

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Las obligaciones indivisibles de dar

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1.—Precisiones históricas. 2.—La expresión «cuerpos ciertos» del artículo 1.151 del Código civil español. Remisión a la infungibilidad. 3.—La frase final del párrafo primero del artículo 1.151. La indivisibilidad intelectual. 4.—Análisis crítico de dicha figura. La materia en el Derecho español. 5.—La adecuada caracterización de las obligaciones de dar. 6.—La divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones de transmitir o constituir derechos reales en el Código civil español. 7.—La divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones de entregar o restituir una cosa. 8.—Criterios para determinar la condición divisible o indivisible de un bien. Remisión a la comunidad de bienes.

1. PRECISIONES HISTORICAS

A tenor del párrafo primero del artículo 1.151 del Código civil, «para los efectos de los artículos que preceden se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles del cumplimiento parcial».

En el Derecho romano era generalmente divisible la obligación cuya prestación consistiere en un *dare*, debido a que los juristas romanos consideraban que la propiedad y demás derechos reales pueden transferirse y constituirse por cuotas ideales (*pro parte*). Así, el copropietario de una finca puede enajenar la cuota ideal, porción o participación intelectual que de la misma le corresponda; y de la misma manera, en el caso de varios coherederos obligados a entregar una cosa determinada del caudal relicto a un legatario, resultan vinculados *pro parte*, en cuanto cada uno puede transferir la cuota ideal que le corresponda en la

propiedad del objeto legado. Sin embargo, cuando la obligación de dar fuere alternativa o cuando el objeto a transmitir apareciese determinado únicamente en su género, los juristas romanos consideraron que en tales casos, pese a que la prestación consistía en un *dare*, la obligación era indivisible, al igual que ocurría cuando se tratase de constituir una servidumbre predial, en cuanto la misma resultaba imposible de constituir por cuotas ideales (1).

Sobre estas bases se movió durante siglos la doctrina de los civilistas clásicos. Como señala Mucius Scaevola, los tratadistas antiguos distinguían las obligaciones de dar según que las cosas fueran corporales o incorpóras y según que las primeras fueran específicas o genéricas o alternativas; las obligaciones de cosa corporal específica se consideraba divisibles aunque la cosa en sí no la fuere; las de cosa corporal genérica o alternativa se estimaban indivisibles, a fin de que no pudiera el deudor prestar la mitad de una cosa y la mitad de otra, exceptuándose de tal regla las obligaciones de cosas fungibles, en las que siempre cabe la división; por fin, las obligaciones de cosa incorpóral se entendían siempre indivisibles, a excepción del usufructo y de la hipoteca, que pueden consituirse por partes (2).

Todavía en tiempos relativamente recientes, Giorgi considerará que cuando se trate de obligaciones de dar en las que sea necesaria la tradición real sólo serán divisibles cuando la cosa que se ha de entregar sea una cantidad o una suma de dinero; un número de especies o de cuerpos ciertos y determinados que corresponda al número de los acreedores o de los obligados, o sea divisible exactamente por el número de aquéllos o de éstos; un cuerpo cierto y determinado que se pueda realmente dividir en tantas partes separadas cuantas correspondan a la varias partes del crédito o del débito de los diversos partícipes, cual ocurre cuando muere un testador y deja en legado su tronco único de caballos siendo dos los herederos por parte iguales. Fuera de tales casos no puede darse divisibilidad en las obligaciones de entregar realmente una cosa, como ocurriría en el ejemplo señalado si el testador en lugar de dejar en legado un tronco de caballos cierto y determinado hubiese hecho el legado genérico de un tronco de caballos, porque cada heredero no podría cumplirlo entregando un caballo cualquiera, sino que debería entenderse con el coheredero para entregar dos caballos que pudieran aparearse; y por la misma razón, el legatario tendría el derecho de exigir a uno u otro de los herederos el tronco completo, pues de otro modo correría el riesgo de tener dos caballos que no po-

(1) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, p. 51.

(2) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX (segunda edición, revisada por Marín Pérez), Madrid, 1957, p. 909.

drían aparearse y perdería o vería disminuida la utilidad de la prestación (3).

2. LA EXPRESION «CUERPOS CIERTOS» DEL ARTICULO 1.151 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. REMISION A LA INFUNGIBILIDAD

El parrafo primero del articulo 1.151 del Código civil habla de «obligaciones de dar cuerpos ciertos». Se trata de una locución tradicional que en el sentir de la doctrina clásica resultaba equivalente a cosa específicas (frente a la genéricas) o a «cuerpo cierto y determinado», que es otra manera de resaltar la especificidad o singularidad de un objeto. Todavía hoy, entre nosotros, Espín Cánovas considera que semejante expresión legal «ha de referirse a cosas específicas, no genéricas, prescindiendo de la obligación de transmitir la propiedad u otro derecho real sobre esas cosas» (4); y el propio Albaladejo, aunque reconoce que reputar indivisibles todas las obligaciones de dar cuerpos ciertos llevaría en ocasiones a consecuencias insólitas, por lo que «realmente hay que mantener que la obligación de dar cuerpo cierto es divisible, si éste consta de una pluralidad de unidades», padece la aludida identificación al considerar equivalentes las expresiones «cuerpos ciertos» y «cosas específicas» (5).

El equívoco se despeja con facilidad al considerar que la condición de genérica de una cosa no significa automáticamente su divisibilidad, porque también las cosas genéricas pueden ser indivisibles (un animal, una maquina de escribir, una pluma), y, en consecuencia, al no corresponderse la dicotomía cosa genérica-cosa específica con la división cosa divisible-cosa indivisible parece obvio que cuando el Código civil habla de «cuerpo cierto» no puede estar refiriéndose a las cosas específicas.

Según ha hecho notar Bercovitz, en el propio Código civil español existe basamento suficiente como para no proceder a la asimilación conceptual que se critica, porque aunque en ocasiones y por razones exclusivamente lexicográficas utiliza el término «cierto» en el sentido de «determinado», la verdad es que en la terminología de aquél las cosas específicas vienen contempladas y referidas mediante el empleo del adjetivo «determinada» (arts. 1.096, 1.182, 1.145, etc.); con lo que resultará que la palabra «cierto» no tiene un sentido técnico-jurídico acu-

(3) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, I, Madrid, 1909, p. 223.

(4) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, 1983, p. 57.

(5) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980, p. 50.

ñado en el Código civil, y 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 (6).

En realidad, si algún tipo de contraposición cabe formular a la expresión «cuerpo cierto» es la de «cuerpo incierto», y, normalmente, cuando se utiliza esta segunda nominación es para referirse a aquellas cosas *quae numero pondere mensurare constant*, esto es, a las cosas fungibles, cosas objetivas o subjetivamente sustituibles en cuanto desempeñan idéntica función y que, en consecuencia, se determinan por su número, peso o medida. Por ello, si cuerpo cierto se opone a cosa fungible, en dicha expresión legal se estará haciendo referencia a la cosa infungible o insustituible.

Así lo viene apreciando desde hace años la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la que de manera permanente se resalta que las obligaciones divisibles de dar hacen referencia a la entrega de cosas fungibles y, en especial, de dinero (el bien fungible por excelencia), sobre todo cuando éste es contemplado en función indemnizatoria de los daños y perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento obligacional imputable al deudor. Numerosas sentencias confirman esta tesis: 20 de febrero de 1875, 6 de diciembre de 1889, 19 de junio de 1941, 7 de octubre de 1972, 26 de mayo de 1980, etc.

Hernández-Gil, aunque considera que las obligaciones de dar son eminentemente divisibles cuando su prestación esté integrada por una determinada cantidad de cosas fungibles, afirma que otro tanto ocurre aunque las cosas no sean fungibles, siempre que haya pluralidad, ya que «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 varias como fracción de un conjunto», por más que resulte claro que, aunque materialmente sea posible el cumplimiento parcial, «cuando las cosas formen un conjunto expresivo de un valor o de un interés distinto del representado por la simple suma de sus elementos (por ejemplo, una colección), la obligación habrá de reputarse indivisible porque las partes no serán homogéneas y proporcionales respecto del todo» (7).

Según esta concepción, en principio serían divisibles las obligaciones de entregar un conjunto de cosas infungibles y, por tanto, cada una de ellas en sí indivisible, en razón de que las mismas aceptarían el cumplimiento parcial mediante sucesivas entregas de alguna o algunas de dichas cosas. ¿Es correcta esta apreciación?

(6) BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en *Anuario de Derecho civil*, 1973, p. 533.

(7) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pp.163-164.

Obligación divisible es lo mismo que obligación que puede ser cumplida por partes, en cuanto el fraccionamiento de su prestación no altera la sustancia de aquélla ni origina quebranto al acreedor (8). Ahora bien, las partes de la prestación sólo son tales cuando guardan una especial relación respecto al todo que la doctrina suele resumir mediante el señalamiento de que dichas partes resultantes deben ser cualitativamente iguales, cuantitativamente proporcionales y mantenedoras del valor económico de la prestación, o, como dice Cicala, han de tener la misma naturaleza, conservar la función y, proporcionalmente, el valor del todo (9). ¿Ocurre ello en las obligaciones de entregar conjuntos o cantidades de cosas infungibles que Hernández-Gil estima, en línea de principio, divisibles?

Difícilmente. Mientras en las obligaciones de entregar una cantidad o suma de bienes fungibles poca duda puede existir de que cada una de las entregas parciales respeta plenamente las notas apuntadas respecto a la divisibilidad de la prestación, en las relativas a la dación de un conjunto de cosas insustituibles, las mismas, *ex definitione*, no podrán tener actuación total o parcialmente, porque aunque en determinados casos la entrega parcial de alguna de ellas no suponga quebranto económico ni vulneración funcional alguna, sencillamente porque el valor económico del conjunto no sea superior a la simple suma de la estima pecuniaria de cada una de dichas cosas y porque al conjunto en cuestión no venga atribuida función económico-social diferenciada y autónoma de la que corresponde a los bienes que lo integran, siempre cabrá la legítima duda sobre si las sucesivas entregas pueden reputarse dogmáticamente referidas las partes de un todo.

Y aquí es donde, creo, reside la debilidad de la tesis que se comenta. Cuando alguien se ha obligado a entregar a otro un conjunto, agregado, suma o relación de bienes infungibles, no estamos en presencia de una obligación de cantidad, porque esta modalidad sólo tiene sentido en relación a las cosas fungibles, únicas que permiten su consideración fraccionada homogénea, sino ante una relación obligatoria cuya prestación se diversifica en una serie de actuaciones distintas, tantas como cosas se contemplen, que pueden tener realización de una sola vez, pero que pueden también plasmarse diferenciada y aisladamente sin que ello suponga fraccionamiento de aquélla. En realidad, aun siendo la obligación única, está dotada de varias prestaciones conjuntivas o cumulativas, tantas como bienes infungibles deban ser entregados, por lo que la entrega autónoma de uno de éstos no supone división de la prestación, sino ejecución de la singular prestación a él referida, y sin

(8) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, III, Madrid, 1988, página 174.

(9) CICALA, «Obbligazioni divisibile e indivisibile», en *Novissimo Digesto italiano*, XI, Turín 1968, p. 637.

que ello, como es natural, impida la realización conjunta y de una sola vez de todas las prestaciones adeudadas.

3. LA FRASE FINAL DEL PARRAFO 3.º DEL ARTICULO 1.151. LA DIVISIBILIDAD INTELECTUAL

El párrafo primero del artículo 1.151 del Código civil relativo a las *obligationes dare* cierra la fórmula mediante la remisión al concepto genérico de que se reputarán también indivisibles «todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial», cuya consideración aislada podría suscitar dudas y perplejidades, tanto porque no se alcanza a ver la razón de que semejante previsión se formule en la esfera de las obligaciones de dar, cuando es válida y exigible en todo tipo de obligaciones, como porque recogida la misma ya no tiene sentido descender a puntualizaciones en materia de divisibilidad-indivisibilidad en razón del contenido de las prestaciones, en cuanto esencialmente una obligación es indivisible al no ser susceptible de cumplimiento parcial. Plasmada esta regla, tal como hace la norma que se comenta, lo máximo que cabe hacer a continuación es señalar ejemplos o aplicaciones concretas de la misma.

Y, sin embargo, está ahí, a continuación de la previsión legal de que son indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos (cosas infungibles, según se ha señalado), como para indicarnos que, no obstante semejante disposición, puede haber casos en que estando los deudores obligados a entregar un bien insustituible y perfectamente delimitado todavía quepa la posibilidad del cumplimiento fraccionado de la prestación atinente al mismo, ya que, en otro caso, no tendría sentido alguno la advertencia o cautela legal. En efecto, si la obligación de dar cuerpo cierto es por naturaleza indivisible, la misma no puede ser objeto en caso alguno de cumplimiento parcial; ahora bien, si la propia ley, después de consagrar aquella prescripción, añade que también serán indivisibles todas las obligaciones que «no sean susceptibles de cumplimiento parcial», nos está apuntando la posibilidad de que en algún caso una obligación de dar cuerpo cierto pudiera resultar divisible. ¿Cuál es la razón de ello?

La razón hay que rastrearla históricamente y constituye uno de esos «tributos dogmáticos» que con harta frecuencia sufraga acriticamente la doctrina moderna porque la idea en cuestión viene acrisolada por el paso del tiempo y el consenso de venerables jurisconsultos. Sobre la base del pensamiento de Dumoulin (pensamiento que tanto contribuyó a construir el «laberinto» de las obligaciones indivisibles), Pothier consideró que una obligación es divisible cuando la cosa debida es susceptible de división y de partes por las cuales puede ser pagada, pero que

semejante división no debe ser entendida en el sentido de la división física que consiste *in solutione continuitatis*, sino en el de división civil y propia del comercio de las cosas.

A su vez, dentro de la división civil hay dos especies, una que se hace en partes reales y divididas, como cuando se divide un campo en dos plantado en medio un mojón, y otra que se hace en partes intelectuales indivisibles, como cuando el dueño de ese campo muere y deja dos herederos que continúan la indivisión de la heredad, quedándose cada uno mitad indivisa.

Pues bien, las cosas que no son susceptibles de la primera especie de división no dejan de serlo de la segunda, cual ocurre con un caballo o un plato de plata, cosas que aunque no susceptibles, sin la destrucción de sustancia, de partes reales y divisibles, sí son susceptibles, en cambio, de partes no reales e indivisas (*in iure et intellecta*), en cuanto pueden pertenecer a varias personas.

En consecuencia, basta que una cosa sea susceptible de la segunda división para que la obligación de dar dicha cosa sea una obligación divisible, cual ocurre en las fuentes romanas cuando hablan de que *Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur*, que supone que, por más que el esclavo no pueda ser dividido físicamente, la obligación de entregarlo es una obligación divisible, puesto que puede saldarse por partes si así lo consiente el acreedor. Contrariamente, serán obligaciones indivisibles aquellas referidas a la entrega de cosas indivisibles que no son susceptibles de partes reales ni aun de partes intelectuales como sucede con la mayoría de las servidumbres prediales, *quae pro parte acquisi non possunt* (10).

A pesar de que el propio Pothier recuerda que Dumoulin había dado escasa importancia a la especie de la divisibilidad intelectual, en cuanto en la práctica en una mayoría determinante de supuestos no será compatible con los intereses de las partes contratantes y de que no puede operar sin la aquiescencia del acreedor, la construcción estaba destinada a tener un éxito y una perdurabilidad verdaderamente espectaculares. Una pléthora de civilistas de todos los tiempos (Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Laurent, Demolombe, Gaudemet, Marty y Raynaud, Enneccerus y Lehmann, Giorgi, Ricci, Polaco, Pacchioni, Barassi, Luzzato, Stolfi, Giorgianni, Manresa, Mucius Scaevola, Puig Brutau, Borrell y Soler, etc.) repetirán mecánicamente la fórmula de Pothier de la divisibilidad intelectual de las cosas en partes indivisas, aduciendo que la obligación de transferir la propiedad es divisible, aunque la cosa cuya propiedad a transferir sea indivisible, porque la propiedad es susceptible de división por cuotas ideales.

(10) POTHIER, *Tratado de obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pp. 172 y ss.

Basta, todavía hoy, recordar el parecer de actuales civilistas en tal sentido. Como cuando Gangi sostiene que es divisible la obligación que tiene por objeto la transmisión de la propiedad individualmente determinada, aunque la cosa en sí sea absolutamente indivisible, porque el derecho de propiedad es un derecho divisible en razón de que los derechos de propiedad sobre las cuotas singulares son homogéneos entre sí y con el derecho sobre la cosa entera, y su valor, en general, es proporcional al de esta última (11). Y como cuando nuestro Hernández-Gil asevera que si la prestación versa sobre una sola cosa individualmente determinada, la divisibilidad no puede propugnarse mediante la directa y exclusiva consideración de la cosa en sí, ya que teniendo en cuenta el derecho que se tiende a transmitir, cabe sustentar la divisibilidad aunque la cosa aparezca individualmente determinada y constituya una unidad, es decir, atribuible en cuotas, como acontece con la propiedad y el usufructo (12).

4. ANALISIS CRITICO DE DICHA FIGURA. LA MATERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

¿Es correcta semejante construcción jurídica? Cicala ha recordado que corrientemente se sostiene que la obligación de transferir la propiedad (*dare*) es divisible aunque la cosa cuya propiedad debe transmitirse sea indivisible, ya que la propiedad es susceptible de división por cuotas ideales; por tanto, en la hipótesis de pluralidad no solidaria de acreedores, la obligación de transferir la propiedad se fraccionaría en obligaciones de transferir cuotas de copropiedad. En consecuencia, generalizando, se considera que las obligaciones de transferir o constituir derechos reales serán divisibles o indivisible según que el derecho a transferir o constituir sea divisible en el sentido indicado (por ejemplo, el usufructo) o indivisible (cual ocurre, según la opinión prevalente, con la servidumbre) (13).

Realmente, la formulación es ingeniosa, en apariencia jurídicamente intachable y, de resultar admisible, serviría para darle la vuelta a la previsión legal de que aunque estamos en presencia de una obligación relativa a la entrega de una cosa a título de propiedad o de otro derecho real, que debería reputarse como indivisible al tratarse de un «cuerpo cierto», cabría su consideración como divisible, en virtud de la descomposición que determinados derechos reales pueden experimentar mediante el juego de las cuotas ideales. Incluso, desde un punto de vis-

(11) GANGI, *Obbligazioni*, Milán, 1951, pp. 278-279.

(12) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 264.

(13) CICALA, «Obbligazioni divisibile...», loc. cit., p. 641.

ta pragmático, en cuanto la indivisibilidad de las obligaciones es algo que no responde a poderosas razones jurídicas ni a palpables y estimables beneficios de los sujetos de la relación obligatoria, sino que normalmente constituye una emanación natural del objeto debido, un planteamiento como el que se comenta serviría para que *a priori* un sustancial número de supuestos de obligaciones indivisibles pudieran reputarse como divisibles, con las ventajas, facilidades y conveniencias que ello representaría de cara a su cumplimiento.

Para nosotros, además, tendría la ventaja adicional de permitirnos una integración coherente del párrafo primero del artículo 1.151 del Código civil, porque si se parte de la base de que son obligaciones indivisibles las obligaciones de dar cosas infungibles o insustituibles («cuerpos ciertos»), la segunda parte de la norma de que, *a contrario*, serán divisibles todas aquellas obligaciones relativas a dicha clase de bienes que «sean susceptibles de cumplimiento parcial», supone, sencillamente, una contradicción y hasta una imposibilidad en sí misma, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Si por ser obligación de dar cuerpo cierto resulta indivisible, no cabe reputar susceptible de cumplimiento parcial, en algunos casos, la obligación referida a dicha categoría de bienes, porque eso es tanto como afirmar que una obligación estrictamente caracterizada en atención a la naturaleza de la *res debita* en unos supuestos es indivisible y en otros divisible.

En cambio, de admitirse que aunque, en principio, la obligación de dar cuerpos ciertos es una obligación indivisible, cuando la misma haga referencia a la transferencia o constitución de un derecho real relativo a aquéllos adquiere naturaleza divisible en función de la partición por cuotas intelectuales (*in iure et intellecta*) que algunas de tales titularidades reales admiten, el conjunto cobra armonía, aparece en el párrafo primero del artículo 1.151 del Código civil la formulación de una regla general y su correspondiente excepción y todo resulta nimbado por un hálito de racionalidad y de sereno discurso jurídico, gratificante y muy estimable. Pero una cosa es la apariencia y otra lo que resulte de la estricta consideración dogmática de los factores en juego.

Porque las cosas no son tan sencillas. El primer inconveniente surge de que existen derechos reales que admiten su división por cuotas (propiedad, superficie, enfiteusis, usufructo), mientras otros no permiten semejante fraccionamiento ideal (servidumbres, uso, habitación, prenda, hipoteca). Ello, por un lado, ya supone una muy seria limitación a la operatividad del mecanismo que se comenta, pero sobre todo implica que una obligación orientada a transferir o a constituir un determinado derecho real resultaría divisible o indivisible, teniendo como referencia objetiva el mismo tipo de bien y orientándose a producir un

efecto real, en función de la susceptibilidad o no de división intelectual del derecho que se tratase.

En los sistemas civiles, como el francés, el italiano, el portugués o el belga, en que rige el llamado «principio del traspaso consensual de la propiedad y del traspaso o de la consitución consensual de derechos reales parciarios», por cuya virtud los derechos reales se transfieren o constituyen por efecto únicamente del consentimiento de las partes legítimamente manifestado (contratos reales *quoad effectum*) (14) la problemática que se plantea tiene más fácil solución que entre nosotros, porque en el sistema español los derechos reales no se adquieren *nudo* o *solo consensu*, sino que precisan del contrato y la tradición (*titulus y modus*: arts. 609 y 1.095 C.c.).

En efecto, cuando la propiedad se transfiere *nudo contractu*, la obligación relativa a ella es simple obligación de entregar la cosa objeto del derecho. Aunque en dichos sistemas se continúe hablando de obligación de dar, es obvio que ésta no tiene su configuración tradicional y propia de vincular al deudor a transmitir la propiedad o a constituir a favor del acreedor un determinado derecho real. En tal obligación, aunque su objeto o prestación continúe siendo el comportamiento o conducta debida del deudor, resulta relativamente fácil concluir que objeto de la prestación no es el derecho, sino la cosa; conclusión que se torna más compleja en aquellos sistemas, como el nuestro, en los que el comportamiento del deudor está orientado primariamente a transferir o hacer adquirir al acreedor el derecho real de que se trate.

En consecuencia, en los países donde rige el «principio del traspaso consensual de la propiedad» se ha podido decir con razón que la afirmación de la divisibilidad de la obligación de transferir la propiedad en obligaciones de transferir cuotas de copropiedad no resulta justificable, pues aparte de que semejante concepción haría referencia a la prestación y no a su objeto, y prestación es el comportamiento del deudor y no el derecho a que el mismo haga referencia, la divisibilidad de las cosas no puede contemplarse sino como divisibilidad real, y no ideal, intelectual o por cuotas (15).

De esta manera, resulta sencillo concluir que la obligación de transferir la propiedad es divisible o indivisible según que la cosa cuya propiedad deba transferirse sea divisible o indivisible, y, por tanto, que la obligación de dar (impropiamente así denominada) no se divide en obligaciones de transferir cuotas de copropiedad o de otro derecho real divisible por cuotas, sino que se divide en obligaciones de transferir la propiedad sobre partes reales de la cosa objeto de la prestación, algo que imposibilitará dicha división o fraccionamiento cuando la cosa en

(14) MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, II, Buenos Aires, 1952, pp. 152 y ss.

(15) CICALA, «Obbligazioni divisibile...», *loc. cit.*, pp. 641-642.

cuestión no sea susceptible de partición, bien por naturaleza o bien por el modo en que fue considerada por las partes contratantes.

Como decíamos, entre nosotros la situación no se presenta tan expedita. En el sistema civil español, como la *obligatio dare* es genuina obligación de dar, en el sentido de que el deudor está compelido a transmitir o constituir a favor del acreedor el derecho real de que se trate, difícilmente cabrá decir que el objeto de la prestación debida es la cosa y no el derecho, pues no parece ocultable que el comportamiento del deudor tiene como referencia objetiva inmediata la transmisión o constitución del derecho, ya que semejante efecto no se ha producido por la conclusión del contrato, sino que está obligado el deudor a producirlo mediante la actuación del comportamiento adecuado. Si como gráficamente ha escrito Albaladejo, en los sistemas de *nudo consensu*, «la entrega se justifica, no para transmitir o adquirir el derecho, sino porque éste ha sido ya transmitido o adquirido» (16), en los sistemas del título y el modo, si la entrega de la cosa deberá justificarse en base a la circunstancia de transmitir o hacer adquirir el derecho real enajenado, parece que no cabrá fácilmente desentenderse de la circunstancia de que la prestación del caso tiene por objeto el derecho real de que se trate.

¿Querrá decir ello que entre nosotros deberá concluirse que al tener la obligación (*rectius*, la prestación) por objeto inmediato un derecho real, la misma habrá que reputarla como obligación divisible aunque el objeto del referido derecho sea una cosa indivisible? Un primer obstáculo a esa conclusión radica, como antes se apuntaba, en el hecho de que no todos los derechos reales se consideran divisibles por cuotas, y, en consecuencia, para pronunciarse en uno u otro sentido habría que dilucidar previamente si el derecho en cuestión es o no intelectualmente fraccionable; algo que, con toda evidencia, le quita generalidad y claridad a la regla, amén de introducirnos en un campo de difícil andadura y justificación, en cuanto, *natura rerum*, la divisibilidad o indivisibilidad parece materia reservada al ámbito de las *res corporales*.

Pero, aun ignorando este inconveniente, existe otro de magnitud mucho más considerable. Los derechos reales como, en general, los derechos subjetivos patrimoniales (y aun algunos no patrimoniales, *ad exemplum*, la patria potestad compartida, el derecho moral de los coautores) son susceptibles de pertenecer a varias personas al mismo tiempo: es el fenómeno de la cotitularidad o copertenencia, que cuando se circunscribe a los derechos reales configura, *stricto sensu*, el supuesto de comunidad de bienes (art. 392 C.c.).

Discuten los autores si la comunidad de bienes así entendida es susceptible de extenderse a todos los derechos reales o si, por el contra-

(16) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, II, Barcelona, 1964, p. 97.

rio, siendo clara su admisión en algunos de ellos (propiedad, usufructo, superficie, censos, etc.), presenta mayores problemas respecto a otras (uso y habitación, servidumbres, derechos reales de garantía, etcétera) (17). Sin que ello tenga por qué preocuparnos en este lugar, parece fuera de duda que al menos entre nosotros, en cuanto nuestra comunidad es del tipo romano, la presencia de varios sujetos en la titularidad de un derecho real determina la asignación a cada uno de ellos de una cuota ideal o intelectual, que ya se tenga una u otra concepción respecto a la naturaleza jurídica del supuesto comunitario (unidad o división del derecho, y dentro de esta última se considere que se trata de división real, ideal, del contenido o del valor del derecho), no puede dejar de advertirse, tal como ha hecho ver la mejor doctrina (Scialoja, Messineo, Von Tuhr, Barassi, etc.), que representa la proporción, medida o razón en cuya virtud se armonizan los intereses de los distintos sujetos presentes, esto es, el índice de la proporción en el uso y disfrute, percepción de las utilidades y de las cargas, y, en definitiva, en el valor representado por el derecho común (18).

En la comunidad, el objeto del derecho compartido permanece indiviso materialmente y, por ello, cabe sostener que dicho derecho continúa siendo uno sólo («la propiedad plúrima total», de que nos habla Scialoja), hasta el punto de, como tan gráficamente escribiera Planiol, se puede imaginar que el derecho de cada comunero recae sobre cada una de las moléculas de la cosa, y allí se encuentra también con el derecho de los demás comuneros (19); pero, al mismo tiempo, tiene lugar su división intelectual mediante la atribución de cuotas. Se trata de una solución inteligente e ingeniosa para resolver, como dice la sentencia de 23 de noviembre de 1943, «el conflicto que supone la coexistencia en el condominio de dos principios que se presentan antitéticos: el de la unidad del derecho de propiedad y el de la pluralidad de sus titulares», conflicto que desde el Derecho romano se ha resuelto (o soslayado) «mediante el concepto de cuotas o partes abstractas de aquel derecho, atribuyendo a cada condómino una fracción aritmética de la cosa común que se incorpora a su patrimonio como entidad autónoma mientras dure la indivisión, concretándose e individualizándose en una porción material de la cosa al ser ésta dividida».

Pues bien, de semejante conformación del fenómeno de la comunidad de bienes deberá deducirse irremediabilmente que cuando exista la obligación de transferir la propiedad de una cosa a varios acreedores, en cuanto dicho derecho de propiedad (u otro derecho real) va a pertenecer a todos en situación de cotitularidad una vez que sea transmitido,

(17) BELTRÁN de HEREDIA, *La Comunidad de bienes* Madrid, 1954, pp. 128 y ss.

(18) *Ibid.*, p. 173.

(19) PLANIOL, RIPERT, BOULANGUER, *Traité élémentaire de Droit civil*, I, París, 1950, p. 279.

cabe la posibilidad de que el cumplimiento de aquella obligación de dar tenga lugar *pro parte* y, por tanto, la misma ha de conformarse como obligación divisible.

Me parece que en este caso se padece un lamentable error de perspectiva. Una cosa es la cotitularidad o comunidad de un derecho, que lleva aneja la división ideal del objeto sobre el que recae, no del derecho en sí que permanece uno e indiviso, y otra, particularmente diferente, que cuando se trate de la transmisión del derecho haya de procederse a la misma mediante cuotas o porciones ideales. La admisibilidad de cuotas en la titularidad del derecho, que realmente son cuotas abstractas respecto al objeto material del mismo, no tiene por qué incidir en la naturaleza de la obligación orientada a la transmisión de ese derecho y determinar su divisibilidad, aunque el referido derecho recaiga sobre un «cuerpo cierto» y, por ende, indivisible.

Hay en ello una notable confusión. Que el derecho sea idealmente divisible o atribuible en cuotas (como ocurre en el supuesto de la copropiedad o condominio) y que incluso quepa afirmar, al modo que lo hace Gangi, que el derecho de propiedad es un derecho divisible, poco o nada tiene que ver con la forma en que ha de procederse a su transmisión, porque en la misma no cabrá recurrir al mecanismo de las cuotas, que es un fenómeno de configuración pero no de adquisición. En base a la sola circunstancia de que el derecho a transmitir sea un derecho de propiedad y de que éste es susceptible de división por cuotas ideales, no cabe concluir que la obligación que contemple dicha transmisión deba configurarse como divisible al margen de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa sobre que recaiga el derecho de propiedad, porque ello supone trasladar el mecanismo de la división ideal a un campo en el que no tiene sentido, resulta improcedente y es imposible relacionarlo con los factores que explican y justifican el supuesto de la atribución o señalamiento de porciones abstractas.

Quiero decir que se trata de dos planos diferentes respecto a los que no existe razón válida suficiente para ponerlos en relación y considerarlos interdependientes. La circunstancia de que un determinado derecho real pueda corresponder por cuotas intelectuales a una pluralidad de sujetos no determina ni tiene por qué determinar que su transmisión tenga que hacerse mediante la sucesiva asignación de partes ideales, porque ello supone poner a jugar una caracterización fuera del ámbito propio y natural, y porque da lugar al traslado en sede de la divisibilidad de las obligaciones de un plantamiento jurídico que está pensado y resulta lógico en un sector jurídico diferente: el de la cotitularidad de determinados derechos reales.

El no distinguir de manera adecuada estas dos realidades, mezclando la faceta estática con la faceta dinámica de los derechos, es lo que lleva a ciertos autores a lamentables confusiones. Así, por ejemplo, Gangi considera que son divisibles las obligaciones que tienen por ob-

jeto la transmisión de la propiedad de una cosa, o la constitución o transmisión del derecho de hipoteca; en cambio, son indivisibles las obligaciones que tienen por objeto la constitución de una servidumbre predial, o la constitución de un derecho de uso o de habitación, ya que tales derechos son indivisibles (20). Al trasladarse mecánicamente la susceptibilidad o insusceptibilidad de ciertos derechos reales para su división por cuotas ideales a la catalogación como divisibles o indivisibles de aquellas obligaciones que tengan como objeto la transmisión o constitución de los mismos, se produce un trasiego indebido y se pone a jugar el factor de la divisibilidad ideal en un campo, cual de la adquisición de derechos, que nada tiene que ver con el mismo, máxime en ordenamientos civiles como el italiano en los que la transmisión de los derechos reales se produce *solo consensu*.

Lo que es simple modo de organización interna de una situación de cotitularidad, al objeto de facilitar su gobierno, racionalizar su estructura y hacer operativa la confluencia de intereses, no puede ni debe trascender del supuesto para que fue pensado y estrictamente se acomoda a su sustancia. El mecanismo de las cuotas abstractas es una solución (no la única ni posiblemente la mejor) para ordenar jurídicamente el hecho de que un determinado derecho real pertenezca a varios sujetos, pero de ahí no debe sacarse, ni tiene sentido su aplicación a la esfera de las obligaciones, con el fin de tornar divisibles relaciones obligatorias que de otra manera serían indivisibles, ni siquiera en aquellos ordenamientos civiles, como el nuestro, en que los contratos tienen mera eficacia obligatoria y surge de ellos la genuina *obligatio dare* de transmitir o de constituir el derecho real enajenado, porque una cosa es que la propiedad sea susceptible de división por cuotas ideales y otra, diferente e irrelacionable con lo anterior, que en base a tal circunstancia deba considerarse que también es divisible la obligación de transferir dicha propiedad, aunque la cosa cuyo dominio deba transmitirse sea en sí indivisible. Cuotas de condominio son una cosa y adquisición de la propiedad por cuotas es otra particularmente diferente, que no guarda relación alguna ni hay por qué poner en conexión orgánica o funcional con la primera.

5. LA ADECUADA CARACTERIZACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE DAR

En presencia de una obligación de dar y ante la pregunta de si la misma será una obligación indivisible o divisible, no cabe asignarle este último carácter en base a la consideración de que el derecho objeto

(20) GANGI, *Le obbligazioni*, op. cit., p. 279.

de la misma es susceptible de atribución por cuotas intelectuales, porque ello nada tiene que ver con el hecho de que una prestación se considere divisible en razón de la posibilidad de su cumplimiento parcial. La obligación de dar no cabe reputarla como divisible en base a una supuesta aptitud para descomponerse en obligaciones de transferir las cuotas de un derecho real que admita semejante división (en realidad, la división intelectual no es del derecho, sino de la cosa objeto del mismo), porque ello pertenece a otro momento y tiene una razón de ser y justificación dogmática diferentes, sino que asumirá aquella caracterización en la medida en que sea posible su fraccionamiento en obligaciones de transferir el derecho de que se trate sobre partes reales o materiales de la cosa objeto del mismo.

Si la cosa admite su división material, salvo que las partes hayan convenido lo contrario, la obligación orientada a transmitir su propiedad será una obligación divisible; en cambio, cuando ello no sea posible, por más que sea posible la división intelectual del derecho desde el ángulo de su pertenencia a un conjunto de titulares, deberá reputarse como indivisible, porque a la hora del cumplimiento de las obligaciones, sede en la que, como advierte Messineo, debe contemplarse la indivisibilidad («la función práctica de la indivisibilidad es la salvaguardia de la unidad del objeto y del cumplimiento en solución única, cuando exista pluralidad de sujetos») (21), lo que importa no es que el derecho a transferir sea susceptible de comunidad por cuotas, sino que la cosa objeto del mismo admita o no su fraccionamiento en porciones que tanto funcional como económicamente quepa catalogar como partes del todo. Algo que, como fácilmente se observará, poco o nada tiene que ver con el mecanismo jurídico de la divisibilidad intelectual, mera técnica para ordenar y facilitar el gobierno de los supuestos de cotitularidad de determinados derechos reales, sino que hace referencia de manera fundamental, como dice Barassi, a un criterio económico: una prestación es divisible si se puede dividir *sine damno*, es decir, sin que las partes menoscaben el valor del todo (22).

En tal sentido, tiene razón Cicala cuando, con un buen criterio, asevera que no tiene influencia alguna sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación la divisibilidad o indivisibilidad en el sentido de susceptibilidad de comunidad (por cuotas) del derecho a transferir o a constituir; y, en consecuencia, de la misma manera que la divisibilidad por cuotas, desde el ángulo de la comunidad, del derecho a transferir o constituir no supone la divisibilidad de la obliga-

(21) MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, p. 419.

(22) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1948, p. 200.

ción (*rectius*, no tiene por que suponer), así también la indivisibilidad por cuotas bajo el mismo aspecto no importa la indivisibilidad de la obligación (23).

No parece, por tanto, que después de tan amplias consideraciones y razonamientos quepa otra conclusión en el Derecho civil español que no sea la de apreciar que entre nosotros las obligaciones de dar estrictas habrá que reputarlas divisibles o indivisibles según que la cosa objeto del derecho a transferir o a constituir sea o no divisible. Cuando la misma admita partición material, de manera tal que sus porciones sean cualitativamente iguales y cuantitativa y económicamente proporcionales al todo, la obligación deberá reputarse divisible, con indiferencia de que el derecho objeto del cambio real sea susceptible o no de división intelectual entre sus varios titulares; y ello, claro está, sin perjuicio de que la determinación de las partes pueda tornar indivisible una prestación natural u objetivamente divisible. Por el contrario, cuando aquella partición material no sea posible, por más que el derecho a modificar subjetivamente permita la pertenencia plural mediante comunidad por cuotas, la obligación a provocar semejante mutación deberá reputarse indivisible.

Pienso que ésta es la forma adecuada de abordar el tratamiento de las obligaciones de dar estrictas desde el ángulo de su divisibilidad o no. La condición divisible o indivisible de la cosa que constituya el objeto del derecho real a transmitir o a constituir determinará la misma condición de aquellas obligaciones, sin que el fenómeno de la cotitularidad por cuotas, que no pertenece dogmáticamente al momento de la adquisición sino al de la existencia y organización de los derechos con pluralidad de sujetos, tenga incidencia alguna al respecto. Ir más allá y querer apoyar la negativa en razones intrínsecas a la indivisibilidad misma, quizá ya no tenga sentido y justificación.

En efecto, Cicala ha argumentado que debe rechazarse también la indivisibilidad de las obligaciones de dar atinantes a una cosa *per se* indivisible, en razón de que las partes ideales en que se puede dividir un derecho no son ni cualitativamente iguales ni cuantitativamente proporcionales al mismo, por lo que, de ordinario, tampoco mantienen su valor de cambio (24). Idea que, entre nosotros, le parece bien a Bercovitz cuando advierte que, efectivamente, los poderes que concede 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, bastando, para comprobarlo, con ocurrir a las normas contenidas en los artículos 292 y siguientes de nuestro Código civil (25).

(23) CICALA, «Obbligazioni divisibile...», *loc. cit.*, p. 643.

(24) *Ibid.*, p. 644.

(25) BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid, 1983, pp. 434-435.

El argumento es engañoso, porque cuando estamos en presencia de una situación de comunidad de bienes no es correcto considerar que el derecho real que es objeto de cotitularidad se encuentra dividido en partes aritméticas entre sus varios titulares, aunque ésta sea la manera ordinaria de hablar en razón de su comodidad y por nuestra parte se haya utilizado con profusión en las páginas que anteceden. Para mostrar lo inadecuado de semejante manera de hablar basta la simple consideración de que siendo ya el derecho en sí una entidad abstracta, un ente de creación intelectual, en cuanto la realidad no nos depara derechos sino que los mismos son pura elaboración conceptual, carece de sentido hablar de división ideal o abstracta del mismo, porque aparte de la obviedad e inanidad jurídica de la división ideal de lo ideal, parece que contemplar y referirse a la división intelectual de algo sólo tiene sentido en el supuesto de que ese algo sea también susceptible de división material, y no creemos que tal es la situación en la esfera de los derechos subjetivos.

Cuando un derecho real pertenece en común a varios sujetos, semejante situación de comunidad no determina ni que existan varios derechos de igual naturaleza sobre la misma cosa, ni que el derecho coparticipado se distribuya en cuotas ideales entre los partícipes. Hablar, como hace la doctrina, de que el derecho de propiedad, el de usufructo, el de superficie o el de hipoteca son derechos divisibles, es algo muy cercano a la contradicción insuperable, porque semejante división para ser tal debería importar, o la distribución entre los titulares de las diversas facultades que constituyen su contenido, o la conformación de diversos derechos conceptualmente iguales pero circunscritos a una porción material determinada de la cosa objeto de aquél, y, sabido es, que ni una ni otra cosa ocurre en la genuina comunidad de bienes.

Tan es así que cuando el contenido de la propiedad, por ejemplo, aparece distribuido entre dos sujetos de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones propias de aquélla, sin que por esto uno de ellos aparezca como propietario y el otro como titular de un derecho limitado sobre cosa ajena, no se habla de copropiedad dividida (26), porque el verdadero condominio (comunidad *pro indiviso*, supone la unidad e indivisión material de la cosa, de manera tal que cada uno de los propietarios pueda gozar de ella y de sus productos en proporción de sus respectivas cuotas y sin más limitaciones que las derivadas de la concurrencia de los demás partícipes y el interés de la comunidad (arts. 393 y 394, C.c.); mientras que en la propiedad dividida (comunidad *pro diviso*) estamos en presencia de un supuesto de propiedades separadas, en cuanto cada uno de los propietarios tiene de-

(26) WOLFF, *Derecho de cosas*, I, Barcelona, 1951, pp. 539-540.

recho a aprovechamientos diferentes de la cosa, conformándose, como dicen Colin y Capitant, una situación de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa.

En el condominio, por el contrario, la situación aparece configurada por los datos de la pluralidad de sujetos, la unidad del objeto y su indivisión material, y la atribución de cuotas ideales o intelectuales a aquellos, que representan tan sólo la proporción en que los copropietarios han de gozar de los beneficios de la cosa, sufrir las cargas y obtener una parte material de la misma cuando se divida (27). En consecuencia, no se trata de que el derecho se halle dividido idealmente entre sus varios titulares, sino que permaneció único, igual e indiviso en cada uno de ellos, el bien sobre que recae ha sido objeto de una partición meramente intelectual o aritmética, con el fin de disciplinar jurídicamente la situación y de facilitar el gobierno de un estado de cosas caracterizado por la presencia teórica igual de los distintos protagonistas. Por tanto, no cabe hablar de partes ideales de un derecho que no son ni cualitativamente iguales, ni cuantitativamente proporcionales, ni garantes del mantenimiento del valor económico del mismo, sencillamente porque no tiene lugar ni sería posible semejante división intelectual del derecho coparticipado.

El argumento de Bercovitz de que «los poderes que concede 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», constituye, de acuerdo a lo que queda dicho, una aseveración de escasa fuerza. En primer término, porque no existe titularidad sobre la cuota de un derecho, sino una situación de cotitularidad del mismo que no se descompone en una multiplicidad de subtularidades sobre supuestas cuotas ideales, sino en la mera asignación de éstas por lo que hace a la cosa objeto del derecho que materialmente permanece indivisa. En segundo lugar, porque no es admisible la distinción que pretende entre la titularidad única de un derecho y el conjunto de titularidades sobre las cuotas intelectuales en que el mismo sería susceptible de fraccionarse, ya que dogmáticamente la sola contraposición que se produce en el fenómeno de la comunidad de bienes es la que cabe formular entre el caso de que un determinado derecho corresponda a un solo sujeto (titularidad exclusiva) y el de que el derecho en cuestión pertenezca proindiviso a varios titulares (titularidad compartida o cotitularidad). Y finalmente, porque padece, en nuestra opinión, una anomalía insuperable, pues así como en relación a la división material de las *res corporales* cabe excluir y negar la misma (aunque físicamente sea posible) en base a que las porciones resultantes de la partición no respeten la sustancia ni sean ho-

(27) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, III, *op. cit.*, pp. 434-435.

mologables al todo (una parte de caballo no es un caballo ni puede servir de caballo), la misma afirmación no resulta creíble respecto a las *res incorporales*.

En efecto, el derecho subjetivo es un ente ideal, que existe en la medida y función que intelectualmente haya sido contemplado tanto por su creador remoto (el legislador) como por su progenitor inmediato (los concretos sujetos interesados). Ahora bien, si eso es así, pretender, como intenta Bercovitz, que los poderes que concede la titularidad sobre la cuota de un derecho son cualitativamente diferentes de los que procura la titularidad única y exclusiva del mismo supone algo muy cercano a la contradicción insuperable, ya que difícilmente puede existir incompatibilidad entre una cuota ideal y un todo también ideal (el derecho) al que corresponde y del que procede.

En realidad, aun dejando aparte lo impropio que resulta hablar de titularidad sobre la cuota de un derecho, pues la cuota no es ni puede ser objeto de titularidad ni se formula en relación al derecho, sino respecto a la cosa sobre la que éste recae, intentar diferenciar cualitativamente en el ámbito de la comunidad de bienes entre las facultades del titular único y las de los diversos titulares es una empresa baldía y sin justificación, ya que no es por ahí por donde debe indagarse la diferencia. Cuando sobre una misma cosa existen varios propietarios, ni se produce la división entre ellos de las distintas facultades del dominio, ni desde el punto de vista cualitativo tiene lugar ninguna mutación sustancial, sino tan sólo que la circunstancia de la cotitularidad tiene que producir y produce una contracción en cuanto al ámbito y forma de ejercicio de las facultades dominicales que formalmente permanecen iguales en todos y cada uno de los sujetos. Para eso sirve y eso es lo que expresa precisamente la división ideal de la cosa objeto del derecho.

6. LA DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSMITIR O CONSTITUIR DERECHOS REALES EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

A diferencia del artículo 1.217 del Código civil francés que, en relación a la entrega de la cosa o a la ejecución del hecho que constituye el objeto de la prestación, habla de divisibilidad «material» o «intelectual» (algo que, en apariencia al menos, facilitaría la defensa de la tesis que ha venido siendo combatida en las páginas antecedentes), nuestro Código civil no contiene referencia alguna en tal sentido. Los artículos 1.149 y 1.151 del mismo al referirse, respectivamente, a la «divisibilidad o indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones» y a que «se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos», per-

miten eludir sin mayores problemas la temática relativa así serán o no divisibles las obligaciones que tengan por objeto transmitir o constituir la propiedad u otro derecho real, porque nuestra normativa civil explícitamente se limita al ámbito de la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas.

Los pocos autores españoles que se ocupan de esta materia así parecen entenderlo sin mayores problemas. Es el caso de Albaladejo, para quien los mencionados preceptos del Código civil permiten sostener la exclusión de que la divisibilidad del derecho, y no de la cosa objeto del mismo, haga divisible a la obligación de transmitirlo (28); y, en parecidos términos, para Bercovitz la referencia contenida en dichos artículos 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 (29).

Lo que sucede es que, igual que antes se vio en relación a Bercovitz, también Albaladejo, después de afirmar razonablemente que cuando la prestación consista en transmitir un derecho no resulta divisible la obligación, por el hecho de que siendo el derecho divisible en cuotas ideales homogéneas menores que el todo pudiera cumplirse la obligación de transmitirlo entero mediante varias transmisiones fraccionadas de cuotas menores del derecho real, cae en la poco defendible postura de rechazar la divisibilidad de la obligación de transmitir un derecho en base a que «no es lo mismo la posición del acreedor que recibe un derecho entero... que la del que recibe una cuota de ese derecho... (ya) que con una cuota su situación no es la misma, pero en más pequeño, que la de si tuviere el todo, sino de que, dentro de ser *más reducida*, es, además, una situación *cualitativamente peor* que la que le correspondería proporcionalmente a una parte del todo».

La razón no es ésta, sino la de que, como ya se vio, el mecanismo de las cuotas ideales no opera en relación a la transmisión de los derechos, sino respecto a la forma en que se organizan, ordenan y ejercitan los derechos reales cuando pertenecen a varios titulares, por lo que la circunstancia de que la cosa objeto de los mismos sea indivisible no puede superarse en base al anodino e intrascendente dato (amén de dogmáticamente dudoso) de que el derecho en cuestión sea idealmente divisible, algo que poco o nada tiene que ver en cuanto a la forma en que el mismo va a transmitirse.

No se trata, como bien dice Cicala, de fraccionar la obligación de transferir cuotas de propiedad, porque las cuotas no han sido pensadas

(28) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, *op. cit.*, p. 52.

(29) BERCOVITZ, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 435.

para esa función, sino para establecer el sistema de interrelación de los varios sujetos respecto al objeto común (lo que no obsta, empero, a que dichas cuotas sean en sí plenamente enajenables, art 399 C.c.), y, en consecuencia, no pueden ponerse a jugar en un campo que no sea suyo y en el que ningún papel les corresponde.

Pero es que, por otra parte, rechazar la divisibilidad de la obligación de transmitir un derecho en base al argumento de que el acreedor resultará perjudicado al recibir una cuota del mismo y no el derecho entero, resulta completamente inadecuado e intrascendente, en cuanto dicho resultado habrá de producirse indefectiblemente aunque se sostenga la indivisibilidad de la obligación de transmitir, ya que una vez que la transferencia se haya producido, como, *ex definitione*, nos estamos refiriendo al supuesto de pluralidad de sujetos, estaremos en presencia, de un conjunto de personas titulares del mismo derecho, conjunto en el que indefectiblemente deberá producirse el supuesto comunitario de atribución o señalamiento de cuotas entre los comuneros. Por lo que de ser cierto aquel peligro, de ninguna manera se evitaría asignando carácter indivisible a la obligación de transmitir, y, en consecuencia, carecería de sentido la prohibición de cumplimiento parcial, ya que la única razón de la misma no cabría impedirla ni eludirla en ningún caso.

Con lo que de nuevo volvemos al principio. Cuando estemos en presencia de la obligación de transmitir la propiedad de una cosa indivisible, semejante circunstancia no puede obviarse en base al alegato, discutible alegato desde ángulo conceptual estricto, de que el derecho de propiedad es susceptible de división por cuotas ideales, porque esta circunstancia no tiene conexión alguna con la dinámica de los derechos reales y porque la divisibilidad o no de la prestación no puede tener otro punto de referencia que el de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa, en cuanto su ejecución tiene que hacerse necesariamente a través de ésta.

Ahora bien, intentar llegar a esa correcta conclusión a través de los caminos de que los intereses del acreedor sufrirían perjuicio o de que los poderes dimanantes de la titularidad de cuota son cualitativamente diferentes de los que proceden de la titularidad del derecho entero, constituye una errada manera de ver las cosas, porque la justificación no está ahí ni tiene sentido alguno argumentar en base a unas consecuencias que indefectiblemente se producirán aunque se mantenga la indivisibilidad de la obligación de transmitir, ya que desde el instante en que la misma haya tenido cumplimiento la situación de cotitularidad de derecho adquirido determinará de manera mecánica la existencia y asignación de cuotas ideales sobre la cosa común, por lo que aquel indeseable efecto que se aducía para negar la divisibilidad de la obligación de transmitir se habrá producido en todo caso y, por ende, el mis-

mo dejará de tener virtualidad alguna en cuanto argumento válido para defender la indivisibilidad que se pretende.

Con lo que, una y otra vez, nos vemos abocados a la consideración de que la obligación de transmitir la propiedad deberá ser considerada divisible o indivisible en base a la única circunstancia de que la cosa cuya propiedad deba transferirse sea divisible o indivisible; cualquier otra apoyatura, amén de insuficiente e inadecuada, conduce a situaciones de difícil y aun imposible justificación dogmática, y, lo que es más lamentable, a utilizar argumentos que luego no cabe mantener de manera coherente, una vez que, por otras vías, se ha producido el efecto contemplado: la adquisición por varios acreedores del derecho real transmitido o constituido.

El no apreciar adecuadamente estas circunstancias puede conducir a extrañas y aun paradójicas situaciones al ponerse en conexión factores y conceptos que pertenecen a planos operativos diferentes, cual le sucede a Hernández-Gil en este punto. Para este civilista, el punto de partida debe ser que la división por cuotas del derecho conduce, en principio, a la divisibilidad de la obligación orientada a transmitirlo, en cuanto dicha divisibilidad obligatoria no es otra cosa que mera emanación y consecuencia necesaria del carácter divisible del derecho; ahora bien, a pesar de tan enfática proclamación, resulta que la situación no es tan clara y mediana en numerosos casos, y el propio autor correctamente lo constata en el supuesto que ejemplifica.

Si tres copropietarios de una cosa, dice, han vendido conjuntamente sus respectivas cuotas y uno de ellos no comparece al otorgamiento de la escritura pública (tradicción instrumental *ex art.* 1.462 Código civil, el problema consistirá en determinar si esa abstención es un incumplimiento o sólo un cumplimiento parcial (y que sea uno o lo otro estará en función de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación), problema que no puede resolverse a través de una fórmula general y objetiva («la división por cuotas del derecho produce la divisibilidad de la obligación»), igualmente válida para todos los casos, por lo que la indivisibilidad «ha de constatarse siempre y en último término a través del cumplimiento que no concierne a la mera titularidad de los derechos ni la obligaciones, sino a su ejecución», y, en consecuencia, «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» (30).

Aun dejando a un lado la posibilidad y licitud de distinguir entre «incumplimiento» y «cumplimiento parcial», lo primero que salta a la vista es la futilidad de un aparente criterio general («derecho suscepti-

(30) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones, op.cit.*, pp. 164-165.

ble de división por cuotas da lugar a que la obligación orientada a transmitirlo haya de ser también divisible»), que cuando entre en conexión con un supuesto concreto o se trate de aplicarlo a un caso real resulta inoperante y no procura solución alguna; por lo que Hernández-Gil recomienda que la constatación de si la obligación de transmitir un derecho es o no divisible se realice 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».

Cuando uno de los tres copropietarios vendedores de la finca no concurre al otorgamiento de la escritura pública, no parece razonable plantearse la hipótesis de si ha tenido lugar el incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad que a los mismos concierne o si, por el contrario, se ha producido el cumplimiento parcial de dicha obligación, y menos en función del criterio de la indivisibilidad o divisibilidad de la referida obligación de transmitir la propiedad.

En efecto, el cumplimiento de esa obligación de transmitir, que se produce mediante el otorgamiento de la escritura pública de venta, supone la tradición instrumental de la cosa vendida (art. 1.462 C.c.), por lo que no resulta fácil considerar que la entrega de la misma ha tenido lugar por cuotas. Una cosa es admitir la posibilidad de la división ideal del derecho real, construcción que según hemos tenido ocasión de considerar presenta muy serios defectos dogmáticos, y otra, singularmente diferente, que la adquisición de la posesión de la cosa objeto de mismo puede tener lugar por cuotas, pues en cuanto situación fáctica que es, la misma sólo tendrá sentido en razón de que se refiera a la materialidad de la cosa y nunca podrá entrar en relación con porciones ideales de la misma. Hablar de que el adquirente de una finca ha entrado en posesión de una porción aritmética de ella (las dos terceras partes) es sencillamente una *contra-dictio in adiecto*.

En consecuencia, por más que cada uno de los vendedores sea dueño de la finca por terceras partes y por más que pudiera entenderse que dicho derecho de propiedad es susceptible de división por cuotas ideales, el particular ejemplo que plantea Hernández-Gil nunca podría entenderse como un supuesto de cumplimiento parcial de la obligación de transmitir la propiedad del inmueble porque el otorgamiento de la escritura pública, por cuyo través ley finge que tiene lugar el susodicho cumplimiento, es una forma de tradición o entrega de la cosa vendida (tradición instrumental), y es obvio que en cuanto ésta supone poner dicha cosa «en poder y posesión» del comprador (art.1.462 C.c.), no resulta factible contemplar semejante situación posesoria a través del mecanismo de cuotas abstractas.

Incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad, por tanto, pero no porque la misma sea en sí indivisible, y menos si se pretende conectar esta indivisibilidad con una supuesta insusceptibilidad

del derecho de propiedad a ser dividido por cuotas, sino por una razón más elemental y comprensible. Los copropietarios vendedores no están enajenando porciones materiales y concretas de la finca común, sino tan sólo porciones ideales de la misma, ya que el inmueble por definición está indiviso, y, en consecuencia, si uno de ellos no concurre al acto por cuyo través va a tener lugar el cumplimiento de aquella obligación, no cabe estimar que los otros están procediendo a dicho cumplimiento porque no podrán asignar porciones concretas del bien vendido al comprador y sin ellas es imposible entender que se ha producido la entrega o tradición del mismo. Como considerar que se puede tener la posesión de un bien o que se ha producido la entrega mediante porciones aritméticas encierra una contradicción insuperable, no parece exista otra posibilidad que la de concluir que en la hipótesis que se comenta estamos ante un supuesto de incumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad, pero por razones ajenas a las ideas de que la misma resulte indivisible o de que el derecho cuya transmisión se contempla no sea susceptible de partición en cuotas ideales.

Pero Hernández-Gil dice algo que ha venido constituyendo el hilo conductor de la exposición que del problema hemos hecho en las páginas antecedentes y que encierra la máxima trascendencia, aunque recatemente entendido prive de sentido a buena parte de sus reflexiones en torno al caso que se plantea. Dice que la divisibilidad de la obligación de transmitir la propiedad ha de constatarse siempre a través del cumplimiento de la misma, y éste nada tiene que ver con la titularidad de los derechos, sino que hace referencia a su ejecución.

Y ahí está la piedra de toque. Que tres personas sean copropietarias por terceras partes de una finca no quiere decir que semejante partición ideal transforme automáticamente en divisible la obligación de transmitir su dominio cuando procedan a la venta conjunta de la misma, porque dicha obligación no se descompone, como dice Cicala, en obligaciones de transferir cuotas de copropiedad, ni siquiera en este supuesto en que los vendedores son cotitulares del derecho de propiedad, sino que consiste y se resume en que el comprador adquiera la propiedad sobre la totalidad de la cosa comprada.

En realidad, como tantas veces hemos constatado, concluir si una concreta obligación de transmitir la propiedad de un bien es o no divisible ha de hacerse necesariamente a través de la susceptibilidad o no de división de dicho bien. Como el cumplimiento de la obligación sólo podrá ser parcial o por parte en la medida en que la cosa debida sea susceptible, por naturaleza o convenio de los interesados, de división, parece razonable, que es lo que definitivamente hace Hernández-Gil, referir la divisibilidad o no de la obligación de transmitir la propiedad de una cosa al cumplimiento de la misma y no a la circunstancia de que el derecho a transmitir permita o no su pertenencia por cuotas ideales.

Lo que sucede es que sobre esa base buena parte de sus consideraciones y planteamientos carece sencillamente de sentido.

7. LA DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES DE ENTREGAR O RESTITUIR UNA COSA

Hasta aquí nos hemos venido ocupando de la obligación de dar *stricto sensu*, esto es, de la obligación de transmitir la propiedad o de transmitir o constituir otro derecho real, pero cabe también la consideración de la obligación de dar *lato sensu*, es decir, como obligación de entregar o restituir al acreedor la simple posesión o detentación de una cosa, cual ocurre cuando los comodatorios, depositarios o arrendatarios devuelven la cosa que estaba en sus manos en cumplimiento de la obligación de restitución que les afecta.

Aquí estamos fuera del campo de los derechos reales, de la comunidad de bienes y del cumplimiento de las obligaciones orientadas a provocar cambios reales, por lo que difícilmente pueden producirse las interferencias y confusiones que la problemática de la comunidad por cuotas aritméticas es susceptible de provocar a la hora de indagar el carácter indivisible de las obligaciones de dar estrictas. Por el contrario, la situación es clara y meridiana: la cosa que se tenía a título personal ha de ser devuelta a su propietario, y en el supuesto de que los detentadores sean varios o de que la devolución deba hacerse a favor de un conjunto de personas, se plantea la posibilidad de que dicha obligación de restitución (exactamente lo mismo que la previa obligación de entrega) sea susceptible o no de cumplimiento parcial, esto es, se conforme como obligación divisible o indivisible.

La simple contemplación de la materia en los términos antedichos lleva implícita la respuesta al interrogante. Por el hecho de que sean varios los arrendatarios de una cosa y de que, por ende, el derecho arrendaticio sea objeto de cotitularidad, en cuanto aquí no existe asignación de cuotas ideales, mal podría considerarse que la devolución de la cosa al arrendador cuando termine el arrendamiento se va a producir *pro parte*, en cuanto éste no va obtener derecho alguno que antes ya no ostentase y en cuanto lo único que se contempla es que la tenencia de la cosa de su propiedad, que antes estaban en ajenas manos, vuelva a las suyas.

Ha escrito Cicala que la transmisión de la posesión o de la detención es un efecto jurídico de la prestación, y que en cuanto el acto de la entrega es la prestación misma y objeto de la prestación es aquí, como en la obligación de dar, la cosa, debe concluirse que igual que ocurre

en ésta, la obligación de dar es divisible o indivisible según que la cosa sea divisible o indivisible (31).

La conclusión es correcta, aunque no lo sea tanto el camino seguido para llegar a ella. Cuando alguien está obligado a entregar o a devolver una cosa a otro ha de observar un comportamiento orientado a que el *accipiens* reciba la misma, y ello, en principio, no hace referencia tanto a la cosa como a la susceptibilidad de ejecución unitaria o no de la obligación. Lo que sucede que si la cosa a entregar no es divisible, escasamente tendría sentido considerar la divisibilidad de la obligación orientada a dicha entrega, porque la situación de detención o posesión a que la misma se orienta difícilmente podría conseguirse a través de hipotéticos cumplimientos parciales.

Ahora bien, la circunstancia de que la obligación de entregar una cosa deba reputarse como divisible o indivisible según que dicha cosa asuma una u otra condición nos sirve también para reforzar la aplicación de este mismo criterio en el campo ya estudiado de las obligaciones de dar estrictas, si se quiere mantener la armonía y la coherencia entre una y otra modalidad, ya que no tendría mucho sentido que en éstas se admitiese la indivisibilidad por razones ajenas a la cosa, mientras en aquéllas fuese la condición de dicha cosa la única circunstancia que la provocase.

En efecto, la obligación de dar estricta, en cuanto orientada a la transmisión o constitución de un derecho real a favor del acreedor, tiene que materializarse, al menos en los ordenamientos civiles como el nuestro en que no rige el principio de traspaso consensual sino la teoría de título y el modo, mediante la entrega o *traditio* de la cosa objeto del derecho. Pues bien, si se prescinde de la condición de dicha cosa a la hora de caracterizar las obligaciones relativas a ella, tendríamos que una obligación de dar, supuestamente indivisible al admitir, por ejemplo, la división por cuotas ideales el derecho de propiedad a transmitir, deberá considerarse indivisible bajo el ángulo de la entrega cuando la cosa, por naturaleza o por convenio de los interesados, no admitiese su fraccionamiento.

Hernández-Gil resuelve acriticamente la cuestión, advirtiendo tan sólo que si la prestación de dar no atiende a la transmisión de la propiedad u otro derecho real, sino a la entrega o restitución de la posesión de una cosa, como en el contrato de arrendamiento o en el depósito, la obligación correspondiente ha de reputarse indivisible (32). Albaladejo, en cambio, ya intuye el problema cuando escribe que aun admitiendo que la transmisión de una cuota del derecho dé respecto de él posición proporcionalmente igual a la de haberlo recibido entero, no puede

(31) CICALA, «Obbligazioni divisibile...», *loc. cit.*, pp. 645.

(32) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 165.

decirse lo mismo respecto a la entrega material de la cosa sobre la que recaiga el derecho (33).

Pero ha sido Bercovitz quien, entre nosotros, ha captado nítidamente la situación y ha sabido sacar las conclusiones pertinentes. En su opinión, aunque se admitiese la divisibilidad de la prestación sobre la base de la divisibilidad intelectual del derecho a que la misma haga referencia, 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 relativa a la entrega de la cosa sobre la que recae el derecho que debe ser objeto de transmisión. Ahora bien, si se tiene en cuenta la íntima conexión que normalmente se da entre una y otra variedad de prestaciones, en la práctica nos encontraríamos en una mayoría determinante de supuestos ante una situación de obligaciones complejas, porque ambas modalidades obligatorias aparecerán interrelacionadas y en conexión necesaria; con lo que la solución del problema debería conducirse siempre a través de la consideración de la cosa debida, ya que «basta que se produzca la indivisibilidad de una de las prestaciones para que, dada la absoluta inescindibilidad de las prestaciones contenido de la obligación, se produzca la indivisibilidad total de ésta» (34).

El no haber advertido esta circunstancia es lo que ha llevado a buena parte de la doctrina a establecer una diferenciación en el seno de las obligaciones de dar *lato sensu* que ni tiene sentido ni puede justificarse cumplidamente.

Así, por ejemplo, Von Tuhr estima que debe distinguirse según se trate de transmitir la propiedad o la posesión de cosas específicas, pues mientras la propiedad es divisible y puede, por tanto, ser transferida por partes a varios acreedores o por varios deudores; en cambio, el traspaso de la posesión debe ser considerado como prestación indivisible, ya que la coposesión que pudiera asignársele al acreedor representaría un poder material sobre la cosa, limitado por la existencia de otro poseedor; por lo que debe considerarse prestación indivisible la restitución de un objeto alquilado, prestado o depositado, al igual que la entrega de la cosa del vendedor al comprador (35). En parecidos términos, para Enneccerus y Lehmann son divisibles los créditos dirigidos a la transmisión de un derecho divisible (propiedad, usufructo, prenda), y ello aunque las cosas sean divisibles; en cambio, son indivisibles los créditos dirigidos a la transmisión o constitución de derechos indivisibles (servidumbre predial) y a la entrega material de una cosa (deber del depositario, del comodatario o del arrendatario) (36).

(33) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II.1, *op. cit.*, p. 52.

(34) BERCOVITZ, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 435.

(35) VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*. II, Madrid, 1934, pp. 280-281.

(36) ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1954, p. 21.

Existe en estas ideas una notable confusión y el intento fallido de establecer distinciones entre supuestos que, en definitiva, se reconducen el uno al otro o, al menos, uno de ellos engloba necesariamente al otro. En efecto, considerar que cuando se trate de la obligación de transmitir la propiedad de una cosa estamos en presencia de una obligación divisible aunque la cosa en sí sea indivisible, mientras que si la obligación es de simple entrega o restitución de la cosa ha de ser necesariamente indivisible porque no cabe poner al acreedor en la posesión material de la misma a través de cuotas ideales, encierra el profundo contrasentido de establecer una diferenciación que los hechos desmienten y de prescindir del único criterio que puede servir para justificar la distinción: el de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa. Pues si la cosa cuya propiedad se ha de transmitir es indivisible, la obligación orientada a dicho traspaso también lo es, y si la cosa cuya detención ha de entregarse o restituirse al acreedor es divisible, la obligación dirigida a tal entrega o restitución asimismo lo será, por la sencilla razón de que si bien éstas no admiten la transmisión por cuotas ideales pueden perfectamente realizarse mediante sucesivas entregas materiales de partes del objeto debido (arg. ex 1.172 C.c.).

Y es que cuando existe la obligación de transmitir la propiedad de una cosa indivisible siempre existe también ínsita, unida o interrelacionada con ella la obligación de poner la cosa en posesión del acreedor, en cuanto ésta es simple correlato de aquélla o que no cabe ejecutar plenamente la primera si no tiene verificación la segunda. Es más, en nuestro sistema civil la situación podría plantearse todavía en términos más drásticos, pues aunque normalmente se acepta que ciertos contratos generan la obligación de transmitir la propiedad (por ejemplo, la compraventa), lo cierto es que el Código habla de que el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida (arts. 1.145 y 1.461), y es precisamente esa entrega la que provoca la adquisición de la propiedad por el comprador (arts. 600 y 1.095), por lo que, en puridad, ni siquiera estaríamos en presencia de una obligación estricta de dar que encierra otra de entregar, sino ante una de este tipo cuyo cumplimiento es susceptible de producir el cambio de dueño de la cosa enajenada.

Pero es que aunque se acepte la postura tradicional, lo que no cabe es dejar de estimar que el deudor de una obligación de dar cosa indivisible, a la hora de realizar el cumplimiento de la misma tendría que hacerlo mediante la ejecución de otro vínculo obligatorio orientado a la simple entrega de la cosa debida, ya que ni cabe producir aquel efecto sin la previa realización de éste, ni cabe su conducción si no es a través de la entrega real, simbólica o instrumental de la cosa. En consecuencia, al existir una íntima e inexcusable imbricación ante ambas situaciones jurídicas, al tener lugar la necesaria interrelación o conexión entre uno y otro vínculo obligatorio (otra cosa es que, según pretende Bercovitz, deba considerarse que estemos ante un supuesto de obliga-

ciones complejas), habrá que considerar que la obligación de transmitir la propiedad (o de transmitir o de constituir otro derecho real) de una cosa indivisible, en cuanto deberá tener plasmación mediante la ejecución de otro vínculo orientado a la entrega de la misma, vínculo que siempre e indefectiblemente tendrá la condición de indivisible, al margen de elucubraciones sobre situaciones de comunidad de bienes y de división ideal o por cuotas. Es lo que, con acierto, advierte Bercovitz cuando señala que, producida la indivisibilidad de una de las prestaciones, dada la absoluta inescindibilidad de las mismas, se produce también la indivisibilidad total de la obligación (37).

8. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CONDICION DIVISIBLE O INDIVISIBLE DE UN BIEN. REMISION A LA COMUNIDAD DE BIENES

No parece que exista, pues, otro camino válido a la hora de indagar la condición divisible o indivisible de cualquier obligación de dar que el de abocarse a la consideración de si la cosa es en sí misma susceptible o no de partición, para lo que, como es obvio, es necesario fijar los criterios a cuyo tenor cabe dictaminar si un concreto bien debe catalogarse como divisible o indivisible, pues al encontrarnos ante una calificación eminentemente jurídica (nominar de una u otra manera a las relaciones obligatorias), parece inevitable que no resulte suficiente la mera pauta de la indivisibilidad material de la cosa.

La ayuda que a este respecto brinda nuestro Código civil en el campo estricto de las obligaciones no es señalada, pues, según hemos tenido ocasión de ver, la referencia del párrafo primero del artículo 1.151 a los «cuerpos ciertos» no sirve para otra cosa que no sea la de advertirnos que la indivisibilidad obligatoria opera fuera del campo de la fungibilidad (prescindiendo, claro está, de la voluntad soberana de las partes), esto es, que se da en relación a los bienes infungibles o insustituibles. Habrá que indagar, en consecuencia, por otros caminos y a través de otros preceptos del propio Código civil el esclarecimiento de cuáles son las pautas que permiten determinar cuándo una obligación relativa a la *datio rei* debe reputarse como obligación indivisible.

A lo largo de este trabajo ya se han ido explicitando los criterios que los autores utilizan a la hora de afirmar la indivisibilidad de una cosa. Desde las pautas de que las cosas son divisibles cuando son susceptibles de «varias partes de igual naturaleza, sin detrimento de sustancia ni menoscabo de valor» (Von Tuhr) o «sin alteración de su

(37) BERCOVITZ, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 435.

esencia o disminución de su valor» (Enneccerus y Lehmann), hasta los de que la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas han de entenderse en el sentido de posibilidad o imposibilidad de fraccionamiento en fracciones que conserven «la función y proporcionalmente el valor del todo» (Cicala), o de que para afirmar la divisibilidad hace falta que la cosa sea no sólo económicamente divisible, sino además que «todas las partes resultantes sean cualitativamente idénticas y cuantitativamente proporcionales» (Bercovitz), la doctrina gira en torno a las ideas básicas de que sólo cabe predicar la divisibilidad de una cosa cuando las porciones materiales que de la misma resulten conserven idéntica naturaleza o sustancia, cumplan la misma función y respeten el íntegro valor de la cosa madre. ¿Existen en nuestro Código civil puntos de apoyo suficientes para sostener la exigibilidad de tales criterios?

El Código civil contiene tres preceptos relativos a la materia. A tenor del artículo 401 se excluye la división de la cosa común, «cuando de hacerlo resulte inservible para el uso a que se destina»; en el artículo 404 se habla de que «la cosa fuere esencialmente indivisible», y, en fin, según el artículo 1.062, artículo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo remite a la órbita de la comunidad de bienes (sentencias de 5 de febrero de 1909, 31 de diciembre de 1927, 30 de mayo de 1933, 31 de enero de 1964, etc.), «cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división...»

Aunque los preceptos están formulados en relación a la disolución de la copropiedad o de la comunidad hereditaria mediante la división de la cosa común, es evidente que nos proporcionan un valioso punto de referencia legal respecto a cómo debe catalogarse una cosa de divisible o indivisible en nuestro Derecho. Así, por ejemplo, Beltrán de Heredia resalta que una de las excepciones al derecho a pedir la división de la cosa común viene impuesta por la naturaleza de la cosa, tanto cuando la misma «resulte inservible para el uso a que se lo destina», como cuando la cosa sea «esencialmente indivisible» (38). Y para Gullón Ballesteros procede la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 404 y 1.062 del Código civil cuando la cosa sea inservible para el uso a que se destina, cuando sea indivisible y cuando desmerezca mucho por la división (39).

Distintas sentencias del Tribunal Supremo han reconocido que aunque una cosa sea divisible materialmente no lo es por esencia (sentencia de 14 de junio de 1895); que sólo se puede llegar a la disolución de la comunidad por venta de la cosa cuando concurra la indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento de la misma y no haberse alcanzado

(38) BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad...*, *op. cit.*, pp. 343 y ss.

(39) GULLÓN BALLESTEROS, «La disolución de la comunidad en la jurisprudencia», en *Anuario de Derecho civil*, 1965, pp. 380 y ss.

el convenio de los interesados para su adjudicación a uno de ellos (sentencias de 28 de marzo de 1928, 30 de mayo de 1933, 28 de noviembre de 1904); y, en general, que la determinación de indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa en cuestión de hecho que habrá de ser apreciada en cada caso por el Tribunal sentenciador (sentencias de 15 de febrero de 1933, 12 de diciembre de 1949, 28 de noviembre de 1957, etc.).

Tres criterios, por tanto, de la ley española en orden a la indivisibilidad de las cosas: 1) que la cosa sea esencialmente indivisible; 2) que, si se divide, resulte inservible para el uso al que se le destina, y 3) que desmerezca mucho por la división. ¿Son homologables estas pautas con las que, según hemos visto, contempla la doctrina a la hora de pronunciarse sobre la divisibilidad o indivisibilidad de una cosa, siquiera semejante pronunciamiento no se produzca a propósito de la posibilidad de ejercicio de la *actio communi dividundo*, sino en la estricta esfera de la calificación como indivisible de una obligación de dar? Pensamos que sí.

En efecto, da lo mismo decir que una cosa es esencialmente indivisible que afirmar la indivisibilidad cuando las partes resultantes de la división no conserven la misma naturaleza o sustancia de aquélla. Lo que resulta en todo caso es que las porciones no pueden reputarse cualitativamente iguales o idénticas a la cosa matriz, esto es, que no mantienen la sustancia que permitiría nominarlas de la misma manera y reputarlas, aunque de menor consistencia material, iguales entre sí e iguales a la cosa originaria. La esencialidad de la división no hace, por tanto, referencia a la imposibilidad física de la misma, sino al hecho de que si se practicara, el resultado haría referencia a un conjunto de «nuevos» objetos que no cabría catalogar bajo membrete común junto a la cosa madre.

Que la cosa resulte inservible para el uso a que se la destina es lo mismo que afirmar que las partes resultantes de la división no cumplirían la función originaria de la cosa indivisa. El cometido, empleo, aplicación, finalidad o utilización normal de una cosa se manifiesta, de esta manera, como un freno a su divisibilidad, siempre que resulte que sus porciones materiales no son susceptibles de satisfacer aquellas necesidades que ordinariamente se cubren a través del todo.

En fin, el desmerecimiento de la cosa mediante su división es recurrir al criterio económico, ya que si la suma de los distintos valores parciales de las nuevas cosas es sensiblemente inferior al valor de la cosa íntegra tropezamos con un obstáculo que impide su fraccionamiento. En efecto, el criterio económico, que todo lo preside, determina que cuando, no obstante conservar las porciones materiales la naturaleza y función de la cosa entera, las mismas significan en el orden patrimonial una rebaja sustancial de la apreciación económica de aquélla, porque la división ha mutilado el valor añadido

que el todo representa, debe concluirse que hay que excluir la posibilidad del fraccionamiento, sin mayores indagaciones ni puntualizaciones.

Todo ello nos lleva, en consecuencia, a la conclusión de que los criterios que normalmente se manejan en orden a excluir la divisibilidad de las cosas tienen perfecto acomodo también entre nosotros, por más que los mismos vengán legalmente reflejados en relación a la división de las cosas comunes y a la partición de la herencia. Cabe por tanto, considerar que las obligaciones de dar *lato sensu* serán indivisibles cuando la cosa cuya propiedad deba transmitirse o cuya tenencia deba trasladarse al acreedor presente unas características tales que, de procederse a su fraccionamiento, las porciones resultantes del mismo no conservarían la sustancia, no cumplirían la función o no sumarían el valor económico de la cosa indivisa. Con lo que se nos revela, una vez más, que toda la materia de la indivisibilidad de las obligaciones gira en torno al punto de su cumplimiento, porque cuando de producirse las aludidas circunstancias se excluye que, en consecuencia, la obligación deba reputarse indivisible, lo que realmente se está significando es que de no adoptar esta actitud el deudor no cumpliría exactamente la prestación debida; y esto es lo que, en realidad, determina que la relación obligatoria se catalogue como indivisible, ya que, de otra manera, en su cumplimiento se estaría contraviniendo su tenor (art.1.101 C.c).

No es del parecer señalado el profesor Bercovitz, para quien la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo admite la división de los bienes sobre que recae la comunidad, en tanto en cuanto ni son esencialmente indivisibles, ni desmerecen mucho con la división, en razón de un criterio puramente económico; circunstancia que permite una especial elasticidad que no es trasplantable al campo de las obligaciones. De ahí que, en su opinión, resulte dudosa la remisión que la doctrina hace a la regulación de la división en la comunidad de bienes, ya que la divisibilidad o indivisibilidad en el momento de resolver la comunidad responde a criterios distintos de los que determinan la divisibilidad o indivisibilidad de las prestaciones de dar.

Según Bercovitz para que una obligación de dar se repute divisible hace falta que la cosa sea no sólo económicamente divisible, sino que, además, todas las partes resultantes sean cualitativamente idénticas y cuantitativamente proporcionales, porque 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 ellas recaiga sobre una parte cualitativamente idéntica y cuantitativamente proporcional a la prestación total originaria; por lo que, concluye, no cabe hablar de divisibilidad de las obligaciones cuando las prestaciones conte-

nido de éstas sólo son divisibles en su valor de cambio y no en su valor de uso (40).

No resulta fácil aceptar semejante argumentación. Ciertamente, en el plano teórico, una cosa es la disolución de la comunidad mediante la partición del objeto común y otra el cumplimiento de una obligación de dar, pero lo que no cabe desconocer es que en uno y otro supuesto el interés a satisfacer de comuneros y acreedor reviste las mismas características y el procedimiento para su satisfacción tiene que seguir el mismo camino: la división de la cosa, objeto de la copropiedad u objeto de la prestación.

De lo que se trata en uno y otro supuesto es que no sufra quebranto el interés de los participantes en el momento en que la cosa que constituye el punto de referencia objetivo de su particular *status iuris* se divide; y no se diga que el interés del acreedor en una obligación de dar es más sensible, digno de tutela o necesitado de protección que el interés de los condóminos, porque ello no refleja la realidad de las cosas. Tanto cuando la ley contempla la división de la cosa común como cuando se ocupa de la posibilidad de partición de la cosa debida lo hace animada por un solo propósito y bajo el impulso de una misma preocupación: que semejante fraccionamiento no produzca en ninguno de los partícipes lesión apreciable de sus legítimos intereses.

Lo que ocurre es que la ley se ocupa de señalar los criterios de indivisibilidad en relación a la cosa común y nada dice al respecto cuando se trata del cumplimiento de las obligaciones de dar. ¿Querrá decir ello que en este segundo supuesto tales criterios deberán ser diferentes? Pero, en tal caso, ¿por qué la ley no los ha establecido? Y, en definitiva, ¿de dónde deberían extraerse?

En la simple formulación de tales interrogantes va implícita la respuesta, porque no parece razonable que no existiendo en la ley criterios en orden a la indivisibilidad de las obligaciones de dar y estableciéndolos la misma en relación a la comunidad de bienes, quepa prescindir de éstos cuando entre uno y otro caso no se aprecia diferencia importante y cuando los factores e intereses en juego son sensiblemente iguales.

El que una cosa deba reputarse indivisible cuando lo sea esencialmente, resulte, si se la divide, inservible para el uso a que se la destina, o desmerezca económicamente con la división, constituyen unos criterios suficientemente amplios y comprensivos como para encajar en ellos cualquier supuesto en que se contemple la consecuencia y posibilidad de partir una cosa, con indiferencia de cuál sea la situación jurídica, real u obligación, en cuyo contexto se considere la partición. Además, como hemos tenido ocasión de ver, adecuadamente entendidos

(40) BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles...», *loc. cit.*, pp. 528 y ss.

tales criterios, no existe mayor problema para identificarlos con aquellos otros que, en relación a las obligaciones de dar, hablan de intangibilidad económica y de partes cualitativamente proporcionales, pues se trata tan sólo de dos maneras distintas de expresar una misma realidad y de indicar con otros términos una serie de exigencias que revisten la misma naturaleza, presentan idéntico formato y se orientan hacia igual objetivo tanto en la disolución de la comunidad como en el cumplimiento de las obligaciones de dar.

Quizá el único problema que pueda surgir en la identificación que sostenemos venga dado por el hecho de que en materia de división de la cosa común la ley la excluye cuando dicha cosa «desmerezca mucho por su división», y que probablemente no hará falta que el acreedor sufra un fuerte quebranto económico en el caso de cumplimiento parcial de la obligación de dar para negar la divisibilidad de la cosa debida. En tal sentido, Bercovitz aduce que un nuevo 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 (algo que no es cierto) 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 de la cosa se impone su indivisibilidad; y, en esa dirección, recuerda la sentencia de 31 de enero de 1914 que acepta la división de un conjunto de treinta y tres fincas, aunque ello implique un cierto desmerecimiento de las mismas (41).

En realidad, el problema se aminora de forma sensible y hasta se diluye al considerar que se trata de un dato de hecho que el juez apreciará en cada situación y tomará en cuenta en función de las específicas circunstancias presentes en el caso de que se trate. Quiere ello decir que normalmente los jueces no exigirán para negar la divisibilidad de la cosa común que la partición suponga una extraordinaria pérdida económica (a pesar de que el artículo 1.162 del Código civil emplee el término «mucho»), sino que se inclinarán por ello desde el momento en que el desmerecimiento sea sensible o apreciable; y, paralelamente, tampoco excluirán la posibilidad del cumplimiento parcial de una obligación de dar cuando la división de la cosa debida irrogue al acreedor perjuicio económico de no excesiva entidad. Y ello en razón de que debe facilitarse la realización de los intereses presentes en una u otra situación y de que procede una visión ponderada y realista de las mismas que conducirá, en una mayoría determinante de supuestos, a la sensible aproximación y hasta identificación de los criterios a aplicar. No parece, en consecuencia, que ni siquiera a través de este

(41) *Ibid.*, p. 530.

señalamiento quepa sostener la disimilitud entre las situaciones de división de la cosa común y de la cosa debida; en uno u otro caso, para aceptar o negar la divisibilidad deberán operar las mismas pautas y habrá que poner en juego idénticos criterios, aunque alguno de ellos precise de ciertas matizaciones o adecuaciones en relación a una de dichas situaciones.

De lo expuesto cabe deducir sin mayor esfuerzo que el juego de la divisibilidad presentará sus más serias dificultades en relación a los bienes inmuebles, habida cuenta lo poco normal que resulta la conciliación de la naturaleza y función de esta categoría de bienes con la idea de fraccionamiento de los mismos. Y, en este sentido, es cierto que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha utilizado y utiliza preferentemente el criterio del quebranto económico subsiguiente a la división; así, en la sentencia 9 de noviembre de 1881 niega la división de unos almacenes porque la misma menoscabaría mucho el valor de los mismos, y otro tanto ocurre en las sentencias de 17 de marzo de 1921 y 19 de abril de 1972.

Pero, en otras ocasiones, nuestra Casación atiende también para negar la división en referencia a que la misma destruiría la trabazón y armonía existente entre las fincas o a que el inmueble no admite cómoda y equitativa división (sentencia de 12 de noviembre de 1949). La sentencia de 27 de febrero de 1979 rechaza la división de un conjunto de cosas comunes en el que se hallaba un hotel en explotación, y la de 17 de mayo de 1981 sostiene la misma tesis respecto a una fábrica de cerámica.

Esta dificultad y falta de acomodo determinará que en la mayoría de los casos resulten indivisibles las obligaciones de dar bienes raíces, ya que sólo muy excepcionalmente los mismos se presentarán de manera tal que sea posible su cumplimiento parcial sin que el fraccionamiento del inmueble provoque seria alteración de los legítimos intereses de acreedor. La naturaleza, el cometido y el valor de las fincas presentan tales características que, de ordinario, la división de las mismas da lugar a la alteración básica e inaceptable de los factores que se toman en cuenta al contemplar la afección jurídica, obligatoria o real, de aquéllas. Es por que la doctrina señala que sólo cabrá admitir la divisibilidad de las obligaciones que recaiga sobre bienes inmuebles cuando se refieran a complejos de fincas que tengan las mismas características y función (chalets iguales, pisos idénticos, parcelas similares, etcétera (42).

(42) SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona, 1985, p. 122; BERCOVITZ, «Las obligaciones divisibles...», *loc. cit.*, p. 533.

