

CAPÍTULO IV

De algunas especies particulares de obligaciones consideradas en relación a las cosas que constituyen su objeto	167
Sección I. De la obligación de una cosa indeterminada de un cierto género	167
Sección II. De las obligaciones divisibles y de las obligaciones indivisibles	172

CAPÍTULO IV

DE ALGUNAS ESPECIES PARTICULARES DE OBLIGACIONES CONSIDERADAS EN RELACION A LAS COSAS QUE CONSTITUYEN SU OBJETO

Entre las divisiones de las obligaciones por relación a las cosas que constituyen su objeto, que hemos hecho *supra*, cap. I, § 3, hemos dicho que había obligaciones de una cosa cierta, como de un tal caballo; y obligaciones de una cosa incierta e indeterminada de un cierto género, *puta*, la de un caballo indeterminado.

Hemos dicho también que había obligaciones divisibles, y otras indivisibles. Trataremos aquí en una primera sección de la especie particular de obligación de una cosa indeterminada de un cierto género; y en una segunda sección de las obligaciones divisibles e indivisibles.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA OBLIGACION DE UNA COSA INDETERMINADA DE UN CIERTO

283. Lo que en absoluto es indeterminado, no puede ser objeto de una obligación (*supra*, nº 131). Por ejemplo, si yo os he prometido dar *alguna cosa*, sin decir qué, no resulta de esta promesa obligación alguna. Mas se puede contratar la obligación de una cosa indeterminada de un cierto género de cosas; como cuando uno se obliga para con alguien a darle un caballo, una cama completa, un par de pistolas, sin determinar qué caballo, ni qué cama, ni qué pistolas. El individuo que constituye el objeto de esas obligaciones es indeterminado, mas el género en que se ha de tomar el individuo es cierto y determinado: esas obligaciones son indeterminadas, *quoad individuum*, bien que ellas tengan *quoad genus* un objeto determinado.

Esas obligaciones son más o menos indeterminadas, según que el género en que la cosa deba tomarse, es más o menos general. Por ejemplo, si alguien se ha obligado a darme un caballo de su yeguada, la obligación quedando limitada a su yeguada, es menos indeterminada que no si estuviera simplemente obligado a darme un caballo.

En esas obligaciones, cada una de las cosas comprendidas bajo el género de que la cosa debida deba tomarse es *in facultate solutionis*, con tal que sea buena, leal y corriente, *sed non obligatione*; pues no hay, en verdad, individuo alguno a quien el deudor no pueda pagar, mas no hay ninguno que en particular se le pueda demandar.

Hay sí, una de las cosas de ese género que es debida, pues la obligación debe tener un objeto: mas esta cosa no es individuo alguno *in concreto*; es una cosa de ese género considerada *in abstracto*, por una idea trascendente que hace abstracción de los individuos que componen el género; es una cosa incierta, indeterminada que no se determina más que por el pago válido que se haga por uno de sus individuos.

Es verdad que esta cosa considerada de esta suerte, hasta tanto que sea determinada por el pago, es una cosa que no subsiste más que en el entendimiento; pero nosotros hemos visto *supra*, qué seres intelectuales podían ser objeto de las obligaciones, las obligaciones siendo por sí mismas seres intelectuales.

Esta idea que nosotros damos tomándola de Dumoulin (*Tract. de div. et indiv.*, p. 2, *quæst.* 5), del objeto de la obligación de una cosa de un cierto género, parece más natural y más verdadera que la de aquellos que piensan que esas obligaciones tienen por objeto todos los individuos contenidos en el género, de manera que cada uno de todos esos individuos es debido *non quidem determinate*, mas bajo una especie de condición *si alia res ejus generis non salvatur*.

De esos principios se sigue, 1º, que cuando una cosa de un cierto género es debida indeterminadamente, el acreedor no está bien fundado al pedir determinadamente alguna de esas cosas comprendidas bajo ese género; sino que debe pedir en general e indeterminadamente una de esas cosas.

Se sigue, 2º, que la pérdida de las cosas de ese género acaecida después de la obligación, no caerían sobre el acreedor; pues las cosas que perecen no son las que le eran debidas, y basta por lo tanto que subsista una de ellas, sea en la parte que fuese, para que la obligación subsista.

Observad, empero, que si el deudor, para saldar su obligación, hubiese ofrecido al acreedor una de las cosas de ese género, buena, leal y corriente, y hubiese, por una notificación judicial, puesto al

acreedor en demora de recibirla, la pérdida que ocurriera después sobre esta cosa caería sobre el acreedor, pues el deudor no debe sufrir de la demora en que ha estado el acreedor: por cuanto la deuda, de indeterminada que era, había pasado, por el ofrecimiento de la cosa debida, a deuda determinada (L. 84, § 3, D. *de leg. 1º*).

284. Sobre las cosas que el deudor de una cosa de un cierto género puede válidamente ofrecer para saldar su obligación, observad que es necesario que sean buenas y leales (L. 33, *in fine*, D. *de solut.*), es decir, que no tengan defecto alguno notable. Por ejemplo, aquel que es deudor de un caballo indeterminadamente, no puede ser admitido a entregar un caballo tuerto, cojo, sarnoso, asmático, etcétera, ni un caballo muy viejo. De lo demás, con tal que la cosa no tenga defecto alguno notable y que de la misma pueda transferir la propiedad irrevocable al acreedor, puede dar la cosa que quiera (L. 72, § 5, D. *de solut.*).

285. ¿Podría dar una cosa que no habría podido ser ofrecida al acreedor de una manera válida, y con quien ha sido contratada la obligación? Por ejemplo, si me he obligado a daros un caballo indeterminado, ¿puedo exonerarme de la obligación dándoos un caballo que os pertenecía cuando el contrato, y que, habiendo sido después vendido, hubiese venido a mi poder? Dumoulin decide por la afirmativa; y en eso esta obligación difiere de aquella por la cual yo os habría prometido ese caballo bajo la alternativa de otra cosa; pues, en este último caso, mi obligación no habiendo podido subsistir por relación a una cosa que os perteneciera, no había más que la otra que os fuera debida, y aquella es por consiguiente la única que yo puedo pagar. Mas en la obligación de un caballo indeterminado, no siendo debido individuo alguno, y los caballos no siendo todos que *in facultate solutionis*, mejor que *in obligatione*, basta que al tiempo del pago, el caballo que yo os doy para saldar mi obligación no os pertenezca, y me pertenezca, para que os pueda ser válidamente pagado. Esto es lo que decide de una manera terminante Marcelo en la ley 72 (§ 4, D. *de solut.*): *Ei qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his qui tunc stipulatori servierant dando, promissor liberatur.*

Es necesario convenir, sin embargo, que la ley 66 (§ 3, D. *de leg. 2º*), que es de Papiniano, decide lo contrario: *Quum duobus testamentis homo generatim legatur, qui solvante altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero hærede idem solvi non poterit, eademque ratio stipulationis est; hominis enim legatum, orationis compendio, singulos homines continent; utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur*

cujus dominium postea legatarius adeptus, est, tametsi dominus esse desierit.

Dumoulin (*Tract. de div. et indiv.*, p. 2ª, nº 102), conforme a su costumbre de someter las leyes a sus decisiones, da tormento a la ley citada. Dice que la decisión de esta ley debe restringirse al caso particular de dos legados hechos de una cosa de un cierto género por dos testadores a la misma persona, o de dos promesas gratuitas de una cosa de un cierto género, revestidas de la forma de la estipulación, hechas por dos donadores a una misma persona; que es por una razón particular que en este caso la misma cosa que ha sido pagada al legatario o al donatario, en ejecución del primer legado o de la primera donación, no puede darse como pago o ejecución del otro legado o donación, *ne scilicet videretur offendi juris regula: Non possunt duæ causæ lucrative in eadem se et in eadem persona concurrere*; mas que no debe hacerse de esta ley una decisión general: que en todas las obligaciones de un cierto género, las cosas de este género que, cuando la obligación ha sido contratada, pertenecían a aquel con quien ha sido contratada, o que le han pertenecido después, deben reputarse como exceptuadas de esta obligación, y no pueden en consecuencia serle pagadas, bien que ya no le pertenezcan. En fin, dice que esta ley, los términos *hominis legatum, orationis compendio, singulos homines continet*, no significan que todos los esclavos del mundo estén cada uno *in obligatione legati*, bajo esta condición, *si alius non solvatur*; sino que significan solamente, que todos los esclavos del mundo están *in facultate solutionis*, y que los legados no pueden ser salvados ni ejecutados *in singulis hominibus*. Esta interpretación me parece contraria al sentido natural del texto; yo prefiero, reconociendo que existe una verdadera antinomia entre esta ley y la ley 72. como lo han reconocido Faber y Bachovius. abandonar la decisión de Papiniano, como fundada sobre el falso principio que la obligación de una cosa de un cierto género contiene, *alternate et orationis compendio*, la de todos los individuos que de ella son susceptibles, y atenerme a la decisión de Marcelo, en la ley 72 (*de solut.*); la misma cosa dice Papiniano en la ley 66 (*D. de leg. 1º*), si bien hace un cambio en el texto de esta ley 66; mas el final del párrafo demuestra la falsedad de esta innovación en el texto, que por otra parte se hace sin fundamento.

286. Cuando el deudor de una cosa de un cierto género ha pagado una cierta cosa que él creía por error ser debida determinadamente, tiene derecho a la repetición, ofreciendo dar otra; pues no habiendo dado esta cosa en pago de su obligación de una cosa de un cierto género, sino como persuadido falsamente que él debía esta cosa de un modo determinado, ha pagado lo que no de-

bía, y, por consiguiente, *locus est conditioni indebiti* (L. 32, § 3, D. de cond. indeb.).

Sobre la indivisibilidad del pago de las obligaciones de un cierto género, véase *infra*, part. 3, cap. 1, art. 6º, § 3.

287. Sea que la obligación sea *generis generalissimi*, como cuando alguien se ha obligado a dar un caballo en general; sea que la obligación sea *generis subalterni, aut generis limitati*, como cuando alguien se ha obligado a dar uno de sus caballos, todo lo que nosotros hemos dicho hasta este momento tiene lugar, con tal que la convención no contenga cláusula alguna que quite la elección al deudor.

Mas cuando, por una cláusula particular de la convención, la elección se concede al acreedor; como cuando alguien se ha obligado para conmigo a darme uno de los perros de su trailla a mi elección; en ese caso bien que esta convención encierre principalmente la obligación pura y simple de un perro indeterminado, sin embargo, se puede decir también, que en virtud de la cláusula que me concede la elección, cada uno de los perros de la trailla del deudor me son debidos, bajo una especie de condición, caso de que yo le eligiera; puesto que en virtud de esta cláusula, no hay ninguno que yo no tenga derecho a exigir. Es por esto que el deudor está en ese caso obligado a conservármelos todos hasta tanto que yo haya hecho mi elección; y hasta en ese tiempo no puede, sin contravenir a su obligación, disponer de ninguno (*Arg., L. 3, D. qui et a quib. man.*): *Si indistincte homo sit legatus, non potest hæres, quosdam manumittendo, evertere jus electionis; nam quodam modo singuli sub conditione legati videntur.*

No se puede decir lo mismo cuando el deudor tiene la elección, que cada individuo está comprendido en la obligación en el caso de que el deudor eligiere darle más bien uno que otro; pues no está en su facultad pagar una cosa mejor que no otra, sino el derecho de exigirla, que en esto consiste la obligación. Esta es la diferencia que establece Dumoulin (*Tract. de div. et indiv.*, p. 2, números 112-114) entre los casos en que se da la elección al acreedor, y en los que se da al deudor.

SECCIÓN II

DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES Y DE LAS
OBLIGACIONES INDIVISIBLES

ARTÍCULO PRIMERO

CUALES SON OBLIGACIONES DIVISIBLES Y CUALES SON LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

§ I. Qué es una obligación divisible y qué es una obligación indivisible

288. Una obligación divisible es aquella que se puede dividir.

Una obligación indivisible es aquella que no se puede dividir.

Una obligación no es menos divisible; aunque sea actualmente indivisible; pues basta, para que sea divisoria, que *pueda* ser divisible (Dumoulin, *Tract. de div. et indiv.*, p. 3, nº 7 y siguientes).

Por ejemplo, cuando yo contrato sólo para con vos la obligación de pagaros una suma de mil escudos, esta obligación es indivisible; pero es divisoria, por cuanto puede dividirse, y que se dividirá en efecto entre mis herederos si dejo varios, caso de que muera antes de haberseme hecho efectiva la deuda.

Igualmente la obligación solidaria que contratan varias personas de pagar a alguien una suma de diez escudos, no deja por esto de ser una obligación divisoria.

El efecto de la solidaridad está en que ella no esté, en la actualidad, dividida entre los deudores solidarios; mas su obligación no es por esto menos una obligación divisible, por cuanto puede dividirse, y por cuanto se dividirá en efecto entre sus herederos.

289. Es necesario ver ahora cuáles son las obligaciones que se pueden dividir, y cuáles las que no se puede.

Una obligación puede dividirse y es divisible cuando la cosa debida, lo que constituye su materia y objeto, es susceptible de división y de partes por las cuales pueda ser pagada; y al contrario la obligación es indivisible, y no puede dividirse, cuando la cosa debida no es susceptible de división y de partes, y no puede ser pagada sino en total.

La división de que aquí tratamos no es la división física que consiste *in solutione continuitatis*, tal como la del madero que se divide en dos; sino la de una división *civil*, y propia del comercio de las cosas.

Hay dos especies de divisiones civiles, una que se hace en

partes reales y divididas; otra que se hace en partes intelectuales e indivisibles. Cuando se divide un solar, un campo, en dos, plantando en medio un mojón, es una división de la primera especie; las partes de este solar separadas una de otra por el mojón, son partes reales y divididas.

Cuando un hombre que era propietario de ese solar, o de otra cualquiera cosa, muere, y deja dos herederos que continúan la división de la heredad quedándose cada uno mitad indivisa, es una división de la segunda especie. Las partes que resultan de esta división, y que pertenecen a cada uno de los herederos, son partes indivisas, que no son reales, y que no subsisten más que *in jure et intellecta*.

Las cosas que no son susceptibles de la primera especie de división no dejan de serlo por la segunda. Por ejemplo, un caballo, un plato de plata, no son susceptibles de la primera especie de división; pues esas cosas no son susceptibles, sin la destrucción de su sustancia, de partes reales y divisibles; mas son susceptibles de la segunda especie de división, por cuanto esas cosas pueden pertenecer a varias personas por una parte indivisible.

Basta que una cosa sea susceptible de esta segunda división, bien que no lo sea de la primera, para que la obligación de dar esta cosa sea una división divisible. Eso es lo que resulta de la ley 9 (§ 1, D. de solut.), donde se dice: *Qui Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur*. Según ese texto, la obligación de dar el esclavo *Stichus* es una obligación divisible, puesto que puede mediante el consentimiento del acreedor, saldarse por partes, bien que este esclavo no sea susceptible de la primera división (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 5; p. 2, números 200 y 201).

Las cosas indivisibles son aquellas que no son susceptibles ni de partes reales, ni aun de partes intelectuales, tales son la mayor parte de los derechos de servidumbres prediales: *quæ pro parte acquisi non possunt*.

La obligación de dar una cosa de esta naturaleza es una obligación indivisible (Dumoulin, *ibid.*, p. 2, nº 201).

290. La misma regla que acabamos de exponer para juzgar si las obligaciones *in dando* son divisibles o indivisibles, debe también servir en relación a las obligaciones de *in faciendo vel in non faciendo*. Varios doctores habían pensado que esas obligaciones eran indivisibles indistintamente; mas Dumoulin (*ibid.*, p. 2, nº 203 y siguientes) ha demostrado que no eran menos divisibles que las obligaciones *in dando*, a menos que el hecho que constituye su objeto no fuese de naturaleza de no poderse saldar, como cuando yo me obligo a construir una casa, etcétera. Mas si el hecho que constituye el objeto de la obligación puede saldarse por partes,

como si yo me hubiese obligado a haceros poseer una cosa que puede ser poseída por partes, la obligación sería divisible: esta es la quinta de las claves de Dumoulin: *Omnis obligatio etiam facti dividua est, nisi quatenus de contrario apparet* (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 112).

Igualmente la obligación *in non faciendo* será divisible cuando aquello que yo me he obligado a no hacer se hará por una parte, y por otra no; tal es la obligación *amplius non agi ad aliquid dividuum*; como cuando me he comprometido para con vos a no inquietar el poseedor de una heredad a quien vos debéis garantía; esta es una obligación *in non faciendo*, que es divisible, puesto que se puede satisfacer en parte. Puedo también contravenirla en parte reivindicando solamente una parte de esta heredad, y satisfacer en parte, absteniéndome de reivindicar la otra parte.

291. Observad que es la misma cosa o el mismo hecho el que constituye el objeto de la obligación, que se debe considerar para decidir si la obligación es divisible o indivisible, y no por la utilidad que reporta al acreedor de la obligación contratada a su provecho ni el detrimento: *onus et diminutio patrimonii*, que de ello resulta para el deudor; de otro modo no habría obligación alguna que no fuera divisible. Es por esto que, por ejemplo, si los dos propietarios de una casa se han obligado para con los dos propietarios de la casa vecina, a imponerse sobre su casa una servidumbre útil a la casa vecina, esta obligación es individual porque el Derecho de servidumbre que constituye su objeto es algo indivisible, bien que la utilidad que de él resulte para cada uno de ellos para con quienes ha sido contratada, y el detrimento que sufren aquellos que lo han contratado, se evalúe en una suma que es divisible. Eso es lo que enseña Dumoulin (*ibid.*, p. 2, nº 119): *Cum hic effectus — dice — si quid remotum et separatum a substantia obligationis et rei debitæ, non dicitur, obligatio dividua sed individua, penes effectum, sed secundum se et secundum naturam rei immediate in eam deductæ.*

§ II. De las diferentes especies de indivisibilidad

292. Dumoulin (*ibid.*, p. 3, nº 57 y siguientes, y nº 75) distingue muy bien tres especies de indivisibilidad; la que es absoluta, a la que llama *individuum contractu*; la que llama indivisibilidad de la obligación, *individuum obligatione*; y la que llama indivisibilidad de pago, *individuum solutione*.

La indivisibilidad absoluta que Dumoulin llama *individuum contractu* es cuando una cosa, por su naturaleza, no es susceptible de partes, de un modo tal, que no podría ser estipulada o prome-

tida por partes; tales son los derechos de servidumbres reales, como, por ejemplo, un derecho de paso. Es imposible concebir partes en un derecho de paso, y, por consiguiente, no se podría estipular ni prometer tales cosas en parte.

293. La segunda indivisibilidad es la que Dumoulin llama *individuum obligatione*. Todo lo que es *individuum contractu* lo es *obligatione*; mas hay ciertas cosas que, bien que hubiesen podido ser en absoluto estipuladas o prometidas en parte, y por consiguiente, bien que no sean *individua contractu*, sin embargo, en la manera, en el modo como han sido consideradas por las partes contratantes, tienen alguna cosa de indivisibles, que hace que no puedan ser debidas por partes.

Se puede citar como ejemplo de esta indivisibilidad la obligación de la construcción de una casa o de un barco. Esta obligación no es indivisible *contractu*, pues no es posible que se contrate en parte. Yo puedo convenir con un albañil que me construirá en parte la casa que tengo ganas de hacer construir; *puta*, que no elevará los muros más que hasta el primer techo. Más bien que la construcción de una casa no sea indivisible *contractu*, es de ordinario indivisible *obligatione*; pues cuando alguien hace un contrato con un arquitecto para que le construya una casa, la construcción de la casa, que constituye el objeto de la obligación, es, por la manera como es considerada por las partes contratantes, algo de indivisible, *et quod nullam recipit partium præstationem*. Es verdad que esta construcción no puede hacerse que por partes y sucesivamente; mas, no es el hecho pasajero de la construcción el que constituye el objeto de la obligación, es la obra misma consumada, es *domus construenda*. No pudiendo, pues, haber casa sin que esté enteramente construída, la forma y cualidad de la casa no pueden resultar que de la conclusión de la obra, y no puede haber partes de una cosa que todavía no existe; de donde se sigue que la obligación de construir una casa no puede cumplirse más que por la construcción entera de la casa, y, por consiguiente, esta obligación no es susceptible de partes y no puede cumplirse por partes; que es lo que quiere decir el jurisconsulto en la ley 80 (§ 1, d. *ad leg. Falcid.*), en la cual para probar que la obligación de construir una obra, como un teatro, unos baños, es indivisible, pone la siguiente razón: *Neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui et propriam formam quae ex consummatione contingit, non dederit*.

Por la misma razón se dice en la ley 85 (§ 2, d. *de verb. obl.*) que la obligación de la construcción de una obra es individual: *Singuli hæredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest*. *Opus* —dice Dumoulin— *fit pro parte realiter*

et naturaliter: sed si illud OPUS FIERI refras ad effectum et præstationem ejus quod debetur, tunc verum non erit per partes fieri, quia parte fabricæ facta, non es debetur libertatis in ea parte; simplex enim fabricatio et operatio transiens non dedetur, sed opus effectum cujus pars non est, fabricæ pars, cum nullæ sint partes domus quæ nondum est: nec sum stipulatus fabricam, sed fieri domum, id est tale opus sub tali forma consummatum, quod ante perfectionem non subsistit, nec ulla actu partes habet (Dumoulin, Tract. de divid. et indiv., p. 3, nº 76). También se puede aquí deducir la ley 5 (D. de verb. signif.) que dice que opere locato conducto significari non ἐργον id est operationem, sed ἀποτέλεσμα id est ex opere factu corpus aliquod factum.

Ciertas circunstancias con las cuales se contrata la obligación de una cosa pueden también hacer la obligación indivisible, bien que la cosa en sí y separada de esas circunstancias, sea muy divisible. Tal es la obligación que yo contrataría con alguien de procurarle dar sitio para que pueda construir el lagar que quiere colocar en el mismo; bien que el solar que yo he prometido sea en sí algo de indivisible; sin embargo, siendo debido no como un solar *impliciter*, sino como un solar destinado a colocar un lagar, y es por esto que se transforma en algo indivisible, por cuanto nada puede separarse del mismo sin que cese de haber sitio propio para colocar un lagar, y sin que cese en consecuencia de ser la cosa que era el objeto de la obligación (Dumoulin, *ibid.*, p. 2, nº 314).

294. En suma, la obligación indivisible *natura et contractu* es la obligación de una cosa que en sí misma por su naturaleza, y bajo cualquier especie que se le considere, no es susceptible de partes; la obligación indivisible *obligatione*, es la obligación de una cosa que considerada bajo el respecto en que constituye el objeto de la obligación, no es susceptible de partes.

Es evidente que esas obligaciones son indivisibles, sea *contractu*, sea *obligatione*, lo son también *solutione*; pues no se puede pagar por partes lo que no es susceptible de partes.

295. Hay una tercera especie de indivisibilidad que se llama *individuum solutione tantum*.

Es la que no concierne sino al pago de la obligación, y no a la obligación misma, cuando la cosa debida es por sí misma divisible y susceptible de partes, y puede ser debida por partes, sea a los diferentes herederos del acreedor, sea por los diferentes herederos del deudor, mas no puede ser pagada por partes.

Citaremos en el artículo siguiente varios ejemplos de esta especie de indivisibilidad, donde nosotros trataremos de la naturaleza y de los efectos de las obligaciones divisibles, a cuya clase perte-

nezan propiamente las obligaciones en cuales se encuentra esta especie de indivisibilidad, puesto que no concierne a la obligación misma, aunque, sin embargo, la ley 2 (§ 1, d. *de verb. oblig.*) haga de ellas una especie intermediaria entre las obligaciones divisibles y las indivisibles.

§ III. De varias especies de obligaciones respecto a las cuales se pregunta si son divisibles o indivisibles

De la obligación de entregar un campo

296. La obligación de entregar un campo, *fundum tradi*, es una obligación divisible; pues esa tradición puede hacerse por partes; pues puedo entregar del mismo ora una parte y después otra. Siendo, pues, el hecho que constituye el objeto de esta obligación un hecho divisible, no se puede dudar, según los principios que hemos establecido, que esta obligación no sea divisible. Nuestra decisión se encuentra confirmada por los textos de Derecho; pues aunque la obligación de un *comodatario* sea la obligación de remitir una cosa *obligatio rem tradi*, sin embargo, la ley 3 (§ 3, d. *commod.*) decide que los herederos vienen por lo general obligados, por la parte tan solo de que son herederos, que es lo que constituye el carácter de las obligaciones divisibles: *Hæredes ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua hæres est, convenitur*. Es verdad que esta obligación del *comodatario*, bien que divisible *quoad obligationem*, es indivisible por lo menos *quoad solutionem*, más fácilmente se pueden dar ejemplos de obligaciones *tradirem, fundum tradi*, que son divisibles aun, *quoad obligationem*; tal es el que da Dumoulin (p. 2, nº 305). Yo transijo con una parte adversa la demanda en reivindicación de una cierta heredad que ella ha dado en contra mía, y yo me obligo por esta transacción para con ella a dejársela sin garantía alguna de mi parte; esta obligación, que es una obligación *fundum tradi*, es divisible, aun *quoad solutionem*, y si yo muero antes de haber transcurrido el plazo, dejando cuatro herederos, cada uno de mis herederos se emancipa de esta obligación, abandonando la heredad por la parte que le ha tocado en la sucesión.

La ley 72 (d. *de verb. oblig.*) parece, sin embargo, diametralmente contraria a nuestra decisión, pues la obligación *fundum tradi* se encuentra formalmente aducida como un ejemplo de obligación indivisible, con las obligaciones *fossam fodiri, insulam fabricari, vel si quid simile*, que son indivisibles, *tam obligatione quam solutione*. Dumoulin (p. 2, nº 278, ad. nº 359), después de haber aducido diecisiete opiniones diferentes de doctores para la conciliación de esta ley, aduce la suya, a la que es necesario ate-

nerse. Precisa, y con razón, que este ejemplo de obligación *fundum tradi* no debe entenderse indistintamente de toda obligación por la cual uno se obliga a entregar un campo, con circunstancias que hacen indivisible la obligación; como, por ejemplo, si queriendo construir mi casa, y no teniendo sitio para colocar los materiales necesarios que he de hacer venir para ella, convengo con mi vecino que me dará el uso de su campo o solar para que me sirva a dicho efecto; esta obligación es una obligación *fundum tradi, non simpliciter, sed ad certum usum finemque principaliter consideratum in contrahendo*; y este fin hace indivisible esta obligación *fundum tradi*, pues una obligación es indivisible cuando lo que constituye su objeto no es susceptible de prestación particular: *cum id jus quod in obligationem deductum est, non nisi in solidum prestari potest*, lo que se encuentra en la especie propuesta; pues este campo o pieza de tierra debiéndoseme entregar para servir de depósito de materiales sólo para este fin me puede ser entregada por el total, puesto que una parte que no fuera bastante grande para colocar mis materiales, no podría servir al fin, por el cual debía serme entregada. Dumoulin cita todavía otros ejemplos (números 312 - 315).

§ IV. De la obligación de una jornada de trabajo

297. La obligación de una jornada es indivisible, de la misma manera que la obligación de construir una casa; pues aunque el servicio de una jornada no sea en sí algo indivisible, sin embargo, la obligación se contrata como una cosa indivisible, y que no puede saldarse parcialmente; es por esto que Ulpiano dice: *Nec promitti, nec solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera* (L. 15, D. de oper. libert.).

Igualmente Pomponio, en la ley 3 (§ 1, D. de oper. libert.) decide que el servicio de una jornada no puede saldarse parcialmente, esto es, por un cierto número de horas, y que en consecuencia el deudor de una jornada que habrá trabajado hasta a mediodía, y se ha retirado, no habrá en modo alguno cumplido su obligación, y quedará siendo deudor de la jornada: *Non pars operæ per horas solvi potest, quia id est officii diurni, neque et liberti, qui sex horis duntaxat meridianis præsto fuisset, liberatio ejus dici contingit*. Mas luego que habrá pagado la jornada de que queda siendo deudor, podrá pedir el precio del medio jornal que no debía.

Por lo demás, Dumoulin (*ibid.*, p. 2, nº 355 y sigts.) nota muy bien que esta indivisibilidad de la obligación de un jornal no es que una indivisibilidad de obligación, y no una indivisibilidad absoluta, o una indivisibilidad *contractu*; pues nada me impide que uno

me pueda contratar la obligación de una parte del jornal, como de un medio jornal. Es verdad que la ley 15 (§ 1, *de oper. liber.*) dice: *Nec promitti pro parte opera potest*. Mas es una pura sutileza. El jurisconsulto toma *opera* por *officium diurnum*, según la definición de la ley 1 (D. *dicto titulo*) que considera, según esta idea, como indivisible, por cuanto si vos dividís, ya no es *officium diurnum*, es *officium horarium*.

§ V. De la obligación de hacer alguna obra

298. Nosotros entendemos aquí por obra, *effectio transiens in opus specificum permanens*, según la expresión de Dumoulin (*ibid.*, p. 2, nº 361); y nosotros ya hemos visto más arriba (nº 292) que la obligación de hacer un trabajo tomado en ese sentido, tal como la obligación de construir una casa, hacer una estatua, pintar un cuadro, era una obligación indivisible, bien que no de esa indivisibilidad absoluta que hemos llamado con Dumoulin *indivisibilidad contractu*, sino de la simple indivisibilidad de *obligación*.

§ VI. De la obligación de dar una cierta suma legada para la construcción de un hospital, o por cualquier otro fin

299. La obligación que resulta de ese legado es divisible, puesto que es la obligación de dar una suma de dinero. Lo que se añade por el testamento, *para construir un hospital*, no expresa más que el motivo que ha tenido el testador al hacer dicho legado; es *ratio legandi*; mas ese motivo no estando de todo punto unido a la disposición, *ratio legandi non cohæret legato* (L. 72, § 6. D. *de cond. et dem.*), no puede, por consiguiente, influir sobre la naturaleza del legado, ni sobre la obligación que de la misma resulte.

Si el testador hubiese encargado a sus herederos la construcción de un hospital en determinada villa, empleando en la misma una cierta cantidad de dinero, la obligación que tuviera por objeto la construcción del hospital sería indivisible. Es a esta última especie que se debe aplicar la ley 2 (§ 3, D. *de leg. 3º*). (Véase Dumoulin, *ibid.*, p. 2, nº 368 y siguientes.)

ARTÍCULO II

DE LA NATURALEZA Y DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES

§ I. Principios generales

300. Se llama divisible una obligación, como ya hemos hecho notar, no porque actualmente lo sea, sino por cuanto puede

dividirse. Es por esto que, por divisible que sea la cosa dividida, la obligación, antes de ser dividida, es indivisa, y no puede saldarse por partes, como lo veremos *infra* (p. 3, cap. 1, art. 3º, § 2).

Es necesario, pues, poner cuidado en no confundir la indivisión y la indivisibilidad; esta es la primera de las claves de Dumoulin (*Tr. de div. et indiv.*, p. 3, nº 7 y sigts., y nº 112).

Esta división de la obligación se hace o de la parte del deudor, o de la parte del acreedor, y algunas veces de uno y otro a la vez. La obligación es dividida de la parte del acreedor, cuando deja varios herederos. Cada uno de los herederos es acreedor solamente de su parte; de donde se sigue que no puede exigir este crédito más que por esta parte, y que no puede dar recibo más que por esta parte, a menos que no tenga poder de sus coherederos para recibir las de ellos; de donde se sigue igualmente que el deudor pueda pagar separadamente a cada uno de sus herederos la parte que se le debe.

La obligación se divide igualmente del lado del deudor, cuando deja varios herederos; cada uno de los herederos de su deudor no es responsable de la deuda más que por su parte; y por lo ordinario, cada uno de los herederos puede obligar al acreedor a recibir la deuda por su parte.

§ II. Modificaciones del primer efecto de la división de la obligación del lado del deudor

301. El principio que hemos establecido de que en las obligaciones divisibles cada heredero del deudor no es responsable de la deuda más que por la parte de que es heredero, recibe varias excepciones y modificaciones.

La primera, en consideración a las deudas hipotecarias. En ese caso, cuando los herederos del deudor son poseedores de inmuebles hipotecados a la deuda; aun cuando la deuda se divida entre ellos, y que en consecuencia no son responsables de la acción personal que resulta de la obligación del difunto, más que por la parte de que son herederos; sin embargo, se les puede perseguir hipotecariamente por el total de esta deuda, como poseedores de bienes que están hipotecados. Véase lo que hemos dicho sobre este particular en nuestra *Introducción al título 20 de la costumbre de Orleans*, cap. 1, sec. III.

302. La segunda es en consideración de las deudas de un cierto cuerpo que el difunto ha dejado en sucesión. Cuando el difunto ha dejado herederos de diferentes especies, los unos a los inmuebles y adquisiciones, los otros a los propios, no son todos responsables de la deuda de ese cierto cuerpo: sólo lo son los he-

rederos de aquella parte del patrimonio de que forme parte. La razón está en que ni el mismo difunto sería responsable de ella, caso de que viviera en la actualidad, sino en cuanto la poseyera todavía, o que hubiera cesado por su culpa o por su voluntad de poseerla; los herederos del patrimonio, pues, de que forma parte el cierto cuerpo, que por consiguiente jamás lo han poseído, ni nunca han dejado de poseerle, no pueden ser responsables de la deuda de este cierto cuerpo, ni pueden ser considerados responsables en mayor grado de lo que lo sería el difunto a quien representan: sólo, pues, los herederos del patrimonio en que se encuentra ese cierto cuerpo, son los únicos responsables del mismo.

Mas, si por la división entre los herederos de ese patrimonio, ese cierto cuerpo debido por el difunto a alguien, hubiese sido comprendido en el lote que tocó a uno de ellos, los otros, no por esto, quedan descargados de esta deuda, pues ni aun cuando hubiesen encargado a aquel de entre ellos a quien el lote de ese cierto cuerpo ha caído, de saldar la deuda en el momento en que fuera exigible, como ya una vez habían sido responsables de esta deuda, no han podido por ese hecho, al comprenderla entre la masa de bienes que luego se han repartido entre ellos, descargarse de la obligación de entregarla al acreedor.

303. La tercera modificación concierne todavía a las deudas de un cierto cuerpo. Bien que la deuda de un cierto cuerpo se divida entre los herederos del deudor que sucederán a la especie de bienes de que forman parte, y que aun después de la división, por la cual ese cierto cuerpo ha caído en el lote de uno de ellos, cada uno de sus herederos continúa siendo el deudor por su parte, como acabamos de verlo más arriba; sin embargo, aquel en cuyo lote haya caído, puede ser perseguido por el pago del total, con tal que la sentencia se dé para él y sus coherederos, o por defecto, en contra de ellos, si no le han encargado dicha deuda.

La razón que para ello da Dumoulin es la siguiente: aun cuando la acción que nace de esta deuda, esté dividida contra cada uno de los herederos del deudor, sin embargo, como la ejecución de esta acción debe hacerse por el total en contra de aquel de entre ellos que por la división ha resultado ser el único poseedor, se sigue que puede ser condenado a entregar dicha cosa por el total: *Quia quamvis actio mere sit personalis, tamen executio iudicati in rem scripta est, et divisio non debet impedire sim futuri iudicii, nec executionem in rem et in ejus possessorem, salvo contra haeredes recursu* (Dumoulin, p. 2, nº 84).

Esta decisión tiene lugar cuando es en su cualidad de heredero y por la división de la sucesión que este heredero por parte del deudor, se encuentra poseer por entero la cosa debida. Otra

cosa sería si fuera de por sí que la poseyera: en ese caso no sería deudor de ella, y no se le podría condenar a pagar más que la parte por la que es su heredero. Púedese sacar argumento de la ley 86 (§ 3, D. de leg. 1^o): *Si fundus ab omnibus hæredibus legatus sit, qui unius hæredes esset; is cujus fundus esset, non amplius quam partem suam præstabit, cæteri in reliquas partes tenebuntur.*

Nosotros acabamos de ver que cuando el heredero por parte del deudor de un cierto cuerpo, resultaba, por esta su cualidad de heredero, estar en posesión por el total de esta cosa, podía ser condenado a la prestación del total, con tal que la sentencia fuese dada junto con sus coherederos, conforme lo enseña Dumoulin (*ibid.*, nº 84). Este autor va más lejos (*ibid.*, p. 3, nº 242), pues decide que el heredero puede condenarse, aun sin que sus coherederos se hayan unido en la causa, cuando es evidente que no tenían motivo de defensa alguna. Esto es lo que decide respecto al caso de un vendedor que habiendo vendido una cosa a entregar dentro del mes, y habiendo recibido el precio, muere dentro del término señalado dejando varios herederos; y lo que dice es, que la venta y el pago del precio siendo constantes, aquel de los herederos en quien se da la cosa, debe antes de expirar el término, condenársela a entregarla, sin que se le reciba para poner en causa a sus coherederos.

304. La cuarta modificación se da, cuando la deuda consiste en la simple restitución de una cosa de la que el acreedor es propietario, y de la que el deudor no tiene más que la simple detentación. Aunque la cosa sea divisible y que en consecuencia la deuda lo sea también; sin embargo, aquel de los herederos del deudor respecto de quien se debe la cosa, es responsable, por el total, de esta restitución. Por ejemplo, si se os ha prestado o dado en depósito una biblioteca, bien que esta deuda sea divisible, aquel de vuestros herederos en quien se dé, será responsable de ella por el total, esto es, de la restitución de esta biblioteca: *Hæres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua hæres est convenitur, nisi forte habuit totius rei facultatem restituendæ, nec faciat: tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat* (L. 3, § 3, D. commod.).

La razón está en que este heredero que tiene para con él la cosa entera, teniendo la facultad de devolverla, y no teniendo para esto necesidad de aguardar el consentimiento de sus coherederos, que no tienen derecho alguno sobre de la cosa, y a los cuales no puede ser menos que ventajosa la devolución, por cuanto les descarga de la responsabilidad en que están de que así se haga, la buena fe no permite que rehuse esta restitución, que es lo que insinúa el jurisconsulto en los siguientes términos: *Quia hoc boni judicis*

arbitrio conveniat. Si este heredero no es responsable más que por su parte hereditaria, *ex prima et primitiva obligatione depositi aut commodati, quæ dividua est*, es responsable por el total de esta restitución que está en su poder, *ex obligatione accessoria præstandi bonam fidem*, siendo como es la obligación de la buena fe indivisible: *neque enim bona fides potest præstari pro parte*. Esta es todavía otra de las claves de Dumoulin: *Lex 12 tabularum* —dice— *non dividit obligationes, etiam dividuas, quatenus respiciunt bonam fidem; unde obligatio, etiam dividua, ad officium bonæ fidei obligat in solidum, concurrente præstandi, et quatenus concurrat, et quandocumque hoc contigerit* (Dumoulin, p. 3, nº 112).

305. Una quinta modificación consiste en que aquel de los herederos por cuyo hecho o falta haya perecido la cosa, es responsable del total de la deuda. La razón se saca del principio de Dumoulin, que dice que la obligación principal *rem dividuam dandi* es divisible a la verdad; mas si la obligación accesoria *præstandi bonam fidem et diligentiam*, que se añade, es indivisible, bajo este aspecto cada uno de los herederos es responsable *in solidum: nec enim pro parte diligentia præstari potest*; de donde se sigue que aquel de los herederos que ha faltado, y por cuyo hecho o falta la cosa ha perecido, debe ser responsable del total. Según esos principios, si alguien se ha obligado para conmigo a dejarme disfrutar de una heredad, sea por un arriendo que me haya hecho, sea por la venta que me ha hecho de un derecho de usufructo de la dicha heredad, y que a la vez haya dejado cuatro herederos; si uno de los herederos, sin tener derecho alguno de por sí en esta heredad, me perjudica injustamente en el disfrute del total de esta heredad, será responsable por el total de los daños y perjuicios que me cause, y no tan sólo por la parte de la que él es heredero; pues aunque la obligación principal de hacerme disfrutar es divisible, la obligación accesoria *præstandi bonam fidem*, que obliga a no causar perjuicio alguno, es indivisible, y pasa por consiguiente a cada uno de los herederos por el total; así el heredero que contraviniese debe ser responsable de los daños y perjuicios por el total.

De aquí esta máxima, que un heredero no puede ser, en verdad, perseguido por una deuda divisible, sino en cuanto a la parte de ella de que es heredero, cuando no es perseguido más que por esta sola cualidad de heredero, y por el hecho del difunto; mas puede ser perseguido por el total, cuando es perseguido por su propio hecho: *Multum refert unum hæredem debitoris teneri secundaria obligatione ut hæredem tantum; id est ex facto vel non facto defuncti tantum; an vero ut ipsum, id est ex suo facto proprio vel non facto* (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, nº 5).

306. En relación a los otros herederos que no han concurrido por hecho alguno, ni por falta alguna de su parte, en la pérdida de la cosa debida, estos son exonerados de toda responsabilidad; pues este heredero es responsable de la deuda, ni más ni menos de como lo era el difunto. El difunto sólo hubiera quedado exonerado de la pérdida de la cosa, en el caso de que acaeciera sin culpa suya; el heredero debe, pues, igualmente quedar libre de toda responsabilidad por la pérdida de la cosa ocurrida sin culpa del difunto ni suya propia. El heredero es responsable, claro está, de las faltas del difunto; mas no lo es del hecho de sus coherederos, que es lo que deciden las leyes 9 y 10 (D. *depos.*): *In depositi actione, si ex facto difuncti agatur, adversus unum ex pluribus hæredibus pro parte hæreditaria agere debeo; si vero ex suo delicto pro parte non ago; merito quia æstimatio refertur ad dolum quem in solidum ipse admisit, nec adversus cohæredes qui dolo carent, actio competit.* Pablo decide la misma cosa para el préstamo de uso (L. 17, § 2, *commod.*; Dumoulin, *ibid.*, p. 3, números 439 y 440).

Si uno hubiese estipulado una pena en caso de que la cosa no fuese entregada, en ese caso, bien que ella hubiese perecido por la falta de uno de ellos, y sin el hecho ni la falta de los otros, no por esto dejarán de estar sujetos a la pena, cada uno por su parte; pues la obligación de pagar la suma convenida por la pena, es una segunda obligación que el difunto ha contratado, y que es condicional; y tiene por condición la ejecución de la primera. Los herederos del difunto habiendo cada uno sucedido a esta segunda obligación bajo la misma condición; en cuanto a la parte por la cual son herederos del difunto, son, pues, responsables, cada uno por su parte hereditaria, de pagar esta suma, en el caso de la existencia de la condición, es decir, en el caso en que la primera obligación no sea ejecutada, sea por el hecho o por la falta del difunto, sea por la de uno cualquiera de sus herederos; salvo su recurso contra aquel de sus coherederos por el hecho de quién la cosa ha perecido. Esto es lo que enseña Dumoulin, quien dice que los coherederos de aquel, por el hecho de quien la cosa ha perecido, son responsables en ese caso de la pena: *Non immediate ex facto et culpa dolosi, sed ejus occasione et tanquam ex eventu conditionis, ex obligatione difuncti quæ in eos sub conditione descendit* (Dumoulin, *ibid.*, nº 440).

Es de ese caso que entiende hablar Pablo en la ley 44 (§ 5, D. *fam. erc.*) cuando dice: *Si reliqui propter factum unius teneri cæperint, tanquam conditio stipulationis hæreditarie extiterit, habebunt familiæ erciscundæ judicium cum eo propter quem commissa sit estipulatio.*

Observad que para que la contravención de uno de los coherederos caiga sobre sus coherederos, es necesario que haya una se-

gunda convención expresa, por la cual el difunto se haya obligado al pago de una cierta pena, en caso de inejecución de la obligación principal, o por la cual se haya obligado a daños y perjuicios en caso de contravención por él o *por sus herederos*. Mas no basta por eso que se diga al final del acta, que todas las partes se han obligado a todo el contenido del acta, a cargo de todos los gastos, daños y perjuicios; pues esta cláusula no contiene una segunda obligación: *Hæc clausula nihil novi addit, cum su ex stylo communi ad confirmandum tantum, secundum materiam subjectam, et ejus limites* (Dumoulin, *ibid.*, nº 442).

Tal vez se pondrá contra la distinción de Dumoulin que en todas las convenciones que contienen una obligación principal, se debe siempre sobrentender una segunda convención tácita accesoria de la primera, por la cual el deudor se compromete a daños y perjuicios, en caso de contravención por su parte o por la de sus herederos en la obligación principal; que esta segunda convención tácita debe tener el mismo efecto que si fuera expresada. La respuesta está en que es falso que se deba suponer esta segunda convención cuando no es manifiesta. Si el deudor que contraviene a su obligación principal es responsable de daños y perjuicios de resultas de su contravención, no es en virtud de segunda convención alguna que se deba suponer, por lo que vendrá obligado al pago de daños y perjuicios, sino únicamente por cuanto esta obligación de daños y perjuicios está contenida en la obligación principal y que esta obligación principal, *ex propria natura*, se convierte contra el contraventor en una obligación de daños y perjuicios. Mas en ese caso, cuando es uno de los herederos del deudor quien contraviene, no son responsables de daños ni perjuicios de ninguna clase; pues esos herederos son a la verdad responsables de los hechos del difunto que representan, y de su propio hecho; pero no lo son de los hechos de su coheredero, como ya hemos observado más arriba.

307. Cuando la cosa ha perecido por el hecho o el dolo de varios de entre los herederos, cada uno de ellos es responsable solidariamente: *Nec enim* —dice Dumoulin—, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet consortem*.

Si, empero, esos herederos hubieran, cada uno por un hecho particular, perdido o extraviado diferentes partes de la cosa debida, cada uno de ellos no sería responsable más que de la pérdida o extravío de la parte que han extraviado o perdido; pues en ese caso: *unusquisque non in solidum, sed in parte duntaxat dolum amisit*. Que es lo que decide Marcelo en la ley 22 (D. *deposit.*): *Si duo hæredes rem apud defunctum depositam dolo intervenerint, quodam casu in partes duntaxat tenebuntur: nam si dividerunt decem millia, quæ apud defunctum fuerant, et quina millia singuli*

abstulerint, et uterque solvendo est, in partes adstricti erunt; quod si quæ species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterunt; nam certe verum est in solidum quemque dolo fecisse.

Observad por lo que se refiere a la primera especie de la ley 22, que se dice: *si uterque solvendo est*; pues si uno de los dos herederos fuera insolvente, aquel de los dos que hubiese sido solvente, caería en falta, no sólo por relación a su mitad, sí que también en relación a la otra mitad, por cuanto no debía dividir con un insolvente la suma que el difunto había dejado en depósito. Si la obligación de restituir una cantidad fuera una obligación divisible, la obligación accesoria de guardarla y de conservarla de buena fe, sería una obligación indivisible, de la que cada uno de ellos sería responsable por el total, y a la cual el heredero solvente habría contravenido, no solamente por lo que hace a la mitad que él debía pagar, si que también por relación a la otra que ha dejado a merced de su coheredero insolvente.

308. Una sexta excepción es la de que aun cuando una obligación es divisible, uno de los herederos del deudor puede ser responsable por el total, sea por una convención, sea por el testamento del difunto que le hubiese encargado de ella, o por oficio del juez encargado de la división de los bienes de la sucesión. En todos esos casos, uno de los herederos es responsable de la deuda por el total, sin que los otros herederos cesen de serlo con él, cada uno por su parte.

309. De todas esas modificaciones resulta, que *aliud est unum ex pluribus sive principalibus sive hæredibus teneri in solidum, aliud obligationem esse individuum*. Es la tercera de las claves de Dumoulin (*ibid.*, p. 3, nº 112).

310. Fuera de este caso, cada heredero o deudor no es responsable de las deudas divisibles, más que por la parte de que es heredero; y ni siquiera es responsable subsidiariamente del resto, caso de insolvencia de sus coherederos. La ley 2 (*Cod. de hæred. act.*) que decide que cada heredero no es responsable de las deudas del difunto, más que por su parte, no distingue en poco ni en mucho si todos los herederos son solventes o no. Esto se deriva de la misma idea de la cualidad del heredero. Un heredero es aquel que sucede en los derechos activos y pasivos, es decir, en las deudas y obligaciones del difunto. Aquel que no es heredero más que por parte, no hereda más que dicha parte; no es responsable más que por esta parte; la insolvencia de los coherederos sobreviene, mas no por esto se le hace sucesor por el total en los derechos del

difunto; él no pasa de serlo por su parte, y, por consiguiente, sólo por su parte ha de ser y es responsable.

Se opone que las deudas, siendo una carga de los bienes, deben saldarse por el total sobre los bienes que retiene este heredero en parte. La respuesta es esta: que la universalidad total de los bienes es la que está obligada del total de las deudas; y que por lo tanto las porciones de esta universalidad no están gravadas más que de una parte proporcional de las deudas. Se insiste, diciendo: Si el deudor hubiese disipado la mitad de sus bienes, la otra mitad que le quedaría, quedaría gravada con el total de las deudas; pues cuando uno de los herederos del deudor ha disipado la mitad, la otra mitad que pertenece al otro heredero debe igualmente quedar obligada del total de las deudas. Niego la consecuencia. Cuando el deudor ha disipado la mitad de sus bienes, lo que le resta es el total de los bienes de la persona obligada por el total de la deuda, y, por consiguiente, el total de las deudas es una carga para lo que resta de los bienes; mas cuando mi coheredero ha disipado la mitad que le ha tocado, la que yo poseo no es en modo alguno más que la porción de una herencia dividida por mitad, y, por consiguiente, no soy personalmente responsable de la otra mitad; esta porción, pues, sólo debe cargar con la mitad de las deudas. Todavía se insiste, y se dice, que el acreedor no debe sufrir de la multiplicidad de los herederos que su deudor deja: por lo que, la disipación de la mitad de sus bienes, hecha por uno de sus herederos, no debe hacerle perder la mitad de su deuda, puesto que si el deudor o único heredero del deudor hubiese perdido esta mitad de bienes, el acreedor no perdería nada de su deuda. La respuesta es esta, que no es que *ex accidenti* que el acreedor sufra en ese caso de la multiplicidad de los herederos que ha dejado el deudor; y podía evitar el perjuicio embargando los bienes de la sucesión antes de que la división fuera hecha, o bien vigilando la efectividad de su pago.

Esta decisión de que el heredero por parte no es responsable de las deudas más que por los porciones de sus coherederos que son insolventes, aun cuando su proporción sería más que suficiente para saldar el total, habiendo sido deducida de los principios de la razón natural, y de la misma cualidad del heredero, debe tener lugar en el fuero de la conciencia lo mismo que en el fuero exterior (Dumoulin, *ibid.*, p. 2, nº 82).

311. Ese principio de que un heredero no es responsable de la insolvencia de sus coherederos, recibe varias excepciones. La primera, que no sufre dificultad, es cuando, por dolo y por el hecho de un heredero no ha podido hacerse pagar el acreedor de los otros herederos que han resultado insolventes; *puta*, porque este he-

redero se ha hecho pasar por el solo heredero (Dumoulin, *ibid.*, *in fine*, nº 85).

Dumoulin cita como segundo caso de excepción aquel en que un padre dejaría por herederos dos hijos, de los cuales el uno hubiese disipado ya por adelantado lo que hubiese recibido por adelantado de la sucesión, y a quien, en razón de lo que hay que descontarle por su parte, le quedara de la sucesión de su padre mucho menos activo, del que se necesita para pagar las deudas de esta sucesión, de las que él se ha hecho responsable al ser declarado heredero. El otro hijo debe responder en ese caso, a los acreedores de la sucesión, de la parte de las deudas de que es insolvente su hermano, aun cuando los acreedores no hubiesen tenido la precaución de embargar los bienes de la sucesión antes de la división. La razón se funda en que habiendo recogido ese hijo casi todo el activo de los bienes dejados por el difunto, por causa de lo que a su hermano se le ha tenido que descontar por lo que había ya recibido en vida de su padre, es justo que no lo aproveche a expensas de los acreedores de la sucesión, del hecho de que su hermano con mal acierto se haya presentado como heredero; en ese caso hay lugar a presumir una solución entre los dos hermanos, y que es en vista de descargarse de una porción de deudas, y de defraudar los acreedores, que el heredero solvente ha comprometido a su hermano a que se presentase como heredero. *Hoc est injustum* —dice Dumoulin— *nec suspicione collusionis vacat.* (*Ibid.*, nº 93, *in fine.*)

Este autor (nº 92) aduce como tercera excepción el caso en que el acreedor hubiese hecho un préstamo al difunto, que hubiese sido la causa de la fortuna del difunto; en ese caso el heredero solvente siendo en cierto modo deudor al acreedor de que él recoja de la sucesión una herencia opulenta, no debe dejar al acreedor que pierda la parte de su crédito de que es responsable un coheredero insolvente. Esta decisión de Dumoulin tiene sus dificultades. Yo confieso que la gratitud la exige; mas la gratitud sólo forma obligaciones imperfectas, que no obligan en el fuero externo.

§ III. Del segundo efecto de la división de la deuda, que consiste en que puede pagarse por partes

312. Nosotros hemos visto que uno de los efectos de la división de la deuda, sea que fuese del lado del acreedor, sea que viniera del lado del deudor, era el que el pago de la deuda podía hacerse por partes; a saber, por las partes que son debidas a cada uno de los herederos del acreedor, y por aquellas debidas por cada uno de los herederos del deudor. Ese principio tiene también sus excepciones y sus modificaciones: *Non propter individuitatem*

obligationis, sed propter incongruitatem solutionis, dice Dumoulin; es decir, no porque el pago parcial de una obligación divisible no sea siempre, hablando en absoluto, posible; pues, puesto que la cosa debida tiene dos partes, es una consecuencia necesaria el que puede ser pagada por partes; mas si el pago de las obligaciones alguna vez no se debe hacer por partes, es por cuanto el pago parcial no es siempre equitativo: *Aliud quippe individuitas obligationis, aliud incongruitas solutionis*. Esta es la cuarta clave de Dumoulin (*Ibid.*, p. 3, nº 112).

313. El primer caso según el cual el pago parcial de una deuda, bien que divisible, no es válido, es el caso de las deudas alternativas, o de las cosas indeterminadas. Por ejemplo, si aquel que es deudor *de una tal cosa*, o *de una suma de diez mil libras*, deja dos herederos, uno de ellos no será admitido a pagar la mitad de una de las dos cosas hasta tanto que el otro heredero pague también la otra mitad de la misma cosa; pues si uno de los herederos hubiese pagado la mitad, por ejemplo, de la casa, y el otro quisiera pagar la mitad de la cantidad, resultaría para el comprador un verdadero perjuicio, puesto que él ha de recibir en pago una de las dos cosas, y no dos mitades de dos cosas diferentes. Por esta misma razón, aun cuando el acreedor hubiese recibido voluntariamente la mitad de una de las dos cosas, *puta*, la mitad de la cantidad, ese pago no recibiría su perfección, ni aun por esta mitad, hasta tanto que se hubiese pagado la otra mitad; y si el otro le diera la mitad de la casa, habría lugar a la repetición de lo que aquel hubiese pagado en dinero (*infra*, p. 3, nº 525).

Lo mismo resulta cuando se trata de cosas indeterminadas; como, cuando, si el difunto debiera indeterminadamente una fanega de tierra; uno de los acreedores no es recibibile caso de que venga a ofrecer al acreedor la mitad de una cierta fanega de tierra, sino hasta tanto que el otro heredero dé también en pago la mitad de otra fanega; de otro modo resultaría un perjuicio al acreedor a quien se debe una fanega de tierra, más bien que la mitad de dos diferentes fanegas. Esto es lo que resulta de las leyes 85 (§ 4, y L. 2, § 2, D. *de verb. oblig.*; Dumoulin, p. 2, nº 125).

Esta indivisión de pago ha de tener lugar no sólo cuando la deuda ha sido dividida de parte del deudor, sino que también cuando la deuda ha sido igualmente debida por parte del acreedor que ha dejado varios herederos; pues es del interés de esos herederos del acreedor el recibir una sola cosa que les es debida, y que no sea común más que entre ellos, mejor que no porciones de diferentes cosas que tendrían en común con extraños (*Dumoulin, ibid.*, p. 2, nº 130).

Cuando uno de los herederos del deudor queda libre por su

parte de la deuda, sea por la renuncia que de ella haya hecho el acreedor o por cualquier otro modo, nada impide entonces que el otro heredero no pueda pagar una de las dos cosas que debe por mitad a su elección (*dicto libro*, 2, § 3). La razón que impide el pago parcial cesa; pues que yo no puedo temer que el pago se haga en porciones de diferentes cosas.

Observad que en el texto citado, después de las palabras: *si tamen hominem stipulatus, cum uno ex hæredibus ego*, es necesario suplir: *et vitus fuero per injuriam judicis*. (Véase Cujas, *ad. l.*; Dumoulin, *ibid.*, p. 2, nº 188).

Observad también que la indivisión del pago de una deuda alternativa cesa de tener lugar cuando esta deuda, por extinción de una de las dos cosas cesa de ser alternativa y se convierte de una manera determinada en la cosa que queda; en ese caso nada impide que esta cosa no pueda ser pagada por partes, ya sea por los diferentes herederos del deudor, ya sea por los diferentes herederos del acreedor.

314. El segundo caso conforme al cual el pago de una obligación, bien que indivisible es dividida entre varios herederos del deudor, no puede hacerse por partes, es cuando uno se ha convenido al contratar la obligación, o después. Empero, se podría dudar si esta convención es válida, por cuanto la ley 56 (§ 1, *de verb. oblig.*) decide que una persona no puede, al contratar, hacer que uno de sus herederos venga obligado por su deuda por una mayor parte que aquella por la cual él será heredero. *Te et Titium hæredem tuum decem daturum spondes: Titii persona supervacue comprehensa est: sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte, eodem modo quo ceteri cohæredes ejus obligabitur*. Es decir, que él será responsable, no obstante esta cláusula de la estipulación, por la parte únicamente de que él será deudor; y la razón está, en que no siendo heredero del contratante más que por esta parte, y siendo, por consiguiente, extraño, en relación a las otras partes, él no ha podido ser obligado por las otras partes que por la promesa del contratante, según el principio de derecho, que: *Nemo nisi de se promittere potest, non de extraneo*.

A pesar de ello, Dumoulin decide con razón que se puede válidamente convenir que una deuda no podrá saldarse por partes por los diferentes herederos del deudor; y señaló acertadamente que esta convención es muy diferente del ejemplo de la ley antes citada, la cual cae sobre la sustancia misma de la obligación, en lugar de que esta convención no concierne que a la manera de cómo se hará el pago: *Non concernit substantiam obligationis, sed modum; unde quemadmodum potest in præjudicium hæredum de-*

terminari locus et tempus solutioni, ila et modus (Dumoulin, *ibid.*, p. 2, números 30 y 31). Esta convención no impide que uno de los herederos del deudor no sea responsable más que por su parte de la deuda; mas el caso está en que no puede hacer el pago que de la cosa entera, conjuntamente con sus coherederos: de manera que los ofrecimientos que hiciera de dar su parte, serian insuficientes para satisfacer, aun por su parte, a la obligación de que es responsable, si sus coherederos no ofrecian igualmente la suya. (Véase *infra*, nº 316.)

315. Esta convención —que la deuda no podrá ser pagada por partes— impide ciertamente que los herederos del deudor no puedan pagarla por partes; mas no impide que no pueda ser pagada por partes a los diferentes herederos del acreedor.

El deudor no puede de un modo válido pagar a cada uno de ellos por su parte; y si pagara el total a uno de ellos, no por esto quedaría libre respecto a los otros.

Sin embargo, se puede también convenir que uno de los herederos del acreedor podrá exigir el total, y que se podrá pagarle el total; en cuyo caso el pago que se le hace, exime al deudor para con todos los herederos del acreedor, y así aquel a quien se hace el pago es como el delegado propuesto por las partes, o como *adjectus solutionis gratia* (Dumoulin, *ibid.*, nº 33).

316. El tercer caso conforme al cual la deuda, bien que dividida entre los herederos del deudor, no debe en modo alguno saldarse por partes, es cuando, sin que haya convención, resulta de la naturaleza del compromiso o de la cosa que constituye el objeto, o del fin que se han propuesto en el contrato, que el espíritu de los contratantes ha sido el de que las deudas no puedan saldarse por partes. Eso se presume fácilmente cuando la cosa que constituye el objeto de la convención es susceptible, a la verdad, de partes intelectuales, y es, por consiguiente divisible, bien que no pueda ser dividida en partes iguales (Dumoulin, p. 3, nº 223).

Eso se presume aun en relación de las cosas que pueden dividirse en partes reales, cuando no pueden serlo, sin que resulte un perjuicio al acreedor.

Por ejemplo, si yo he comprado o tomado en arriendo una cierta heredad; bien que esta heredad sea susceptible de división, sin embargo, uno de los herederos de aquel que me la ha vendido o dado en arriendo no sería recibido si viniera a ofrecerme su parte indivisible o dividida de esta heredad, para satisfacer la obligación que tiene para conmigo, si sus coherederos no estaban a su lado y dispuestos a satisfacer las suyas, por cuanto la división de esta heredad me causaría perjuicio; yo no la he comprado o

tomado en arriendo más que para tenerla en total, o para disfru-
tarla en total, pues no había tomado en arriendo o comprado más
que una parte.

El fin que los contratantes se han propuesto, puede también
impedir el pago parcial, aun de las deudas por una cantidad de
dinero. Por ejemplo, si por una transacción vos os habéis obligado
a pagarme una suma de mil escudos, con declaración que es por
sacarme de la cárcel, donde yo he estado detenido por la dicha
suma por un acreedor, y que poco después habéis muerto dejando
cuatro herederos; uno de esos herederos no sería recibido si vi-
niera a ofrecirme por separado el cuarto de dicha suma, que no
puede procurar la libertad de mi persona, que es la que ha sido
del contrato, y que yo no podría conservar de un modo seguro
en la cárcel, aguardando el pago del resto (Dumoulin, p. 2. nº 40).

317. En todos los casos hasta aquí citados, según los cuales
una obligación, bien que en sí misma sea divisible, no puede, sin
embargo, satisfacerse por partes, el acreedor no puede, a la ver-
dad, penar a los herederos de su deuda en demora, más que diri-
giendo la demanda contra todos; la demanda que haría a uno de
ellos de pagarle el total, no sería válida, y no le pondría en de-
mora, puesto que la obligación, siendo divisible, no debe el total;
pero aunque uno de los herederos no sea deudor más que de la
parte por la cual es heredero, y no pueda ser perseguido por el
total, sin embargo, la división de pago impide que no pueda ofre-
cer de un modo válido la parte de que es deudor, si el resto no es
ofrecido al mismo tiempo por sus coherederos. Es por esto que ta-
les ofrecimientos parciales no solamente no ponen al acreedor en
demora de recibir, y no detienen la marcha de los intereses, si la
deuda es de aquellas que los produzcan; mas si el heredero que
ha hecho estos ofrecimientos hubiese estado antes puesto en de-
mora por una demanda contra todos los herederos, sus imperfec-
tos ofrecimientos no purgarían su demora, ni impedirían que no
estuviera sujeto, enfrente del acreedor, a todas las penas que re-
sultan de la demora; salvo recurso contra sus coherederos (Du-
moulin, *ibid.*, p. 2, nº 243).

Observad que una renta constituida que no tiene hipoteca, se
divide entre los herederos del deudor como las otras deudas; cada
uno de los herederos no está obligado a continuarla y a pagar las
rentas más que en cuanto a la parte de que es heredero; empero,
la facultad de rescate bajo la que ha sido constituida, no se divide
tampoco. Nosotros hemos tratado esta materia en nuestro *Tra-
tado del contrato de constitución de renta* (cap. VII, part. 2, art. 2º;
véase Dumoulin, *Tract. de div. et ind.*, part. 2, números 207 y 209
y part. 3, nº 23 y siguientes).

§ IV. Del caso en que la división de la deuda se hace lo mismo por parte del acreedor, que por la del deudor

318. Cuando la deuda ha sufrido división, tanto de la parte del acreedor como por la del deudor; *puta*, si el acreedor ha dejado cuatro herederos, y que el difunto haya dejado igualmente otros tantos, cada uno de los herederos del deudor, quien por la división ocurrida por parte del deudor, no es responsable más que del cuarto, puede pagar de un modo dividido, y por consiguiente, por el cuarto de que tan sólo es deudor, el cuarto que es debido a cada uno de los herederos del acreedor; es decir, que pagará a cada uno de ellos el cuarto del cuarto que es una dieciseisava parte del total.

§ V. Si la reunión de las porciones, sea de los herederos del acreedor, sea de los herederos del deudor, en una sola persona, hace cesar la facultad de pagar la deuda por partes

319. La decisión de esta cuestión depende del siguiente principio. La división de la deuda, que se hace por la muerte del acreedor o del deudor, que deja varios herederos, no hace de una deuda varias deudas; sino que asigna solamente a cada uno de los herederos, ya sea del acreedor, ya sea del deudor, porciones de esta deuda, que no las tenía antes, pero que era susceptible de tenerlas. Es en eso sólo que consiste esta división; nunca existe más de una deuda, *unum debitum*; la ley 9, D. *de pactis* lo dice en términos formales. Efectivamente, los diferentes herederos del acreedor no son acreedores más que de la deuda que ha sido contratada para con el difunto; los diferentes herederos del deudor no son deudores que de aquella que ha sido contratada por el difunto. No hay, pues, siempre más que una deuda; mas (y es en esto que consiste la división) esta deuda, que era indivisible y no contenía porción alguna, tanto que no había más que una persona que fuera la deudora, y una sola que fuera la acreedora, se encuentra tener ahora partes, y ser debida por partes, sea a cada uno de los herederos del acreedor, sea por cada uno de los herederos del deudor.

De ese principio nace la decisión de la cuestión. Las porciones de la deuda en que consta la división de esta deuda, siendo producidas por la multiplicidad de las personas a quienes la deuda es debida, cuando el deudor ha dejado varios herederos, o por la multiplicidad de las personas a quienes es debida la deuda, cuando el deudor ha dejado varias, se sigue de aquí que cuando esta multiplicidad de personas cesa, cesa de haber partes en la deuda: *ces-*

sante causa cessat effectus; y por consiguiente, la división de la deuda cesa, si no puede ser pagada por partes.

Si, pues, un deudor o un acreedor ha dejado varios herederos, y que el cohabitante de los herederos haya sido el mismo solo deudor de todos los precedentes, la deuda cesaba de poder ser pagada por porciones, por cuanto, no encontrándose más que un solo acreedor y un solo deudor de la deuda, no hay ya partes en la deuda.

En vano se dice que el deudor habiendo una vez adquirido el derecho de pagar por partes, cuando el acreedor ha dejado varios herederos, no puede ya perderlo; que la obligación en que cada uno de los herederos del acreedor estaba de recibir su porción separadamente, debe pasar al que sobrevivía que ha sucedido a todas las obligaciones de los precedentes. Eso sería cierto si esta facultad de pagar por partes fuera intrínseca a la obligación y no fuera, por lo contrario, únicamente dependiente de la circunstancia extrínseca de la multiplicidad de las personas a quien o por quien la deuda es debida, de modo que cesando esta circunstancia, su efecto debe cesar. (Véase Dumoulin, *ibid.*, p. 2, nº 18 y siguientes.)

Esta decisión no tiene lugar cuando el último superviviente de varios herederos del deudor ha recogido, a la verdad, la herencia de los precedentes, mas bajo beneficio de inventario; pues ese beneficio impidiendo la confusión de los patrimonios de las sucesiones y de aquel del heredero beneficiario, impide también la reunión de las porciones de la deuda. El sobreviviente debe esparadamente y aisladamente la porción de la deuda de que es de por sí responsable, y aquella de que es responsable como heredero beneficiario de los precedentes, puesto que es responsable de la una sobre sus propios bienes, y que de las otras no lo es más que sobre de los bienes de las sucesiones de los precedentes que ahora beneficia. Ahora bien, siendo responsable de las diferentes porciones de la deuda por aislado y separado, es una consecuencia natural la de que tenga derecho para saldarlas por separado; esta es la opinión de Dumoulin (*ibid.*, p. 2, nº 22).

320. La reunión de las porciones de los deudores del acreedor en una sola persona hace cesar la facultad de pagar por porciones, hágase dicha reunión de la manera que se quiera, no solamente cuando uno de esos herederos ha devenido heredero de todos los otros, sino también cuando la ha adquirido por cesión de los derechos de los otros.

Quid, ¿si no hubiera cesión? ¿Cuándo uno de los herederos no tuviera más que la procuración de todos los otros coherederos para exigir la deuda, o bien se hubiese dado a un tercero la procuración de todos, podría rehusar el pago de una porción? Parece

que no lo podría; pues en este caso no hay remisión; hay efectivamente varias personas a quienes la deuda es debida por la parte de cada uno de ellos, y por consiguiente, parece que la deuda podría pagarse por porciones. No obstante esta razón, Dumoulin (p. 2, nº 25) decide que ese procurador de todos los herederos puede rehusar el recibo del pago de la deuda si se le hace por partes. He aquí la razón. De la misma manera que cuando la deuda se divide entre los herederos del deudor, esta división se hace por interés de esos deudores, a fin de que no sean responsables cada uno de ellos, de la deuda, más que por la parte de que son herederos, pudiendo exonerarse de la misma, pagando su parte; de la misma manera cuando la deuda se divide entre los herederos del acreedor, a fin de que cada uno de ellos no tenga necesidad de esperar a sus coherederos para exigir y recibir su porción. Los coherederos del acreedor pueden, pues, no usar del derecho que opera esta división de la deuda, que no es más que en su favor, según esta máxima de derecho: *Unocuique liberum est juri in favorem suum introducto renuntiare*; y por consiguiente, aquel que tiene la representación de todos los herederos puede rehusar el recibir la deuda por partes.

321. Todo lo que nosotros hemos dicho al presente tiene lugar cuando las porciones de varios herederos de un sólo acreedor o de un sólo deudor se reúnen en una misma persona. Es necesario decidir de otra manera, cuando una deuda ha sido ante todo contratada para con dos acreedores o por dos deudores, sin solidaridad, y cada uno por su porción. En ese caso hay verdaderamente dos deudas distintas y separadas; y no cesan de serlo, aunque uno de los acreedores, o uno de los dos deudores, haya heredado al otro; y es por esto que el poder de pagarlas separadamente subsiste siempre (Dumoulin, *ibid.*, nº 29).

§ VI. Diferencia entre la deuda de varios cuerpos determinados, y la de varias cosas indeterminadas, tocante a la manera de su división

322. Cuando la deuda es de varios cuerpos ciertos y determinados, *puta*, de una tal fanega de tierra y de tal otra, y que la deuda se divide, *puta*, por la muerte del acreedor, que ha dejado dos herederos, la división se hace *in partes singularum rerum*. El deudor no debe una de las dos fanegas a uno de los dos herederos, y la otra fanega al otro deudor; sino que debe a cada uno de los herederos la mitad de una y otra fanega, dejando a sus herederos el cuidado de dividírselas entre ellos.

Otra cosa sucede cuando la deuda es de dos cosas indeterminadas; *puta*, si en el ejemplo propuesto un deudor hubiese debido,

no una tal fanega, sino dos fanegas indeterminadamente. En ese caso debería a cada uno de los herederos del acreedor una fanega, y no la mitad de dos fanegas; la división no se hace *in partes singularum rerum*, sino numericamente: *Numero dividitur obligatio*. Esta es la decisión de las leyes 54 (D. de verb. oblig., y 29, D. de solut.).

ARTÍCULO III

DE LA NATURALEZA Y DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

§ I. Principios generales sobre la naturaleza de las obligaciones indivisibles

323. Siendo la obligación indivisible la obligación de una cosa o de un hecho que no es susceptible ni de partes reales, ni de partes intelectuales, es una consecuencia necesaria que, cuando dos o varias personas han contratado una deuda de esta especie, bien que ellas no la hayan contratado solidariamente *tanquam correi debendi*, sin embargo, cada uno de los obligados es deudor del total de la cosa o del hecho que hace el objeto de la obligación; pues no puede ser deudor solamente por una parte, puesto que se supone que esta cosa o este hecho no es susceptible de partes.

Por la misma razón, cuando la persona que ha contratado una tal deuda, deja varios herederos, cada uno de los herederos es deudor del total de la cosa, no pudiendo ser deudor por parte de lo que no es susceptible de ellas: *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida a singulis hæredibus debentur* (L. 192, D., de reg. jur.).

Igualmente, cuando el acreedor de una deuda ha dejado varios herederos, la cosa es debida por el total a cada uno de los herederos; no pudiendo serlo por partes, puesto que no es susceptible de ellas.

324. En eso la indivisibilidad de la obligación conviene con la solidaridad; pero difiere principalmente de la misma en cuanto que, en la indivisibilidad de la obligación, lo que hace que cada uno de los deudores sea deudor del total, viene de la cualidad de la cosa debida que no es susceptible de partes; esta indivisibilidad es una cualidad real de la obligación, que pasa con esta cualidad a los herederos, y que hace que cada uno de los herederos del deudor sea deudor por el total. Por lo contrario, la solidaridad viniendo del hecho de las personas que se han obligado cada una por el total, esta solidaridad es una cualidad personal que no impide que esta obligación solidaria no se divida entre los herederos de cada

uno de los deudores solidarios que la han contratado, y entre los herederos del acreedor para con quien ha sido contratada; que es lo que explica perfectamente Dumoulin con su energía ordinaria: *In corrcis credendi vel debendi qualitas distributiva seu multiplicativa solidi, personalis est, et non transit in hærede nec ad hæredes, inter quos active vel pasive dividitur; sed qualitas solidi in individuís realis est; quia non personis ut illa corrcorum, sed obligationi ipsi et rei debitæ adhæret, et transit ad hæredes, et in singulorum hæredes singulos in solidum* (Dumoulin, *ibid.*, part. 2, nº 222).

325. De aquí nace otra diferencia entre la indivisibilidad y la solidaridad. No procediendo esta de la cualidad de la cosa debida, sino del hecho personal de los codeudores que han contratado cada uno toda la obligación, no solamente esos codeudores son deudores de la cosa por el total, sino que también son deudores *totaliter*. Bien que la obligación primitiva que ellos han contratado solidariamente venga a convertirse, por su inexecución, en una obligación secundaria, ellos son responsables solidariamente de esta obligación secundaria, tanto como lo eran de la primitiva. Por ejemplo, si dos empresarios se han obligado para conmigo solidariamente a construirme una casa en cierto tiempo; en caso de inexecución de esta obligación primitiva, serán responsables cada uno solidariamente de los daños y perjuicios, en que queda convertida la obligación primitiva.

Por lo contrario, cuando la obligación no es solidaria, sino indivisible, como cuando varias personas se han obligado sin solidaridad a alguna cosa indivisible; en ese caso no procediendo la indivisibilidad más que de la cualidad de la cosa debida que no es susceptible de partes, los deudores de una tal obligación son, a la verdad, cada uno deudores del total, no pudiendo ser deudores de las partes de una cosa que no es susceptible de partes: *singuli solidum debent*; mas no habiéndose obligado solidariamente, *non debent totaliter*. *Aliud est* —dice Dumoulin (p. 3, nº 112)— *quem teneri ad*. No siendo deudor por el total que a causa de la cualidad de la cosa debida que no es susceptible de partes, si la obligación primitiva viniere a convertirse en obligación secundaria de una cosa divisible, esos deudores no serían responsables cada uno más que por su parte. Por ejemplo, si dos empresarios, sin solidaridad, se han obligado para conmigo a construirme una casa, bien que cada uno de ellos sea responsable por el total de la obligación primitiva, por cuanto tiene por objeto un hecho que no es susceptible de partes, sin embargo, en caso de inexecución de esta obligación, ellos no serán responsables cada uno más que por su parte de la obligación secundaria de daños y perjuicios en que se ha conver-

tido la obligación primitiva; por cuanto esos daños y perjuicios consisten en una cantidad de dinero que es divisible. De aquí resulta que: *Longe aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuam*. Esta es todavía una de las claves de Dumoulin (*ibid.*).

Es necesario decir la misma cosa por lo que hace a varios herederos de un acreedor de una cosa indivisible. Son acreedores del total: *singulis solidum debetur*, mas no lo son *totaliter* como lo son los acreedores solidarios a quienes llamamos *correi credendi*; y *aliud est pluribus deberi idem in solidum, aliud obligationem esse individuam*. Todo esto va a ponerse *in decursu* en los párrafos siguientes.

326. De ese principio, que *aliud est debere totum, aliud est debere totaliter*, se sigue que una obligación indivisible no deja por esto de sufrir disminución. Por ejemplo, si mi pariente, por su testamento, me ha gravado para con Pedro de un derecho de servidumbre sobre mi heredad; y que no quede de su sucesión una vez pagadas todas las deudas, más que una suma de doscientas libras, y que ese derecho de servidumbre sea del valor de trescientas libras; aunque ese legado y la obligación que del mismo resulta sean indivisibles, el derecho de servidumbre que constituye su objeto es indivisible; empero como yo no soy responsable de esta obligación *totaliter*, sino tan sólo hasta concurrencia de doscientas libras que son las que me quedan de la sucesión, ese legado y esta obligación, bien que indivisibles, sufrirán disminución, y, a la verdad, por relación a la misma cosa que es legada y que no es susceptible de partes, sino por relación a su valor; es por esto que yo deberé al legatario un derecho completo de servidumbre, mas a cargo de que no podrá exijermelo, sino dándome razón de la suma por lo que de más, vale de las doscientas libras de lo que yo soy responsable por el legado (*Arg., l. 76, d. de leg. 2º*).

§ II. Del efecto de la indivisibilidad de la obligación *in dando aut in faciendo*, con relación a los herederos del acreedor

327. Cuando la obligación es indivisible, cada heredero del acreedor siendo acreedor de toda la cosa, resulta que cada uno de los herederos puede presentar la demanda por toda la cosa contra el deudor.

Por ejemplo, si alguien se comprometiera para conmigo a hacerme constituir, para la utilidad de mi heredad un derecho de paso por la suya o por cualquiera otra heredad vecina; siendo ese derecho indivisible, cada uno de mis herederos podrá presentar la demanda por el total contra el deudor (*l. 2, § 2, d. de verb. oblig.*).

Iguualmente si alguien se comprometiera para conmigo a hacerme un cuadro, o a construirme una casa, cada uno de mis herederos puede pedirle que haga el cuadro en entero, o que construya toda la casa.

Mas como cada uno de mis herederos, bien que acreedor de toda la cosa, no es, sin embargo, acreedor *totaliter*; si a consecuencia de la demanda presentada sobre la realización de toda la cosa, que uno de mis herederos hubiese dado contra el deudor, a ese deudor, por no cumplir con su obligación, se le condena a pagar daños y perjuicios, el heredero no podrá exigírselos sino para aquella parte de que él es heredero; pues, aunque acreedor de toda la cosa, no es, sin embargo, acreedor más que como mi heredero, por parte. Si tiene derecho a pedir toda la cosa, es que la cosa no puede ser perdida por partes, no siendo susceptible de ellas; mas convirtiéndose la obligación de esta cosa indivisible por inejecución, en una obligación de daños y perjuicios sólo por la parte de que es heredero (L. 25, § 9, D. *fam. ecrise.*)

En eso son diferentes los herederos del acreedor de una deuda indivisible, de los acreedores solidarios llamados *correi correndi*. Siendo cada uno de esos acreedores no tan sólo de la cosa debida, sino del *totaliter*; si a consecuencia de la demanda del acreedor, el deudor no cumple su obligación, debe ser condenado para con él al total de los daños y perjuicios.

328. De que el heredero por parte de una deuda indivisible, aunque acreedor de toda la cosa, no lo es, empero, *totaliter*, se sigue también que no puede hacer renuncia por entero de la deuda, como podría hacerlo un acreedor solidario (L. 13, § 12, D. *de accept.*).

Es por esto que si el acreedor de una deuda indivisible ha dejado dos herederos, y que uno de ellos hubiese renunciado la deuda en la parte que le concierne, el deudor no quedaría por esto libre respecto del otro. Sin embargo, esta renuncia tendrá efecto. El otro heredero podrá, a la verdad, pedir al deudor la cosa por entero; mas no podrá hacerlo sin ofrecer indemnización por la mitad de la cosa cedida por el otro heredero; pues la cosa debida, aunque indivisible de por sí, tiene, sin embargo, una estimación, la cual es divisible, y a la que se puede recurrir en ese caso; es una modificación que recibe en ese caso la indivisibilidad de la deuda.

No bastaría al deudor ofrecer a aquel que no ha renunciado a su derecho, la mitad del precio de la cosa debida, pues este heredero es acreedor de la cosa misma, y su coheredero, al hacer renuncia de su derecho, no ha podido perjudicar al de su heredero. Esto es lo que enseña Dumoulin (*Tr. de div. et ind.*, p. 3, nº 189) :

Stipulator servitutis reliquit duos hæredes, quorum unus accepto fecit promissori... debet alteri hæredum totam servitutem, sed non totaliter utpote deducenda æstimatione diuidiæ partis... sed cujus est electio? Breviter dico cæditoris, videlicet alterus hæredis, quia cohæres etiam vendendo et pretium recipiendo nocere non potuit, nisi in refusione pretii si hic hæres noluit jus suum vendere; igitur gratis remittendo non potest in plus nocere.

329. La misma cosa debe tener lugar cuando el deudor, habiéndose convertido en heredero por mitad del acreedor, el otro le pida la cosa entera, ofreciendo satisfacerle la otra mitad previa estimación de la misma.

330. Todo lo que hemos dicho de varios herederos de un acreedor de una cosa indivisible, recibe aplicación para con los varios acreedores no solidarios, para con quienes se hubiera contratado una tal deuda.

§ III. Del efecto de las obligaciones indivisibles *in dando aut in faciendo* en relación a los herederos del deudor

331. Cuando la deuda es indivisible, cada uno de los herederos del deudor siendo deudor de la cosa entera, resulta que se puede presentar la petición contra cada uno de los herederos por la cosa entera. Mas como no es deudor *totaliter*, sino que lo es como heredero por parte del deudor, y conjuntamente con sus coherederos, se sigue de aquí que una vez emplazado, se puede pedir un plazo para apelar y poner en causa a sus coherederos, sin que se le pueda condenar aisladamente, como no sea por su culpa, esto es, por no haber puesto a los otros en causa. Dumoulin funda esta decisión en la ley 11 (§ 23, d. de la ley 3^o): *Si in opere civitatis faciendo relictum sit, unumquunque, hæredem in solidi teneri D. Margus et Verus Proculæ rescripserunt: tempus tamen cohæredi Proculæ, quem Procula vocari desideravit, ut secum curaret opus fieri, præstiterunt, intra quod mittat ad opus faciendum postquam solam Proculam voluerunt facere, imputaturam sumptum cohæredi* (Dumoulin, *ibid.*, p. 3, números 90 y 104, y p. 2, n^o 169 y siguientes).

En eso sus coherederos son diferentes de los coobligados solidariamente, llamados *correi debendi*, los cuales deben cada uno *totam rem et totaliter*, y no son recibidos en consecuencia (si no es por gracia que, a la verdad, siempre se concede) a pedir un plazo para meter sus coherederos en causa; sino que están obligados a pagar tan pronto son para ello requeridos, y no pueden pedir otra cosa al acreedor más que la cesión de sus acciones con-

tra sus coobligados, en cuanto le hayan pagado. Dumoulin establece esta diferencia (*ibid.*, p. 3, nº 107).

332. Hay más. Cuando el heredero que es emplazado por el acreedor de una deuda indivisible, no es heredero más que por una pequeña parte, y que haya un heredero por una parte *máyor*, *puta*, si conforme a las costumbres de Anjou, Turena y otras semejantes, el acreedor emplazara un segundón que no es heredero más que por una pequeña parte, el mayor noble siendo el principal heredero, en ese caso el heredero emplazado, no solamente puede pedir plazo para asignar a sus coherederos, sino que puede pedir al mismo acreedor que llame en causa al principal heredero, con ofrecimiento de que por su parte contribuirá a lo que se pide (Dumoulin, *ibid.*, nº 105).

333. Por lo demás, sobre el efecto de la obligación indivisible, *in dando vel in faciendo*, por relación a los herederos del deudor, es necesario distinguir con Dumoulin tres casos: o esta deuda es de tal naturaleza que no puede saldarse más que por el único deudor emplazado por el acreedor; o es de naturaleza de las que no se puede saldar por separado, sin previa citación; o bien es de naturaleza tal, que no se puede saldar más que por todos conjuntamente.

Se puede citar como ejemplo del primer caso la deuda de una servidumbre de vista o de paso que el difunto ha prometido imponer sobre una de sus heredades, que ha caído en suerte a uno de sus herederos. No hay más que este heredero a quien en suerte ha caído dicha heredad al hacer la división de la herencia, que pueda saldar dicha deuda, por cuanto una servidumbre no puede ser impuesta más que por el propietario de la heredad. En este caso será el único que venga condenado a la prestación de dicho derecho de servidumbre y podrá verse obligado a imponérselo por sentencia que ordene que, caso de que no lo haga, la sentencia valdrá por título de constitución de dicha servidumbre (Dumoulin, p. 3, nº 100); salvo el recurso o indemnización que le deban sus coherederos, si cuando se hizo la división de la herencia no le toca la carga de saldar dicha deuda.

334. Se puede citar como ejemplo del segundo caso la deuda de igual servidumbre que el difunto se hubiere obligado a hacer obtener a cualquiera sobre la heredad de un tercero. La cosa que constituye el objeto de esta obligación es una cosa indivisible, que por su naturaleza puede saldarse separadamente por cada uno de los herederos del deudor: pues es posible a cada uno de ellos, por lo menos *natura*, acomodarse con el propietario de la heredad, res-

pecto a la cual el difunto había prometido a su acreedor hacerle obtener un derecho de servidumbre. El acreedor podría, pues, pedir ese derecho de servidumbre por el total a cada uno de los herederos del deudor, puesto que ese derecho siendo indivisible, cada uno de ellos es responsable de la deuda por el total. Mas como este heredero bien que deudor de ese derecho de servidumbre por el total no es, sin embargo, responsable *totaliter* y sí lo es conjuntamente con sus coherederos, puede pedir un plazo para ponerles en causa, a fin de que él y sus herederos conjuntamente hagan que obtenga el acreedor el derecho de servidumbre que se le debe; o bien que, caso de que no lo obtenga, sean todos condenados al pago de daños y perjuicios del acreedor; y una vez todos condenados, no serán responsables más que por sus partes, por cuanto esta obligación de daños y perjuicios es divisible.

Si descuida llamar a sus colaboradores, y queda solo en causa, será condenado sólo a hacer que el acreedor obtenga el derecho de servidumbre ofrecido por el difunto; y caso de que no sea posible, se le condenará a él sólo al pago de daños y perjuicios, salvo el recurso que le queda contra sus coherederos; en ese caso él es responsable *quasi ex facto proprio*, por haberse encargado solo de la causa, *et non tantum quasi hæres*.

Observad que esta condena en daño y perjuicios debe tener lugar, aun cuando los herederos de aquel que ha prometido esta servidumbre estuvieran dispuestos a comprarla del propietario de la heredad de la que el difunto había prometido la servidumbre, y que ese propietario no quisiera concederla a ningún precio; pues como hemos visto en otro lugar, basta que lo que se ha ofrecido sea posible, aunque no esté en poder del difunto que la ha prometido y de sus herederos, para que la obligación sea válida, y dé lugar por su inexecución a daños y perjuicios: aquel que ha contratado la obligación debe imputarse el haberse hecho fuerte, temerariamente, de ese tercero.

Un segundo ejemplo tenemos en el caso de la obligación que yo hubiese contratado para con alguien de hacerle construir una casa en su terreno. Esta obligación es indivisible; el acreedor puede concluir contra cada uno de mis herederos, a que sean condenados a construir el edificio por entero. Mas como cada heredero, aunque deudor de toda la construcción del edificio, no lo es menos como deudor solidario, cada uno de ellos tiene derecho de requerir que sus coherederos sean puestos en causa; y estando todos en causa, sin descuidar el llenar la obligación, suya es la culpa, y por lo tanto vendrán condenados al pago de daños y perjuicios cada uno por su parte hereditaria.

Por lo demás, aquellos que estaban prontos a concurrir, no serán por esto también menos condenados a pagar daños y perjui-

rios de lo que lo serán aquellos que rehusen hacerlo, salvo recurso contra ellos; por cuanto cada uno de ellos está obligado a construir el edificio entero, y que es una cosa que cada uno de ellos puede hacer separadamente.

Si uno de los herederos emplazado para que proceda a la construcción entera del edificio, no hiciera poner en causa a sus coherederos, podríasele condenar al pago de daños y perjuicios por el total, en caso de inejecución de la obligación; pues es por su culpa si él no ha puesto en causa a sus coherederos.

335. Falta hablar del tercer caso, conforme al cual la deuda indivisible no puede saldarse sino conjuntamente por todos los obligados. Como ejemplo, se puede citar el caso en que alguien, por una transacción, se hubiese obligado para con vos a constituir sobre su heredad un derecho de paso para ir a la vuestra, por aquella parte de su heredad que él indicaría. Si este hombre antes de haber cumplido esta obligación, muere, y deja varios herederos entre los cuales esta heredad es común, la obligación de imponer el derecho de pasaje al cual ellos suceden, es una obligación indivisible, que no puede saldarse que conjuntamente por todos los dichos herederos; por cuanto un derecho de servidumbre no pudiendo imponerse en una heredad más que por todos aquellos que son de ella propietarios (L. 2, D. *de serv.*; L. 18, D. *comm. præd.*).

En el caso de esta especie de obligación, si uno de los herederos declara que él está pronto en cuanto esté en su poder, a llenar la obligación, y que sólo depende del otro heredero el que pueda cumplirse, sólo él que rehuse es quien debe ser condenado a daños y perjuicios por resultado de la inejecución, pues aquel que ofrece no está en demora y no debe ser condenado (Dumoulin, *ibid.*, p. 3ª, nº 95).

Si hubiera habido estipulada una pena en caso de inejecución de la obligación, el coobligado o el coheredero que no hubiese estado en demora, no dejaría por esto de estar sujeto por su parte a la pena, por demora del otro: *non immediate, sed ejus occasione et tanquam ex conditionis eventu*, de la misma manera que en las obligaciones divisibles, salvo su recurso contra su coobligado.

336. Observad que la ley 25 (§ 19, D. *fam. etc.*) no contiene nada contrario a todas las distinciones que nosotros hemos hecho hasta el presente; pues, como lo nota Dumoulin (*ibid.*, p. 3, nº 99), ese texto no supone que el heredero por parte del deudor de una cosa indivisible esté siempre e indistintamente obligado a pagar la estimación por el total, en caso de inejecución; sino que decide solamente que en el caso en que fuera responsable, *puta*, cuando se ha dejado condenar sin llamar sus coherederos que eran tan res-

ponsables como él, tiene contra ellos la acción *familiæ erciscundæ*, para hacerse dar satisfacción en el momento de la división.

§ IV. Del efecto de las obligaciones individuales *in non faciendo*

337. Cuando alguien se ha obligado para con otro a no hacer alguna cosa, si lo que él se ha obligado a no hacer, es una cosa indivisible, *puta*, si se ha obligado para con su vecino a no impedirle el paso por sus heredades, la contravención hecha por uno sólo de sus herederos da lugar a la acción del acreedor contra todos los herederos, para que se le hagan prohibiciones, y sean condenados a daños y perjuicios; con esta diferencia, que aquel que ha hecho la contravención debe ser condenado por el total, *quia non tenentur tantum tanquam hæeres, sed tanquam ipse et ex facto proprio*, y que los otros herederos deben ser condenados solamente en cuanto a la parte por la cual son ellos herederos, y salvo su recurso contra aquel que ha hecho la contravención, para ser obligado a pagar en descargo suyo, o a indemnizarlos, si se han visto obligados a pagar. No son responsables solidariamente como aquel que ha contravenido, sino tan sólo por su parte: *quia tenentur hæredes*. Es en ese sentido que Dumoulin enseña que ha de entenderse la ley 2 (§ 5, D. de verb. oblig.): *Si stipulatus fuero per te non fieri, neque per hæredum tuum, quominus mihi ire agere liceat, et unus ex pluribus hæredibus prohibuerit, tenentur et cohæredes ejus, sed familiæ erciscundæ repetent ab eo præstiterint* (Dumoulin, *ibid.*, p. 3^o, n^o 168 y siguientes).

Por lo demás, frente del acreedor, aquellos que no han contravenido son responsables por su parte de la contravención de su coheredero; y en eso las obligaciones *in non faciendo* difieren de las obligaciones *in faciendo*; pues cuando la obligación consiste en hacer alguna cosa indivisible, que no puede hacerse separadamente por cada uno de los dos herederos del deudor, sino que debe ser hecha por entrambos a la vez, y que uno de ellos se presente para hacerlo, mientras que el otro rehusa concurrir, nosotros hemos visto más arriba (n^o 335) que, en opinión de Dumoulin, el acreedor no tenía acción contra aquel que no se había puesto en demora, sino contra aquel que había rehusado.

La razón de esta diferencia está en que es la demora del deudor la que da lugar a la acción en las obligaciones *in faciendo*; de donde se sigue que no pueden tener lugar contra aquel que está dipuesto, *quandum in se est*, a llenar las obligaciones, y que, por consiguiente, no está en demora. Por lo contrario, en las obligaciones *in non faciendo*, es el hecho mismo de que habian prometido abstenerse él y sus herederos, el que da lugar a la acción del acreedor; y es por esto que basta que uno de los herederos del

deudor haya hecho eso, para que haya lugar a la acción contra todos. Se debe suponer que tal ha sido la intención de los contratantes, por cuanto de otra manera aquel, para quien el deudor se ha obligado a no hacer alguna cosa, no tendría sus seguridades, y sucedería a menudo cuando se habría hecho precisamente lo que se habría estipulado que no se haría, que no podría obrar contra persona alguna, falto de saber quién lo hubiera hecho, no siendo a menudo fácil, cuando una cosa es hecha, saber por quien ha sido hecha; en lugar de que en las obligaciones que consisten en hacer alguna cosa, no se puede ignorar aquel que está en demora de hacerla, por la interpelación que se le hace.

Dumoulin (part. 1, nº 27) da a los herederos que no han contravenido, la excepción de discusión, por la que pueden obligar al acreedor a discutir previamente a sus riesgos quien es el que ha contravenido.