un droit de servitude". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 170.

(15) "... ceux qui étaient prêts à y concourir ne seront pas moins condamnés que ceux qui refuseraient de le faire, sauf leur recours entre eux; parce que chacun d'eux est obligé à construire l'édifice entier, et que c'est une chose que chacun d'eux peut séparément faire." POTHIER. Op. cit. Vid. p. 171.

(16) "On peut apporter pour exemple le cas auquel quelqu'un, par une transaction, s'est obligé envers vous de vous constituer sur son héritage un droit de passage pour aller au vôtre, par l'endroit de son héritage qu'il vous indiquerait. Si cet homme, avant d'avoir accompli cette obligation, est mort,

juicios causados por el incumplimiento sólo el deudor que se negó a cumplir (17). En cambio, cuando se produce la infracción por uno de los deudores en una obligación de no hacer (18), ese deudor responde del todo, pero los demás responden de su parte (19).

De este resumen de la concepción que Pothier tenía sobre las obligaciones divisibles e indivisibles se deduce que el régimen de estas últimas no era unitario. Según los casos recibían un trato similar al de las solidarias, o tenía que responder uno de los deudores por el todo, o tenían que actuar colectivamente (conjuntamente) todos los deudores o todos los acreedores.

Ya hemos dicho que el sistema que Pothier recogió de Dumoulin es el que pasa al Código Napoleón aunque simplificado y, consecuentemente, desvirtuado en cierto grado. En el Código Napoleón la

et a laissé plusieurs héritiers entre lesquels cet héritage est commun, l'obligation d'imposer le droit de passage à laquelle ils succèdent, est une obligation indivisible, qui ne peut s'acquitter que conjointement par tous lesdits héritiers; un droit de servitude ne pouvant être imposé sur un héritage que par tous ceux qui en sont les propriétaires;". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 171.

(17) "..., si l'un des héritiers déclare qu'il est prêt, autant qu'il est en lui, à remplir l'obligation, et qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle soit accomplie, il n'y a que celui qui refuse qui doit être condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution; car celui qui offre n'est pas en demeure.

S'il y avait eu une peine stipulée en cas d'inexécution de l'obligation, le coobligé ou le cohéritier qui n'avait pas été en demeure, ne laisserait pas d'être sujet pour sa part à la peine, par la demeure de l'autre,... de même que dans les obligations divisibles, sauf son recours contre son coobligé". POTHIER. Op. cit. Vid. pp. 171-172.

(18) "Lorsque quelqu'un s'est obligé envers un autre à ne pas faire quelque chose; si ce qu'il s'est obligé à ne pas faire est quelque chose d'invisible, putà, s'il s'est obligé envers son voisin à ne le point empêcher de passer par ses héritages, la contravention faite par un seul de ses héritiers donne ouverture à l'action du créancier contre tous les héritiers, pour qu'il leur soit fait des défenses, et qu'ils soient condamnés en ses dommages et intérêts;...". POTHIER. Op. cit. Vid. p. 172.

(19) "La raison de différence est, que c'est la demeure du débiteur qui donne lieu à l'action dans les obligations *in faciendo*; d'où il suit qu'elle ne peut avoir lieu contre celui qui est prêt, *quantum in se est*, à remplir l'obligation, et qui n'est point par conséquent en demeure.

Au contraire, dans les obligations *in non faciendo*, c'est le fait même dont le débiteur a promis que lui et ses héritiers s'abstiendraient, qui donne lieu à l'action du créancier; c'est pourquoi il suffit que l'un des héritiers du débiteur ait fait cela, pour qu'il y ait lieu à l'action contre tous.

On doit supposer que telle a été l'intention des contractants, parce qu'autrement celui envers qui le débiteur s'est obligé de ne pas faire quelque chose n'aurait pas ses sûretés; et il arriverait que souvent, lorsqu'on aurait fait ce qu'il a été stipulé qu'on ne ferait pas, il ne pourrait agir contre personne, faute de savoir qui l'aurait fait, n'étant pas souvent facile, lorsqu'une chose est faite, de savoir par qui elle a été faite; au lieu que, dans les obligations qui consistent à faire quelque chose, on ne peut ignorer celui qui est en demeure de le faire, par l'interpellation qui lui est faite.

Dumoulin donne aux héritiers qui n'ont pas contrevenu, l'exception de discussion, par laquelle ils peuvent obliger le créancier à discuter préalablement à leurs risques celui qui a contrevenu". POTHIER. Op. cit. Vid. páginas 172-173.

importancia de la distinción se sigue apoyando en el principio de división entre los herederos de los créditos y las deudas del causante:

“L’obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n’a d’application qu’à l’égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur”. Artículo 1.220.

La doctrina francesa habla en tales casos de obligaciones *conjointes*.

Se mantienen las categorías de indivisibilidad natural o absoluta (artículo 1.217), indivisibilidad relativa (artículo 1.218), así como la de indivisibilidad *in solutione*, al recogerse en el artículo 1.221 la mayor parte de los supuestos que Pothier consideraba excepcionales frente a la regla de división de la deuda entre los herederos:

“Le principe établi dans l’article précédent reçoit exception à l’égard des héritiers du débiteur:

- 1.º Dans le cas où la dette est hypothécaire;
- 2.º Lorsqu’elle est d’un corps certain;
- 3.º Lorsqu’il s’agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l’une est indivisible;
- 4.º Lorsque l’un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l’exécution de l’obligation;
- 5.º Lorsqu’il résulte, soit de la nature de l’engagement, soit de la chose qui en fait l’objet, soit 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”. (párrafo 1.º).

En cuanto al régimen establecido para las obligaciones indivisibles, es análogo al de las solidarias (artículos 1.222, 1.223 y 1.224, párrafo 1.º) (20). Cada deudor tiene que cumplir el todo y cada acree-

(20) Art. 1.222: 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.

Art. 1.223: Il en est de même à l’égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation.

Art. 1.224: Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l’exécution de l’obligation indivisible. (Pár. 1.º).

Asimilación recogida también en el C. c. italiano de 1865: “Coloro che hanno contratto congiuntamente un debito indivisibile, vi sono obbligati ciascuno per la totalità, ancorchè l’obbligazione non sit stata contratta in solido.

Lo stesso ha luogo riguardo agli eredi di colui che ha contratto una simile obbligazione” (art. 1.206). Vid. también el artículo 1.207.

El C. c. italiano de 1942 mantiene dicha asimilación: “Le obbligazioni

dor puede exigir el todo. Ya vimos que éste era el régimen general de las obligaciones indivisibles en Pothier, pero no el de todas. También ahora subsisten por otra parte las particularidades señaladas por Pothier: cada acreedor no puede remitir el todo (artículo 1.224, párrafo 2.^a) —aunque esto ya no constituye ninguna particularidad propiamente dicha, dado el tenor del artículo 1.198, párrafo 2.^o (21)—; cada heredero del deudor puede pedir un plazo para emplazar a sus coherederos una vez emplazado él (artículo 1.225); las consecuencias de la indivisibilidad se mantienen a pesar de la sucesión en la deuda (artículos 1.223 y 1.224, párrafo 1.^o) y, en cambio, desaparecen cuando el incumplimiento de la obligación da paso a la indemnización de daños y perjuicios.

Tal es, en principio, el sistema adoptado también por el Anteproyecto de Código civil de 1851. En efecto, los artículos 1.071 y 1.072 del mismo recogen la distinción entre la indivisibilidad absoluta y la indivisibilidad relativa. El régimen de las obligaciones indivisibles es fundamentalmente el mismo que el de las obligaciones solidarias, puesto que cada deudor debe el todo y cada acreedor puede exigir el todo (artículos 1.075 y 1.076) (22). Y se siguen manteniendo los datos que diferencian el régimen de las obligaciones indivisibles del de las solidarias: cada acreedor no puede remitir más que su parte (artículo 1.076); el heredero del deudor demandado puede pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio a sus coherederos (artículo 1.077); la indivisibilidad de la obligación se mantiene en los supuestos de sucesión (artículos 1.075 y 1.076). Sólo el artículo 1.078 introduce una variante importante:

“Cuando por no cumplirse la obligación indivisible, se estimare el interés del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente de ella todos los deudores principales”.

Lo que resulta doblemente sorprendente si se tiene en cuenta el tenor del artículo 1.065:

“Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados o hallándose éstos contituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses.

El acreedor podrá solamente repetir los daños e intereses contra los deudores culpables o morosos”.

indivisibili sono regolate dalle norme relative alle obbligazioni solidali, in quanto applicabili, salvo quanto è disposto dagli articoli seguenti” (art. 1.317). Vid. también los artículos 1.318-1.320.

(21) “Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, n' libère le débiteur que pour la part de ce créancier”.

(22) Residuo de este tratamiento de las obligaciones indivisibles en el Anteproyecto de 1851 es el actual artículo 1.772 del C. c. (pár. 2.^o), fiel reproducción del artículo 1.677 de aquél.

Así pues, parece que mientras que las obligaciones indivisibles generaban una responsabilidad solidaria, las obligaciones solidarias mismas generaban una responsabilidad más mitigada para los deudores no culpables del incumplimiento (23).

La asimilación de las obligaciones indivisibles al régimen de las solidarias resulta adoptado ya por la jurisprudencia anterior al Código civil. Así cabe deducirlo de una curiosa Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1.866, en la que se confunde la no presunción de divisibilidad de las obligaciones con la no presunción de solidaridad en los créditos. Se trata de la reclamación de devolución de un préstamo interpuesta sólo por uno de los prestamistas (dos hermanos). Aunque el dinero es divisible, parece que la realización unitaria del contrato de préstamo determinaba la indivisibilidad del mismo y, consecuentemente, de la obligación de devolución de la cantidad recibida en tal concepto. Tanto el Juez como la Audiencia condenaron a los demandados (herederos del prestatario). En el primer motivo del recurso de casación, éstos alegan la infracción de “la Ley 10, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en cuanto se había reconocido a Vega (el demandante) como acreedor por el todo, siendo mancomunado con su hermano”. Argumento rechazado por el Tribunal Supremo en su primer considerando con la confusión más arriba señalada:

“Considerando que la Ley 10, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en la que se dispone que cuando dos se obligan simplemente, se entiende de por mitad, salvo si cada uno se obligare *in solidum*, se refiere a los que por contrato o de otra manera se obligan a hacer o cumplir alguna cosa; pero no a los que tienen derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado”.

El crédito no era solidario, pero era evidentemente indivisible. Pero como el régimen de éste se asimilaba al de aquél, el Tribunal Supremo optó por considerar que la presunción de no solidaridad sólo afectaba a las deudas, en vez de decir que la presunción de no solidaridad no iba acompañada de otra presunción de divisibilidad.

Pero en el Anteproyecto de 1851 la clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles cambia radicalmente de sentido desde el momento en que se renuncia al principio romanista de división de las deudas del causante entre sus herederos. Fiel reflejo de la continuada vigencia de dicho principio lo encontramos, incluso con posterioridad al Anteproyecto y muy poco antes de la promulgación del Código civil (estando ya en marcha su Anteproyecto definitivo de 1882-1888), en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1887. Don Bernardo Arbizu había recibido un préstamo garantizado con la hipoteca de una finca de su propiedad que,

(23) No se olvide que en el Anteproyecto de 1851 se denominan *mancomunadas* a las obligaciones solidarias.

a su muerte, pasó a su viuda e hijos, don Juan y don Carlos Arbizu, manteniéndose indivisa. Este último (don Carlos) consiguió a su vez un préstamo, mediando hipoteca de su participación en la finca. Llevada a cabo la ejecución sobre dicha participación por el causahabiente del segundo prestamista, don Manuel Ruiz Ortiz, el causahabiente del primer prestamista, don Calixto González Elías, interpuso demanda sobre tercería de mejor derecho. La Audiencia dictó sentencia revocatoria declarando "que don Calixto González Elías tiene derecho preferente al de don Manuel Ruiz Ortiz para ser reintegrado del crédito hipotecario de 40.000 pesetas, intereses al 7 por 100 anual de los dos últimos años transcurridos al interponer la demanda de tercería, y costas y gastos que quepan dentro de la cantidad de 7.500 pesetas sobre la participación que en la casa número 2 de la plaza de Santa Catalina de los Donados de esta Corte, o sobre los valores que la representen, corresponda a don Carlos Arbizu y Mena, reservando a este último sus derechos para reclamar de sus copartícipes en la citada finca el importe de la parte del crédito hipotecario por él satisfecho que en consideración a sus respectivas participaciones pueda corresponderles...". Los dos primeros motivos del recurso de casación se basaban en el principio de división de las deudas del causante entre sus herederos (24). A lo que el Tribunal Supremo puso en los considerandos primero y segundo que precisamente el supuesto de la deuda hipotecaria constituía excepción al principio de división de las deudas del causante entre sus herederos (25), (25 bis).

Pues bien, frente a principio tan arraigado en nuestro Derecho

(24) Se citan como infringidas: "1.º La Ley 1.ª, tít. 3.º, Partida 6.ª, según la cual el heredero finca señor después de la muerte del testador de lo que éste posea o de alguna parte de ello en lugar de aquel que lo estableció; y la Ley 13, tít. 9.º de la Partida 7.ª, que declara que, según derecho, como una persona es contada la del heredero e la de aquel a quien heredó.

2.º La Ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que establece el principio de que toda obligación se entienda por mitad, salvo si cada uno se hubiera obligado *in solidum*".

(25) "Considerando que la sentencia no infringe las leyes citadas en el primer motivo, porque si bien los herederos suceden en las obligaciones de su causante, divisibles entre ellos por punto general, se exceptúa la hipoteca, que conserva su integridad mientras otra cosa no se acuerde entre acreedor y deudor.

Considerando que tampoco infringe la ley citada en el segundo motivo, porque la división de obligaciones, allí establecida por regla general, deja a salvo los casos de solidaridad o integridad de algunas".

(25 bis) Otra excepción la encontramos con respecto a las servidumbres en las Partidas: "Plaziendo a algun ome de otorgar seruidumbre en su casa, o en su heredad, a edificio, o a heredamiento de otro, si después de tal otorgamiento como este se muriesse aquel a quien fuesse fecho maguer dexasse muchos herederos cada uno dellos puede demandar toda la seruidumbre. E esto es, porque la seruidumbre non se puede partir. E por ende no podria cada uno demandar su parte apartadamente. Otrosi dezimos, que si el que ouiesse otorgado la seruidumbre en lo suyo se moriesse, e dexasse muchos herederos, que puede ser demandada la seruidumbre toda enteramente a qualquier dellos e son tenudos a ella, assi como era el señor cuyos bienes heredaron". Partida 3.ª, título XXXI, Ley 9.ª.

histórico (26), el artículo 932 del Anteproyecto de Código de 1851 establece lo siguiente:

“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 a hacer citar y emplazar a los otros, a no ser que por disposición del testador o a consecuencia de la partición hubiese quedado él solo obligado al pago de la deuda” (27).

Lógico es, pues, que haya desaparecido la tercera categoría de la indivisibilidad, la que recaía únicamente sobre el pago, puesto que como se recordará con ella se recogían principalmente las excepciones a la regla de división de las deudas del causante. En cuanto a los casos de la segunda categoría (excepciones a la división del pago), podían reconducirse en realidad a supuestos de indivisibilidad relativa o convencional. Ahora la excepción se ha convertido en regla. De la división se ha pasado a la indivisión; por lo que en principio la distinción entre obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles resulta irrelevante a estos efectos.

(26) “La obligación divisible debe ejecutarse entre el acreedor y el deudor como si fuese indivisible, puesto que el último haya prometido pagar cierta suma de una vez y no sucesivamente por partes. La divisibilidad no tiene aplicación sino con respecto a sus herederos, los cuales no pueden pedir la deuda ni están obligados a pagarla sino por la parte que les corresponda como representantes del acreedor o del deudor: Ley 10, tít. 1.º, lib. 10, Novísima Recop. Este principio estaba consagrado por la Ley de las Doce Tablas: *Nomina (los créditos) inter haeredes proportionibus haereditariis creta cita sunt...* Esta doctrina de la divisibilidad admite excepción con respecto a los herederos del deudor en los casos siguientes: 1.º, cuando la deuda es hipotecaria; 2.º, cuando es de un cuerpo cierto o cosa determinada; 3.º, cuando se trata de la deuda alternativa de dos o más cosas a elección del acreedor, siendo indivisible una de ellas; 4.º, cuando por el instrumento está encargado de la ejecución de la obligación uno de los herederos solamente; 5.º, cuando la naturaleza de la convención, o de la cosa que es su objeto, o del fin para que se hace el contrato, resulta claramente que la intención de las partes era que la deuda no pudiera satisfacerse parcialmente. En los tres primeros casos, el heredero que posee la cosa debida o el fundo hipotecado a la deuda, puede ser demandado por el todo sobre la cosa debida o el fundo hipotecado, salvo el recurso contra sus coherederos. En el cuarto caso sólo el heredero encargado de la deuda, y en el quinto cada heredero puede ser demandado también por el todo, salvo su recurso contra sus coherederos: Gómez, lib. 2.º, cap. 10, núm. 4, y Ayllón, número 5”. *ESCRICHE, Diccionario razonado de Legistación y Jurisprudencia*. T. IV. Madrid, 1876. Vid. p. 305.

(27) “El artículo encierra una grande innovación contraria al Derecho Romano, en el que los créditos y deudas de la herencia *ipso iure divisa erant*, ley 2, pár. últ., tít. 2, libro 10 del Digesto, y 6, tít. 36, libro 3 del Código; por manera, que cada uno de los coherederos no podía demandar sino por su porción hereditaria.

Esta doctrina pasó a nuestro Derecho Patrio y ha sido adoptada en los Códigos modernos, salvo el de Vaud, cuyo artículo 787 dice: “Los cohere-

Aunque GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo transcrito, parece reconocer en él un principio de solidaridad de los herederos en las deudas del causante, en realidad lo que se recoge es un principio de indivisión que, eso sí, como en POTHIER y en el Código civil francés, da lugar a un régimen parecido al de las obligaciones solidarias. A este respecto, se recordará que el derecho a hacer citar y emplazar a los codeudores es propio de las deudas indivisibles y no de las solidarias. Por otra parte, la antítesis de la división es la indivisión y no la solidaridad. Lo que además reconoce el propio Anteproyecto, al seguir regulando esta materia en la Sección VII, Capítulo IV, Título V del Libro III (“De las obligaciones divisibles e indivisibles”) y no en la anterior dedicada a las obligaciones solidarias (Sección VI: “De las obligaciones mancomunadas”).

deros están obligados solidariamente a las deudas y cargas de la herencia”.

El Código francés la tiene adoptada en sus artículos 870 y 873, sin que para ello se dé razón convincente en ninguno de los discursos 52, 53 y 54; únicamente en el 53 se dice: “es de justicia que cada coheredero no contribuya al pago de las deudas y cargas de la herencia, sino en la proporción de lo que toma en ella”: esto es, resolver la cuestión por la cuestión misma.

Pothier, tratado de las Obligaciones, parte 2, capítulo 4, artículo 2, párrafo 2, núm. 309, trata esta cuestión y defiende al Derecho romano; pero en mi concepto no satisface al argumento de que el acreedor no debe sufrir por la multiplicidad de herederos: el mismo Derecho romano reconoce como regla general *ex persona haeredum conditio obligationis non immutatur, nec ex individua efficitur dividua*, ley 2, pár. 2, tít. 1, libro 45 del Digesto.

El acreedor contrajo con solo el difunto; ¿por qué, pues, se le han de imponer las molestias y gastos consiguientes a tener que demandar uno tras otro a todos los coherederos, que tal vez sean distintos fueros, y estén domiciliados en países muy lejanos?

Y, si uno de ellos resultare insolvente, tendrá que repetir la misma serie 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 a 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, a 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 a 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 dudas y cargas de la herencia.

.....
 El derecho que en todo caso se da al demandado para hacer citar y emplazar a los otros, prueba además que la innovación se ha hecho guardando todos los miramientos más delicados de equidad, porque o de este modo se evitará el juicio allanándose todos a pagar, o todos serán condenados en una misma sentencia”. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852.

Por cierto que el cambio llevado a cabo en la regulación de la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante no se recoge adecuadamente en dicha Sección VII, ya que, una vez que el artículo 1.074 remite a los artículos 932 y siguientes (“Cuando haya dos o más herederos, las deudas y obligaciones del difunto se pagarán con arreglo a lo dispuesto en la Sección IV, Capítulo III, Título III de este Libro”), parece superfluo que, a continuación, al regular los efectos de las obligaciones indivisibles se incluyan aquéllos a los que se refieren la segunda frase del artículo 1.075, el artículo 1.077 y el párrafo 2.º del artículo 1.078 (28).

Es el Anteproyecto del Código civil de 1882-1888 el que presenta la configuración definitiva que el Código habría de dar a las obligaciones indivisibles. Y en él se opera un cambio radical con respecto al Anteproyecto de 1851. En primer lugar, se observa de inmediato una notable reducción del número de artículos destinados a este tipo de obligaciones. Tres son los comprendidos en la Sección correspondiente (artículos 1.166 a 1.168), a los que hay que añadir el artículo 1.156 (el actual artículo 1.139). Esta reducción puede atribuirse en principio a la toma de conciencia por parte del legislador de la menor importancia de este tipo de obligaciones, al adscribirse el Anteproyecto, así como el Código después, al principio de indivisibilidad de las deudas del causante, de acuerdo con el cambio introducido por el Anteproyecto de 1851.

Pero el cambio más importante 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* (29), precisamente para las obligaciones indivisibles. Estas quedan así desenganchadas de su tradicional adscripción al régimen de las obligaciones solidarias (30). Por otra parte, al conservar el Anteproyecto (artículo 1.101) la regulación del artículo 932 del Anteproyecto de 1851, ya no puede conectarse por la doctrina con los efectos propios de la indivisibilidad, sino que tiene que adscribirse

(28) Art. 1.075: El que hubiere contraído juntamente con otro una obligación indivisible, estará obligado por la totalidad, aun cuando no se hubiere pactado la mancomunidad. Esta disposición es aplicable a los herederos del que contrajo una obligación indivisible.

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

Art. 1.708: La responsabilidad de los herederos del que contrajo la obligación indivisible, se regirá por el artículo 932 (pár. 2.º).

(29) Siguiendo a Díez-PICAZO. Op. cit. Vid. pp. 401-407.

(30) Aunque conviene recordar que tal era el régimen previsto ya por POTHIER para algunos supuestos de obligaciones indivisibles.

directamente a la solidaridad, aunque se trate de una solidaridad "sui generis".

¿De dónde procede este *tertium genus* de las obligaciones en mano común? Entre las concordancias del Anteproyecto encontramos una referencia al artículo 1.533 del Código civil chileno en relación con el artículo 1.167. Dicho precepto chileno tiene la siguiente redacción:

"Es divisible la acción de perjuicio que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que quepa.

Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ese solo será responsable de todos los perjuicios."

Pero este artículo no corresponde más que a la segunda frase del artículo 1.167 (artículo 1.150 del Código civil), reproduciendo la norma tradicional (que de POTHIER pasó al Código civil francés) según la cual la indivisibilidad desaparece en la indemnización de daños y perjuicios (norma que, como se recordará, no seguía extrañamente el Anteproyecto de 1851, artículo 1.078). Lo que resulta lógico desde el momento en que el Código civil chileno se inspira totalmente en POTHIER (al que sigue incluso más fielmente que el mismo Código Napoleón) para la regulación de las obligaciones divisibles e indivisibles, así como para la de las deudas del causante (se apunta a la división de las mismas entre sus coherederos). En cambio, el Anteproyecto de 1882-1888 guarda un absoluto silencio con respecto a los artículos 1.156 (actual artículo 1.139) y a la primera fase del artículo 1.167. Para ambos se limitan a señalar los redactores que se trata de preceptos nuevos.

Ya hemos visto cómo la tradición romanista no reconocía más regímenes fundamentales que los de las obligaciones solidarias (al que se adaptaban las obligaciones indivisibles) y de las mancomunadas (al que se adaptaban —en principio— las obligaciones divisibles). Sin embargo, conviene no olvidar que POTHIER consideraba que acreedores y deudores tenían que actuar conjuntamente en algunos supuestos de indivisibilidad de las obligaciones.

Hay que acudir a la tradición germanista para encontrar plenamente reconocido este tercer régimen que nos ocupa y que aparece en el Código civil por primera vez en el Derecho castellano. En efecto, tanto el artículo 70 del Código federal de las obligaciones suizo, como el parágrafo 432 del BGB y el parágrafo 890 del ABGB recogen el principio de la actuación conjunta de los acreedores en las obligaciones indivisibles (31). Lo que coincide con el Derecho histó-

(31) En cambio, las deudas indivisibles se asemejan al régimen de las solidarias:

Art. 70 del C. c. suizo: Lorsque l'obligation est indivisible et qu'il y a

rico germánico, tal y como lo pone de relieve PLANITZ. Este señala cómo el antiguo Derecho germánico conocía la deuda y el crédito en mano común. Fue la recepción la que determinó la postergación de tales obligaciones, puesto que el Derecho Romano sólo conocía la división por cuotas y la solidaridad. Sin embargo, dicha forma renace posteriormente, figurando ya en el APLR (32).

La asimilación de las obligaciones indivisibles con el régimen de las obligaciones en mano común se une en estos ordenamientos germánicos al principio de responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas del causante (artículos 603 y 639 del Código civil suizo, párrafos 801 y 820 del ABGB, párrafo 2.058 del BGB), frente al principio romanista de división *ipso iure* de las deudas del causante (33).

Pero 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 (artículo 70, párrafo 2.º del Código federal de las obligaciones suizo, párrafo 431 del BGB y párrafo 890 del ABGB) (34). Así pues, podemos afirmar la originalidad de nuestro Código civil en esta materia. Lo que, unido a los escasos preceptos

plusieurs créanciers, chacun d'eux peut en exiger l'exécution intégrale et le débiteur est tenu de se libérer envers tous.

S'il y a plusieurs débiteurs, chacun d'eux est tenu d'acquitter l'obligation indivisible pour le tout.

A moins que le contraire ne résulte des circonstances, le débiteur qui a payé a un recours contre ses codébiteurs pour leur part et portion et il est subrogé dans cette mesure aux droits du créancier".

Parágrafo 431 del BGB: Si varios adeudan una prestación indivisible, responden como deudores solidarios. (Trad. de C. Melón Infante, en Apéndice al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus).

Parágrafo 432 del BGB: Si varios han de exigir una prestación indivisible, siempre que no sean acreedores solidarios, el deudor sólo puede efectuar la prestación a todos en común y cada acreedor sólo puede exigir la prestación a todos. Cualquier acreedor puede exigir que el deudor consigne para todos los acreedores la cosa debida o, si no es apropiada para la consignación, que se la entregue a un depositario a designar judicialmente.

En lo demás, un acontecimiento que sólo se produzca en la persona de uno de los acreedores no aprovecha ni perjudica a los restantes acreedores (Trad. de C. Melón Infante, en Apéndice al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus).

Parágrafo 890 del ABGB: Betrifft es hingegen untheilbare Sachen; so kann ein Gläubiger, wenn er der einzige ist, solche von einem jeden Mitschuldner fordern. Wenn aber mehrere Gläubiger und nur Ein Schuldner da sind; so ist dieser die Sache einem einzelnen Mitgläubiger, ohne Sicherstellung herauszugeben nicht verpflichtet; er kann auf die Uebereinkunft aller Mitgläubiger dringen, oder die gerichtliche Verwahrung der Sache verlangen".

(32) PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*. Trad. de C. Melón Infante. Barcelona, 1957. Vid. pp. 231-233.

(33) Vid. Además en la nota anterior que las deudas indivisibles reciben el trato de deudas solidarias.

(34) Vid. nota 31.

que le dedica, hace que su regulación resulte especialmente dificultosa.

3. DIVISIBILIDAD NATURAL DE LAS OBLIGACIONES

El texto del artículo 1.138 aparece redactado de tal forma que inclina a pensar que las obligaciones son normalmente divisibles, mientras que la indivisibilidad es un supuesto excepcional frente a dicha regla general (35). En efecto, el Código civil sienta en él una presunción de divisibilidad de las obligaciones. Y sin embargo, si examinamos detenidamente las diversas categorías de obligaciones contempladas por el artículo 1.151, resulta todo lo contrario (36).

A) OBLIGACIONES DE DAR

Atendiendo primero a las obligaciones de dar, resulta difícil encontrar ejemplos de divisibilidad cuando dichas obligaciones recaen sobre bienes inmuebles. La doctrina remite frecuentemente a las normas que regulan la liquidación (a través de la división) de la comunidad de bienes (37). Y ya atendiendo a la jurisprudencia correspondiente es fácil comprobar las dificultades que existen en disolver la comunidad a través de la división de la cosa común. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1881 rechaza la petición de los demandantes de proceder a la división de una cosa común por considerar (de acuerdo con la ley 10, título 16, Partida 6.^a) que dicha división menoscabaría mucho el valor de dicha comunidad. En el caso se trataba de unos almacenes "compuestos de diferentes partes, con el uso o destino peculiar a cada una, como el tanque, la casa del Mayordomo, el almacén y el muelle, con inclusión de sus respectivos terraplenes,..." "Parece claro que en cualquier supuesto en el que el bien sea una unidad de producción la división del mismo resulta especialmente problemática.

Así resulta también de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1921 en el caso de un conjunto de fincas rústicas. La Sentencia accedió a la demanda de liquidación de la comunidad mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños,

(35) Tal es la postura que suele adoptar normalmente la doctrina. Vid. HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*. Vol. III. Madrid, 1958. p. 218.

(36) Sobre la poca frecuencia con que se encuentran en el tráfico real obligaciones mancomunadas divisibles, Vid. COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit Civil*. T. II. Paris, 1959. p. 957; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II. Vol. 1.^o. Paris, 1962. p. 774; MAZEAUD/DE JUGLART, *Leçons de Droit Civil*. T. II. Vol. 1.^o. 4.^a ed. Paris, 1969, p. 935.

(37) Vid. ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona, 1970, p. 406, nota 33 (lugar al que remite en la p. 37, nota 34. del T. II, al hablar de las obligaciones indivisibles).

frente a la oposición del demandado que consideraba divisibles las fincas en cuestión. Del dictamen emitido por tres peritos nombrados de común acuerdo resultaba que las fincas reseñadas con las letras G, H, J, no podían sufrir una división en dos lotes que no entrañase la destrucción del servicio de las mismas; que la división en dos mitades de la casa existente en la finca señalada con la letra G causaría la pérdida del 50 por 100 de su valor, a base de practicarse en ella las obras necesarias para conseguir la independencia de las mitades; que las otras fincas, no comprendidas anteriormente, de dividirse materialmente en dos lotes de igual valor, sufrirían un quebranto en su valor actual, no tan sólo por desaparecer el conjunto armónico que hoy constituían, sino también por la depreciación que sobre las mismas causarían las servidumbres que la división creara; que, constituyendo, en realidad, las fincas un conjunto armónico, en el que se complementan sus necesidades y producciones, una división de las mismas en dos lotes de igual valor, entre sí, además de causar los expresados perjuicios, destruiría la trabazón y armonía que entre las mismas existe, causando todo ello una pérdida de rendimiento que directamente recaería sobre el precio de venta que en el mercado alcanzasen los dos lotes en que se dividiese el patrimonio, y cuya pérdida, en junto y total, la estimaban en un 27 por 100 de su valor actual”.

Lo mismo ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1972, tratándose de seis o siete hanegadas de tierra. En efecto, el Tribunal Supremo ratificó la sentencia de la Audiencia, que accedía a la súplica de los demandantes. En ella se pedía que se declarase que la finca en cuestión, inscrita a nombre del demandado, pertenecía en realidad a la comunidad formada por los actores y el demandado, por partes iguales; y que, siendo esencialmente indivisible, se sacase a subasta con admisión de licitadores extraños, repartiendo el producto entre todos los comuneros.

Y la misma indivisibilidad se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1949 con respecto a una finca urbana (inmueble no productivo). El primer considerando recoge los criterios que se han tenido en cuenta para rechazar la división material: “la discrepancia que motiva la controversia judicial consiste en que el actor sostiene que la finca común es esencialmente indivisible, y por ello solicita se proceda a su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, mientras que la parte demandada estima que la tal finca es perfectamente divisible, no procediendo, por tanto, su venta en pública subasta y solicita se decrete la división del solar en cuestión, convirtiendo la cuota ideal de cada condueño en una porción determinada y material y haciéndose para ello lotes iguales a las cuotas respectivas, y sobre esta cuestión, única que en casación se discute, la Sala sentenciadora, teniendo en cuenta al aceptar las declaraciones del Juzgado el uso a que la finca se destina, el número de los partícipes y la proporción en que lo son, las especiales características de:

la finca y los resultados a que conduciría la partición material de ella, ha apreciado como notoria su indivisibilidad con apoyo, además, en la prueba pericial practicada, absolutamente desfavorable a la tesis de divisibilidad” (en dicha prueba pericial se había establecido que el inmueble no admitía cómoda ni equitativa división).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1972 rechaza también la divisibilidad de una finca urbana, con motivo de la liquidación de una sociedad civil irregular. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1972 reitera este criterio restrictivo de indivisibilidad de los bienes de una comunidad, aunque algunos de aquéllos lo sean individualmente.

Pero quizá sea más interesante la contemplación de casos jurisprudenciales en los que se admite la división de los bienes sobre los que recae la comunidad, en tanto en cuanto ni son esencialmente indivisibles, ni desmerecen mucho con la división. En efecto, en ellos se aprecia especialmente no sólo la dificultad para llegar a la división del bien en cuestión, sino también y, esto es más importante, que el criterio para admitir la división es puramente económico; lo que permite una especial elasticidad que no es trasplantable al campo de las obligaciones. De ahí, como veremos, que resulte dudosa la remisión que la doctrina hace a la regulación de la división de la comunidad de bienes. La divisibilidad o indivisibilidad en el momento de resolver la comunidad responde a criterios distintos a los que determinan la divisibilidad o la indivisibilidad de las prestaciones de dar.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1928 se accede a la demanda de división de una dehesa frente a la petición de la copropietaria demandada que, basándose en su indivisibilidad, pedía su venta en pública subasta. El criterio económico aparece claramente expuesto en el informe de los peritos (38) y su

(38) “emitiendo su informe los peritos designados, consignándose en el de don Joaquín Leirado, que en cuanto a la división, si las mitades se referían a la extensión era posible, pero sería de desigual valor, y para que fuesen de igual valor, la extensión tenía que ser diferente; que en cualquiera de esos dos casos las partes que se hicieran serían susceptibles de seguir con los mismos aprovechamientos; que hecha la división en la forma indicada en el croquis que acompañaba con una línea encarnada, compuesta de dos partes, una fija y otra variable, se lograría, o la igualdad de superficie o la igualdad de valor, no creyendo que en el primer caso partes, una fija y otra variable, se lograría, o la igualdad de superficie que serían desiguales en valor, ni en el segundo sumando el de las dos mitades que serían de igual valor; que hecha la división en la forma indicada por la línea del croquis, las dos partes de igual extensión o de igual valor, tendrían edificios, pastos y agua, terreno malo y regular, arbolado bueno y malo, y buenas comunicaciones con la carretera, pudiendo dar la finca dividida una suma de valor igual o mayor a la que tenía sin dividir, no creyendo que por la división perdiera de riqueza ni desmereciese nada; manifestando el perito don Antonio García Monje que siempre sería posible la división material de la finca con el límite de error tolerable, siempre que se tratase de dividir en dos mitades el elemento extensión o el elemento valor, pero si se trataba de dividir en dos mitades el elemento extensión y el de valor conjuntamente considerados; en este caso la división, si no imposible, sería punto menos que impracticable en

separación del criterio de igualdad absoluta, apuntado al comienzo de esta exposición, es puesto de relieve en el tercer considerando de la sentencia, confirmatoria de la de la Audiencia y, en este punto, también de la del Juez de Primera Instancia (39).

Desigualdad entre el criterio económico y el material, que parece evidente cuando se hace uso de la posibilidad que deja abierta el artículo 402, párrafo 2.º, de conceder suplementos a metálico a aquel copropietario que resulte perjudicado frente a los demás por el lote que le corresponda. Así ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1955, que confirma la de la Audiencia y la del Juez de Primera Instancia en las que se aceptaba la demanda sobre

la realidad; que hecha la división a ninguna de las partes le faltarían los aprovechamientos actuales; que en ningún caso se seguiría a la finca total por la división demérito alguno; que la cuantía de los gastos por la división no alcanzaría cifra mayor de 6.000 pesetas; que en ambas partes quedarían edificios bastantes y pastos y terreno bueno y malo y monte y buena comunicación, pero no podría practicarse la división si las dos partes hubiesen de resultar de igual extensión y de igual valor, cumpliéndose todas las condiciones con la división que se hacía en el croquis; que el que la dehesa formase un todo orgánico y armónico no quería decir que no fuera divisible en dos partes iguales, en la que se cumplirá análoga condición, pues bastaría que a cada una de las partes se le asignaran los mismos aprovechamientos que tuviera el todo, y esto era realizable en la forma que se proponía como aproximada; y el otro perito, don Antonio Elías, informó en el sentido de que podía practicarse la división, y la línea más conveniente era la señalada con rojo en el croquis, estimando que las dos partes que quedasen serían susceptibles de los mismos aprovechamientos principales que existían, sin que se perdiera valor en cada una de las partes, con relación al todo, sino que, por el contrario, la suma sería mayor; que los gastos de división alcanzarían la cifra máxima de 6.000 pesetas; que no podía hacerse la división con igual extensión y el mismo valor; que si se hacía la división como se indicaba en el croquis, se conseguiría que las dos partes tuviesen todos los aprovechamientos; que, en efecto, la dehesa formaba un total armónico y orgánico, pero practicada la división, según la línea propuesta, ambas partes también lo formarían; y que por el hecho de dividir la finca no había pérdida alguna de riqueza, y por lo tanto no había demérito”.

(39) “Considerando que define el léxico mitad cada una de las dos partes iguales en que se divide un todo y el adjetivo iguales califica con la misma propiedad todas aquellas cosas que puedan ser por naturaleza, cantidad o calidad, y puede aplicarse en relación con cada uno de estos conceptos y separadamente, y es notorio que tratándose de dividir por mitad una dehesa que tiene tierras de distinta clase, dedicadas a diferente especie de cultivo, con suelo y vuelo de diversas vegetaciones, y con edificaciones apropiadas para la unidad de conjunto a la explotación a que venía dedicado el predio que constituye una sola finca de perímetro irregular, no puede ser la división que por mitad se ordena aquella división que consistiera en hacer de la misma dos partes tan idénticas que, idealmente superpuestas, llegaran a coincidir en todos sus accidentes de extensión topográficos, orográficos, de cultivo, etc., porque esto sería absolutamente irrealizable por imposible, y es principio o regla de derecho, proclamado desde el Digesto “*impossibilia natura lege non confirmantur*”, y además, para interpretación del fallo del Tribunal “*a quo*” no es lícito prescindir de los fundamentos en que está razonado y en los cuales se estima que la división de la dehesa “Sesgudos” es susceptible de ser hecha en dos partes, que cada una puede constituir una dehesa, que permite el mismo aprovechamiento a que la totalidad venía destinada, sin que desmerezca el valor de cada una de las dos extensiones en que haya de dividirse...”

división de dos solares sujetos a copropiedad. El Juez de Primera Instancia declaró: "Que debe reconocerse a la división de dos solares de la Gran Vía y calle de Colón de Larreátegui, de dicha capital, que por mitad y pro indiviso pertenecen a los litigantes, formándose los lotes, el primero, que estará formado por el solar norte de la Gran Vía con el sur de Colón de Larreátegui, según detalle y planos de parcelación del informe del arquitecto don Germán Aguirre (informe presentado por la parte demandante), y el segundo constituido por el solar sur de la Gran Vía y el norte de Colón de Larreátegui, los cuales serán sorteados entre las litigantes, adjudicándose a cada una de ellas el que le toque en suerte, pero debiendo entregar aquella a quien toque el lote número uno 211.428,10 psetas. a la que sea adjudicado en suerte el número dos, como compensación de valor". Conviene señalar, además, que la división realizada con respecto a ambos solares suponía la fragmentación de cada uno en otros dos de desiguales dimensiones.

Finalmente, un tercer elemento para apreciar el distanciamiento del criterio de divisibilidad de la comunidad frente al de la divisibilidad de las obligaciones aparece si nos fijamos detenidamente en que aquél no sólo se basa exclusivamente en el valor económico de las partes resultantes, sino que incluso dentro de ese valor se mueve con una gran elasticidad, puesto que sólo cuando se produzca una notable desvalorización ("cuando una cosa... desmerezca mucho por su división") (artículo 1.062) de la cosa se impone su indivisibilidad. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1964 se acepta la división de un conjunto de 33 fincas, aunque ello implica un cierto desmerecimiento de las mismas (40).

(40) "Considerando que por el mismo cauce procesal (número 1 del artículo 1.692) se formula el motivo segundo en el que se aduce que la Sentencia impugnada ha infringido, por violación, los artículos 401, 404 y 1.062 del Código civil, por entender que, de acuerdo con estos preceptos legales, "los copropietarios de una cosa común, cuando sea indivisible o desmerezca mucho por su división y no exista acuerdo de que sea adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, será vendida en pública subasta y con admisión de licitadores extraños"; mas debe notarse que la tesis del recurrente se sustenta en realidad en la interpretación que el mismo da a los preceptos que el mismo dice infringidos y a los hechos que el Tribunal "a quo" estimó probados sin que su apreciación fáctica y probatoria sea combatida por el único cauce legal adecuado, al amparo del ordinal séptimo del mencionado artículo 1.692.

Considerando que en la Sentencia recurrida se afirma que el objeto de división es un cupo hereditario compuesto de 33 fincas, que ese cupo es divisible y que al practicarse la división no resulta inservible para el uso a que se destina, aun cuando desmerezca algo, y que esa división puede hacerse perfectamente, pues no se trata de dividir todas y cada una de las fincas, sino de distribuir las agrupándolas en lotes, invocando al respecto el artículo 1.601 del Código civil, "no habiendo prueba alguna que demuestre la existencia de un conjunto orgánico de explotación con substantividad propia, pues esta alegación del apelante carece de todo apoyo en lo actuado en el pleito".

Considerando que al no ser el cupo de bienes esencialmente indivisible no se está en el supuesto que rige el artículo 404 del Código civil, el cual no ha sido infringido por la Sala sentenciadora, ni tampoco el 401, dadas

Para que una obligación de dar sea divisible hace falta que la cosa sea no sólo económicamente divisible (íntegra conservación de su valor económico a pesar de la división), sino que, además, todas las partes resultantes sean cualitativamente idénticas y cuantitativamente proporcionales. Así lo hemos apuntado ya al hablar del concepto de las obligaciones divisibles e indivisibles, recogiendo la opinión común de la doctrina. Quizá sea ahora, en vista de lo dicho, el momento adecuado para analizar las razones últimas de los requisitos enumerados. Estas sólo se pueden apreciar si atendemos al efecto que nuestro legislador une a las obligaciones divisibles cuando en ellas concurre una pluralidad de deudores o de acreedores: el crédito o la deuda se dividen en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros (artículo 1.138). En efecto, si prescindieramos de ese efecto, sólo sería necesario, a efectos de fijar la divisibilidad de una prestación, que las partes en que pudiera fragmentarse dicha prestación mantuviesen su valor. Puesto que el acreedor no tiene por qué aceptar un cumplimiento parcial de la obligación, sólo queda satisfecho cuando recibe el pago total (artículo 1.157); y será indiferente que éste haya sido fragmentado si luego, al reunirse en la persona del acreedor, todas las partes de la prestación reconstituyen su valor originario. Pero desde el momento en que existe una pluralidad de deudores, resulta que la obligación se fragmenta entre éstos y el acreedor tendrá que aceptar la extinción individual de cada una de las deudas y la responsabilidad individual de cada deudor por el pago de la parte que le haya correspondido. Puede pues ocurrir que el acreedor obtenga su satisfacción en algunas de las deudas resultantes y no en otras. Lo que quiere decir que el acreedor tendrá que conformarse con una satisfacción parcial con respecto a la obligación originaria considerada globalmente. Y es aquí donde es importante, si no se quiere agravar especialmente la situación del acreedor, que éste obtenga una satisfacción proporcional a la total con el pago de cada una de las deudas resultantes; para lo que es necesario que cada una de estas deudas recaiga sobre una parte cualitativamente idéntica y cuantitativamente proporcional a la prestación total originaria. Pero aún hay más: sin el requisito últimamente mencionado no hay normalmente posibilidad de aplicar el artículo 1.138, puesto que

las afirmaciones fácticas y probatorias que sustentan el fallo recurrido, y en cuanto al artículo 1.072 del mismo Código, debe advertirse de que este precepto parte de que la cosa sea indivisible o *desmerezca mucho*, y no solamente algo, por su división, lo cual significa tanto como que por esa división haya de sufrir grave quebranto y demérito, lo cual no ocurre en este caso, "pudiendo perfectamente hacerse 5 lotes de igual valor en su estado y situación actual", como sostiene el juzgador de instancia, apreciación sólo combatible en la forma prevenida por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar, por todo lo que es procedente la desestimación al segundo y último motivo, debiendo en consecuencia declararse no haber lugar a la casación interesada con los demás pronunciamientos inherentes a esa declaración".

no hay criterio para determinar la parte de la deuda correspondiente a cada uno de los deudores. En efecto, si tres personas se obligan a entregar un inmueble rústico o urbano, aunque éste sea divisible en tres lotes de valor homogéneo, no habrá forma de determinar en principio quién de ellos tendrá que entregar la parte de arbolado, o la parte del solar colindante con una calle o sometida a una servidumbre. Si se trata de la entrega de un lote de fincas, tampoco se podrá saber a quién de los dos deudores corresponde la entrega de cada finca. Cierto que en el negocio fuente de la obligación se puede establecer que A entregará la parte de arbolado, B la parte de cultivo y C las edificaciones de la finca (también puede ocurrir como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1889 (41) que la distribución resulte de la interpretación negocial), pero entonces se habrán constituido directamente tres obligaciones (42), a no ser que expresamente se pacte la indivisibilidad de las tres prestaciones. Entonces tendríamos una indivisibilidad convencional y no natural, puesto que en este último plano insisto en que nos encontraríamos ante tres prestaciones perfectamente separables e integrables en tres obligaciones distintas. Lo mismo cabe decir también con respecto a los ejemplos de un solar o de un lote de fincas.

Estos mismos argumentos se pueden alegar cuando la pluralidad de sujetos se produce en el crédito y no en la deuda. Es evidente que la satisfacción proporcional de cada acreedor sólo se produce si los créditos resultantes recaen sobre partes no sólo con un idéntico valor, sino también cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales. Y de nuevo aquí no cabe ningún criterio para llevar a cabo un reparto del pago entre los acreedores si los créditos resultantes no reúnen los mencionados requisitos (43).

Resulta pues evidente por qué no cabe hablar de divisibilidad de las obligaciones cuando las prestaciones contenido de éstas sólo son divisibles en su valor de cambio y no en su valor de uso. Esa divisibilidad podrá ser relevante a los efectos de admitir un cumplimiento parcial de la obligación cuando no exista pluralidad de sujetos, es decir, cuando no se trate de aplicar el artículo 1.138. En tal sentido, ya lo veremos, se podrá hablar de una divisibilidad de la obligación,

(41) Vid. en el apartado número 6 de este trabajo.

(42) HERNÁNDEZ-GIL no parece apreciar suficientemente este argumento: "Otro tanto ocurre (la obligación es divisible) cuando las cosas no sean fungibles, siempre que haya pluralidad. En estos casos no importa que las cosas, individualmente consideradas, sean indivisibles, pues el cumplimiento parcial puede estar representado por la entrega de una o de varias como fracción de un conjunto". Op cit. Vid. pp. 163-164.

(43) ALBALADEJO: "... 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, no se podrá atribuir a cada uno una parte igual, y la atribución de desiguales será insólita". Op. cit. Vid. pp. 38-39.

pero con un contenido distinto al que se refiere el Código civil en los artículos 1.138-1.139 y 1.149-1.151.

Ahora bien, esos requisitos de divisibilidad a los que hemos hecho referencia sólo se producen en las obligaciones fungibles, por lo que se refiere a las obligaciones de dar, es decir, obligaciones que recaen sobre cosas objetivamente sustituibles en tanto en cuanto objetivamente desempeñan idéntica función dentro de una sociedad, y que, por ello se determinan por su número, peso o medida. De ahí que resulte muy difícil aceptar la divisibilidad de las obligaciones que recaen sobre bienes inmuebles. Sólo cabe hablar de fungibilidad de éstos cuando la obligación recae sobre un conjunto de ellos de idénticas características: la entrega de veinte chalets iguales e idénticamente emplazados, la entrega de treinta parcelas de terreno de la misma calidad, dedicadas al mismo cultivo, con la misma superficie y el mismo emplazamiento, o la entrega de una parcela divisible en partes de las cualidades señaladas. Vemos pues, cómo queda muy escaso margen para las obligaciones divisibles cuando éstas recaen sobre bienes inmuebles.

Así pues, será el campo de las obligaciones que recaen sobre bienes muebles donde mayor aplicación tendrá la categoría de las obligaciones divisibles. Y aun dentro de este sector, su ámbito no es tan extenso, puesto que se reduce al de las obligaciones fungibles (44).

Una vez sentado lo anterior conviene señalar cómo el criterio establecido en el párrafo primero del artículo 1.151 no es incorrecto, contrariamente a la opinión más generalizada en la doctrina, siempre que se de a la expresión *cuerpo cierto* su sentido adecuado. En efecto, normalmente se considera que al hablar de *cuerpo cierto* el Código civil hace referencia aquí a las cosas específicas; lo que se critica lógicamente, puesto que aunque la obligación sea genérica, es evidente que puede ser indivisible: entregar un caballo, una casa, un coche, un avión..., (45). Pero frente a semejante interpretación, hay que apuntar que el Código civil utiliza el adjetivo *determinado* para referirse a una cosa específica (artículos 1.906 y 1.182) y, aunque a veces utiliza el adjetivo *cierto* también con dicho sentido (en los artículos 1.445 y siguientes, con el fin de evitar repeticiones), dicho adjetivo no tiene un sentido técnico-jurídico acuñado en el Código. Por ello se le podrá dar en cada caso el sentido que se considere más adecuado, siempre que encaje dentro de las acepciones corrientes del mismo. Pues bien, dentro de éstas cabe contraponer 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

(44) En lo que parecen coincidir LARENZ: "Diese Voraussetzung (requisito de divisibilidad) ist in der Regel gegeben bei vertretbaren Sachen und bei Geldschulden". *Lehrbuch des Schuldrechts*. I. 8. Aufl. München/Berlin, 1967. Vid. p. 373; VON TUHR: "Así ocurre siempre (son divisibles) con las cosas genéricas y principalmente con el dinero y demás cosas fungibles". Op. cit. Vid. p. 280.

(45) Vid. ALBALADEJO. Op. cit. p. 36, nota 32; ESPÍN. Op. cit. p. 59.

únicos naturalmente divisibles a efectos de los artículos en cuestión (45 bis). Por otra parte, esta interpretación del párrafo primero del artículo 1.151 queda confirmada por el párrafo segundo, que al referirse a las obligaciones de hacer divisibles, pone como ejemplos de las mismas la realización de servicios fungibles o sustituibles, y que, consecuentemente, se cuentan o miden: días de trabajo, obras por unidades métricas (46).

La contemplación de la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1875, de 6 de diciembre de 1889, de 19 de junio de 1941) confirma plenamente lo que hemos dicho, ya que los casos de obligaciones divisibles de dar que nos presenta se refieren siempre a bienes fungibles y, en especial, al dinero, sobre todo cuando éste entra en la relación obligatoria con carácter subsidiario, sustituyendo el cumplimiento normal por una indemnización de daños y perjuicios.

B. OBLIGACIONES DE HACER

En cuanto a las obligaciones de hacer, ya hemos señalado cómo el criterio, recogido además expresamente de forma mucho más clara por el párrafo 2.º del artículo 1.151, es el mismo. Sólo cabe hablar de divisibilidad cuando la prestación pueda descomponerse en una pluralidad de actividades fungibles o sustituibles por ser cualitativamente idénticas, conservando además, su valor económico. Esto se registra especialmente en los supuestos de arrendamientos de servicios. Cuando el hacer vaya conectado con la realización de un objetivo, la divisibilidad será mucho más difícil porque, junto al fraccionamiento del hacer, habrá que atender al del objetivo en cuestión (47). Por ello, frente al arrendamiento de servicios, resulta más

(45 bis) "por exclusión de lo que el Código dispone acerca de la indivisibilidad de las obligaciones de dar cuerpos ciertos, hay que considerar también como divisibles las de entregar sumas de dinero o cualquiera otra cosa de las que se cuentan, pesan o miden". CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. III, 10.^a ed. Madrid, 1967.

(46) "... son divisibles las obligaciones de hacer que tengan por objeto una serie de actos fungibles, por decirlo así, de modo que su mayor o menor utilidad esté en relación con su cantidad; ejemplo: fabricar cien metros de muro, prestar un número de días de trabajo o ejecutar ciertas obras por unidades métricas, como dice el Código español, que admiten por su naturaleza cumplimiento parcial". CLEMENTE DE DIEGO, *Op. cit.* Vid. p. 74.

"Lo que el Código indica sobre las obras por unidades métricas y sobre los días de trabajo, no pasa de ser, por otra parte, una aplicación de la antigua fórmula general que agrupaba todas las prestaciones de naturaleza fungible". MUCIUS SCAEVOLA, *Op. cit.* Vid. p. 820.

En el mismo sentido, Vid. BORREL Y SOLER, *Derecho Civil Español*. T. III. Barcelona, 1955, p. 107.

(47) "Si noti che la prestazione di fare è indivisibile o no, non solo secondo che gli atti di cui consta possano o no, essere distribuiti fra più persone, ma anche a seconda della meta o risultato a cui tende: ad es. secondo che l'oggetto sia cosa divisibile o no". BARASSI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 4.^a ed. Milano, 1955. Vid. p. 435.

difícil encontrar casos de divisibilidad de un arrendamiento de obra (47 bis). Sin embargo, no se puede decir, como en alguna ocasión ha hecho la jurisprudencia, que no cabe la divisibilidad de un arrendamiento de obra (48). Basta pensar en la construcción de cincuenta camiones, para comprender que en tales supuestos (cuando la obra —el objetivo de este caso— a realizar sea también divisible) hay que admitir la divisibilidad de toda la relación obligatoria.

Pero en definitiva, resulta claro también en esta categoría de obligaciones como lo normal es encontrarse con obligaciones indivisibles. Tal es el caso, en principio, de todas las obligaciones en que las partes concurrentes se comprometen a realizar un negocio en el futuro (precontrato). Un ejemplo extremo de tales supuestos nos lo brinda la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1941, en la que ni siquiera cabe pensar en una aplicación del artículo 1.154, puesto que no se puede concebir un cumplimiento no sólo parcial, sino tampoco irregular. En efecto, la obligación contraída consistía en el compromiso de constituir una sociedad anónima para

(47 bis) Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1972 vemos cómo la construcción de un chalet es una obligación indivisible: "... además, tratándose de la construcción de un chalet, y no existiendo el documento oficial o privado en que se hubiesen instrumentado, en su caso, las estipulaciones esenciales para configurarlo como contrato de empresa por unidades de medida, es evidente que al no estarse frente a una obra divisible y separable en piezas homogéneas, que pudieran contratarse y realizarse independientemente unas de otras y en serie, la Sala sentenciadora actuó correctamente al atemperarse a lo que es habitual en este tipo de contratos en los que —si otra cosa no se pacta— las entregas de dinero se hacen contra facturas provisionales de obra ejecutada, o certificaciones facultativas también provisionales, realizándose a cuenta y subordinándose a la liquidación final o definitiva que se hace después, por acuerdo bilateral, cuando se concluye y va a recibirse la obra; dichas entregas parciales implican una facilidad de pago para reponer fondos a fin de que el empresario pueda ir atendiendo a los gastos de la obra sin tener que esperar al momento de la recepción definitiva de ella, representando las facturas de obra o las certificaciones facultativas, en estos supuestos, una especie de garantía que provisionalmente se ofrece al propietario como una realidad apreciable a simple vista, pero no valorable con exactitud matemática irrevocable" (quinto considerando).

(48) El último considerando de la STS. de 4-II-1950 indica de pasada (no constituye la ratio decidendi de la sentencia) que mientras que el arrendamiento de obra implica indivisibilidad, el arrendamiento de servicios es divisible.

En el mismo sentido, Vid. HERNÁNDEZ-GIL: "En las obligaciones de hacer, la divisibilidad y la indivisibilidad están en función, respectivamente, de que la prestación comprenda sólo el hacer, en cuyo caso suelen ser divisibles, o el resultado, la obra, en cuyo caso son indivisibles. Así los contratos que se refieren a la prestación de servicios, como ocurre con el contrato de trabajo, engendran obligaciones de ordinario divisibles. Otro tanto sucede siempre que, en general, sólo cuente la actividad, fraccionable en el tiempo o mediante otra unidad de medida. En cambio, si forma parte de la prestación, no sólo la actividad, sino un determinado resultado a que ella conduzca, entonces la obligación es indivisible". Op cit., p. 165; PUIG BRUTAU, Op. cit. Vid. p. 255.

A este criterio parece inclinarse también VON TUHR: "Tienen también carácter indivisible la mayoría de las prestaciones de trabajo, y principalmente la elaboración de una obra o la restauración de un objeto deteriorado (ya que los distintos actos necesarios para alcanzar el resultado perseguido no son de igual naturaleza)". Op cit. Vid. p. 281.

la fabricación de ladrillos. Si la sociedad no se constituye, en tal caso (de los tres participantes en el contrato preliminar, dos de las partes se niegan injustificadamente a ello), no cabe una mínima satisfacción del fin perseguido. El problema está no sólo en que la obligación sea indivisible (en sentido estricto), sino también en que no admite un cumplimiento irregular (indivisibilidad en sentido amplio). Así pues, frente a la moderación de la pena convencional llevada a cabo por la Audiencia, aplicando el artículo 1.154, el Tribunal Supremo casó la sentencia imponiendo el pago total de la pena (49).

C. OBLIGACIONES DE NO HACER

Por último, las obligaciones de no hacer son, sin duda, las que mayores dificultades presentan a la divisibilidad. Hasta el punto de que buena parte de la doctrina considera que en ellas no cabe la división (50). Sin embargo, nuestro codificador fue más prudente en

(49) "Considerando que en la sentencia recurrida se declara probado —y no se impugnó en casación— que el 4 de agosto de 1934 el demandante y los demandados acordaron constituir una sociedad anónima para la fabricación de ladrillos; designaron un árbitro para la valoración de las fábricas que los contratantes habían de aportar y para dirimir también cuantas incidencias surgiesen hasta la definitiva formación de la Sociedad; pactaron, como cláusula de garantía y sanción de conducta, una pena de 50.000 pesetas para el caso de que alguno faltase a lo estipulado, y, puesto en ejecución el convenio, acataron las decisiones previas del árbitro hasta que, llegado el momento de otorgar la escritura pública de constitución de la Sociedad, dos de los contratantes —don Rogelio F. y la Compañía limitada C. y C.— se negaron al otorgamiento sin causa justificada.

Considerando que, con estos antecedentes, la Sala de instancia estimó que los contratantes nombrados habían incumplido el convenio de 1934, pero entendiendo que el incumplimiento era parcial moderó la pena convenida reduciéndola a 15.000 pesetas que habían de pagar al demandante —Sociedad P. y Compañía— los demandados referidos, juntamente con los gastos de arbitraje satisfechos por aquélla, y contra el fallo así concebido se alza el motivo segundo del recurso denunciando la infracción del citado artículo 1.154, entre otros preceptos legales, por estimar el recurrente que la obligación incumplida es indivisible, y por tanto no se puede dar el supuesto de que sea parcial o irregularmente ejecutada".

"Considerando que por ser indivisible la obligación convenida y, por tanto, sólo apta para ser ejecutada o incumplida totalmente, la Sala sentenciadora ha infringido por aplicación indebida el repetido artículo 1.154 del Código civil al calificar jurídicamente de incumplimiento parcial aquella negativa de los demandados y moderar la pena estipulada, y, en consecuencia, procede la casación por el segundo de los motivos del recurso".

(50) "les obligations *de ne pas faire* sont, elles, presque toujours indivisibles, car tout acte contraire a l'abstention promise emporte violation de cette obligation". COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit Civil*. T. II. París, 1959. Vid. p. 976.

"Las obligaciones que tienen por objeto una prestación de no hacer son, casi de modo absoluto, indivisibles. 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. En la prestación positiva el cumplimiento no íntegro puede representar una parte del cumplimiento; pero

esta materia, dejando abierta dicha posibilidad, aunque no señalase el criterio ni diese ninguna indicación al respecto. Y es que, en efecto, parece posible admitir la divisibilidad de las obligaciones de no hacer siempre y cuando se puedan descomponer en inactividades cualitativamente iguales, cuantitativamente proporcionales y que conserven su valor económico. Si los copropietarios de una finca se comprometen a dejarme pasar por ella, basta que uno de ellos me lo impida para que se produzca un incumplimiento total. En cambio, si tres comerciantes se comprometen a no competir conmigo en determinada zona, no es indiferente para mí que incumpla uno solo o que incumplan dos o los tres. Y es que la actividad que corresponde a la competencia comercial podría ser realizada independientemente por cada uno de ellos con un valor económico independiente.

El elemento temporal introduce también un factor de divisibilidad en el no hacer que puede determinar la divisibilidad de la obligación. Una Sentencia de 21 de marzo de 1950 nos brinda un buen ejemplo. Don Aurelio Zubía vendió a don José Lampreabe su participación en el negocio de fabricación de artículos de caucho que venían explotando conjuntamente. En el contrato se establecieron, entre otras cláusulas las siguientes: "cuarto, por su parte, el señor Zubía, declara que, por convenio con el señor Lampreabe, tiene resuelto desistir de toda intervención en el negocio de toda clase de calzados de caucho y espontáneamente se compromete y obliga a no aceptar empleo, cooperación, directa ni indirecta, ni colaboración de ningún género en ninguna fábrica o empresa dedicadas a la producción o explotación de este producto, debiendo entenderse que subsistirá este compromiso hasta el día en que le haya sido devuelta la totalidad del depósito (cuarenta y cinco mil pesetas) que tiene consignado en poder del señor Lampreabe; quinto, se estipula como cláusula penal, que la inobservancia por el don Aurelio de lo pactado en la cláusula anterior, implicaría la pérdida de toda la cantidad depositada, o de la parte de la misma que entonces se hallare pendiente de devolución, quedando esta parte o toda la suma a beneficio del señor Lampreabe o herederos del mismo, como de su propiedad, sin que el don Aurelio Zubía pueda formular reclamación alguna, pues a

en la prestación negativa no es así; pues cuando alguna acción que debió de omitirse se realiza, no se fracciona meramente el cumplimiento, sino que se efectúa algo totalmente contrario e incompatible con él". HERNÁNDEZ-GIL, *Op. cit.*, p. 166.

"De las transcritas reglas, tal vez la que se refiere a las obligaciones que menos duda ofrecen en cuanto a su carácter indivisible es la última, relativa a las obligaciones de no hacer, a pesar de que se remite a lo que aconseje el carácter de la prestación en cada caso particular. Como dice LEHMANN, la prestación de no hacer es completamente indivisible, porque "dejar de hacer a medias equivale a hacer también a medias, por lo que implica la frustración parcial del resultado perseguido". PUIG BRUTAU, *Op. cit.* Vid. pp. 254-255.

Vid. también, DEKKERS, *Précis de Droit Civil Belge*. T. II. Bruxelles, 1955, p. 259; ESPIN, *Op. cit.*, p. 60; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II, vol. 1.º. París, 1962, p. 776; VON TUHR, *Op. cit.*, p. 281.

ello renuncia anticipadamente para el caso expresado". La forma de "devolución" (era el pago del precio correspondiente a la participación del señor Zubía en el negocio) era el siguiente: "cinco mil pesetas el primero de julio de 1936, y otras cinco mil pesetas en igual día de cada uno de los años siguientes hasta el de 1940, inclusive, quedando un resto de veinte mil pesetas que (se) devolverá el primero de enero de 1941". Fallecido don Aurelio Zubía, su viuda reclamó de los herederos de don José Lampreabe el pago de cuarenta mil pesetas, puesto que sólo se habían abonado las primeras cinco mil pesetas. A lo que el hermano de este último, don Gerardo opuso el incumplimiento por parte del señor Zubía de lo pactado ("Y no bien otorgada la escritura de 17 de marzo, comenzaron a tener noticias don Gerardo y don José Lampreabe, de que el señor Zubía no sólo no cumplía el compromiso contraído de abstenerse de toda intervención y negociación relativas a trabajos o industrias de caucho, sino que en forma ostensible y manifiesta desarrollaba nuevas actividades de ese orden, llegando incluso a ofrecer personalmente género de caucho, modelos de calzado de goma a clientes del señor Lampreabe y ofrecer, asimismo, trabajo a obreros fijos y temporeros de la fábrica, cursando también circulares a nombre de "Manufacturas Navarra de Caucho, S. L." ofreciendo modelos de calzado a precios económicos e invitando a no pocos clientes del señor Lampreabe a demorar las compras interín no conociesen los géneros que ofrecía"), por lo que no sólo se opuso a la demandada, sino que además, formuló reconvencción reclamando la devolución de las cinco mil pesetas entregadas. El Juez de Primera Instancia absolvió a ambas partes. Pero la Audiencia acogió la demanda limitándose a rebajarla en la cuantía de cinco mil pesetas, condenando a don Gerardo Lampreabe al pago de treinta y cinco mil pesetas a la viuda de don Aurelio Zubía. El recurso de casación se montó en su quinto motivo sobre la improcedencia de aplicar el artículo 1.154 desde el momento en que la obligación asumida por don Aurelio Zubía era indivisible. Además, las partes ya habían previsto una graduación de la pena en relación con el momento a partir del cual se produciría el incumplimiento (51). Frente a lo que el Tribunal Supremo razona en el último considerando de su Sentencia de la siguiente forma:

(51) "Y qunto. Amparado, asimismo, en el número primero del artículo 1.692 de la ley procesal. En el supuesto —no admisible— de que fuese de aplicación al caso el precepto del Código civil común relativo a la moderación de la cláusula penal, todavía la sentencia habría de anularse porque infringiría ese mismo artículo 1.154, invocado fundamentalmente por la Audiencia, en relación con las leyes 85, párrafo tercero y 137, título I, libro 45 del Digesto, e incluso el mismo artículo 1.151 del Código civil. Es de resaltar que, al prever la cláusula objeto del pleito, el caso de que el incumplimiento por parte del señor Zubía se produzca en diferentes plazos y determinar, a la vez, la pérdida para cada supuesto, la moderación equitativa que busca el Código la determinaron las partes de antemano en su estipulación; y por eso perdía el señor Zubía mayor cantidad si incumplía al principio la condición, que si la incumplía después de haber recibido las primera, segunda o terceras 5.000 pesetas;

“Considerando que la obligación contraída por don Aurelio Zubía en el contrato de 17 de marzo de 1936 de no aceptar empleo, cooperación directa ni indirecta, ni colaboración de ningún género en ninguna fábrica o empresa dedicadas a la producción o exportación de “calzados de caucho”, es susceptible de incumplimiento parcial e irregular, concepto este último atribuible al de las obligaciones indivisibles, y en el que según el artículo 1.154 del Código civil, puede fundarse la modificación equitativa de la pena convenida para sancionarle, y si la pena sustituye a la indemnización de daños por incumpli-

es decir, el aplicar aquí la norma por los Tribunales, sería el aplicarla dos veces, con notorio perjuicio de una de las partes contratantes. Mas, aparte de ello, que ya es grave, el caso de autos no encaja en ese artículo 1.154 del Código civil, porque éste contempla un supuesto de cumplimiento parcial de las obligaciones; y para esto tiene que tratarse de una obligación esencialmente indivisible. doctrina esta proclamada, por ejemplo, en la sentencia de 19 de junio de 1941, que rechaza la moderación de la pena por esa clarísima razón. A este respecto puede señalarse otra decisión de este Alto Tribunal, sentencia de 10 de mayo de 1912, en la que define como tal obligación indivisible, precisamente el pacto de no dedicarse durante un plazo a los negocios que habían sido objeto de una anterior Sociedad; es decir, la estipulación del pleito. De modo que no siendo esencialmente indivisible la obligación de que se trata, se infringe el propio artículo 1.154 del Código civil y también el 1.151, moderando la pena. No puede inducir a confusión el hecho de que se redujese la pérdida por parte del señor Zubía, a medida que pasase el tiempo, primero, porque aquélla ya se ha reconocido por las propias sentencias, que dicho señor incumplió la cláusula quinta del contrato, desde el principio, y hasta tal punto es ello cierto y está, repite, declarado por las sentencias, que la de segunda instancia no señala el momento en que comenzó el señor Zubía a dedicarse a prestar servicio como operario en una industria de caucho (cuyo derecho, claro está, reconoce y proclama. Considerando último), sino que dicha sentencia, al aceptar los Resultados de la de Primera instancia y su texto sobre la realidad del incumplimiento, parte del supuesto de hecho de haberlo sido desde el comienzo del contrato. Pero, además, las dos sentencias, al absolver a la demandante de la reconvención, la absuelven precisamente por haber entregado las primeras 5.000 pesetas “sabiendo que no las debía” (sentencia Primera instancia confirmada en esto por la de la Audiencia), es decir, habiendo ya para entonces cumplido el señor Zubía la tan repetida cláusula quinta del contrato. Es decir, aquí parten las propias sentencias, no de un incumplimiento parcial (cuya afirmación no está siquiera en la sentencia recurrida y, por ello, no puede esta parte impugnarla como tal afirmación de hecho), sino de un total incumplimiento, que aparta, haciendo una aplicación imposible, el artículo 1.154 del Código civil. Había, además, otra razón igualmente decisiva; y es que, aun habiéndose señalado diferentes cantidades a perder por el señor Zubía según el tiempo en que incumpliese, ello no atañe a la naturaleza de la obligación, sino a sus consecuencias; la obligación es indivisible; no dedicarse a determinados trabajos, durante el tiempo del contrato, lo que sucede es que, en caso de incumplimiento de esa obligación de no hacer indivisible, el propio incumplidor pierde las cantidades que tuviese sin recibir. De todos modos y a estos efectos lo fundamental es para el recurso que las mismas sentencias parten —como hecho— de un incumplimiento total, según sus propios pronunciamientos, y en tal caso, es evidente que no podría haber moderación ninguna de pena con arreglo al mismo artículo 1.154 del Código civil. No es preciso advertir que este motivo de casación se esgrime sólo en el supuesto de que los anteriores no hubieran ya prevalecto en el ánimo de la Sala”.

miento, cuando no se pacta lo contrario, como no se pactó en aquel contrato, y es evidente que el daño recibido por Lampreabe no podía ser el mismo, no sólo por diferencias entre el tiempo convenido para la abstención a que se obligaba don Aurelio Zubía y aquel durante el cual no se abstuvo, sino también por la diferente intensidad con que al negocio prohibido se dedicase, ya que no influye lo mismo en el éxito de una empresa sobre sus competidores, en daño de éstos, el empleado u obrero, sin iniciativa ni responsabilidad, que el iniciador, director o colaborador activo, resulta no sólo equitativa, sino de justicia, la modificación de la pena en atención a tales circunstancias, facultad de que se hizo uso en la sentencia recurrida, respecto a la que estimó debida sin alterar el fraccionamiento de pago convenido por los interesados para la obligación principal de don José Lampreabe, con lo que, sin fundamento, el motivo quinto del recurso no puede tampoco estimarse por el mismo”.

De lo que resulta que el Tribunal Supremo considera: 1.º que el artículo 1.154 se refiere tanto a obligaciones divisibles (“hubiera sido en parte... cumplida”) como a obligaciones indivisibles (“hubiera sido... irregularmente cumplida”); 2.º que la graduación convencional de la pena respondía al carácter divisible de la prestación de no hacer, según se prolongase más o menos en el tiempo; 3.º que la aplicación llevada a cabo por la Audiencia del artículo 1.154 se ocupaba principalmente del cumplimiento irregular (y no del parcial), en tanto en cuanto don Aurelio Zubía había actuado sólo como empleado y no como dirigente dentro del campo que le estaba vedado por el convenio con don José Lampreabe.

La divisibilidad del cumplimiento era fácilmente deducible en este caso dada la configuración que las partes dieron a la pena convencional; pero, aun faltando un dato similar a dicha pena convencional graduada, parece que se puede afirmar la divisibilidad de aquellas obligaciones de no hacer que corresponden al no ejercicio de una actividad durante un determinado período de tiempo. Lo que se basa en la divisibilidad esencial del tiempo.

En este caso, la divisibilidad no se planteaba en relación con una pluralidad de sujetos. Pero, como ya hemos apuntado, también se puede admitir la divisibilidad de una prestación de no hacer entre una pluralidad de sujetos cuando el no hacer corresponda a una actividad independiente realizable por cada uno de los sujetos deudores al tiempo.

Cierto que la interpretación del contrato base y, concretamente, el juego recíproco de intereses pueden determinar la indivisibilidad de la obligación de no hacer, aunque reúna las condiciones ya mencionadas. Así ocurre precisamente con una prohibición de competencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1912. Se trata del cumplimiento de un acuerdo de rescisión de un contrato

de cuentas en participación para dedicarse a una determinada actividad comercial. Por él “B) doña María Alcatena se hace cargo de todo el activo y pasivo del comercio de granos, cereales, coloniales y vinos que constituía el objeto del aludido contrato de cuentas en participación”; “D) Los otorgantes han practicado la oportuna liquidación, e incluyendo en ella las cantidades que por el inmueble dicho satisficieron doña Eloísa y don Eusebio, resulta a favor de éstos y en contra de doña María por consecuencia de la adjudicación que se hace de todo el activo y pasivo del negocio los siguientes saldos: a favor de doña Eloísa de Olano, 34.000 pesetas; a favor de don Eusebio López, 1.000; estas cantidades se las abonará doña María a... doña Eloísa y don Eusebio”; “F) Doña Eloísa y don Eusebio no podrán dedicarse dentro de esta provincia de Vizcaya a los negocios de compra-venta de cereales, vinos y coloniales, durante un plazo de diez años, a contar desde hoy, por sí, ni con socios, dependientes o apoderados del que se dedique a esa clase de negocios. Sin embargo, por excepción, don Eusebio López podrá ser dependiente o empleado, cuando lo crea conveniente, de don Félix Azpilicueta, aun en el negocio de vinos, siempre que el empleo o cargo que desempeñe no sea dentro de dicha jurisdicción de Deusto, o ejercido dentro de dicha jurisdicción, ni trabaje el expresado negocio en ese término jurisdiccional. Si doña María no pagase a doña Eloísa y don Eusebio cualquiera de los plazos señalados en la letra D, o dejase de satisfacer la renta que se fija como precio de arrendamiento en una escritura que se firmará después que la presente, sin perjuicio del derecho que don Eusebio y doña Eloísa tienen de pedir ejecutivamente, o en la forma que proceda, el cumplimiento de esa obligación o pago de las cantidades que se les adeuda, por aquel solo hecho quedará sin efecto el párrafo primero de esta letra F, y don Eusebio podrá dedicarse dentro o fuera de esta provincia a la clase de negocios que tenga por conveniente”. Doña María demanda a doña Eloísa y a don Eusebio, exigiendo la resolución del contrato mencionado; para lo que se basa en el incumplimiento por parte de don Eusebio de la cláusula F, por la que se establecía la prohibición de competencia. Los demandados opusieron, entre otros argumentos, la separación absoluta que debía establecerse entre las relaciones existentes entre doña María y don Eusebio, por un lado, y doña María y doña Eloísa por el otro (“que, por tanto, existía por parte de la actora la obligación del abono de las 34.000 pesetas, y por parte de doña Eloísa la de someterse a la prohibición estipulada y lo mismo en cuanto a don Eusebio, pero con responsabilidad personal y aislada, que contrajo éste por su parte y doña Eloísa por la suya, conforme al sentido recto del contrato”). Lo que, en principio, encaja con la división de los saldos acordados en el contrato a favor de uno y otro demandado. Sin embargo, la exégesis de la cláusula F. reali-

zada por la demandante en su réplica parece decisiva a favor del criterio de indivisibilidad de la obligación de no competir (52).

El Juez de Primera Instancia falló a favor de la demandante. Pero la Audiencia consideró que la resolución no afectaba nada más que a don Eusebio, manteniendo vigente el contrato por lo que se refería a doña Eloísa. En el recurso la parte demandante insiste en los mismos argumentos expuestos en la réplica (la indivisibilidad de la obligación asumida por los demandados), junto con la consideración de que el vínculo creado tiene el carácter de solidario (53).

(52) Resultando que, replicando, la demandante adujo como hechos nuevos, después de reproducir los de su primer escrito, que el fundamento y motivo porque contrajo la actora sus obligaciones era que ni doña Eloísa ni don Eusebio, según clarísimamente aparecía de la escritura de rescisión, pudiesen dedicarse al negocio y comercio a que ella venía dedicándose, y siendo esto así no iba a pactar con ellos en la forma que quería y suponía la parte contraria, quedándose a merced de que el don Eusebio dejase incumplido el contrato, y no obstante ello y el perjuicio que esto suponía a la demandante, seguir ésta obligada a cumplir lo que estipuló con dicha doña Eloísa; que bastaba que uno de los dos demandados dejase de cumplir lo estipulado para que la demandante pudiera pedir la rescisión; que aquéllos contrajeron conjuntamente la obligación que López había incumplido, y en esta forma pactó con ellos, pues de otro modo era indudable que no quedaba garantizado su derecho; que en la escritura se estipuló que si la demandante no pagaba a doña Eloísa y don Eusebio cualquiera de los plazos, quedaría sin efecto el párrafo 1.º de la letra F de la escritura y aquél podría dedicarse al género de negocios que tuviese por conveniente, lo que quería decir que las obligaciones fueron contraídas en la forma que la actora alegaba, pues de otra suerte no tenía explicación que la falta de pago de la demandante a la doña Eloísa afectase a don Eusebio; que además, y en corroboración de estos razonamientos, existía el parentesco de los demandados, pues doña Eloísa era tía de la esposa de don Eusebio, vivían juntos, y aquélla había donado a su sobrino el dinero para comprar las casas que poseía; todo lo que confirmaba que ambos constituían una sola personalidad".

(53) "1.º En cuanto la sentencia absuelve a doña Eloísa de Olano, partiendo de la base de que la obligación de no hacer que en el contrato de 30 de septiembre de 1907 contrajo conjuntamente con don Eusebio López no era solidaria ni indivisible, omitiendo la estipulación referente al caso de que la recurrente no pagase a los demandados las cantidades fijadas en el contrato, afirmando que las obligaciones de don Eusebio López y doña Eloísa son independientes y entre ellos no existe relación jurídica nacida de dicho contrato, incurre en error de hecho, resultante del texto de la escritura citada, que en su cláusula F claramente establece esta solidaridad y la condición de indivisible de la obligación de no hacer que los recurridos contrajeron, y de la contestación dada por el don Eusebio a una de las posiciones, puesto que la relación íntima de parentesco e interés refuerza esa solidaridad e indivisibilidad de la obligación, cuyo error es también de derecho, por no haber dado al documento público la eficacia probatoria que le concede el artículo 1.218 del Código civil, y a la confesión judicial el 1.232 del mismo Código, y

2.º En cuanto la sentencia absuelve a la doña Eloísa, partiendo de la base indicada en el anterior motivo, infringe el contrato, que es ley para los contratantes, según los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil, pues de sus términos claramente se desprende la voluntad de los contratantes de que si faltase al cumplimiento de la obligación cualquiera de los recurridos se podría resolver el contrato respecto de los dos, por el carácter de solidario o al menos de mancomunado indivisible que dicha obligación tiene; el artículo 1.124 del Código civil, que declara implícita en las recíprocas la fa-

El Tribunal Supremo acoge el argumento de la indivisibilidad y da lugar, por consecuencia, a la resolución total del contrato, aplicando correctamente lo dispuesto en el artículo 1.150 al cargar la indemnización de daños y perjuicios a don Eusebio, puesto que él es el responsable del incumplimiento (54).

Esta sentencia del Tribunal Supremo resulta especialmente relevante porque es a la que normalmente se refiere la doctrina como

cultad de resolver las obligaciones, ya que la sentencia niega la resolución respecto de doña Eloisa; el artículo 1.281 del Código civil, según el cual si los términos de un contrato son claros, se estará al sentido literal de sus cláusulas, y si parecieran contrarios a la intención de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquéllas, toda vez que no sólo son claros los términos del contrato en el sentido expresado, sino que, si hubiese alguna duda, la intención de los contratantes no la ofrece respecto de ese carácter de la obligación; el principio de la mayor reciprocidad contenido en el artículo 1.289 del Código civil, pues de interpretarse como lo hace la Sala sentenciadora, el contrato resultaría más oneroso y perjudicial para la recurrente, y, por último, el artículo 1.137 del mismo Código, en su último párrafo, que declara solidaria una obligación cuando expresamente lo determina el contrato, y el 1.150, con arreglo al cual la obligación indivisible mancomunada se resuelve desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso, pues reconociendo la sentencia que don Eusebio López faltó a la obligación de no hacer que juntamente con doña Eloísa contrajo, no pudo absolver a ésta, y por todo ello incide la sentencia recurrida en el motivo de casación citado al principio”.

(54) “Considerando que el contrato de 30 de septiembre de 1907 tuvo por objeto principal la rescisión del de cuentas en participación estipulado en 31 de diciembre de 1901, entre la recurrente doña María Alcatena y Altaza y doña Eloisa de Olano y Astobiza y don Eusebio López Larrazábal, teniendo aquél como causa las obligaciones recíprocas, por parte de doña María de pagar las cantidades estipuladas y por doña Eloísa y don Eusebio la de no poder dedicarse durante un plazo de diez años y dentro de la provincia de Vizcaya, a los negocios que fueron fin de la anterior Sociedad, lo que, por sí solamente así expresado, define claramente esa obligación con el carácter de indivisible por lo referente a los dos últimos.

Considerando que esto más se especifica en el párrafo 3.º de la cláusula F del pacto 3.º del contrato que se discute, pues releva al don Eusebio de tal obligación de no hacer, si doña María no cumple la de pago a los otros dos, significando con ello que la evitación de la competencia en el negocio era la principal causa, y que se tenía por más valiosa en él la intervención personal de don Eusebio, que sólo fue aportante de 1.000 pesetas al constituirse la sociedad, mientras lo fue de 34.000 doña Eloísa.

Considerando que se ve confirmado tal vínculo de indivisibilidad entre doña Eloísa y don Eusebio por las manifestaciones de éste al contestar la posición decimosexta de su confesión judicial respecto a parentesco con doña Eloísa, convivencia en la misma casa, y otras relaciones de intereses.

Considerando que esto establecido existen los errores de hecho y de derecho alegados en el primer motivo del recurso y las infracciones invocadas en el segundo, toda vez que la Sala sentenciadora no estimó la indivisibilidad de la aludida obligación de no hacer, no interpretando rectamente el contrato y no aplicando debidamente lo preceptuado en los artículos 1.150 y 1.151 del Código civil.

Considerando que el Tribunal *a quo* debió, en su consecuencia, tener a la demandada doña Eloísa de Olano, por obligada como el otro demandado a la resolución del contrato, con motivo de su incumplimiento por parte de don Eusebio López, que especialmente y por sí solo responde de daños y pago de perjuicios”.

prueba de la indivisibilidad de las obligaciones de no hacer. Sin embargo, parece claro que no es una prueba decisiva en tal sentido. De acuerdo con lo que afirmábamos más arriba, si en este caso ambas partes demandadas, doña Eloisa y don Eusebio, hubiesen tenido la misma capacidad para llevar a cabo la competencia prohibida por el contrato celebrado con doña María, la obligación de no hacer competencia, asumida por ambos, podría haber sido divisible.

D) OBLIGACIONES COMPLEJAS

Queda sólo por hacer una referencia a las obligaciones compuestas por una pluralidad de prestaciones unidas por el fin económico-social perseguido por las partes. Vemos aquí aparecer la indivisibilidad no de una prestación, sino de varias, basada en la voluntad de las partes, es decir, en la interpretación del negocio fuente de las mismas. Pues bien, como parece lógico, esta clase de obligaciones complejas se somete a los mismos criterios que las obligaciones con prestación simple a la hora de fijar la divisibilidad o indivisibilidad. Así lo determina el quinto considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1941, a la que ya hemos hecho referencia al hablar de las obligaciones de hacer (55). Sólo en tanto en cuanto las prestaciones contenidas en la obligación compleja sean totalmente sustituibles entre sí, es decir, fungibles, se podrá hablar también en principio de una divisibilidad natural de las mismas. Aunque el hecho de que hayan sido insertas todas ellas en una sola obligación implica ya una presunción importante a favor de que las partes las hayan querido considerar como indivisibles. Pero con esto nos adentramos ya decididamente en la materia objeto del apartado número 6: la incidencia de la autonomía privada en la indivisibilidad de las obligaciones.

E. CONCLUSIÓN

Cabe concluir después de este repaso a las diversas categorías de obligaciones que, en todo caso, y aunque en todas ellas quepa encon-

(55) "Considerando que la obligación de constituir una Sociedad, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, ofrece como contenido una prestación simple de naturaleza indivisible, comprendida en el párrafo primero y, a sensu contrario, en el segundo del artículo 1.151 del Código civil, por no ser susceptible de descomposición en partes homogéneas que aisladamente puedan tener cumplimiento, y si se contempla juntamente con el deber, también convenido, de pasar los contratantes por las decisiones del árbitro, previas al otorgamiento de la escritura, se trataría de prestación compuesta, pero de naturaleza igualmente indivisible en su integridad, porque el acatamiento de las resoluciones del árbitro supondría el medio preparatorio de constitución de la Sociedad, fin esencial y único perseguido por los contratantes, quedando así uno y otro deber engarzados con trabazón tan íntima que formarían un solo nexo o unidad jurídica, presidida por el designio finalista de que la Sociedad llegase a ser constituida, y así resulta que, en todo caso, el incumplimiento total se produce si el proceder doloso o culposo de alguno de los contratantes impide el otorgamiento de la escritura de formación de la Sociedad".

trar supuestos de divisibilidad, la obligación indivisible no constituye un supuesto excepcional, a pesar de la engañosa redacción del artículo 1.138, sino que por el contrario parece el caso más normal dado el posible contenido de las diversas prestaciones, así como los requisitos que la doctrina impone (y que, como hemos visto, resultan plenamente justificados) para admitir a efectos del artículo 1.138 la divisibilidad de una prestación.

4. INAPLICABILIDAD DE LA DIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS A ESTA MATERIA

Antes de seguir adelante conviene precisar que la limitación del ámbito de las obligaciones divisibles se confirma si, como me parece correcto, se rechaza la posibilidad de que se considere divisible a cualquier obligación de dar, en base a que en última instancia los derechos que recaen sobre las cosas son divisibles por cuotas. En tal sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina (56), siguiendo en ello el criterio ya expuesto por POTHIER (57). Se recordará que,

(56) Vid. BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil Español*. T. III. Barcelona, 1955, p. 107; COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE: "On ne trouve presque pas d'exemple d'indivisibilité dans les obligations de donner, c'est à dire de transférer la propriété ou un droit reel; car un droit de ce genre est presque toujours susceptible de division, même quand il porte sur un objet qui, matériellement, ne peut pas être divisé. Supposons, par exemple, la vente engendre l'obligation pour chaque copropriétaire de transférer à l'acheteur le droit indivis qu'il a dans l'objet, sa moitié, son quart. L'obligation de donner est donc parfaitement divisible. Voilà pourquoi l'article 1217 a soin de déclarer que l'obligation est indivisible, quand elle a pour objet une chose qui n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle.

Par exception cependant, il y a deux catégories de droits réels qui sont indivisibles, les servitudes et les hypothèques". *Traité de Droit Civil*. T. II. París, 1959, pp. 975-976; ENNECERUS/LEHMANN: "Son divisibles los créditos dirigidos a la transmisión de un derecho divisible, por ejemplo, la propiedad, el usufructo, la prenda, y esto aunque las cosas cuya propiedad, etc., haya de transmitirse, sean indivisibles, ya que, no obstante, cabe transmitir una cuota del derecho, por ejemplo, la copropiedad de un caballo". *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Barcelona, 1954. Vid. p. 21; ESPÍN, Op. cit., pp. 59-60; GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*. Reimpresión de la ed. de 1937. París, 1965, p. 430; HERNÁNDEZ-GIL, aunque matiza la postura: "El problema no puede resolverse a través de una fórmula general y objetiva igualmente válida para todos los casos. La división por cuotas del derecho, en principio, conduce a la divisibilidad. Pero ésta ha de constatarse siempre y en último término a través del cumplimiento que no concierne a la mera titularidad de los derechos ni de las obligaciones, sino a su ejecución; y siendo así el discernir si hay incumplimiento o cumplimiento parcial, cuando lo que objetivamente se presenta es un cumplimiento no completo, está en función de los concretos intereses en juego y del fin perseguido". Op. cit. Vid. p. 165; MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. T. VIII. 4.ª ed. Madrid, 1929; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II. Vol. 1.º. París, 1962, p. 776; PUIG BRUTAU, Op. cit., pp. 251 y 253-254.

(57) Con lo que cabe la divisibilidad en todo caso, salvo en los supuestos excepcionales en que nos encontramos con un derecho indivisible, como la servidumbre. Vid. en este sentido MUCIUS SCAEVOLA, Op. cit., pp. 811-813.

según él, no hace falta que la cosa pueda ser *materialmente* dividida, sino que basta con que lo sea *intelectualmente* en partes indivisas. Sin embargo, conviene también recordar (58) que el mismo POTHIER, recogiendo expresamente la opinión de DUMOULIN, daba un escaso margen de actuación a este tipo de divisibilidad intelectual. En efecto, aunque ésta exista, es presumible que normalmente las partes no quieran hacer uso de ella a efectos de la divisibilidad de la obligación en cuestión.

Pues bien, sobre este tema me parecen absolutamente correctos los argumentos brindados por CICALA para rechazar la divisibilidad de la obligación basada en la divisibilidad intelectual del derecho sobre el que recae la prestación. Su argumentación se basa en que las partes ideales en que se puede dividir un derecho no son ni cualitativamente iguales ni cuantitativamente proporcionales a ese derecho, por lo que normalmente tampoco conservan el valor de cambio del mismo (59). En efecto, los poderes que conceden la titularidad sobre la cuota de un derecho no tienen mucho que ver (son cualitativamente diferentes) con los que suministra la titularidad única y exclusiva del mencionado derecho. Basta atender a las normas contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código civil para comprobar la certeza de esta apreciación.

Pero es que, además, aunque se aceptase la divisibilidad de la prestación sobre esta base, habría que limitarla a la prestación de dar en lo que se refiere a la transmisión de un derecho, pero no podría extenderse a la prestación de dar propiamente dicha, la de entrega de la cosa sobre la que recae el derecho (60). La íntima conexión que normalmente unen a una y otra prestaciones remitiría a un pro-

(58) Vid. nota número 8.

(59) "L'identificazione della divisibilità dell'obbligazione di trasferire la proprietà, di costituire o trasferire l'usufrutto, ecc. nella possibilità di trasferimento per quote e di costituzione per quote di tali diritti, non è coerente con il concetto di divisibilità dell'obbligazione come —appunto in quanto divisibilità dell'oggetto della prestazione, cioè della cosa o del fatto— possibilità che l'adempimento dell'obbligazione parziale offra al creditore, proporzionatamente, la stessa utilità che sarebbe offerta dall'adempimento dell'obbligazione totale. Infatti —e qui si vede anche l'inopportunità della tesi tradizionale— tra il trasferimento della proprietà (la costituzione o il trasferimento dell'usufrutto, ecc.) di una cosa e il trasferimento della comproprietà (la costituzione o il trasferimento del usufrutto, ecc.) della stessa cosa v'è, nelle utilità che l'uno e l'altro procurano, differenza *qualitativa* dati gli speciali limiti inerenti al diritto in comunione; invece, tra il trasferimento de la proprietà (la costituzione o il trasferimento dell'usufrutto, ecc.) di una *parte* della stessa cosa v'è, nella utilità che l'uno e l'altro procurano, differenza *solo quantitativa*, data l'uguaglianza qualitativa della *parte* al tutto". CICALA, *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968. Vid. p. 644.

Vid. también del mismo autor: *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*. Napoli, 1953, pp. 132 a 134 y 203 y ss.

En el mismo sentido, Vid. ESSER: "nicht teilbar ist die Ubereignung eines Gegenstandes, auch wenn er mehreren zu Bruchteilseigentum zusteht". *Schuldrecht*. I. 4. Aufl. Karlsruhe. 1970. p. 428.

(60) Vid. ALBALADEJO, op. cit., pp. 37-38; VON TUHR, op. cit., pp. 280-281.

blema de obligaciones complejas, en el que basta que se produzca la indivisibilidad de una de las prestaciones para que, dada la íntima conexión de todas las prestaciones contenido de la obligación, se produzca la indivisibilidad total de ésta.

Con todo, creo que esta cuestión no debe plantearse, puesto que la observación de CICALA me parece decisiva. Y no deja de ser un dato sintomático no encontrar ningún caso en la jurisprudencia en el que se recoja este tipo de divisibilidad que, de aceptarse, sería sin lugar a dudas el más frecuente.

Resulta también importante señalar a este respecto que nuestro Código civil carece de preceptos donde expresamente se dé pie para aceptar tal tipo de divisibilidad. Nuestro Código civil no contiene ningún precepto similar al contenido en el artículo 1.217 del Código civil francés: "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". Pero además, como señala ALBALADEJO, la referencia contenida en los artículos 1.149 y 1.151, párrafo 1.º, a las cosas hace pensar que nuestro codificador se centra única y exclusivamente en la divisibilidad material de éstas, descartando la de los derechos que recaen sobre ellas, aunque ciertamente serán normalmente divisibles por cuotas (61) (61 bis).

5. INDIVISIBILIDAD CONVENCIONAL DE LAS OBLIGACIONES.

Hasta aquí hemos hablado de la indivisibilidad natural o absoluta de las obligaciones. Ya hemos visto que su importancia cuantitativa no es ni mucho menos pequeña. Pero todavía ha de aumentar mucho más al atender ahora a la indivisibilidad relativa o convencional, es decir, la que resulta expresa o tácitamente de los negocios que dan vida a las obligaciones (62) (63). En efecto, me atrevería

(61) Vid. op. cit., p. 38.

(61 bis) El artículo 11 del Estatuto de la Propiedad Industrial (Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929) establece la indivisibilidad de los derechos reconocidos en el mismo: "Toda concesión de patentes, marcas, modelos, dibujos, nombres comerciales, rótulos de establecimiento y películas cinematográficas será indivisible en cuanto al objeto, procedimiento, producto o resultado que hubiese servido para su otorgamiento, sin perjuicio de las cesiones que por voluntad del concesionario o por precepto de la Ley puedan realizarse de los derechos o aprovechamientos garantizados por la expresada concesión" (párrafo primero).

(62) Sobre la indivisibilidad convencional, Vid. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*. Napoli, 1953, pp. 168 ss.

(63) La existencia de este tipo de indivisibilidad impide considerar como diferencias entre la indivisibilidad y la solidaridad el origen convencional de ésta frente al natural de aquélla, tal y como hace CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*. Ed. revisada y puesta al día por DE COSÍO Y CORRAL/GULLÓN BALLESTEROS. T. II. Madrid, 1959. Vid. p. 71.

a decir que la mayor parte de las obligaciones naturalmente divisibles que nacen de un contrato bilateral pasan a ser indivisibles simplemente como consecuencia del sinalagma funcional. El estudio de algunos casos de la jurisprudencia facilitará la explicación de la afirmación que acabo de hacer. Comenzaremos por una Sentencia de 8 de octubre de 1927.

La Sociedad Instaladora Frigorífica Inurrieta Ordinas y Compañía demandó a don José Orduña Martínez y a don José Martí Salvador pidiendo que se condenase a los demandados, mancomunada y solidariamente, a que cumpliesen el contrato de compraventa e instalación de una fábrica, celebrado en 18 de febrero de 1924, “de potencia equivalente a 10.000 kilos de hielo opaco por cada veinticuatro horas de trabajo continuo y una cámara con su anticámara de un volumen de 80 metros cúbicos para almacenar hielo, que se establecería en Denia, en el edificio propiedad de don José Orduña”, por el precio de 78.000 pesetas. La Audiencia estimó la demanda, confirmando la Sentencia del Juez de Primera Instancia y “condenando a los demandados... mancomunada y solidariamente: primero, a que cumplan en todas sus partes el contrato de compraventa que celebraron... efectuando cuanto fuera preciso para dejar cumplido tal contrato...; segundo, a que indemnicen a dicha Sociedad de los daños y perjuicios causados a las misma, representados por el interés legal de la cantidad de 50.000 pesetas que aquéllos se obligaron a pagar a ésta en lo que restaba del mes de febrero de 1924, desde el último día de dicho mes de febrero hasta el momento del pago”. Recurrida la sentencia por uno de los demandados, don José Orduña y Martínez, se alega como último (sexto) motivo del recurso la infracción de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, al presumirse la solidaridad (64); lo que la Sentencia del Tribunal Supremo acepta en su último considerando, casando la sentencia de la Audiencia en este punto (65).

(64) “se infringen los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, por errónea aplicación, al no estimarse el carácter exclusivamente mancomunado de la obligación reclamada y condenar a los demandados mancomunada y solidariamente, cuando del texto del contrato, en cuanto a las obligaciones de los compradores, no resulta otra cosa que un crédito o deuda de cantidades determinadas como pago de precio de cosa vendida, cantidades que, según lo dispuesto por el artículo 1.138 del Código civil, deben ser satisfechas por mitad, por los demandados contratantes”.

(65) “Considerando que ha respetado tanto el Código civil la libertad de contratación que no ha querido extender las obligaciones que producen más que a las que se deriven de la voluntad de los contratantes, y por ello en aquellas colectivas por la pluralidad de sujetos activos o pasivos, ha reconocido como distintos en sus efectos y consecuencias las mancomunadas simples o a prorrata, en que cada deudor responde de su parte, de las mancomunadas solidarias en que la responsabilidad propia individual se agrava por la ajena, de la que también responde cual si fuese único deudor, consignando en sus artículos 1.137 y 1.138 principios de nuestra antigua legislación de que la obligación única contraída a cargo de varios deudores o en beneficio de diversos acreedores es sólo mancomunada (de las llamadas simples) cuando no se pacta expresamente la solidaridad, con lo cual claramente se ve que toda obligación solidaria es mancomunada; pero no toda mancomunada

A mi entender, el razonamiento y la conclusión del Tribunal Supremo resulan insuficientes, puesto que no abordan el problema realmente existente en este caso. Parece que, en efecto, la Audiencia actuó incorrectamente, al pretender establecer una solidaridad en donde no la había. Sin embargo, quizá se ponga con ello de relieve la intuición por parte de aquélla de que tampoco se trataba de una simple deuda mancomunada, sometida al régimen del artículo 1.138, tal y como parece entender el considerando en cuestión. Y es que lo que falla aquí para llevar a cabo semejante subsunción del supuesto de hecho es la divisibilidad de la prestación que corre a cargo de los demandados, el pago del precio. Esta es en abstracto una prestación divisible por excelencia, puesto que se trata de dinero. Pero no cabe decir lo mismo cuando se combina con otra prestación indivisible, como ocurre aquí, al ser contraprestación de la misma. En efecto, ¿cómo reputar deudas distintas —de acuerdo con el artículo 1.138— las que corren a cargo de los dos compradores? ¿Acaso el cumplimiento del vendedor no aparece condicionado por la plena satisfacción de su crédito con respecto al precio? Ciertamente que ello no conduce a que la deuda de los dos compradores sea solidaria. El vendedor no se podrá dirigir contra cualquiera de ellos para exigirle el pago del todo; pero lo que podrá hacer es negarse a cumplir su deuda mientras no haya recibido el pago total o esté seguro de que lo recibirá. En todo caso, podrá resolver el contrato si no obtiene satisfacción más que de uno de los compradores, es decir, si no obtiene más que la mitad del precio.

Tampoco se produce una responsabilidad solidaria como consecuencia del incumplimiento de uno de los deudores. Y esto es algo que el Tribunal Supremo no pone de relieve, a pesar de negar la existencia de una relación solidaria; con lo que parece llegar a una solución mixta (la indemnización de daños y perjuicios se divide también entre partes deudoras), contraria al artículo 1.150, según el cual es el deudor responsable del incumplimiento el que debe soportar to-

es ni se presume solidaria, pues para reunir esta condición es indispensable que expresamente lo determine según las exigencias del artículo 1.137, y aunque realmente no sea preciso para estimarla tal, el empleo de frases o términos que digan claramente el carácter solidario, sin embargo, no puede presumirse y es preciso que resulte evidentemente que esa fuera la voluntad de los contratantes para originar un vínculo tan especial, tanto más en este caso, en que tratándose, respecto a los compradores del pago del precio en cantidad numérica, es perfectamente divisible, y la presunción sería en favor de los deudores ante la previsión del artículo 1.138, y al no haber en el contrato términos que por su significación gramatical y lógica evidencien el compromiso de pagar o pedir aquél íntegramente a cualquiera de los dos compradores, la solidaridad con que la Sala condenó sobre ello a éstos quebranta la letra y espíritu de los citados artículos 1.137 y 1.138 en que se basa el motivo sexto, ya que ellos no han querido imponer por deducciones factibles responsabilidad no convenida, de tal manera que en la misma demanda ni aun se fundamentó como debiera en demostración de la petición en esa forma hecha en la súplica; y ello impone la estimación de tal motivo sexto del recurso y casación de la sentencia en este particular en cuanto al recurrente que la impugnó”.

talmente dicha indemnización. Lo que, además, en estos supuestos de indivisibilidad resulta especialmente sencillo, puesto que, al poder llevarse a cabo independientemente por cada deudor la parte que le corresponde en la prestación (pago de la mitad del precio), es fácil localizar inmediatamente al incumplidor. Este (el incumplidor) además se destaca de forma evidente cuando, como suele ocurrir en las obligaciones bilaterales, el incumplimiento comienza al no llevarse a cabo la conducta necesaria para que la otra parte pueda realizar su prestación. Así ocurre en el supuesto de la Sentencia, en el que la instalación había de realizarse en un edificio propiedad de don José Orduña, para lo que éste debía ocuparse de conseguir el suministro necesario de agua (por eso la Audiencia condena a los demandados a efectuar cuanto fuera preciso para dejar cumplido el contrato). De los resultando queda claro que entre los compradores se había producido una desavenencia por lo que se refiere al cumplimiento del contrato, puesto que la Sociedad alega entre otras cosas la advertencia que le hizo don José Martí sobre la actitud de José Orduña, dispuesto a burlar el contrato, y, a su vez don José Orduña, el único que se opone a la demanda, acusa a la sociedad demandante y a don José Martí de haberse puesto de acuerdo para engañarle. Sin embargo, como señalábamos, el Tribunal Supremo no imputa toda la indemnización a don José Orduña, sino que parece optar por su prorrateo entre ambos compradores, junto con el principal del precio.

Una segunda sentencia del Tribunal Supremo que muestra como se puede construir una obligación bilateral indivisible, incluso cuando ambas contraprestaciones son divisibles, es la de 6 de diciembre de 1889. Constituido el arrendamiento de varias fincas, pertenecientes cada una a distintos propietarios, la venta posterior de las mismas a un tercero, antes de que concluyese el arrendamiento, determina un incumplimiento del mismo, frente al que el arrendatario exige la devolución de las rentas pagadas correspondientes al período de incumplimiento más la indemnización de daños y perjuicios (66). Pa-

(66) "Resultando que por documento privado, de 1.º de octubre de 1877, don José Barca y Molina, en representación de sus hijos menores, don Luis García Cuesta, don Pablo García de la Roca y don Manuel Fernández Molina, dieron en arrendamiento varias fincas de su propiedad a don Doroteo Gómez Adán, por término de seis años, bajo ciertas y determinadas condiciones; y habiendo vendido aquellas cuatro fincas a don Valeriano Mardrazo cuando no había aún transcurrido el tiempo del arrendamiento, dedujo el arrendatario Gómez Adán en el Juzgado de primera instancia de Alcalá de Henares en 11 de octubre de 1882 demanda civil ordinaria, con la solicitud de que se declarara que tenía derecho a reembolsarse de las rentas pagadas en la parte correspondiente desde las fechas en que se habían enajenado las fincas hasta la conclusión del sexto semestre del arriendo en 30 de septiembre de 1880, y a que los cuatro que le arrendaron las fincas le abonaran los daños que le habían ocasionado con su venta, consistentes: en la labor de 40 fanegas de tierra, en el coste de edificación y apertura de un pozo en las fincas, en el transporte de las leñas que existían en la misma sin cortar, así como las ganancias que se le habían impedido realizar en los tres años, desde 1.º de octubre de 1880 a 30 de septiembre de 1883,

rece claro que en este caso el carácter unitario e indivisible del arrendamiento derivaba directamente de la intención de las partes, al fijar una renta común para todas las fincas. Lo que en principio podría haber dado lugar a una divisibilidad total (tantos contratos de arrendamiento como fincas), se convirtió de esta forma, no en una obligación divisible, sino en una obligación bilateral indivisible. Así, si en vez de haberse producido la venta de todas las fincas por todos los arrendadores (incumplimiento total directo), la venta sólo hubiese afectado a una finca, el arrendatario habría podido resolver igualmente la relación obligatoria. En tal caso, la indemnización de daños y perjuicios habría corrido a cargo exclusivo del arrendador-vendedor (incumplidor). Esto quiere decir que tampoco los arrendadores tenían por qué aceptar un pago fraccionado de la renta. Únicamente el paso a una indemnización de daños y perjuicios permite aplicar al artículo 1.150, con el consiguiente fraccionamiento de la prestación indivisa.

Sin embargo, no cabe generalizar la indivisibilidad de cualquier prestación por el hecho de estar implicada en una relación bilateral en la que la contraprestación correspondiente es indivisible. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1929, que pasamos a examinar, nos ofrece un ejemplo contrario a semejante generalización. Don Fernando Herráez Mateos demandó a don Leónidas Sánchez Vicente y a don Bernardino Vicente Martín exigiendo de éstos el pago total del precio acordado con ellos por virtud del contrato de arrendamiento de servicios convenidos entre los demandados y el actor para la guarda por éste de la alquería coto redondo de "Valdecarrillos", que durante algún tiempo perteneció pro indiviso a aquéllos... para el caso de que la finca fuese enajenada, como en efecto ocurrió", más la indemnización de daños y perjuicios correspondientes al incumplimiento. El Juez y la Audiencia condenaron a los demandados, "solidaria y mancomunadamente, al pago de 10.000 pesetas al demandante, como consecuencia de la preexistencia de un contrato de arrendamiento de servicios constitutivo de una obligación condicional con condición cumplida, celebrado y otorgado entre los dos primeros, como dueños de la finca de Valdecarrillos, y el segundo, como guarda de la misma, con el interés del cinco por ciento anual..., de cuya cantidad total se deducirá la de 1.000 pesetas recibidas por el actor y que traen causa de los mismos servicios...". Recurrida la Sentencia, se alega en los motivos tercero a quinto la existencia de incongruencia, junto con la violación de los artículos 1.137 a 1.139 del Código civil, puesto que la demanda no pedía que la condena al pago fuese solidaria, ni cabía presumir

deducidas las ventas que debían pagarse; y se condenara mancomunadamente a los demandados al pago de dichas rentas, daños y perjuicios y ganancias impedidas, en la cantidad en que pareciera que habían consistido de las pruebas que se practicasen a su tiempo, o en su defecto, de las bases que se fijaran como norma para su determinación".

dicha solidaridad al no haberse convenido y ser divisible la prestación en cuestión. Lo que acepta la Sentencia del Tribunal Supremo en sus dos últimos Considerandos (cuarto y quinto) (67).

El razonamiento parece correcto. Cabe aplicar el artículo 1.138 del Código civil a la deuda contraída por don Leónidas Sánchez y Don Vicente frente a Don Fernando Herráez, aunque la contraprestación de éste fuese indivisible (no sólo porque así se dedujese del contrato, sino también, y fundamentalmente, porque había sido realizada ya). Y ello se debe a la naturaleza de esa contraprestación, consistente en un hacer, que da lugar a que, una vez cumplida, no quepa revocarla ni total ni parcialmente. Por eso el condicionamiento que veíamos en los supuestos de obligaciones bilaterales desaparece. El carácter unitario del contrato ya no puede incidir sobre la divisibilidad de una de las prestaciones desde el momento en que no cabe la resolución del contrato, como consecuencia del incumplimiento parcial del mismo. El riesgo que deriva en tales casos para el arrendatario de los servicios es lo que indujo al Juez y a la Audiencia a conceder la solidaridad de la deuda al acreedor. Sin embargo, no es ésta la solución que abona nuestro Ordenamiento. El precio de los servicios es esencialmente divisible y, al no incidir en tal divisibilidad el sinalagma funcional del contrato base, queda sometido a la fragmentación del artículo 1.138.

Un caso similar, aunque más complicado, es el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1931. Doña Petra Sáiz Saizar, viuda de Don Juan Romero, demandó a Doña Antonia Redil Alvarez el pago de la sexta parte del importe líquido de la renta trimestral que producía una fianza (que se elevaba a 3.542 pesetas desde la muerte de Don Juan, fecha a partir de la cual se había producido el impago), contraprestación convenida en su día por Don Manuel Redil Alvarez, Doña Antonia Redil, Don Eduardo Redil y Don José Ruiz Alcober a cambio de los servicios practica-

(67) "Considerando que, por el contrario, procede estimar los motivos tercero, cuarto y quinto, el cuarto, porque no habiéndose pedido en la demanda la solidaridad de los deudores en la obligación, el Tribunal la concedió con infracción del precepto del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene carácter sustantivo a los efectos del número segundo del artículo 1.692 de la misma Ley; pero aun en el caso de que hubiese sido pedida, no podía concederse, por no estar demostrada la solidaridad.

Considerando que una de las clasificaciones más importantes de las obligaciones es la de mancomunada y solidaria, la primera es aquella existente entre varias personas, ya como acreedores, ya como deudores, entre las cuales se divide el beneficio o el peso de la obligación y se regula por el principio "concurso partes fiunt", o sea, reparto de la carga de la obligación entre los deudores; mientras que la solidaria es la que tiene que ser cumplida indivisamente en favor del acreedor; y como el Código civil establece en su artículo 1.137 que tendrá el carácter de solidaria solamente cuando la obligación expresamente lo determine, lo que no sucede en el caso de autos, y además no pueden estimarse solidarias las obligaciones derivadas de la infracción de un convenio, es evidente que cometió error el Tribunal de instancia, que hace estimables los motivos tercero y quinto".

dos por Don Juan para recabar el resguardo de la Caja de Depósitos, representativo de la fianza a que el presente pleito se refiere. Tanto el Juzgado como la Audiencia fallaron a favor de la demandante. Pero prosperó el recurso de casación, en cuyo primer motivo se alegaba la infracción de los artículos 1.137 y 1.138 (68). El Tribunal Supremo consideró que se trataba de una deuda mancomunada divisible a la que había de aplicarse el artículo 1.138, por lo que Doña Antonio Redil no podía ser condenada al pago del todo, sino sólo al pago de una parte (69).

Vemos, pues, cómo aquí de nuevo, aunque la prestación de Don Juan (los servicios que llevó a cabo para conseguir el resguardo)

(68) "Primero. Infracción, por su no aplicación, de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, pues fundándose la demanda en el documento obrante en autos que contienen una modalidad de pago en retribución de servicios prestados, el más somero examen del mismo evidencia su carácter de obligación simple, sin que en él aparezca, no ya expresamente, sino ni aun siquiera de modo tácito el carácter de solidaria de aquella obligación y, por tanto, a tenor de preceptos que precisa observar, habrá de entenderse dividida la deuda en tantas partes iguales como deudores haya, y por ello no cabe condenar íntegramente a la recurrente al pago de la cantidad reclamada".

(69) "Considerando que según el artículo 1.137 del Código civil, la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni que cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma, pues sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el actor de solidaria; y, por tanto, la solidaridad de una obligación no se presume, ya que según la ley, es necesario que tal condición se exprese y determine claramente en la misma obligación cuyo cumplimiento se reclama.

Considerando que constando del contrato origen de la obligación exigida por la demandante, como heredera de su marido, don Juan Romero Meléndez, que los otorgantes, don Manuel, doña Antonia y don Eduardo Rodil y Alvarez, y don José Ruiz de Alcover, consintieron y se obligaron a reconocer al Romero por su gestión y trabajos practicados, para recabar el resguardo de la Caja de Depósitos, representativo de la fianza a que el presente pleito se refiere, la sexta parte de la cantidad en que pudiera negociarse tal resguardo, o en el caso de que no se negociara, la sexta parte del importe líquido de la renta trimestral que produce la referida fianza; es manifiesto que por la sola concurrencia en este caso de varios deudores al constituirse la obligación, ello no implica que ésta deba cumplirse íntegramente por cada uno de ellos, no constando, como no consta, que aquella se constituyera con carácter solidario; carácter que no puede presumirse del hecho de que los intereses que produce dicha fianza los perciba la demandada, ya que la acción entablada no nace de la enuncia por ésta del resguardo de la fianza, sino en la obligación contraída por los otorgantes del contrato de 30 de mayo de 1913.

Considerando, por tanto, que no pudiéndose estimar solidaria la obligación contraída por los deudores otorgantes del mencionado contrato, la deuda reclamada se ha de considerar según el terminante precepto del artículo 1.138 del Código civil, dividida en tantas partes iguales como deudores haya, reputándose deudas distintas una de otras y al no apreciarse así la Sala sentenciadora, y condenar a la demanda como deudora solidaria al total pago de la obligación contraída, infringió las disposiciones citadas, debiéndose estimar el primero de los motivos en que se funda el presente recurso".

es indivisible, ello no incide en una posible indivisibilidad de la contraprestación, desde el momento en que aquélla fue llevada a cabo, al no poderse revocar, ni poderse resolver consecuentemente el contrato.

Sin embargo, aunque el Tribunal Supremo trata este caso exactamente igual que el anterior, ya apuntábamos al principio que no es ni mucho menos tan sencillo. Y no lo es porque, aunque el bien sobre el que recae la prestación en cuestión (dinero) sea esencialmente divisible, no parece que la prestación misma se haya configurado como tal. En efecto, se trataba de pagar periódicamente (o de golpe), una cantidad de dinero, pero directamente conectada con su fuente de producción (“la fianza constituida en 26 de marzo de 1902 por Don Segundo Redil para responder de la construcción de la carretera de Albaida a Gandía, correspondiente a los títulos de la Deuda que se reseñan e importantes 94.937,50 pesetas”): “la sexta parte de la cantidad en que pudiera negociarse tal resguardo, o en el caso de que no se negociara, la sexta parte del importe líquido de la renta trimestral que produce la referida fianza”. ¿Acaso no había podido, en principio, conseguir el acreedor una ejecución directa (para las rentas futuras) sobre las rentas de la fianza, mientras se hubiesen mantenido las mismas titularidades sobre ella? Cierto que el segundo considerando señala al final que no puede presumirse la solidaridad del hecho de que los intereses que produce dicha fianza los perciba la demandada, ya que la acción entablada no hace de la tenencia por ésta del resguardo de la fianza, sino en la obligación contraída por los otorgantes del contrato de 30 de mayo de 1913”. Pero también conviene apuntar que Don Manuel, Doña Antonia y Don Eduardo Redil y Alvarez, y Don José Ruiz de Alcover se obligaron al pago de la sexta parte de la renta y no al pago de su equivalente. Por lo que el argumento dado por el Tribunal Supremo puede servir para eliminar la solidaridad de la deuda, pero no su indivisibilidad. ¿Cuáles son, pues, las razones que pudieron inducir en este caso al Tribunal Supremo a considerar como divisible lo que, de acuerdo con la interpretación del contrato, parece indivisible? En primer lugar, el carácter pecuniario de la prestación y, consecuentemente, su identidad natural con la indemnización de daños y perjuicios en que se convierte la obligación indivisible desde que uno de los deudores “falta a su compromiso” (artículo 1.150). Pero quizá se trató con ello de favorecer la acción de la demandante, ya que, tal y como había sido formulada —sólo contra uno de los deudores— podría haberse planteado, en principio, la falta de legitimación pasiva en la parte demandada (“sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores”, artículo 1.139). Sin duda, hacía referencia vagamente a esto la contestación a la demanda cuando alegaba: “que a la demandada le bastaba con exceptuar la falta de acción en la demandante que obstaba totalmente a la viabilidad de la demanda, pues cualquiera que fuera la condena

resultaría incongruente con lo suplicado". Trato de favor que se pone de relieve si tenemos en cuenta que dos de los deudores iniciales (Don Manuel y Don Eduardo Redil) habían fallecido y Don José contrajo la deuda en representación de sus hijos, entonces menores, pero ya emancipados en el momento de la demanda. Sin embargo, esta simplificación conduce a no plantearse un problema sumamente interesante —y que abordaremos en el apartado 7— (al estudiar el régimen jurídico de las obligaciones indivisibles), cual es la posibilidad de reclamar el pago total a uno de los deudores cuando él es quien posee el bien indivisible sobre el que recae la obligación.

La influencia que hemos señalado entre la relación jurídica básica y la obligación indivisible no es unilateral, sino que, en su caso, también se ejerce en el sentido contrario. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1950 veremos cómo a su vez el hecho de que la obligación nacida de un contrato sea indivisible incide en el tratamiento jurídico de dicho contrato. Don Jaime Pellicó Olivart y Doña María Olivart Masbernart (por sí y como legal representante de sus hijos menores) demandaron a Doña María Herrero Molíns (por sí y como legal representante de sus hijos menores) y doña Loreto Pellicó Herrero, suplicando "que se dictara sentencia condenando a las demandadas a cumplir todos y cada uno de los pactos, compromisos y obligaciones que se estipularon en el acto de conciliación celebrado ante el Juzgado Municipal de Almasellas, el día 4 de noviembre de 1941". El contenido de dicha transacción era el siguiente: "Primero. Cada una de las partes reconoce a la otra la pertenencia y propiedad de la mitad indivisa del almacén motivo de este acto. Segundo. Para su liquidación convienen en que sea valorado el meritado edificio por peritos nombrados por partes iguales y otro que designará el señor Juez Municipal. Tercero. El edificio en cuestión será puesto a la venta, ya que a ninguna de las partes les interesa continuar poseyéndolo; para ello se publicarán edictos o anuncios, y hallado comprador y mutuamente arreglada en forma la respectiva documentación de cada familia litigante y necesaria para la otorgación de escritura por ambas partes y en fracciones iguales indivisas al adquirente, correspondiendo la mitad de su importe a cada una de ellas, que en el mismo acto se repartirán. Cuarto. Del importe total del edificio se abonará el de los gastos que se ocasionen por el arreglo de la citada documentación necesaria para otorgar escritura, y el resto será repartido entre ambos. Quinto. Los demandados se obligan a presentar la liquidación o rendición de cuentas del almacén desde el año 1938 a la fecha, y una vez aceptada ésta, se abonará por la parte que corresponda la diferencia a la otra el día que se otorgue escritura pública del mismo". Doña María Herrero Molíns opuso, entre otros argumentos, la nulidad de la transacción, desde el momento en que ella no había actuado en la misma con la representación debida en relación con sus hijos, copropietarios del almacén, y dado que

tampoco había participado en su perfeccionamiento otro de los copropietarios (70).

Tanto el Juzgado como la Audiencia condenaron a las demandadas, doña María Herrero Molins y doña Loreto Pellicó Herrero "a cumplir todo lo pactado en el acto de conciliación", absolviendo a los otros demandados (los hijos menores de doña María Herrero y doña María Pellicó Herrero). Frente a lo que el Tribunal Supremo reconoce la nulidad total del pacto transaccional, basándose en la indivisibilidad de la obligación colectivamente asumida por todos los copropietarios del almacén en cuestión (71).

(70) "que en el mencionado acto de conciliación, doña María Herrero..., transigió lo que no podía transigir, esto es, sobre los bienes y derechos de aquellos menores, sin cumplir los requisitos previos exigidos por la ley para la validez de la transacción, la que, por tanto, era nula, y también nula porque, según reconocía la demandante en su demanda, al acto de conciliación no asistió ni fue citada doña María Pellicó Herrero, mayor de edad y copropietaria del edificio objeto de la misma, aparte de que en ella no se hacía mención de los menores de edad, también copropietarios de dicho edificio, llegándose incluso al convenio de repartirse entre las partes el precio de la venta como si fuesen ellas sus propietarios".

(71) "Considerando que de la certificación del acto de conciliación, que obra en autos, no aparece que ninguna de las dos comparecientes demandadas, doña María Herrero y doña Loreto Pellicó, obraran en aquel acto en representación de los hijos menores de la primera, a los que para nada se menciona, por lo que es evidente, y así lo ha afirmado el Tribunal *a quo* que dichos menores no contrataron ni por sí ni por persona alguna que ostentara su representación, aparte de que en todo caso faltaría el requisito de la autorización o aprobación judicial a que se refieren los artículos 164 y 1.810 del Código civil, por lo que no pueden alcanzar a dichos menores ninguna clase de obligaciones del repetido convenio, que tampoco puede obligar en modo alguno a la demandada, doña María Pellicó Herrero, que no asistió ni fue citada al acto de conciliación

Considerando que en el repetido acto de conciliación se acordó como pactos principales que cada una de las partes reconocía a la otra la pertenencia y propiedad de la mitad indivisa del almacén objeto de la reclamación deducida; que éste sería valorado por peritos; que sería puesto a la venta, publicándose los correspondientes edictos o anuncios, y que del importe total del edificio se abonaría el de los gastos que se hicieran por el arreglo de la documentación necesaria para otorgar escritura, y el resto sería repartido entre ambas partes, y es evidente que tales acuerdos contienen actos de disposición que recaen sobre la propiedad del inmueble, y suponen, por tanto, ejercicio de facultades dominicales que doña María Herrero no tenía, pues eran sus hijos los dueños del almacén o de parte de él, de lo que se infiere que tampoco es válido el convenio en lo que afecta a dicha demanda.

Considerando que eliminados de la intervención en el contrato, y, por tanto de sus efectos jurídicos, los demandados a que se refieren las consideraciones expuestas, queda solamente la demandada, doña Loreto Pellicó, con capacidad para disponer de su participación en la propiedad del almacén como heredera de su padre, José Antonio Pellicó, pero contempladas las cláusulas del contrato en su íntima trabazón y en su sentido natural y efectivo, revelan una unidad de objeto y una especial finalidad indivisible, que es la venta del almacén en cuestión como unidad económica, objeto y finalidad que impiden todo intento de descomponer o fraccionar la virtualidad y eficacia del contrato, atribuyendo a un solo partícipe su parte alícuota, obligaciones referentes a la propiedad total y que no se

Obsérvese, pues, cómo la indivisibilidad de la obligación elimina automáticamente la viabilidad de un validez parcial del contrato, puesto que no cabe un cumplimiento parcial del mismo. Y, en principio, parece correcto ampliar esta solución a cualquier caso de ineficacia parcial por la misma razón. Carece de sentido el intento de salvar, aunque sólo sea parcialmente, la relación jurídica básica, desde el momento en que su incumplimiento parcial determina automáticamente la pérdida de su valor económico-social.

Otra forma de incidir la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación sobre la contraprestación aparece a la hora de calcular esta última. En el supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1950 un abogado reclama a un matrimonio 25.000 pesetas como pago de los servicios profesionales prestados al mismo durante un período de cuatro años (1938 a 1943). El matrimonio en cuestión opuso que de todos los servicios prestados sólo algunos de ellos tenían el carácter de profesionales y podían ser minutados como tales, por lo que el monto de la deuda era muy inferior a la cantidad reclamada. El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados a pagar 23.000 pesetas, lo que revocó la Audiencia, condenándoles únicamente al pago de 6.500 pesetas. En el recurso, el demandante adujo el carácter profesional y unitario (indivisibilidad) de todos sus servicios: "Al recurrente le encargaron unos trabajos eminentemente profesionales, trabajos que cristalizaron en numerosísimas intervenciones de la más variada gama, que, pese a su aparente heterogeneidad, respondían a una finalidad única, dada la trabazón o ligamen que entre los citados actos es menester considerar. Tal finalidad no era otra cosa que subvenir a las consecuencias jurídicas que derivaban de la interdicción civil del señor Alvargonzález (reclamaciones en vía judicial, expedientes incoados por diferentes motivos, etc.). Para acometer esta tarea era de imprescindible necesidad poseer una cultura jurídica cimentada"; (primer motivo) "y es obvio que "la intención de los contratantes y el propósito a que respondía la prestación estipulada", e igualmente "la voluntad manifestada en el contrato", era ejecutar el señor Sánchez Fernández de la Viña la misión eminentemente jurídica que le había conferido el matrimonio formado por doña Lucrecia Romaña y don Luis Alvargonzález, y que se descomponía en acciones múltiples por imperativos de la realidad práctica, pero sin llegar a desvirtuar la unidad integral de la prestación

pueden cumplir sin el concurso de los demás partícipes, que no resultan obligados, lo que no permite atribuir validez al pacto referido, que no tiene fuerza de obligar para ninguno de los demandados, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse de los actos propios de los que en él libremente intervinieron

Considerando que las consideraciones expuestas obligan a la casación de la sentencia recurrida por infracción de los artículos 4.º y 1.255 del Código citados en el primer motivo del recurso, en cuanto condena a doña María Herrero Molíns y doña Loreto Pellicó Herrero a cumplir todo lo pactado en el referido acto de conciliación". (Considerandos 3.º, 4.º, 5.º y 6.º).

del recurrente. Partiendo de este punto de vista, éste pondera, en el orden pecuniario, su labor, en consonancia con su cualidad de abogado, agrupando sus servicios en diversas partidas por razón del asunto y para conseguir una más fácil y cómoda inteligencia con el llamado a abonar el importe de sus honorarios; mas sin que esto implicase una discriminación en los conceptos, ya que dentro de cada uno de ellos incluía todas las actuaciones que al mismo afectaban, de índole principal o de índole accesoria, merced a que lo que evaluaba era el conjunto de su actividad profesional, móvil del contrato estipulado, y de acuerdo con el carácter técnico con que intervino. La voluntad de las partes contratantes, que ya se ha visto cuál era; la naturaleza jurídica de la prestación del recurrente también, por lo que es indubitable que en el cumplimiento de su obligación por el arrendatario (pagar el precio) era improcedente la división del mismo a méritos de desmenuzar al detalle las acciones del señor Fernández de la Viña para ver, una por una, si desvinculadas del motivo legítimo que determinó las partes a contratar, correspondían a la actividad de un letrado o de un gestor de negocios. Y como todas ellas eran propias de un abogado, lo que las hacía inhábiles para un cumplimiento parcial, obtenido de efectuar el anotado distingo, conforme se infiere del artículo 1.151 del Código civil, la Sala Sentenciadora, al fraccionar o desmembrar las citadas acciones al objeto de fijar la contraprestación pertinente... incurrió en el error de referencia, constitutivo de una violación de dicho precepto...". El Tribunal Supremo rechazó el recurso (72).

(72) "Considerando que para llegar a la reducción del importe de la minuta de honorarios cuyo pago se reclama en la demanda, parte la sentencia recurrida de una distinción, separando las partidas relativas a trabajos de índole técnica peculiares de la profesión de Letrado, de aquellas otras que por corresponder a actos de gestión estima la Sala de instancia que no tienen tal naturaleza, debiendo advertirse que los motivos del recurso, si bien combaten la indicada reducción, no lo hacen refiriéndose concretamente a las cantidades que fija la sentencia, sino a la diferenciación establecida por la misma, sosteniendo que en aquellas partidas no cabe distinguir las que tienen carácter profesional de las que no revisten ese carácter.

Considerando sobre la base de la doctrina establecida en la últimamente citada sentencia de 16 de febrero de 1935, que, según afirma la Sala de instancia, tienen el carácter de peculiares del mandato determinadas gestiones realizadas en cumplimiento de su misión por el recurrente, y es lo cierto que tal afirmación no se combate en el motivo primero del recurso, acusando una posible aplicación indebida de las normas reguladoras del mandato ni del apoderamiento—conceptos a los que expresamente se refiere el Considerando cuarto de la resolución recurrida al distinguir ésta en las partidas de la minuta las relativas a trabajos técnicos de las correspondientes a los actos de gestión—, limitándose dicho motivo a denunciar el quebrantamiento de los artículos 1.542 y 1.544 del Código civil, de los cuales el primero declara que el arrendamiento puede ser de cosas, o de obras, o de servicios, y el segundo establece que en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto, y en cuanto a la alegación de que no cabe separar en el caso litigioso las gestiones que revestían carácter profesional de las que no tenían ese carácter—alegación en la que se apoya el citado motivo para acusar una supuesta infrac-

Vemos cómo en este caso no se plantea un problema de divisibilidad o indivisibilidad del precio en base a la divisibilidad o indivisibilidad de los servicios prestados, puesto que dichos servicios prestados no se podían revocar y, consecuentemente, no cabía la resolución del contrato. Por otra parte, no hay pluralidad de sujetos en cada una de las partes del contrato. Y, sin embargo, según se consideren unitarias o no las actuaciones del abogado (es decir, según se consideren divisibles o indivisibles) se podrá realizar una valoración individualizada de las mismas, o su valoración tendrá que ser conjunta u homogénea.

Naturalmente, este problema del condicionamiento de la divisibilidad por el sinalagma funcional en las obligaciones bilaterales no se plantea cuando, excepcionalmente (no es normal encontrar algún contrato bilateral en el que no haya ninguna obligación esencial o convencionalmente indivisible), ambas obligaciones son divisibles y no se ha dispuesto, expresa o tácitamente —como en la sentencia del Tribunal Supremo, ya vista, de 6 de diciembre de 1889— nada en contra de la divisibilidad de las obligaciones correspondientes. Así ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1949, en la que el vendedor reclama el pago de la parte del precio, aún no entregada, correspondiente a la venta de seiscientos cerdos a tres compradores distintos. Venta realizada a través de intermediarios en la que el precio se fijó en relación con el número de arrobas y en la que se asignó un número de cerdos a cada comprador. Dirigida la demanda contra los compradores y contra los intermediarios, pidiendo que éstos sean condenados como deudores solidarios, es aceptada en Primera Instancia y en la Audiencia. Pero el Tribunal Supremo desecha la existencia de solidaridad y aplica el artículo 1.138 (73). Y

ción del artículo 1.261 del Código civil—, baste recordar que es el propio recurrente quien admite, al señalar el objeto del contrato celebrado con la recurrida, que no todos los trabajos a que la minuta se refiere caen bajo la órbita de los peculiares de un Letrado.

Considerando que el motivo segundo del recurso, aducido con carácter subsidiario y al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia la vulneración del artículo 1.151 del Código civil, sosteniendo que la misión jurídica del recurrente y la prestación que al mismo incumbía se ofrecen como una unidad, siendo el conjunto de sus actividades el móvil del contrato; pero aparte de que, según aparece del contenido de la demanda, no se invocó en ésta la existencia de un contrato de obra, sino la de un arrendamiento de servicios, es de tener en cuenta que el citado artículo 1.151 se limita a fijar los criterios con arreglo a los cuales deben reputarse divisibles o indivisibles las obligaciones, estableciendo, además, que en las obligaciones de hacer la divisibilidad o indivisibilidad habrá de decidirse por el carácter de la prestación en cada caso concreto, o sea, que se trata de una cuestión de hecho, de donde se sigue que, no reconocida por la Sala de instancia la nota de indivisibilidad de prestación, sería preciso para combatir las declaraciones de la sentencia a este respecto seguir el cauce señalado en el número séptimo del artículo 1.692 de la antes citada ley de Enjuiciamiento civil". (Considerandos 1.º, 3.º y 4.º).

(73) "Considerando que tanto en los hechos segundo al séptimo de la demanda como en los Considerandos primero y quinto de la sentencia recu-

aún así, la divisibilidad es problemática, puesto que cabe preguntarse hasta qué punto se habría vendido y a qué precio si no se hubiese vendido de golpe toda la partida de seiscientos cerdos.

Obsérvese que la aplicación consecuente del artículo 1.138 desde el momento mismo en que nace la relación jurídica conduce a la ruptura total de su unidad. De manera que en este caso se puede decir que en buena medida nos encontramos, a efectos prácticos, con tres contratos de compraventa independientes, aunque su perfeccionamiento haya tenido lugar al mismo tiempo y en el mismo documento.

Se deduce claramente que no basta con que las obligaciones recaigan sobre prestaciones fraccionables en una pluralidad de prestaciones fungibles para que pueda hablarse de su divisibilidad en el sentido aquí estudiado, sino que, además, habrá que contrastar ese punto de partida objetivo con el subjetivo de la voluntad de las partes. En efecto, la autonomía privada puede configurar de tal manera los intereses en juego (especialmente a través del condicionamiento impuesto por la contraprestación en las obligaciones bilaterales) que lo divisible en principio (por naturaleza) se torne indivisible (convencionalmente).

Así pues, normalmente sólo nos encontramos con obligaciones divisibles bilaterales cuando ambas prestaciones lo son y nada se ha dispuesto en contra —expresa o tácitamente— de la divisibilidad, o cuando, dada la imposibilidad de revocar la prestación indivisible, ésta no puede condicionar a la divisible que queda por cumplir (74),

rrida se parte del supuesto de que los hermanos Baranera, demandados, no fueron en realidad los adquirentes como compradores del ganado vendido, sino meros intermediarios, que actuaron de acuerdo con el vendedor demandante en la venta de 600 cerdos para los otros tres demandados, don Vicente Olmos, don Gregorio Pascual y los herederos de don Juan Olmos, con asignación independiente e individualizada de un determinado número de reses a cada uno, y de estos hechos surge llanamente la apreciación de que la relación jurídica dimanante de la compraventa se estableció entre el actor y los tres aludidos demandados, realmente compradores e individualmente obligados a pagar el precio de lo que cada uno de ellos compró, sin que, por tanto, exista base alguna de hecho ni de derecho para establecer el vínculo de mancomunidad o de solidaridad en el pago del precio, por no existir pluralidad de sujetos deudores de una misma obligación, ya que los hermanos Baranera, mandatarios ó comisionistas de los otros tres demandados, en nombre de los cuales actuaron con la conformidad del vendedor, no responden del pago del precio, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.709 y 1.716 del Código civil, con referencia a los mandatarios, y los artículos 246 y 247 del Código de comercio, respecto de los comisionistas, y como quiera que en el fundamento jurídico de la sentencia de primera instancia, aceptado en la recurrida, se estima que los hermanos Baranera responden mancomunada y solidariamente de la parte del precio pendiente de pago, y esto constituye la razón única de la condena que se le impuso en el fallo, siquiera en él no se repita el concepto de mancomunidad y solidaridad, es visto que la sentencia de instancia infringe por indebida aplicación de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, tal como se denuncia en el cuarto motivo del recurso, lo que determina la casación del fallo recurrido, sin necesidad de examinar el motivo primero por haber sido abandonado en el acto de la vista". (3.º considerando).

(74) Lo que impide afirmar que la distinción entre la indivisibilidad objetiva y la indivisibilidad subjetiva carece de relevancia, tal como afirma

o cuando se trata de una obligación unilateral de dar bienes fungibles o de hacer o abstenerse de hacer actividades fungibles, siempre que no se haya pactado nada en contra de la indivisibilidad. Caso este último que ejemplifica la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1875, en la que el arrendador reclama a dos arrendatarios que le entreguen 137 reses lanares (de las 280 que les dio en arrendamiento) que quedaban aún por devolver una vez extinguido el contrato. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia condenan a ambos arrendatarios al pago por mitad de las 137 reses o su equivalente en dinero, más la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. Basado el recurso en pretender imputar las 143 reses ya devueltas a uno de los arrendatarios solamente (75), el Tribunal Supremo lo rechaza, puesto que no se probó que tal entrega fuera sólo por cuenta de uno de aquéllos (76).

categoricamente CICALA: "Sia l'oggetto della prestazione indivisibile per la valutazione media delle valutazioni individuali, cioè per il generale giudizio (indivisibilità oggettiva, commisurata all'utilità oggettiva del bene), sia l'oggetto della prestazione indivisibile per una valutazione speciale del singolo, cioè per un particolare giudizio (indivisibilità isoggettiva, commisurata ad un'utilità isoggettiva del bene), l'indivisibilità è, in ogni ipotesi, impossibilità di frazionamento in *parti* Ed in quanto è, in ogni ipotesi, dell'oggetto della prestazione, l'indivisibilità è sempre *oggettiva*: la dicotomía indivisibilità oggettiva-indivisibilità oggettiva attiene soltanto al momento genetico dell'indivisibilità. Considerati nella loro essenza, e nella loro funzione di comunicare l'indivisibilità al rapporto rendendolo idoneo alle vicende proprie dell'obbligazione indivisibile, l'oggetto oggettivamente indivisibile e l'oggetto oggettivamente indivisibile sono equivalenti". *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968. Vid., p. 640. Vid. también del mismo autor: *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*. Napoli, 1953, pp. 172 y ss.

(75) "1.º Que al condenar la sentencia a los recurrentes a la entrega por mitad de las 137 reses reclamadas, se infringía el contrato de 4 de julio de 1871, que es ley para los contrayentes, por el cual Alvarez dio en arrendamiento el rebaño a los García, y éstos se obligaron mancomunadamente a devolverle al vencimiento del contrato; pues siendo una verdad en el pleito que Saturnino García devolvió a Alvarez, y éste recibió 143 reses, número superior a la mitad del rebaño arrendado, es claro y evidente que el Saturnino había cumplido la obligación que se había impuesto, y que no puede afectarle responsabilidad alguna por la falta del Vicente García en cumplir por su parte la obligación aceptada.

2.º La Ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, pues por el contrato de 4 de julio Saturnino y Vicente García se obligaron a devolver al vencimiento de aquél las 280 reses lanares que Alvarez les dio en arrendamiento, y esta obligación simple fue entonces y es hoy mancomunada, no siendo responsable cada uno más que de la mitad de las reses entregadas: que esto supuesto, y siendo una verdad que el Saturnino García ha entregado a Alvarez 143 reses, también lo es que él ha cumplido su obligación y que no puede afectarle en manera alguna la falta del Vicente en cumplir la suya, y por lo tanto que la sentencia que establece la mancomunada para la devolución de las 137 reses reclamadas, y que era obligación del Vicente entregar, infringe clara y abiertamente la citada ley".

(76) "Considerando que según la Ley 10, tít. 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, cuando dos se obligan simplemente, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad, salvo si en el contrato se dijese que cada uno sea obligado *in solidum* o entre sí, o en otra manera fuese convenido e igualado.

Dependiendo pues la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones, en primer lugar, de un dato objetivo como es el de la divisibilidad de las prestaciones en el sentido estudiado y, en segundo lugar, de la interpretación de los negocios jurídicos fundamentalmente referida a una cuestión de hecho (el sentido negocial de los datos presentados al Juez), parece lógico que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1950, acorde con el artículo 1.151 —ser o no ser susceptible de cumplimiento parcial— (especialmente en el párrafo tercero del mismo: carácter de la prestación en cada caso particular”), señalase en su último considerando que el criterio adoptado por dicho artículo para determinar la divisibilidad o la indivisibilidad de las obligaciones de hacer es puramente fáctico, por lo que su impugnación en casación habrá de hacerse por el número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (77). Sin embargo, íntimamente ligada con esta labor de hecho de la interpretación se encuentra la labor jurídica de calificación. Y esa sí que resulta recurrible por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como lo prueba la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1912, en la que, frente al criterio de la Audiencia, se recoge el recurso basado en la indivisibilidad de la obligación.

Interpretación del negocio en la que se encuentran estrechamente ligadas las cuestiones de hecho y las de derecho, como lo prueba el cuarto considerando de la sentencia (78) mencionada. Y es aquí donde importa señalar, haciendo uso precisamente del recurso de la parte demandante en dicha sentencia, la posible dificultad interpretativa que

Considerando que la Sala sentenciadora conforme a ese principio definió el contrato de 4 de junio de 1870, en el que no consta que los recurrentes se hubiesen obligado *in solidum*, razón por la que los condenó al pago por mitad de las 137 reses e indemnización de perjuicios; y en atención a que no se probó si la entrega de las 143 reses al demandante se verificó por cuenta de uno o de ambos demandados, reservó su derecho a don Saturnino García, reserva perfectamente conforme con la declaración que se refiere a la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento fue objeto de la demanda, y al resultado de los autos, y por consiguiente no infringió el contrato ni la ley recopilada antes citada”.

(77) “lo cual no es del todo exacto, ya que directa o analógicamente están legalmente definidos los conceptos, de manera que la apreciación de la divisibilidad o indivisibilidad es también una cuestión de derecho en el aspecto que concierne a la integración del hecho en la norma”. HERNÁNDEZ-GIL. Op. cit. Vid. p. 163.

(78) Vid. la nota número 54.

En contra, MUCIUS SCAEVOLA: “De todo lo que resulta que hay un solo criterio para distinguir las obligaciones divisibles de las indivisibles, que es la posibilidad o imposibilidad respectivamente de su cumplimiento parcial; que esta posibilidad se determina, más bien que por la naturaleza de las cosas, por la intención de los contratantes y el propósito a que respondía la prestación estipulada; que por esto mismo las reglas del artículo 1.151 del Código son meras presunciones, contra las que cabe invocar la voluntad manifestada en el contrato, y que, por último, y como consecuencia, no hay un solo caso en la práctica que no constituya una simple cuestión de hecho sometida necesariamente a la apreciación de los Tribunales” Op. cit. pp. 820-821.

cabe a la hora de decidir si en una obligación se ha establecido la solidaridad o simplemente la indivisibilidad, o ambas cosas conjuntamente (79). Conviene recordar que, mientras que el artículo 1.137 sienta una presunción bastante fuerte a favor de la mancomunidad —“expresamente”— a pesar de la interpretación jurisprudencial que se ha venido dando a ese término, el artículo 1.138 acude directamente a la interpretación de la relación jurídica básica (“Si del texto de las obligaciones...”). De ahí que funcionemos claramente dentro del marco del artículo 1.138 cuando acudimos a la consideración de la contraprestación para decidir sobre la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación.

6. REGIMEN JURIDICO DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES

Naturalmente, aquí se trata de establecer el régimen de las obligaciones divisibles no solidarias, Según ya hemos visto, “el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros” (artículo 1.138).. Lo que quiere decir que la obligación se fragmenta en tantas obligaciones como deudores o acreedores haya. Obligaciones que siguen cada una su propia suerte y que en realidad suponen una división de la relación jurídica básica (80). Aquí ocurre el fenómeno inverso al que veíamos aparecer en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1950, donde la indivisibilidad de las obligaciones repercutía en la imposibilidad de aceptar la nulidad

(79) Señala PUIG BRUTAU en relación con este problema: “... parece que sólo debería preocupar la indivisibilidad resultante de la naturaleza misma de la prestación, pues si la ley o el contrato quiere evitar el fraccionamiento de la prestación cuando esta es materialmente divisible y concurren varios acreedores, le resultará mucho más ventajoso imponer o pactar la solidaridad, esto es, configurar la naturaleza del derecho, que transformar los caracteres de la prestación”. Op. cit. Vid. pp. 250-251.

(80) “per la 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 (dovendo applicarsi, fin dal momento della vicenda costitutiva, l’art. 1.314). Si costituiscono senz’altro, dunque, tante obbligazioni quanti sono i soggetti. Si 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”. CICALA, *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968. Vid. p. 649.

Cuando BLOMEYER mantiene la unidad de dicha relación jurídica básica, en realidad se está refiriendo a supuestos de indivisibilidad convencional derivada del carácter bilateral de las obligaciones: “Das Schuldverhältnis bleibt aber trotzdem einheitlich Die Einrede des nichterfüllten Vertrags kann der Schuldner jeder Teilforderung entgegenhalten, § 320.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts steht nur allen Gläubigern gemeinsam zu, § 356,1”. *Allgemeines Schuldrecht*. Berlin/Frankfurt, 1953. Vid. p. 327.

parcial de una transacción, es decir, determinaba la indivisibilidad del destino jurídico de la relación básica.

Hasta tal punto es cierta la total división de la relación jurídica básica cuando ambas contraprestaciones son divisibles que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1950 se plantea la posibilidad de una resolución parcial de un contrato de suministro de veinte mil postes. Solicitada la resolución parcial (con indemnización de daños y perjuicios) por parte de uno de los dos compradores, basándose en el incumplimiento del vendedor, es concedida por el Juez de Primera Instancia y por la Audiencia. El primer motivo del recurso de casación se basa en la improcedencia de una resolución parcial del contrato dada la indivisibilidad de sus prestaciones y la vinculación solidaria de los compradores (81). Lo que es aceptado por el Tribunal Supremo con el siguiente razonamiento:

(81) "Primero.—Fundado en los números primero y séptimo de dicho artículo 1.692. La Sala, haciendo suyos los razonamientos jurídicos de la primera instancia, admite que en un contrato de suministro, en virtud del cual el vendedor ha de entregar 20.000 postes a los compradores asociados para la adquisición conjunta, puede uno de éstos, con total y absoluta independencia del otro comprador, ausente del pleito, entablar la acción derivada del artículo 1.124 del Código civil y solicitar la resolución parcial del contrato; es decir, dejándolo sin efecto en cuanto al actor, y, en cambio, vivo y subsistente en la otra mitad correspondiente al otro estipulante, que no llegó a demandar, con cuyo criterio se infringe, por interpretación errónea y aplicación indebida, el precitado artículo 1.124 del Código civil que otorga la acción resolutoria a cada una de las partes contratantes, supuestas las condiciones fundamentales para su ejercicio; pero a base de que, si los interesados son varios de uno y otro lado, el Derecho de resolución haya de actuarse "por todos y contra todos"; de donde resulta que la acción competía, no al señor Díaz solamente, sino a éste y al señor Bériz y, al no entenderlo así la Sala, infringe además en el mismo concepto la sentencia de 29 de septiembre de 1930, porque al establecer ésta la posibilidad de resolver ciertas obligaciones claramente recíprocas, dejando subsistentes las demás del negocio surgido entre los dos únicos contratantes que litigaron, ventila un caso de resolución parcial objetiva diferente del que se plantea en este recurso, y no cabe apreciar tampoco que siendo dos los compradores existan en rigor dos contratos en lugar de un sólo, como cree la Sala apoyándose en el artículo 1.138 del Código civil, porque este precepto, infringido por interpretación errónea y aplicación indebida —y lo mismo su precedente— son aplicables en la mera concurrencia de deudas o créditos que se presumen divididos en tantas partes iguales como deudores o acreedores haya, pero no cuando se trata un contrato de suministro, de relaciones complejas, cuya alteración al dejarlas vigentes en parte sí y en parte no, destruye la unidad "económico jurídica" del contrato convirtiéndolo en otro distinto. Se equivoca también la Sala al decir, con el Juzgado, que la obligación contraída por los señores Díaz y Bériz no era solidaria, sino mancomunada simple "en cuanto ambos asumieron el compromiso de satisfacer el importe de los 20.000 postes" y comete error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante del contrato suscrito por las partes el 3 de marzo de 1941, que demuestra que hubo bastante más que eso, porque en la cláusula cuarta se convino que "el cobro de los importes de las facturas se hará efectivo en el Banco de Crédito Navarro, esta plaza, del depósito que se haya hecho para este fin", documento que acredita la equivocación evidente del juzgador y que es auténtico conforme al artículo 1.225 del Código civil y el 60 de la Ley de Enjuiciamiento, vulnerados con el consiguiente error de derecho, y también incide la Sala en error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo los

“Considerando que como probados son hechos esenciales de la sentencia recurrida: Primero. Que en 3 de marzo de 1941 los señores Díaz y Berriz, y don Esteban Maisterra, suscribieron un contrato comprometiéndose éste a entregar a aquéllos en el plazo de un año o antes, si era posible, 20.000 postes de diferentes medidas, y a precios distintos, en relación con éstas. Segundo. Que el vendedor inició el cumplimiento del compromiso, suministrando a los compradores cierta cantidad de postes, cuyo precio percibió negociando dos letras de cambio aceptadas por el actor en el Banco de Crédito Navarro, de Pamplona. Tercero. Que asimismo, los compradores se habían obligado a constituir en el mencionado Banco un depósito para el pago de facturas correspondientes al suministro de la mercancía vendida, sin que ni antes, ni después de la fecha del contrato, fuera aqué constituido. Cuarto. Que como el vendedor, después de las entregas indica-

artículos 1.232 del Código civil y 570 de la ley rituaria, que valoran la confesión judicial, ya que, al absolver al señor Díaz la posición cuarta reconoció la subsistencia de la mencionada cláusula, como no podía menos de ser por hallarse en el documento contractual que él mismo ha presentado como fundamento de su acción. Fijada así esa cláusula cuarta del contrato —punto de hecho— surge, alrededor de ella, un problema de derecho que se enfoca por el primero del artículo 1.692 de la ley procesal para llegar a la consecuencia de que el señor Maisterra no se conformó con que los compradores respondiesen personalmente del precio, sino que les obligaba, en forma solidaria a la constitución de un “patrimonio especial” afecto al abono del precio de los postes, solidaridad que surge del contexto de las estipulaciones desconocidas por la Sala y que es de apreciar aun cuando no se haga de la palabra mención expresa, según sentencias de 8 de julio de 1915 y 11 de febrero de 1927, que se infringen por violación, como se hecha de ver considerando que si cada uno de los compradores hubiese intentado situar la mitad de los fondos desentendiéndose de si el coestipulante podía o no hacer lo mismo, el depósito resultaba de viabilidad muy problemática y, por tanto, de insegura observancia la cláusula cuarta. Y esto sentado, se infringe, por interpretación errónea y aplicación indebida, el artículo 1.151 del Código civil, en cuanto se pretende en el fondo, hacer divisible la constitución de un depósito indivisible, porque eso equivale al fraccionamiento del contrato en dos como lo hace, en realidad, la Sala, y ella misma lo proclama, también por interpretación errónea y aplicación indebida, el 1.137 del mismo Código, ya que si tal precepto niega la presunción de solidaridad, aquí aparece expresamente pactada, y al no reconocerlo así el Tribunal “a quo” infringe, por violación, los artículos 1.089, 254 y 1.091 de dicho Código, que impone la obligatoriedad de los convenios y que por lo mismo amparan la tesis del recurso y se infringe en igual concepto, el artículo 1.281 del Código civil, que ordena atenerse en la interpretación de los contratos al sentido literal de sus cláusulas. Por ello con la resolución parcial del contrato se quebrantan las garantías estipuladas y ya no puede el señor Maisterra exigir de cualquiera de los dos compradores, indistintamente, la totalidad del pago de los postes —siquiera se entregase al señor Díaz, por ser el único que tenía su domicilio en Pamplona— y se lesionan también los derechos del comprador ausente de la litis señor Berriz a quien sin demandarle, y por consiguiente sin oírle, se le carga irrevocablemente la mitad del contrato, infringiéndose por violación el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído, recogido en sentencias de 8 de julio de 1902 y 2 de febrero de 1929, y la doctrina de que la acción encaminada a combatir la eficacia jurídica de los contratos ha de dirigirse contra todos los que en ellos intervinieron, según sentencias de 14 de octubre de 1931, precedida entre otras de la de 21 de enero de 1930, asimismo infringidas por violación”.

da, suspendiese el suministro, fue verbalmente requerido por el actor para que cumpliese lo pactado, inhibiéndose aquél de su compromiso.

Considerando que a base de estos hechos, estimada la demanda, resuelto parcialmente el contrato y condenado el recurrente a indemnizar al recurrido la mitad del importe de los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del contrato, los problemas que el recurso plantea se contraen a decidir: si el Tribunal de instancia ha infringido los preceptos legales que se enumeran en los cuatro motivos del recurso, y muy singularmente, los relativos a la falta de acción del demandante; no sólo por haberla ejercitado a solas, pidiendo la resolución parcial del convenio, sino también porque la resolución de las obligaciones no puede nunca declararse a instancia de quien empezó por incumplir las suyas.

Considerando que es doctrina de este Tribunal Supremo, proclamada en decisiones constantes, que para que una obligación tenga el carácter de solidaria, no se precisa usar de tal expresión, si, de su texto, según la excepción con que se inicia el artículo 1.138 del Código civil, se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de crear la unidad en la obligación, y la responsabilidad *in solidum* de los cointeresados.

Considerando que aceptados como hechos indiscutidos: que el recurrente se comprometió a suministrar a los compradores cierta cantidad de postes, cuyo valor importaba unas 710.325 pesetas, que habría de hacerse efectivo del depósito que aquéllos hubieran constituido en la entidad bancaria mencionada, es claro que el fin económico perseguido por las partes contendientes no pudo ser, como afirma el Tribunal de Instancia, el de crear dos obligaciones separadas y convergentes, sino una sola, con una condicional y excluyente forma de pago, al efecto de asegurar éste y precaver toda contingencia desfavorable; y al no entenderlo así la Sala sentenciadora, basándose fundamentalmente en la divisibilidad de la obligación, ha incidido en las infracciones que a este respecto se aducen en el motivo primero del recurso, ya que si no cabe desconocer la divisibilidad de la operación, tampoco es dable olvidar que la solidaridad radicaba en el vínculo creado al contratar y no en lo que es materia y objeto del contrato.

Considerando que si de lo expuesto se infiere que el actor carecía de derecho para poder exigir la resolución parcial del compromiso, tampoco podía ejercitar la acción resolutoria, ni reclamar, en consecuencia, indemnización de daños y perjuicios, por cuanto la facultad de resolver las obligaciones recíprocas sólo la otorga el artículo 1.124 del Código civil, al que cumple la obligación por su parte contraída, puesto que el que no la cumple no puede exigir que la contraria haga aquéllo a que se comprometió; a menos que la falta de incumplimiento de la que reclama fuere consecuencia precisa —como en-

seña la jurisprudencia de esta Sala— del incumplimiento de la otra” (82).

Obsérvese, y esto es lo que señalaba en primer lugar, cómo no se rechaza la idea de que el contrato pueda resolverse parcialmente, ya que equivale (como apunta el primer motivo del recurso) a considerar la existencia de dos contratos de compraventa (escisión total de la relación jurídica básica). Lo que parece altamente problemático en un contrato complejo como es el de suministro (83). El Tribunal Supremo funciona sobre la base de que la forma de pago prevista era esencial e implicaba la vinculación solidaria de los compradores al contrato, por lo que la no constitución del depósito suponía ya un incumplimiento por parte de aquéllos, que los inhabilitaba para una utilización del artículo 1.124. Yo entiendo que la cláusula en cuestión no implicaba la solidaridad, pero sí la indivisibilidad del crédito, contraprestación de las partes, y, consecuentemente, de todo el contrato. Si se observa la redacción del tercer considerando, parece equiparar la indivisibilidad convencional con la solidaridad, lo que, evidentemente es erróneo, Repitiendo lo señalado en el apartado anterior, diremos que, mientras que esta última ha de acordarse expresamente, aquélla se puede deducir de una interpretación del contrato. Esto es lo que ocurría en este caso. Si ya la divisibilidad de un contrato de suministro es sumamente problemática (a pesar de la forma en que se estableció el precio), en este caso la forma de pago reforzaba la idea de que el pedido era indivisible. Vemos aquí un nuevo ejemplo de como la configuración de una de las prestaciones puede incidir en la indivisibilidad de la otra, aunque ambas sean naturalmente divisibles.

(82) Cinco primeros considerandos de la Sentencia.

(83) “formalizaron contrato de compraventa, bajo las siguientes estipulaciones: Primera. El señor Maisterra se comprometía a entregar a los señores Bériz y Díaz la cantidad aproximada de 20.000 postes, de ellos 6.000 de ocho metros; 6.000 de nueve; 5.000 de diez; 1.500 de once, y 1.500 de doce. Segunda. El precio que se estipulaba para dichos postes era el de 4 ptas. metro lineal para los de ocho metros, 4,25 para los de nueve y diez, y 4,50 ptas. para los de once y doce, puestos sobre estación de Pamplona, siendo de cuenta de los señores Bériz y Díaz el cargue de los mismos. Tercera. Se comprometía el señor Maisterra a hacer la entrega de estos postes en el plazo de un año o antes, si las circunstancias lo permitían, y el plazo se alargaría caso de fuerza mayor. Cuarta. El cobro del importe de las facturas se haría efectivo en el Banco de Crédito Navarro, de Pamplona, del depósito “que se haya hecho para este fin”. Quinta. En el caso de que no se pudieran cargar los postes por carencia de vagones, el importe de los mismos se cobraría en dos mitades; el 50 por 100 a los quince días de entregarlos y el resto al finalizar otro período de igual tiempo. Sexta. Asimismo, se comprometían unos y otros a no comprar ni vender a otra persona de la provincia poste alguno, si no era con el consentimiento de ambas partes. Séptima. Si para hacerse cargo y recibir los postes fuera necesario un receptor, los gastos de manutención del mismo correrían a cargo del señor Maisterra, entendiéndose que no se admitiría el desplazamiento de este receptor nada más que cuando se hubiera reunido una cantidad de postes que no fuese inferior a quinientos. Cláusula adicional. Cada cuatro meses se verificaría la revisión de los precios marcados”.

Conviene señalar que aunque el artículo 1.138 habla de una fragmentación en parte iguales de la obligación, ello está —como la misma divisibilidad de la obligación— a resultas de una interpretación adecuada de ella. Y esta puede señalar, expresa o tácitamente, un reparto en partes desiguales. Esa es la razón por la que al hablar de divisibilidad no se habla de partes cuantitativamente iguales, sino cualitativamente iguales y, por lo que se refiere al aspecto cuantitativo, basta con que las partes sean proporcionales al todo. Lo mismo cabe decir con respecto a las deudas indivisibles. Lo que resulta especialmente relevante cuando, no llegándose al cumplimiento “*in natura*” de las mismas, hay que optar por su sustitución con una indemnización de daños y perjuicios.

Un ejemplo de distribución desigual de la contribución a una deuda, resultado de la interpretación negocial, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1889 en donde, como se recordará (Vid. el apartado anterior), el arrendatario reclamaba a los arrendadores incumplidores la devolución de parte de las rentas anticipadas, así como una indemnización de daños y perjuicios. La prestación, inicialmente indivisible, de permitir el disfrute de las fincas arrendadas, había pasado a ser una obligación pecuniaria y divisible. El conflicto se planteó en torno al problema de saber si la división de la deuda había de hacerse en partes iguales o en partes desiguales. Condenados los cuatro arrendadores demandados, acuerdo el embargo y depósito de bienes “suficientes a cubrir la cantidad de 8.597 pesetas en que habían sido condenados, con 1.500 pesetas más para el pago de costas”, uno de los arrendadores promovió incidente de previo y especial pronunciamiento, pidiendo que se declara que al solicitante no correspondía indemnizar o pagar más que la parte proporcional de beneficios, daños y perjuicios a que se refería la condena de la sentencia en proporción a las 18 fanegas y 8 celemines que de las del arriendo... y venta después... habían sido de su pertenencia” (84). Petición a la que accedió la Audiencia. En los motivos del recurso de casación (85) se insiste en que, dado el ca-

(84) “que estando basada la demanda dirigida contra los cuatro en el perjuicio que cada uno de ellos había ocasionado en relación con la participación que respectivamente tenían en las fincas arrendadas y vendidas, era evidente que siendo el alegante dueño tan sólo de 18 fanegas y 8 celemines de tierra, sin que pudiera arrendar ni vender el resto de fincas que no eran suyas, la responsabilidad de los daños y perjuicios demandados no le podían alcanzar más que en la parte proporcional correspondiente a las fanegas de su procedencia, por no haber entre los demandados mancomunidad ni solidaridad, que nunca pueden presumirse, sino que han de constar expresamente”.

(85) “1.º El principio de derecho reconocido por todas las legislaciones, de que las resoluciones firmes de los Tribunales han de cumplirse tal y como son, sin que sea lícito, a pretexto de aclaraciones de dudas u obscuridades que no existen, alterar aquéllas, como sucede en el presente caso, en que claramente se impuso la obligación mancomunada, o sea, por iguales partes, a todos los demandados, y a pesar de esto se pretende que respondan sólo a proporción de las fincas que cada uno haya vendido; dándose el caso, nada extraordinario por cierto, de que sólo tenga con qué responder el que ha

rácter mancomunado de la obligación debe prorratearse igualitariamente entre todos los deudores. Argumento que rechaza el Tribunal Supremo (86). En efecto, una interpretación correcta del contrato de arrendamiento llevaba en este caso a la conclusión de que, puesto que se había realizado sobre la base de las propiedades respectivas de cada arrendador, éstos habían participado en la obligación en la proporción correspondiente a su propiedad respectiva; lo que se reflejaba necesariamente a la hora de prorratear la indemnización de daños y perjuicios entre todos los deudores.

Conviene insistir por último, una vez más, en que el régimen previsto por el artículo 1.138 para las obligaciones divisibles mancomunadas constituye una excepción a las reglas establecidas en los artículos 1.157 y 1.169 sobre la integridad del pago en defensa del acreedor.

7. REGIMEN JURIDICO DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

El estudio del régimen jurídico de las obligaciones indivisibles nos remite a los artículos 1.139, 1.149 y 1.150 del Código civil, cuyos escasos preceptos son los únicos previstos por nuestro codificador para regular este tipo de obligaciones.

La exégesis que se puede llevar a cabo sobre los artículos 1.139, 1.149 y 1.150, y que normalmente brinda nuestra doctrina (87) al hablar de esta categoría de las obligaciones indivisibles, es la que a continuación se expone. Puesto que los deudores tienen que actuar

enajenado una pequeña porción de fincas, y sean insolventes los que hayan vendido las mayores porciones, burlando de esta suerte las ejecutorias que tras largos sacrificios obtuvo el recurrente.

Y 2.º La ley 10, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que expresamente consigna que las obligaciones se entienden siempre mancomunadas, a no ser que se pacte lo contrario; pues no apareciendo en el presente caso ningún pacto que modifique la obligación nacida del contrato de arrendamiento ni la impuesta por la sentencia, es evidente que ha de entenderse necesariamente por partes iguales”.

(86) “Considerando que la ley 10, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación “establece que si dos personas se obligasen simplemente por contrato o en otra manera alguna para hacer cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligado cada uno por la mitad, salvo si en el contrato se dijese que cada uno sea obligado *in solidum*”.

Considerando que bajo tal precepto, no constando expresamente consignada la solidaridad en el contrato de arrendamiento, cuyo cumplimiento es la base de la indemnización de perjuicios reclamados por el arrendatario don Doroteo Gómez Adán, la sentencia que condena al pago de los mismos no puede tener otro alcance que los propios de la obligación simple, y por ello la recurrida no infringe el principio de derecho ni la ley citados en los motivos 1.º y 2.º”.

(87) Vid. ALBALADEJO. Op. cit., p. 40; BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil Español*. T. III. Barcelona, 1955, pp. 108-109; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I. Madrid, 1970, pp. 418-419; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*. Vol. III. 3.ª ed. Madrid, 1970, p. 101; MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. T. VIII. 4.ª ed. Madrid, 1929, pp. 215-216; PUIG BRUTAU. Op. cit., p. 249.

conjuntamente para el cumplimiento de la obligación, parece lógico que en cuanto que falle alguno de aquéllos se produzca la imposibilidad del cumplimiento "in natura", por lo que habría que transformar la obligación en una indemnización de daños y perjuicios, prestación pecuniaria divisible por excelencia, a la que se podrá aplicar el régimen de las obligaciones mancomunadas divisibles establecido en el artículo 1.138 (división de la obligación entre los distintos deudores) con aplicación retroactiva de la responsabilidad individual de cada deudor por la parte que le ha correspondido. De ahí que "los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir..., no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación" (artículo 1.150).

De esta guisa no se llega a percibir en principio de un modo claro en qué medida los preceptos del artículo 1.150 modifican a los del capítulo segundo del título I del libro IV (artículos 1.094 a 1.112), ya que en dicho capítulo queda ampliamente recogida la idea de que cuando la prestación "in natura" no resulte posible, quedará en todo caso abierto el recurso a la indemnización de daños y perjuicios. Lo que se deduce de una simple lectura del artículo 1.101, así como de la referencia que se hace al mismo en el párrafo 1.º del artículo 1.096. Se podría pensar entonces que la particularidad del régimen de las obligaciones indivisibles reside en la inaplicabilidad al mismo de los artículos 1.096 y siguientes, considerando que "desde que cualquiera de los deudores faltan a su compromiso", *automáticamente* la obligación se resuelve en indemnizar daños y perjuicios. Sin embargo, no parece que exista ninguna razón que justifique semejante restricción a las posibilidades de actuación del acreedor insatisfecho.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1941 nos brinda incidentalmente un apoyo. Se recordará que en el caso correspondiente se trataba de aplicar la pena convencional prevista como consecuencia del incumplimiento de la obligación contraída de constituir una sociedad para la fabricación de ladrillos. En los considerandos de la segunda sentencia el Tribunal Supremo se ocupa de interpretar el contrato con el fin de cubrir la laguna existente en el mismo para el supuesto que después se produjo. En efecto, se había previsto el incumplimiento de una de las partes contratantes; pero, al producirse el de dos, se trataba de saber si cada una había de pagar 50.000 pesetas de pena convencional o habrán de ser pagadas entre las dos. El Tribunal Supremo optó por esta segunda solución, señalando la divisibilidad de la pena (pecuniaria), a pesar de la indivisibilidad de la obligación (cuarto considerando de la segunda sentencia) (88). Pero esta segunda sentencia resulta especialmente interesante

(88) "Considerando que esta interpretación no roza siquiera el problema de la incongruencia, porque no se trata ya de la obligación principal, que es indivisible, sino que se está en presencia de la obligación sustituida o accesoria de indemnización pactada en concepto de pena, con prestación mancomuna-

ahora por su primer considerando (89). Se observará que al enumerar las premisas de las que parte dicha segunda sentencia, en la tercera se considera que el demandante podía haber acudido al cumplimiento forzoso en vez de renunciar a él y acudir a la pena (o a la indemnización de daños y perjuicios). Lo que confirma que la primera frase del artículo 1.150 no puede ser interpretada literalmente. Cabe acudir al cumplimiento forzoso antes de que la obligación se transforme en indemnización de daños y perjuicios.

La interpretación que Hernández-Gil da al artículo 1.150 señala cómo se trata con él de ofrecer al acreedor la facultad de acudir directamente a la indemnización de daños y perjuicios y a la resolución de la obligación bilateral, frente al criterio del artículo 1.124, que tiende a una mayor conservación, en la medida de lo posible, de dichas obligaciones, dejando siempre abierta en último extremo la vía de la resolución (90). Sin embargo, no parece que el legislador haya pensado precisamente en eso al redactar el artículo 1.150, puesto que la redacción de la segunda fase indica que en principio no prevé la resolución. De lo contrario, los únicos que deberían la indemnización de daños y perjuicios serían los deudores que faltaron a su compromiso.

Precisamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1912 la parte recurrente alega a favor de dicha interpretación la base literal de la expresión “se resuelve” del artículo 1.150. Pero yo entiendo, contrariamente a lo mantenido en dicho recurso de casación, que la expresión en cuestión no tiene ahí un sentido técnico-jurídico. Hay que desechar la interpretación según la cual el artículo 1.150 se refiere a la resolución de la obligación bilateral (art. 1.124). “*Se resuelve*” quiere decir en este caso *se transforma*, de acuerdo con el sentido recogido en el Diccionario de la Lengua: venir a parar

da o divisible entre varios deudores, salvo pacto en contrario, y es lícito en técnica procesal, por las razones expuestas en la sentencia de casación, conceder menos de lo pedido, procediendo en su virtud declarar que los demandados vienen en el deber de pagar al demandante la suma total de 50.000 pesetas por partes iguales, o mitad cada uno de ellos, juntamente con la de 6.000 pesetas, también por mitad, en concepto de gastos del arbitraje, anticipados por el demandante según se convino en la misma cláusula quinta de la escritura de 1934”.

(89) “Considerando que son premisas de esta segunda sentencia: 1.º Que en el fallo de casación se declara que los demandados han incumplido la obligación principal de constituir una Sociedad anónima mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. 2.º Que ante este evento los litigantes convinieron por la cláusula quinta de la escritura de 4 de agosto de 1934 una sanción penal a cargo de la parte que faltase a lo estipulado; y 3.º. Que no utilizada por el demandante la acción encaminada al cumplimiento forzoso de la obligación principal, sino la de efectividad de la cláusula penal, y consentida por los demandados la declaración de instancia sobre procedencia del cumplimiento de la pena únicamente modificada por el fallo de casación en el sentido de que por ser total y no parcial el incumplimiento del contrato, la sanción penal no es susceptible de moderación, *es preciso concretar ahora la extensión o cuantía de dicha obligación accesoria, actuando al efecto esta Sala como Juzgado de instancia*”.

(90) Vid. Op. cit., pp. 168-169.

una cosa en otra. Y ello se confirma con la frase siguiente del artículo. En ella se pone un límite a la indemnización de los codeudores que estaban dispuestos a cumplir, lo que no tendría sentido si la indemnización de daños y perjuicios fuera necesariamente unida a la resolución del contrato. En dicho caso, la indemnización corresponderá sólo al deudor que faltó a su compromiso. Así pues, “*se resuelve*” quiere decir “*se transforma*” y, según los casos, la indemnización tendrá uno u otro alcance. Cuando acompañe a la resolución tendrá el valor señalado en el último considerando de la sentencia mencionada. Cuando no acompañe a la resolución (porque ésta no sea posible, o porque el acreedor prefiera el cumplimiento, o porque la obligación sea unilateral), entonces se extenderá además al precio de la cosa, que se prorrateará entre todos los deudores.

Esto no quiere decir que la tesis de Hernández-Gil resulte incorrecta en su conclusión, pero creo que dicha conclusión se puede deducir del mismo sentido genérico al que corresponde la regulación especial de las deudas indivisibles —la protección del acreedor frente a los cumplimientos parciales— sin necesidad de acudir a una exégesis directa del artículo 1.150.

Así pues, el artículo 1.150 no constituye una alteración de los preceptos contenidos en el capítulo II, título I, libro IV del Código civil para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones, puesto que ya hemos visto que no hay razón para prescindir de inmediato del cumplimiento forzoso “*in natura*” cuando ello sea posible. En efecto, a pesar de la interpretación que podría darse “*a sensu contrario*” al artículo 1.149 en base a las palabras utilizadas en él (“no altera ni modifica”), el artículo 1.150 se limita sin más a regular un caso no previsto en dicho capítulo: la fórmula de resolver los casos en que uno de los deudores (o varios, pero no todos —porque eso sí que está previsto en los artículos 1.094 y siguientes por tratarse directamente de un incumplimiento total—) de la obligación divisible se niega (o no puede, por insolvencia) a cumplir, mientras que los demás están dispuestos a hacerlo. En dicho sentido se puede decir que rellena una laguna legal no regulada en los artículos 1.094 a 1.112.

Combinada con la idea de no negar al acreedor el recurso al cumplimiento forzoso “*in natura*”, se encuentra la de facilitar en la medida de lo posible la satisfacción “*in natura*” del acreedor, es decir, que éste logre realmente el fin perseguido al constituirse la obligación. Y en tal sentido cabe preguntarse si no será posible (en aquellos supuestos en que el dar o el hacer no sean personalísimos —el no hacer lo es en todo caso—) que el acreedor evite la transformación de la obligación en una indemnización de daños y perjuicios prestándose a cubrir él el compromiso del deudor (o deudores) que no está dispuesto a cumplir o que no puede cumplir por insolvencia (art. 1.139). En las obligaciones de dar esto resulta totalmente factible cuando recaiga sobre una cosa genérica indivisible o cuando, aun

contestación no es sencilla, ya que, como ha señalado algún autor, en principio no cabe decir que las acciones judiciales perjudican o favorecen, Tienen un carácter neutro, y sólo a "posteriori", según el contenido de la sentencia, se podrá decir si aquéllas tienen un carácter positivo o negativo para el crédito (96).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1907 se inclinan por una contestación negativa a la pregunta formulada. Firmada una transacción en la que se reparten los bienes de una Capellanía entre los que se creen con derecho a ellos (97), una de las

dor carece de eficacia para poner en mora al deudor o interrumpir la prescripción". *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. III. 10.^a ed. Madrid, 1967. Vid. p. 134.

El ordenamiento jurídico alemán no permite esta extensión de las actuaciones favorables de un acreedor a sus coacreedores. Concede, pues, el mismo trato a dichas actuaciones que a las perjudiciales y sólo permite la actuación individual de cada acreedor con relevancia para todos a la hora de exigir el cumplimiento al deudor. ENNECERUS/LEHMANN, recogiendo el contenido del párrafo 2.º del parágrafo 432 del BGB, señalan: "Todos los demás hechos que afectan sólo a la persona de un acreedor no surten efecto, a favor y en contra de los demás; tales son, especialmente, la culpa, el requerimiento y sus consecuencias, el ofrecimiento, la prescripción, la confusión, la sentencia firme, la cesión y la asunción de deuda". *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Vid. p. 470.

(96) La actitud adoptada al respecto por HERNÁNDEZ-GIL resulta sumamente ambigua, puesto que en un principio se declara radicalmente contrario a que un solo acreedor pida el cumplimiento, y, sin embargo, a continuación acepta la posibilidad de que un acreedor actúe en beneficio de todos: "Algún sector de la doctrina sostiene que para instar el cumplimiento no se requiere la actuación conjunta de los acreedores. Si bien es cierto que la norma no es todo lo clara que cupiera desear, hay que llegar a la conclusión de que también se precisa la actuación conjunta. Mediante la fórmula de que sólo perjudicarán a los acreedores los actos colectivos, lo que propiamente se pretende es excluir toda actuación individual, porque la circunstanciada discriminación de lo perjudicial y lo no perjudicial, necesariamente apreciable "a posteriori", desembocaría en un complicado e inseguro casuismo. Luego una actuación individual dirigida al cumplimiento también perjudica al conjunto de los acreedores. Por otra parte, si el artículo 1.139 dice con toda claridad que en el caso de concurrencia de varios deudores hay que proceder contra todos ellos para hacer efectiva la deuda, el recto sentido de la norma recíprocamente inversa es el de que los acreedores han de proceder también conjuntamente para hacer efectivo el crédito.

Sin perjuicio de lo indicado, debe admitirse la posibilidad de que actúe uno siempre que lo haga en beneficio de todos. Si entre los varios acreedores media una relación de comunidad—caso no infrecuente—, entonces la actuación de uno en interés de la comunidad está plenamente amparada por la jurisprudencia (...). No hay inconveniente en admitir igual solución aunque falte la relación de comunidad, siempre que se actúe en razón de un interés común". Op. cit. Vid. p. 167.

(97) "Resultando que durante la tramitación del pleito se otorgó escritura pública en la misma ciudad de Villena en 25 de febrero de 1897 por los herederos de doña Virtudes Herrero, entre los que figura doña Sinforosa Román de Santiago, expósita, y don Joaquín Candel Pérez, en representación de sus tres hijos, de una parte, y de otra, doña Salvadora Selva y Puche, estipulando, con otros particulares que no son del caso: que cualquiera que fuese la sentencia de adjudicación de los bienes de la Capellanía que en el pleito recayera los dividían en tres porciones iguales, adjudicando una de ellas a la doña Salvadora y las dos restantes a los herederos de doña Virtudes, en la proporción que tenía

partes exige a la que resulta obligada por la transacción el cumplimiento total de la misma. Tanto el Juzgado como la Audiencia fallan a favor de la parte demandante. El recurso de casación se basa en que, no habiéndose acordado la solidaridad, la parte demandante no podía reclamar más que la parte de la transacción que se refería a ella (98). El Tribunal Supremo rechaza el recurso fundándose en la necesidad de apreciar conjuntamente la obligación nacida de la transacción (99). Se trata pues, de que todo acuerdo transaccional por

establecida en su testamento, siendo para estos mismos las rentas recaudadas durante la administración de los bienes por doña Virtudes, para doña Salvadora las que ella había percibido con el mismo carácter de administradora, y distribuyéndose en la forma establecida para el capital de la Capellanía las que se recauden desde aquella fecha en adelante; y habiendo comparecido en autos como opositor, con posterioridad a dicha escritura, don José Antonio Selva, convino éste con los demás interesados otorgantes de la escritura referida, en documento privado de 18 de febrero de 1898, en apartarse del pleito tan luego como se firmara este documento y en que una vez adjudicados los bienes como libres a cualquiera de los demás opositores y cumplida por éstos la escritura de transacción mencionada, le abonarían del producto de los bienes la mitad de las costas que se le había ocasionado en estos autos”.

(98) Resultando que doña Salvadora Selva y Puche interpuso recurso de casación, fundado en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando en su apoyo como infringidos: primero, la Ley 51, libro 14, título 7.º del Digesto, que define la acción como un derecho a pedir en juicio lo que se debe al que usa de ella, en el concepto de que, según tal precepto, ni doña Sinforosa Román podía pedir a la recurrente más que el cumplimiento de lo con ella convenido ni la Sala sentenciadora acordarlo; sin embargo de lo cual el fallo recurrido le obliga a cumplirlo, no sólo con la demandante, sino también con don Joaquin Candell, en representación de sus hijas, que nada han reclamado, según manifestación de la misma demandante; y segundo, el artículo 1.137 del Código civil, que dispone que la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma; porque, en efecto, la demandante podía pedir para sí a la recurrente el cumplimiento de la obligación, pero en modo alguno pudo reclamar por los demás contratantes, ya que éstos ninguna petición hicieron a la recurrente, ni menos podía utilizar un beneficio de pobreza concedido a doña Sinforosa Román para litigar derechos propios”.

(99) “Considerando que reducida la cuestión del presente pleito a determinar si doña Salvadora Selva y Puche viene obligada al cumplimiento de la transacción que estipuló con los herederos de doña Virtudes Herrero y don José Antonio Selva por escritura pública del 25 de febrero de 1897 y documento privado del 18 de febrero de 1898, a virtud de lo cual se dividirán entre aquéllos los bienes de la Capellanía intitulada La Esperanza, en la proporción establecida en aquella escritura, previa la redención de cargas y pago de costas en el pleito entonces existente sobre la adjudicación de los referidos bienes, la sentencia que condena a la recurrente al cumplimiento de las referidas obligaciones resuelve de acuerdo con la demanda formulada por doña Sinforosa Román, que en concepto de heredera de doña Virtudes Herrero concurrió al otorgamiento de la transacción, sin que, dados los términos del fallo, congruente con la demanda, pueda estimarse que el Tribunal sentenciador haya cometido extralimitación alguna, habiendo tenido necesidad de apreciar en su unidad y conjunto la obligación contraída por la parte recurrente.

Considerando, en consecuencia, que no son de estimar las infracciones alegadas en los dos motivos que constituyen e integran el recurso promovido por doña Salvadora Selva, porque sobre la antes expresada base es innegable la

recayendo sobre una cosa específica indivisible, ésta no fuese propiedad de los deudores (por lo que éstos se habrían comprometido en realidad a proporcionársela al acreedor, actuando de mediadores en un sentido económico). En cambio, si la obligación de dar está montada sobre la cotitularidad de los deudores con respecto a la cosa, sólo cabe acudir al cumplimiento forzoso "in natura" para obtener la satisfacción correspondiente.

Pues bien, los intereses de los deudores dispuestos a cumplir no parecen contrarios a semejante actuación del acreedor, por lo que ésta ha de admitirse de acuerdo con la buena fe que debe imperar en el cumplimiento de las obligaciones (artículo 1.258 del Código civil). Y lo mismo que hemos señalado para las obligaciones de dar cabe decir para las de hacer cuando no se trate de una actividad personalísima de los deudores y, consecuentemente, insustituible por el acreedor o por un tercero pagado por aquél (91).

Naturalmente, semejante sustitución constituiría el pago de un tercero, y, por lo que se refiere al deudor sustituido, daría lugar a las consecuencias previstas en los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210 del Código civil.

El concepto de indivisibilidad de las obligaciones que hemos estudiado está, ya lo hemos visto, estrechamente relacionado con la protección de los intereses de los deudores y de los acreedores, según que exista una pluralidad de aquéllos o de éstos. Lo que quiere decir que acogerse a dicho régimen es una facultad que el ordenamiento brinda al acreedor, pero a la que éste puede renunciar. En tal sentido conviene señalar que si existe alguna posibilidad material de cumplimiento parcial de la deuda, aunque ésta no sea divisible en el sentido propio que hemos estudiado, y el acreedor está dispuesto a aceptarla, reservándose las acciones pertinentes frente a los deudores incumplidores, los deudores que estuviesen dispuestos a cumplir no tendrán posibilidad de oponerse a dicha exigencia por parte del acreedor, pretendiendo recurrir a imponer la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1.150 del Código civil. La interpretación del régimen legal de las deudas indivisibles debe ser realizada en el mismo sentido del artículo 1.169 del Código civil, como una facultad del acreedor. Así pues, esto tiene especial aplicación por lo que se refiere a la indivisibilidad convencional y a la indivisibilidad de los derechos. Si el acreedor se conforma con que los dos deudores dispuestos a cumplir le entreguen veinte camiones de los treinta estipulados (como deuda indivisible), reservándose la acción oportuna contra el tercer deudor que no está dispuesto a cumplir,

(91) La postura de MUCIUS SCAEVOLA en este problema no resulta clara: "Y ¿qué quiere decir que los demás no suplirán la falta del insolvente? Pues que esta parte será a disminuir del derecho del acreedor, y que, por lo tanto, de serle entregada la cosa debida estará obligado a indemnizar, al que pague, la parte del precio correspondiente a dicha participación, aparte del derecho de este deudor a resistir el pago, con arreglo al artículo 1.150, satisfaciendo sólo su parte de precio o valor". Op. cit. Vid., pp. 824-825.

aquéllos no podrán oponerse a entregar los mencionados veinte camiones. Si el acreedor se conforma con que dos de los tres propietarios proindiviso de un inmueble le transmitan sus cuotas en la comunidad, reservándose la acción que corresponda contra el tercer copropietario, aquéllos no podrán esgrimir el artículo 1.150 del Código civil para acudir a la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios con cargo al deudor que no estaba dispuesto a cumplir, o al pago del precio de la cosa junto con la indemnización.

El artículo 1.139 fija el régimen jurídico normal de las obligaciones indivisibles: tanto los acreedores como los deudores han de actuar conjuntamente a la hora de exigir el cumplimiento y a la hora de llevarlo a cabo, así como pagar conjuntamente a todos los acreedores (92). Sin embargo, conviene matizar la generalidad de dicho régimen en algunos supuestos.

Empecemos por el caso en que exista una pluralidad de acreedores. "Sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos", dice el artículo 1.139 del Código civil (93) (94). Quedan pues a salvo de la necesidad de actuación conjunta los actos que favorecen el crédito (interrupción de la prescripción, puesta en mora, exigir la constitución de garantías nuevas...) (95). ¿Se extiende esta imposición de actuación colectiva a las acciones judiciales? La

(92) ENNECCERUS/LEHMANN: "Si existe una pluralidad de acreedores, el deudor puede prestar únicamente a todos ellos y no tiene que hacer la prestación a uno sólo, a menos que por su naturaleza la prestación favorezca necesariamente a todos, como, por ejemplo, la construcción de una obra en una finca, que se debe a varios copropietarios de la misma". (Vid. pp. 467-468).

"el deudor no se libera prestando a uno solo de los acreedores, ya que esta prestación no es conforme con el contenido de su deuda. Sin embargo, frente al que recibió la prestación, si exige que aquélla se haga una vez más, aunque sea a todos, se da una *exceptio doli*; frente a los demás acreedores únicamente en tanto que la prestación hecha al que la recibió les favoreciera mediatamente" (Vid. p. 469).

"basta que uno de ellos (los acreedores) no acepte, o niegue su indispensable cooperación para el cumplimiento, para que todos incurran en *mora accipiendi*, pues, toda vez que sólo es posible la aceptación hecha por todos, concurren en ese caso los dos requisitos de la *mora accipiendi*, a saber, el ofrecimiento y la no aceptación" (Vid. pp. 469-470). *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Barcelona, 1954.

Vid. en el mismo sentido, BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*. Berlín/Frankfurt, 1953, p. 345; ESSER, *Schuldrecht*. I. 4. Aufl. Karlsruhe, 1970, pp. 430-431.

(93) Por ello, aunque el artículo 1.194 aplique la confusión a las obligaciones mancomunadas, no hay que olvidar que se está refiriendo a las mancomunadas divisibles (art. 1.138) y no a las indivisibles, puesto que ni siquiera cabría aplicar el supuesto al que se refiere el mencionado artículo del C. c., dado que precisamente las obligaciones indivisibles son aquellas que no cabe fraccionar en partes.

(94) "Por lo tanto, un solo acreedor no puede concertar la cesión del crédito, ni la novación, ni remitir la deuda, ni en general realizar cualquier acto que implique la disponibilidad del derecho indivisible atribuido". HERNÁNDEZ-GIL. Op. cit. Vid. p. 167.

(95) En contra, CASTÁN: "Los acreedores han de proceder colectivamente para reclamar el crédito y, en consecuencia, la reclamación aislada de un acree-

sus propios caracteres resulta indivisible; por lo que no cabe su cumplimiento parcial. De ahí que, aún sin darse la solidaridad, tampoco cabe hablar de simple concurrencia (artículo 1.138) de acreedores. Es éste un caso muy claro en donde, a pesar de la posible divisibilidad de la relación obligatoria resultante (hasta el punto de que quizá se pueda fragmentar, como aquí ocurre, el cumplimiento frente a cada acreedor), la propia naturaleza del acuerdo impide la apreciación fragmentaria de la misma. Y, como hemos visto, en él se admite la acción de uno de los acreedores sin necesidad de que concurran los demás (99 bis).

Sin embargo, DÍEZ PICAZO se ha pronunciado en contra de esta solución (100), basándose, fundamentalmente, en el interés de los acreedores, ya que, de lo contrario, se vería burlado el derecho que tienen todos ellos a ponerse de acuerdo sobre el tipo de acción que más les conviene frente a un incumplimiento del deudor (por ejemplo, cumplimiento forzoso o resolución del contrato) y, en segundo lugar —y éste quizá es el argumento decisivo para el mencionado autor—

acción de doña Sinforosa Román para pedir en la forma en que lo hizo, cualesquiera que sean por ahora las consecuencias concretas en ejecución de sentencia del fallo condenatorio, mientras los otros interesados en el contrato no pidan lo que a ellos pueda pertenecerles; todo lo que es independiente de las condiciones con que dicha acción fue ejercitada, y distinto asimismo del caso a que se refiere el artículo 1.137 del Código, toda vez que en el actual no se trata de mera concurrencia de dos o más acreedores en una sola obligación, según lo expuesto en el anterior considerando”.

(99 bis) Esta misma postura aparece recogida, aunque incidentalmente, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1972, en cuyo segundo considerando se citan, además, otras sentencias que, según el Tribunal de instancia, se pronuncian en el mismo sentido.

Con dicha postura cabe relacionar también la jurisprudencia que ha venido manteniendo reiteradamente que cualquiera de los comuneros puede ejercer por su cuenta las acciones que competen a la comunidad. Así, recientemente, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1972, 28 de enero de 1972 y 18 de marzo de 1972.

(100) En el mismo sentido, Vid. MUCIUS SCAEVOLA. Op. cit., pp. 822-823. Aunque añade: “Pero si exige la acción *colectiva*, aunque esto se entienda, naturalmente, reducido a la necesidad de que cada acreedor al producir su reclamación se halle debidamente apoderado por los demás, ¿qué sucederá en el caso de que alguno de ellos se mantenga en actitud pasiva?”

Una de dos cosas: o que deberá ser obligado a concurrir a la gestión, demandando o apoderando para que se demande, o que podrá la acción ejercitarse sin su concurso. De otra manera, la pasividad de uno de los acreedores equivaldría al perdón total de la deuda.

Pero la primera de estas soluciones es absurda, porque no se puede ejercer coacción sobre nadie para que reclame lo que es suyo, y mucho menos cuando no es discutible su derecho de perdonar la parte que le corresponde en un crédito. Se impone la segunda solución, por lo tanto, y se entenderá que hay acción colectiva, aunque uno de los acreedores no intervenga en la reclamación, siempre que se le haya hecho conocer en forma el propósito de reclamar, y más adelante, asimismo, la prestación de la demanda. Esto bastará para hacer imposible la excepción del deudor fundada en la falta de colectividad, y servirá, además, para producir otra consecuencia: la de que, al hacerse efectivo el crédito, los acreedores reclamando reserven el pago de la parte que correspondía al que permaneció inactivo” (pp. 823-824).

resulta que la sentencia tendría valor de cosa juzgada para todos los acreedores, aunque no hubiesen participado en la acción judicial (101).

Frente a esta postura, conviene señalar que la falta de legitimación activa no es apreciada de oficio, sino que constituye una excepción que puede oponer discrecionalmente, según estime conveniente a sus intereses la parte demandada; con lo que resulta dudoso considerar que el interés de los acreedores va a quedar salvaguardado a través del interés del deudor. Además, la cita en este caso del artículo 1.252 constituye un argumento más para aceptar en principio la posible actuación judicial de uno de los acreedores sólo. En efecto, si ello no fuere posible, dicho precepto sería superfluo puesto que constituyéndose válidamente la relación procesal con el concurso de todos los acreedores, lógico sería que la sentencia correspondiente tuviese valor de cosa juzgada para todos. Precisamente por que esto no es necesariamente así, es por lo que el artículo 1.252 tiene que extender dicho efecto a todos los acreedores no participantes en la acción (102). Se trata pues, de un efecto propio de la indivisibilidad (tanto la natural, como la convencional) que no cabe imputar a un arrastre histórico del primitivo régimen de las obligaciones solidarias atribuido a las obligaciones indivisibles, ya que el artículo 1.252, párrafo tercero, es nuevo con respecto al Anteproyecto de 1851 (artículo 1.226 del mismo).

Desde el momento en que no se puede argumentar con el interés de los acreedores para imponer su actuación conjunta en la demanda, cabe preguntarse si, en todo caso, esto no vendrá impuesto por el interés del deudor; se entiende, por el interés del deudor que sea digno de protección, ya que, de lo contrario, carecerá de sentido dotarle (al deudor) de una excepción al respecto. El interés legítimo del deudor está en liberarse en su momento de la deuda, de manera que los demás acreedores no puedan impugnar el pago realizado. Por ello éste debe ser conjunto, es decir, realizado a todos, consignándolo en su caso (aplicación analógica del artículo 1.176) (103). En tal sen-

(101) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I. Madrid, 1970, p. 409.

(102) Resulta curioso observar cómo CASTÁN no utiliza este argumento, aunque se dé cuenta de la superfluidad consecuente del artículo 1.252 en este punto: "En orden a los efectos de la cosa juzgada, cuando uno sólo de los deudores fuere condenado al cumplimiento de una obligación indivisible (caso que no será normal dentro del régimen de reclamación conjunta de nuestro Código civil), dispone el artículo 1.252, apartado último, que el fallo favorece o perjudica a todos los deudores de la obligación indivisible" Op. cit. Vid. página 135.

En este sentido, Vid. PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas del Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS/LEHMANN. Vol. I. Barcelona, 1954, p. 472.

(103) "Si los demás acreedores no están dispuestos a cooperar con aquél para hacerse cargo de la prestación reclamada por el demandante, el deudor podrá denegar la prestación, y el demandante sólo tendrá derecho a exigir que se declare la existencia de su crédito. Si el deudor está dispuesto a hacer efectiva la prestación a todos los acreedores y uno de ellos niega su colaboración,

tido podrá oponerse a la demanda de uno de los acreedores que exija que se realice todo el pago frente a él sólo. Pero es que entonces nos encontramos con una actuación claramente perjudicial para los demás acreedores en el sentido del artículo 1.139. En cambio, cuando el acreedor demandante se limita a pedir el cumplimiento o la indemnización de daños y perjuicios frente a todos los acreedores, no existe razón para dotar al deudor de una excepción frente a ella. Y así lo hemos visto recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1907. Y es que la demanda de un acreedor no tiene en principio otra virtud que clarificar definitivamente la situación jurídica existente en torno al cumplimiento de la obligación; lo que, evidentemente, no constituye algo que perjudique a sus coacreedores (104). Por otra parte, esta solución impide que la conducta dolosa o culposa de alguno de los acreedores pueda obstaculizar la reclamación del pago (105).

Con todo, el argumento que aporta Díez-Picazo a favor de su tesis, en relación con el artículo 1.252 del Código civil, tiene importancia, ya que pone de relieve el peligro que existe en permitir que cualquiera de los acreedores pueda actuar judicialmente por su cuenta, sin ponerlo en conocimiento de los demás coacreedores, desde el momento en que estos últimos se van a ver implicados en el resultado, a través del efecto de la cosa juzgada. Tanto una conducta dolosa como un proceder culposo de dicho acreedor demandante pueden dar lugar a la pérdida del derecho de todos sus coacreedores. Por otra parte, no deja de tener razón el mencionado autor al señalar que los acreedores tienen un derecho indudable a ponerse de acuerdo sobre la acción que mejor conviene a la realización de sus intereses. Pienso que, *de lege lata*, la única forma de proteger a todos los acreedores frente al resultado judicial adverso provocado por la conducta de uno o algunos de los acreedores demandantes será responsabilizando fuertemente a estos últimos frente a los demás. Extendiendo su responsabilidad hasta el supuesto de culpa levisísima y entendiendo que, en principio, han de responder en todo caso de los perjuicios causados

podrá proceder a consignar el objeto, adeudado con arreglo al artículo 92". VON TUHR. Op. cit. Vid. p. 282.

(104) En este sentido se pronuncian expresamente el C. suizo de las obligaciones: "Lorsque l'obligation est indivisible et qu'il y a plusieurs créanciers, chacun d'eux peut en exiger l'exécution intégrale et le débiteur est tenu de se livrer envers tous" (art. 70, pár. 1.º), y el BGB: "Si varios han de exigir una prestación indivisible, siempre que no sean acreedores solidarios, el deudor sólo puede efectuar prestación a todos en común y cada acreedor sólo puede exigir la prestación a todos. Cualquiera acreedor puede exigir que el deudor consigne para todos los acreedores la cosa debida o, si no es apropiada para la consignación, que se la entregue a un depositario a designar judicialmente" (párrafo 432-1).

(105) "Lo que sí nos parece indudable es que siendo exigible la obligación y requerido uno de los acreedores para que concurra a hacerla efectiva, si se niega quedará expedito el derecho de los otros, del que en justicia no puede él disponer". MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*. T. VIII. 4.ª ed. Madrid, 1929. Vid. p. 183.

cuando actuaron sin una previa notificación e incitación a sus coacreedores para una actuación judicial conjunta. Y aún más, cuando su actuación judicial se produzca después de una negativa razonable de los coacreedores para proceder de esa forma.

En segundo lugar, se plantea el caso en que la pluralidad es de deudores. "Sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores", dice el artículo 1.139 (106). En todo caso, es evidente que —si ello es posible— cualquiera de los deudores podrá pagar la deuda por todos o hacer cualquier cosa que favorezca a todos (107). El problema radica en saber si la regla general contenida en el artículo 1.139 no es susceptible de excepciones.

Por lo pronto, conviene señalar, volviendo al tema del cumplimiento forzoso "in natura", que cuando uno (o varios) de los deudores se opongan al cumplimiento (supuesto del artículo 1.150), mientras que los demás estén dispuestos a ello, parece lógico que el acreedor que persigue el cumplimiento forzoso "in natura" demande únicamente al deudor que está faltando a su compromiso. Así, si uno de los copropietarios de la cosa debida se niega a consentir para la entrega de la cosa y la transmisión del derecho.

Pero, además, existe un caso especialmente interesante en el que cabe plantearse de nuevo el problema, siendo ahora la solución menos clara. ¿Puede demandarse sólo a uno de los deudores cuando es él quien tiene la cosa específica debida por todos? El punto de partida para mantener una respuesta positiva puede ser la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1931, que ya hemos visto en el apartado 5, al estudiar la indivisibilidad convencional de las obligaciones. Se recordará que el Tribunal Supremo consideró injustificadamente en aquella ocasión que la deuda reclamada era divisible, quizá con el fin de favorecer a la parte demandante para no apreciar la falta de legitimación pasiva en la demanda. Pero con ello esquivó tomar una postura sobre el tema que aquí nos interesa. En efecto, conviene tener presente que si, en aquel caso, doña Petra Sáiz Saizar dirigió la demanda contra doña Antonia Redil, no fue casualmente, eligiendo al azar cualquiera de los obligados, sino precisamente a aquel de ellos que poseía el resguardo de la fianza y percibía consecuentemente los intereses de la misma. Cabe entonces preguntarse si es válida la demanda dirigida contra uno sólo de los deudores

(106) CLEMENTE DE DIEGO parece no tener en cuenta este precepto del C. c. al asimilar el régimen de la deuda indivisible al de la deuda solidaria: "El efecto de las obligaciones indivisibles cuando haya varios deudores es que cada codeudor o cada heredero del deudor pueda ser constreñido a pagar el total de la prestación, porque ésta no admite división o pagos parciales; pero el deudor demandado tiene 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 reembolso 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 1.084". Vid. Op. cit., p. 73.

(107) Vid. Díez-PICAZO. Op. cit., p. 417.

cuando éste es el que posee el bien indivisible sobre el que recae la obligación y tiene el poder de disposición correspondiente. El problema se reduce a saber en qué medida puede beneficiar —legítimamente, se entiende— al deudor demandado el que la demanda haya de dirigirse también contra todos sus codeudores. Volvemos a repetir con carácter general, ¿no podría pedirse, ante la voluntad contraria al cumplimiento de alguno de los deudores, la ejecución forzosa sobre el bien, esto es, su entrega forzosa? Sólo hay un caso en el que puede producirse un resultado contrario al régimen de las obligaciones indivisibles y éste es cuando alguno de los deudores es insolvente. En efecto, en tal caso, dice el artículo 1.139, “no estarán los demás obligados a suplir su falta”. Ahora bien, este inconveniente se salva acudiendo al régimen que el artículo 1.084, párrafo segundo, establece para las deudas del causante, es decir, concediendo en tales casos al deudor demandado la facultad de hacer citar y emplazar a sus codeudores —no se olvide que este régimen es el histórico de las obligaciones indivisibles y no el de las obligaciones solidarias— o simplemente permitiéndole oponer semejante excepción (aplicación análoga del artículo 1.148). Salvado pues este inconveniente, no parece que haya ninguna razón para dificultar la acción del acreedor, exigiendo en los casos en cuestión que su demanda se dirija contra todos los deudores (108). Otra cosa sería, naturalmente, que demandase a uno de los deudores que no tuviese el bien específico sobre el que recae la prestación.

Apuntemos finalmente, por lo que se refiere a estas deudas indivisibles, que una aplicación análoga del régimen señalado para los acreedores unido a la necesidad de proceder en general contra todos los deudores para obtener el cumplimiento de la obligación, permite afirmar en este caso también que sólo los actos realizados frente a todos ellos les perjudica. Así, por lo que se refiere a la interrupción de la prescripción (109) y a la puesta en mora (110), o a la resolu-

(108) En contra, MUCIUS SCAEVOLA: “Pero si efectivamente existen varios deudores y sólo uno puede cumplir la obligación, como si, por ejemplo, se han obligado Juan, Luis y Pablo a entregar un reloj que se halla en poder del último, ¿bastará con que se reclame de Pablo, o deberá procederse contra todos? Nos inclinamos a lo último, no sólo porque así lo dispone el artículo 1.139, sino porque, aun dando por supuesto que el legislador no hubiera tenido criterio cerrado en la cuestión, nada se opone a que la reclamación se dirija contra todos los deudores, y, por el contrario, debe suponerse que cuando todos se obligaron, con su cuenta y razón lo hicieron, y que, en último término, al acreedor le es indiferente que la obligación le sea cumplida por uno o por el otro”. Op. cit. Vid. p. 825.

(109) El párrafo 3.º del artículo 1.974 no se puede aplicar a las obligaciones mancomunadas indivisibles, puesto que, como decíamos al hablar del artículo 1.194, no cabe fraccionarlas en partes. Además, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ha puesto de relieve cómo dicha norma no es ni siquiera aplicable a las obligaciones mancomunadas divisibles, ya que, en realidad, se refiere a las solidarias: “El párrafo final del artículo 1.974 parece dar a entender que en las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores. Pero ello sería contrario a los principios que

ción del contrato (artículo 1.124 del Código civil). Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1972 establece en su tercer considerando la necesidad de notificar a todos los arrendatarios la decisión del propietario de oponerse a la prórroga del arrendamiento rústico para explotar directamente la finca (110 bis).

rigen la interrupción de la prescripción y las obligaciones mancomunadas. En efecto, según el Código, en las obligaciones mancomunadas, "el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros" (art. 1.138 C. c.). Por tanto, sería incongruente que el ejercicio de la acción contra uno de los deudores interrumpiera la prescripción de una deuda que es ajena a este deudor.

La incongruencia se explica porque este párrafo final del artículo 1.974 proviene—como se indica en el *Anteproyecto*—del artículo 1.988 del Proyecto de 1851. Pero aquí obligaciones mancomunadas significa otra cosa distinta que en el Código: son las obligaciones *solidarias*. La regla antes indicada tiene en el Proyecto de 1851 pleno sentido. En principio, en las obligaciones solidarias cualquier acto, que interrumpa la prescripción en contra de uno de los deudores perjudica a los demás (cfr. art. 1.059 del Proyecto de 1851). Pero excepcionalmente no perjudica a los demás, cuando el acreedor se limita a reclamar de uno de los deudores solidarios la parte que le corresponde en la deuda. Y esto, según García Goyena, está fundado "en que el mismo acreedor ha dividido la deuda". *El Anteproyecto del Código Civil Español* (1882-1888). Madrid, 1965. Vid. p. 756, nota 382.

(110) "L'indivisibilité ne devrait pas produire les effets dits secondaires de la solidarité, qui ne peuvent s'expliquer que par l'idée de représentation. Cependant l'article 2.249, al., 2. C. civ. admet que l'interruption de la prescription faite à l'égard de l'un des codébiteurs indivisibles vaul à l'égard de tous. Cette disposition, que l'on justifie par les facilités qu'elle donne au créancier, est exceptionnelle. Aussi refuse-t-on d'étendre à l'indivisibilité les autres effets secondaires de la solidarité: la mise en demeure adressée à l'un des codébiteurs indivisibles reste sans effet à l'égard des autres, hors l'interruption de la prescription; le jugement rendu à l'égard de l'un des codébiteurs indivisibles ne lie pas ses cobligés; et c'est pourquoi l'article 1.225 C. civ. permet au codébitéur poursuivi demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs. Mais la jurisprudence décide, ce qu'elle n'admet pas en matière d'obligations solidaires, que si les codébiteurs se trouvent ensemble dans la cause, une voie de recours interjetée par l'un d'eux profite aux autres". MAZEAUD/DE JUGLART, *Leçons de Droit Civil*. T. II. 4.^a ed. Vol. 1.^o. París, 1969. Vid. p. 952.

Vid. también COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit Civil*. T. II. París, 1959, pp. 978-979; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil*. T. II. Vol. 1.^o. París, 1962, pp. 779-780.

(110 bis) "... ha de estimarse preferente el derecho de la propietaria demandante a recabar la finca arrendada para su explotación directa, al de los demandados de obtener la prórroga del arrendamiento, pues si bien la primera notificación efectuada por aquélla en 17 septiembre de 1969 manifestando su voluntad de confirmar como fecha de extinción del arrendamiento la de vencimiento del plazo contractual el 29 septiembre de 1970, no sería en sí misma suficiente para determinar tal preferencia, *al haberse hecho a uno de ellos que no consta llevara él sólo la explotación de la finca ni representara a los demás*, y al no expresarse en la misma el propósito de la arrendadora de explotar directamente la finca, si se tiene en cuenta la notificación después efectuada por los arrendatarios ejercitando su derecho de prórroga y la contestación de aquélla en que hacía constar su oposición a ésta, y su propósito de cultivo directo, ha de llegarse a distinta conclusión..." (el subrayado es mío).

8. LA DIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES SIN PLURALIDAD DE SUJETOS

Al hablar del concepto de las obligaciones indivisibles y divisibles ya apuntábamos cómo éste conectaba estrechamente con la existencia de una pluralidad de acreedores o de deudores en la relación obligatoria. Sin embargo, no olvidábamos cómo también la divisibilidad (y, consecuentemente, la indivisibilidad) de las obligaciones trasciende dichos supuestos de pluralidad para adquirir relevancia jurídica en supuestos de unidad de deudor y de acreedor (111).

Dentro de este sector cabe hacer una distinción entre un concepto estricto de la divisibilidad, que es el estudiado hasta aquí, y otro amplio, en el que se puede hablar de divisibilidad desde el momento en que las partes en que se pueda fraccionar materialmente la prestación conserven un propio valor económico (112).

Por lo que se refiere a la divisibilidad estricta relacionada, ya lo hemos visto, con la fungibilidad de las partes en que se puede fraccionar la prestación, su relevancia jurídica en estos supuestos se pone de relieve fundamentalmente al atender a la regulación que el Código civil prevé para la confusión parcial (artículo 1.194), la compensación parcial (artículo 1.196) y la imputación parcial del pago (artículo 1.174). En efecto, parece claro que todas ellas son instituciones que han de funcionar sobre la base de la divisibilidad en el sentido visto de las obligaciones afectadas.

En cambio, la divisibilidad en sentido amplio será relevante a la hora de apreciar la posibilidad de un pago parcial de las obligaciones (113) (naturalmente aquí se incluye también la divisibilidad en sentido estricto). Ya hemos considerado cómo el propio artículo 1.154 prevé la posibilidad de una moderación de la pena convencional no sólo cuando se haya producido un cumplimiento “en parte” (divisibilidad perfecta o en sentido estricto), sino también cuando haya habido un cumplimiento “irregular” (divisibilidad imperfecta o en sentido amplio).

Pero quizá sea en el arrendamiento de obra el lugar del Código civil donde mejor se aprecia la posible eficacia jurídica de la divisibilidad a la hora de apreciar el pago parcial. Basta con reproducir los artículos 1.592 y 1.595:

“El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha” (artículo 1.592).

(111) En el mismo sentido, Vid. CICALA, *Obbligazione Divisibile e Indivisibile*. Novissimo Digesto Italiano. T. XI. Torino, 1968, p. 648.

(112) Distinción recogida por BLOMEYER al hablar por un lado de “teilbare Leistungen” y por el otro de “Teil der Leistung”. Vid. Op. cit., p. 33.

(113) Por ello, ALBALADEJO se refiere a estos dos tipos de divisibilidad cuando habla de la necesidad de distinguir, como supuestos distintos, entre la divisibilidad de las obligaciones y su cumplimiento parcial. Vid Op. cit., p. 40.

“Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona.

En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio.

Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad” (artículo 1.595).

En ellos queda contenida la idea de que, a pesar de los artículos 1.157 y 1.169, cuando el cumplimiento parcial tenga un valor económico para el acreedor y no quepa imputar al deudor el incumplimiento parcial, aquél habrá de ser aceptado de acuerdo con la buena fe que ha de imperar en las obligaciones (artículo 1.258).

Vemos, pues, cómo la consideración de las obligaciones divisibles e indivisibles en estos casos nos remite a diversas instituciones: pago, confusión, compensación. Será en ellas el lugar oportuno para llevar a cabo un estudio detallado de los efectos simplemente mencionados en este último apartado.