

SECCION VI.--De las obligaciones divisibles é indivisibles.

§ I.--NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. Principios.

366. Dumoulin, el oráculo del derecho consuetudinario, escribió una monografía sobre la indivisibilidad, cuyo título *Estricatio labyrinthi dividui et individui* es algo pretencioso. ¿Por qué se considera como laberinto la materia de las obligaciones indivisibles, cuando es conveniente buscar la clave? Hay en el Digesto, textos oscuros ó contradictorios que se trata de conciliar para deducir reglas ciertas. Dumoulin creyó haberlo conseguido; pero su confianza, según Durantón, es demasiada. Poco nos importan, en el día, los textos romanos, eso pertenece á la historia. Habríamos preferido que el jurisconsulto consultara su

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 32, nota 41, pfo. 293 *ter.* *Riom*, 18 de Agosto de 1840 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,439). En sentido contrario, Rodiere, pág. 97, núm. 131. Larombière, t. II, página 694, núm. 3 del art. 1,216 (Ed. B. t. 11, pág. 78).

deudores pueden tener un recurso contra el acreedor, desde que ellos deben tenerlo contra el deudor descargado. (1)

364. Los principios que rigen el recurso, reciben excepción cuando el negocio por el que se ha contraído la deuda solidariamente, se refiere sólo á uno de los coobligados solidarios. Este, según el art. 1,216, estará obligado por toda la deuda respecto de los otros codeudores, que sólo serán considerados, respecto de él, como sus fiadores. Esto sucede todos los días en las empresas de trabajos públicos. El Gobierno exige dos fiadores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del empresario y los de los derechos que tendrá que ejercer contra él; estos fiadores deben obligarse solidariamente; el Estado tiene, pues, tres deudores solidarios contra los cuales tiene todos los derechos que resultan de la solidaridad. (2) Poco importa que dos de estos deudores no sean más que fiadores del tercero; esto requiere las relaciones de los codeudores entre sí. El codeudor fiador podrá, por tanto, estar obligado á pagar toda la deuda y tendrá, en este caso, un recurso por el total contra el empresario, que es el verdadero deudor. Y si el empresario paga toda la deuda, no hay que decir que ningún recurso tendrá contra sus fiadores. (3)

365. La asimilación errónea que se hace entre los deudores solidarios y los fiadores, ha dado lugar á una cuestión controvertida. En los casos previstos por el art. 2,032, el fiador, aun antes de haber pagado, puede obrar contra el deudor, á fin de ser indemnizado. Se pregunta si por analogía, puede uno de los deudores solidarios después de vencida la deuda pero antes de ser pagada, obrar contra los

1 Exposición de Motivos, núm. 95 (Loché, t. VI, pág. 164). Colmet de Santerre, t. V, pág. 251, núm. 150 bis, I. Demolombe, t. 26, pág. 375, núms. 437-441.

2 Casación, 19 Prairial, año VII, (Dalloz, palabra *Fianza*, número 203, I).

3 Durantón, t. XI, pág. 292, núm. 241 y todos los autores.

penetrante ingenio, y no se complicase en el dédalo de las autoridades. Todo su trabajo fué inútil, en el sentido que la teoría que creyó ser la de los juriconsultos romanos, no es nada romana, y, sin embargo, ha sido aceptada por Pothier, que no está menos impaciente que Dumoulin por encontrar si las pretendidas reglas atribuidas al derecho romano están fundadas en razón. Lo mismo han hecho los autores del Código Civil, limitándose á formular en artículos las enseñanzas de Pothier. Vivamente se ha criticado la doctrina consagrada por el Código. Dice Toullier que la teoría de Dumoulin reproducida por el legislador francés, es obscura é ininteligible; el autor francés confiesa con un loable candor que no ha llegado á concebir una idea clara y precisa de las obligaciones indivisibles y de su naturaleza. (1) Los editores de Zachariæ dicen que estos reproches son exagerados. No tomaremos parte en este debate: nuestro trabajo consiste en hacer una explicación del Código, y sólo buscaremos los principios positivos de nuestro derecho, sin abandonar la razón de las leyes y sin someterlas tampoco, á una crítica que acabaría por formar un nuevo Código. Cuando invocamos la tradición, es para aclarar la legislación actual, y lo mismo haremos para las obligaciones indivisibles. Pothier será nuestro guía, puesto que es el legislador. Mas será conveniente tener en cuenta las innovaciones que los autores del Código han hecho á la doctrina de Pothier, en materia de indivisibilidad y sobre todo, en la teoría general de las obligaciones.

Núm. 2. Definición

367. El art. 1,220 dice: “La obligación que es susceptible de división, debe ser ejecutada entre el acreedor y el deudor como si fuera indivisible. La divisibilidad no tie-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 457, núm. 749 y pág. 481, núm. 782.

ne aplicación más que con respecto á sus herederos." Esta es la aplicación de un principio elemental en materia de pago. "El deudor, dice el art. 1,244, no puede obligar al acreedor á recibir en parte el pago de una deuda, aunque sea divisible." El deudor debe pagar lo que se obligó á entregar, pues no es divisible la cosa entera que se prometió pagar. Esto supone que hay un acreedor y un deudor; mas si hay varios deudores ó varios acreedores la deuda ó el crédito podrán dividirse según el número de acreedores ó deudores, la ley lo dice (art. 1,200). Cuando el deudor ó el acreedor mueren dejando varios herederos, cada uno es, en este caso, deudor ó acreedor en la parte de su derecho hereditario, suponiendo que la obligación sea divisible. Si esta es indivisible, cada uno de los herederos del deudor estará obligado por toda la deuda, y cada uno de los herederos del acreedor podría exigir el total de la obligación (arts. 1,222 y 1,224). Lo que el Código dice del caso en que el deudor y el acreedor dejen muchos herederos, recibe también su aplicación en el caso en que haya, desde el momento del contrato, muchos deudores ó muchos acreedores. La obligación se divide entre ellos cuando es divisible, en tanto que no se dividiría si fuese indivisible. De donde se sigue que la cuestión de saber si una obligación es divisible ó indivisible no presenta interés sino en los casos en que haya muchos deudores ó muchos acreedores. Mientras que un solo acreedor está en presencia de un solo deudor, se aplica el principio de la indivisibilidad del pago, aun cuando la deuda fuese divisible. También el art. 1,220 supone que hay varios herederos, para que la obligación se divida en caso de muerte del deudor ó del acreedor; si cada uno deja sólo un heredero, quedaría bajo el imperio de la regla que formula el art. 1,220: entre un acreedor único y el deudor, la obligación, aun siendo divisible, debe cumplirse como si fuera indivisible. ¿Cuándo, pues, importa

saber si una deuda es divisible ó indivisible? Cuando hay más de un acreedor ó más de un deudor.

368. El art. 1,217 define la obligación divisible en estos términos: "La que tiene por objeto una cosa que entregar, ó un hecho que ejecutar, y es susceptible de división, sea material, sea intelectual." Es, pues, la naturaleza del objeto de una obligación, la que decide si la obligación es divisible; y lo será si el objeto es divisible.

¿Qué se entiende por objeto divisible? Según el art. 1,217, puede haber dos especies de divisiones, una material y otra intelectual; la una, dice Pothier, se hace en partes reales y divididas, la otra se hace en partes intelectuales é indivisas. Cuando se divide en dos una extensión de terreno poniendo un límite en el medio, la división es material; las partes del fundo que están separadas una de otra por el límite, son dos partes reales y divididas. No es necesario que una cosa sea materialmente divisible para que la obligación sea divisible, basta que sea susceptible de una división intelectual. Muchas cosas no son capaces de una división material. Un caballo, dice Pothier, un plato de plata no son divisibles materialmente, porque se destruirían si se quisiera separarles en partes reales y divididas. Pero estas cosas son susceptibles de una división intelectual, porque pueden pertenecer á varias personas por una parte indivisa, y, por tanto, la obligación de entregarles, es una obligación divisible.

Cuando la obligación tiene por objeto un hecho, es divisible si el hecho es susceptible de una división material ó intelectual. Yo me obligo á entregaros cien piezas de tela; la obligación es divisible porque la prestación puede dividirse. Todas las obligaciones de hacer de cosas que pueden entregarse á medida de su confección, son divisibles; la ley misma lo dice: en los términos del art. 1,791, cuando se trata de una obra en muchas piezas ó medidas,

puede ser hecha por todas las partes pagadas, si el dueño paga al obrero en proporción de la obra hecha. (1)

De que un objeto es susceptible de división intelectual ó material, no debe concluirse que siempre deba pagarse separadamente. Dirémos más adelante que en la intención de las partes contratantes, el pago frecuentemente debe hacerse indivisible, aun cuando la obligación sea perfectamente divisible.

369. Pothier distingue tres especies de indivisibilidad: la absoluta, la de obligación y la de pago. El Código ha reproducido estas distinciones. El art. 1,217 define la indivisibilidad absoluta: es la que tiene por objeto una cosa ó un hecho, que al entregarse ó cumplirse, no es susceptible de división material ni intelectual. Se la llama indivisibilidad absoluta porque la cosa ó el hecho que es objeto de la obligación es, por su naturaleza, no susceptible de división, de tal manera, que las partes contratantes no podrían, aunque lo quisieran, estipular ó prometer por parte, una cosa ó un hecho que no podría dividirse. Tales son, dice Pothier, las servidumbres reales, el derecho de paso por ejemplo. Es imposible concebir partes en un derecho de paso, y, por consiguiente, no se podría prometerlo ni estipularlo en parte. (2) Toullier ha replicado la indivisibilidad de las servidumbres. "Toda servidumbre, dice, tiene un objeto, un objeto más ó menos extenso, más ó menos limitado; yo puedo tener el derecho de pasar á pie, á caballo, en carruaje, de pasar para ir á tomar agua de mi vecino, para volverme á la Iglesia, al mercado, etc. (3) Sin duda, pero el objeto con el cual se puede estipular el ejercicio de un derecho, nada tiene de común con la esen-

1 Potiher, *De las Obligaciones*, núm. 288. Durantón, t. XI, pág. 321, número 261.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 291.

3 Toullier, t. III, 2, pág. 484, núm. 787.

cia de este derecho. Yo tengo el derecho de pasar á pie, vos tenéis el derecho de pasar á caballo, ¿podemos uno ú otro pasar por un tercero ó por un cuarto? Pasarémos individualmente, ó no pasarémos, y, por tanto, el derecho es indivisible, aunque el ejercicio del derecho pueda ser limitado: la indivisibilidad depende, no del ejercicio sino del objeto.

Toullier tiene razón en otro punto de su crítica, y es que la indivisibilidad de las servidumbres casi jamás produce una obligación indivisible en derecho moderno. En el antiguo derecho, las servidumbres, lo mismo que la propiedad, no eran adquiridas por el acreedor, por el sólo hecho del contrato, era necesaria la tradición.

Así pues, cuando el propietario de un fundo prometía una servidumbre de paso por este fundo, contraía la obligación, de una cosa indivisible, y, por tanto, su obligación era indivisible. No su cede lo mismo bajo el imperio del Código Civil. Los derechos reales se transmiten por el sólo efecto del contrato, sin tradición (art. 1,138); y, por tanto, desde el momento en que yo prometo una servidumbre de paso por mi fundo, la servidumbre existe; no hay ya obligación de constituir una servidumbre, y, por consiguiente, no puede haber una obligación indivisible. Para que haya obligación, hay que suponer uno de los raros casos en que el derecho real no se transmite por el contrato: tal sería una servidumbre de paso establecida sobre el fundo A ó sobre el fundo B, ó la promesa de una servidumbre por el fundo de un tercero. Toullier tiene razón de decir que no se encontraría un ejemplo de un acto semejante en nuestro voluminoso archivo de sentencias. Esto es, pues, de teoría.

Las obligaciones de hacer, pueden también ser indivisibles: tal sería la obligación de hacer un viaje á tal ciu-

dad. Es cierto que si yo me obligo á ir á París, no puedo ir sino sucesivamente, de un lugar á otro; pero no es el hecho de viajar el objeto de la obligación, es el viaje cumplido. Así, pues, mientras no fuese á París, mi obligación no estaría cumplida en parte si me detuviese en el camino, porque se concibe en partes, una obligación semejante: el viaje se hace completo ó no se hace.

370. La indivisibilidad de obligación está definida por el art. 1,218: "La obligación es indivisible, aunque la cosa ó el hecho que es objeto, sea divisible por su naturaleza, si la relación bajo la cual se considera en la obligación no la hace susceptible de cumplimiento parcial. "Dirémos más adelante que la redacción de este artículo ha dado lugar á grandes dificultades. Tal como Pothier lo explica, la indivisibilidad de obligación es muy simple. Se supone que por su naturaleza la obligación es divisible, siendo susceptible de división material ó intelectual la cosa ó el hecho que es el objeto. Pero la voluntad de las partes es que sea indivisible. La voluntad de las partes tiene, pues, el mismo poder que la naturaleza de las cosas, en el sentido de que hace indivisible la obligación como si resultase de la naturaleza indivisible del objeto: no hay diferencia alguna entre la indivisibilidad de obligación y la indivisibilidad absoluta.

Hé aquí los ejemplos que Pothier da. La obligación de entregar una parte de tierra es divisible, porque la tradición puede hacerse por parte. El hecho que es el objeto de la obligación, siendo divisible, también lo es ciertamente la obligación. Pero si esta parte de tierra debe ser entregada al acreedor para servir á un destino especial para el cual se necesita todo el terreno, en este caso la intención de los contratantes hace indivisible la obligación; el deudor no podrá cumplir por parte, entregando una parte del fondo, porque esta no procuraría al acreedor una

utilidad proporcional á la que tenía en vista, ni le procuraría ninguna. Tengo necesidad de una hectarea para la construcción de una fábrica y estipulo que me la dareis en el lugar en que me propongo construirla. ¿Podreis cumplir esta obligación por parte, entregándome la tercera ó la cuarta parte de una hectarea? Nó, porque esta tercera ó cuarta parte no me procuraría la tercera ó cuarta parte de la utilidad que me propongo sacar de mi venta, no me procuraría ninguna, puesto que no podría construir la tercera ó cuarta parte de una fábrica. (1) Pothier da aún otro ejemplo que desarroya largamente. La obligación de construir una casa es divisible por su naturaleza, porque puedo convenir con un albañil que me la construya por parte; por ejemplo, los cimientos. Mas nunca ciertamente, pasa eso. Se concibe que pasan, mas se concibe en rigor que un empresario trate con varios artesanos para las diversas partes de la construcción, y basta que esto pueda hacerse para que la obligación sea divisible por su naturaleza; más por lo común no es esa la intención del que construye, porque cuando hace trato con un arquitecto de construirle una casa, la construcción es un hecho indivisible, pues aunque es cierto que la construcción no puede hacerse más que por partes y sucesivamente, no es el hecho sucesivo de construir al que es objeto de la obligación, sino la obra misma terminada. ¿Será preciso decir que no hay casa sino cuando está enteramente concluida? Una tercera ó cuarta parte de construcción ¿me procuraría una tercera ó cuarta parte de la utilidad que veía en el contrato hecho con el arquitecto?. Desde que la prestación parcial de la obligación no procura al acreedor una ventaja proporcionada á la que le procuraría la prestación total, no hay duda que haya querido estipular la prestación to-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 285. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 258, núm, 154 bis, VI.

ble por su naturaleza” es siempre “solidaria, aun cuando la solidaridad no fuese estipulada en el acto por el cual fué contraída. “Tomada á la letra esta proposición es un verdadero error.

Dirémos más adelante las diferencias considerables que existen entre las obligaciones solidarias y las indivisibles; no hay un jurisconsulto que las ignore, porque esto es elemental, y ciertamente la Corte de Casación no ha querido decir que la indivisibilidad de una obligación la vuelve solidaria. Hay una relación entre la solidaridad y la indivisibilidad y es que en este caso el deudor responde del pago total de la deuda; mas esta analogía no basta para que se pueda asimilarlas, ni por comparación. Esta confusión se encuentra en más de una sentencia y es algunas veces tan enojosa que se hace imperdonable. ¿Es permitido decir que la solidaridad se deriva de la “naturaleza” de la obligación cuando toda obligación aunque sea por su “naturaleza” se puede volver solidaria por el convenio de las partes, mientras que la indivisibilidad depende de la naturaleza de la obligación? ¿Y se puede decir igualmente que la reparación del daño causado por un delito civil constituye un “objeto indivisible” para concluir que la condenación debe ser solidaria? (1) La decisión de la Corte es tan poco jurídica como su lenguaje. Concluye de la pretendida solidaridad que los herederos pueden ser perseguidos por el todo: sí, siempre que la obligación sea indivisible, mas no cuando la obligación es solidaria, porque ésta se divide entre los herederos. Volverémos á tratar más lejos sobre esta lamentable confusión.

373. Las servidumbres, que juegan tan gran papel en la escuela en materia de la indivisibilidad, no figuran para nada en las sentencias. No hemos encontrado más que

1 Sentencias del 29 de Enero de 1840 y del 8 de Noviembre de 1834.

una sola en que la palabra se encuentra, bien que en el fondo no era cuestión de servidumbre. El usufructuario de una casa contrae para con el propietario de una casa vecina la obligación de suprimir al primer requerimiento las ventanas que reconoce no existir más que por tolerancia. ¿Es esta una obligación indivisible? Se podría sostenerlo si la obligación hubiera sido contraída por el propietario de la casa; porque solo él puede renunciar una servidumbre, así como solo él puede establecerla; pero reconocer que las ventanas practicadas en una pared están toleradas por días, es renunciar al derecho que se puede tener de conservarlas á título de servidumbre, y siendo la servidumbre indivisible se podría decir que el convenio que concierne á un derecho de vista participa de la indivisibilidad. Aun esto es dudoso, porque la confesión del propietario hace fe y prueba que jamás existió la servidumbre; falta, pues, un simple hecho, el de abrir los días de tolerancia y esto no tiene nada de común con la indivisibilidad de la servidumbre. En el caso, juzgado por la Corte de Casación, la indivisibilidad de las servidumbres está fuera de causa, porque un usufructuario no tiene ningún derecho de estipular en nombre de la casa, ni por consiguiente, contraer una obligación personal: ¿esta es la obligación indivisible?

No lo es por su naturaleza. La indivisibilidad no puede, pues, resultar más que de la voluntad de las partes contrantes. No es esto lo que decide la Corte, dice en términos absolutos que la obligación es indivisible, sin motivar su decisión. (1) Se podría decir que la indivisibilidad es una palabra, de la cual, la jurisprudencia hace lo que quiere.

374. Hay otros derechos indivisibles: tal es la hipoteca, un derecho menos usual que las servidumbres. De que la

1 Casación, 25 de Agosto de 1863 (Daloz, 1863, 1, 361).

hipoteca sea indivisible, ¿será preciso concluir que la obligación de constituir hipoteca es una obligación indivisible? Se necesita ver desde luego cómo se ha contratado la obligación. Si el deudor promete una hipoteca sobre tal inmueble por tal crédito, la hipoteca existe en virtud del contrato, y no hay más obligación; así, pues, no podría ser cuestión de indivisibilidad. Se enseña invocando el art. del Código (2,114 y la ley hipotecaria, art. 41) que dice que la hipoteca es indivisible; (1), pero este es un error, á nuestra vista, si se entiende que la indivisibilidad es absoluta. Es cierto que el Código dice que la hipoteca es indivisible, más no lo es por su esencia, pues agrega: "por su naturaleza:" se puede estipular que la hipoteca será divisible, y siendo inaplicable la definición del artículo 1,217, no se puede decir que la obligación tenga por objeto una cosa ó un hecho que no es susceptible de división material ni intelectual. Esto es verdad tratándose de servidumbres, más no de hipoteca. ¿Dirán que por esto mismo las partes no declaran la hipoteca divisible y que queda indivisible, como lo es por su naturaleza? Respondemos que esto si es cuestión de intención, y cuando un derecho es indivisible en virtud de la intención de las partes contratantes, la cuestión es de hecho que el juez decide según las circunstancias de la causa; así, pues, podrá decidir que la obligación de proporcionar hipoteca, es divisible, mientras que no podrá decidir que la obligación de formar una servidumbre de paso, es indivisible en su esencia.

La jurisprudencia es contraria. Se ha juzgado que la obligación de dar hipoteca por el capital de una renta es indivisible sin duda alguna. La Corte de Gand encontró la cosa tan evidente que se dispensa el trabajo de motivar la decisión, y concluye diciendo que puede demandarse el

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 48, nota 5, pfo. 301.

cumplimiento "solidariamente" contra cada uno de los herederos. (1) Observamos, desde luego, que el lenguaje es inexacto: cuando la obligación es indivisible, cada uno de los deudores, dice el art. 1,222, responde por el total, no dice que responde solidariamente; si la obligación es solidaria se divide, al contrario, entre los herederos del deudor. La obligación litigiosa no consiste simplemente en dar hipoteca, la escritura debe agregar: ó en reembolsar el capital. Para determinar la naturaleza de la deuda, es preciso ver lo que el acreedor demanda ó lo que el deudor paga. Si es el reembolso del capital, no puede tratar de indivisibilidad, y menos de indivisibilidad absoluta, porque nada es más divisible que el capital de una renta. En cuanto á la obligación de dar hipoteca, puede decidirse si esa es la intención de las partes contratantes. En definitiva, no pudo tratarse sino de una indivisibilidad de "obligación" y no de una indivisibilidad "absoluta," pues de una obligación indivisible por la voluntad de las partes contratantes, no puede decirse que sea incontestablemente; es decir, evidentemente indivisible, debe probarse que tal es la intención de las partes.

La sentencia de la Corte de Gaud ha sido pronunciada sobre las conclusiones contrarias del abogado general M. De Bavay, dice que cuando llega á morir el deudor sin haber constituido hipoteca, la deuda se divide entre los herederos, y, por consiguiente, también la obligación de constituir hipoteca por la parte de cada uno en la deuda. Esto es cierto, pero con una restricción, y es, que lo contrario puede resultar de la voluntad de las partes contratantes; no hay indivisibilidad absoluta, pero puede haber una indivisibilidad de obligación. La cuestión se ha decidido en este sentido por una sentencia de la Corte de Bru-

1 Gand, 5 de Junio de 1835 (*Eascribia*, 1835, 2, 224).

selas. En el caso, se trató también de una hipoteca por constituir, para la garantía de una renta por los deudores, y si éstos no cumplieran esta obligación, debían reembolsar capital é intereses. La Corte decidió que según los principios que rigen la materia en el momento del contrato, como según la intención evidente de las partes, la obligación de dar hipoteca es indivisible, puesto que razonablemente no es posible aponer que el acreedor hubiera preferido, en cualquiera circunstancia, en lugar de una sola garantía por hipoteca, diferentes fracciones de rentas garantizadas por hipotecas diferentes. La Corte concluyó que si en lugar de constituir hipotecas, los deudores reembolsan el capital, deben reembolsarlo completo; sin esto, el acreedor estaría expuesto á recibir un reembolso parcial y una renta fraccionada, lo que sería contrario á la voluntad de las partes contratantes. (1)

375. El art. 2,038 dispone que la garantía es indivisible, no obstante la divisibilidad de la deuda entre los herederos del deudor ó los del acreedor. Este es el principio de la indivisibilidad de la hipoteca. Debe aplicarse á la garantía lo que acabos de decir de la garantía hipotecaria: la obligación de dar una garantía, no es indivisible en virtud del art. 1,217; puede serlo y lo es ordinariamente en virtud del art. 1,218; pero el juez también podría decidir que no lo es fundándose en la intención de las partes contratantes.

Este principio recibe su aplicación en la anticresis. La Corte de Casación ha concluido que la acción de nulidad de un acto de venta que disfraza una anticresis es indivisible, y, que, por consiguiente, puede ser ejercida, por el todo, por uno solo de los herederos del pretendido vendedor.

1 Bruselas, 18 de Diciembre de 1842 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 215. La sentencia habla de una deuda *solidaria*, en tanto que la Corte dice que es indivisible.

¿No es esto traspasar el principio de la indivisibilidad de la garantía? La ley define en qué consiste la indivisibilidad; el heredero del deudor que ha pagado la parte de la deuda no puede demandar la restitución de su parte en la garantía, mientras la deuda no está enteramente cubierta; y el heredero del acreedor que ha recibido su parte de la deuda no puede quitar la garantía en perjuicio de aquellos de sus coherederos que no han pagado. La cuestión que se presentó ante la Corte, fué otra; se trató de saber si hubo anticresis ó venta. Sin duda, entre las partes la cuestión fué indivisible, en el sentido de que el acto debió ser ó una venta ó una anticresis, porque la intención de las partes no fué hacer un contrato mixto. Faltó, pues, fundar la indivisibilidad en la voluntad de las partes contratantes y no en la indivisibilidad de la garantía, pues no fué una indivisibilidad absoluta, ni pudo ser sino una indivisibilidad de obligación. (1)

376. La Corte de Casación ha juzgado que el fijar la altura del desagüe de una cuenca es un hecho que no es susceptible de división ni material ni intelectual, de donde se sigue la consecuencia de que en su cumplimiento es un hecho indivisible entre los propietarios, por indiviso de una cuenca; no se concibe, dice la Corte, que esté arreglado de tal manera respecto de uno y de tal manera respecto de los otros. (2) La decisión nos parece dudosa. Es cierto que una cuenca, con agua, ó seca, es divisible en partes materiales. Resta saber cuál es el oficio de un desagüe regulador. Esta es una medida, ó una marca puesta en la cuenca para determinar la extensión y para reconocer los verdaderos límites. El desagüe tiene por objeto impedir los anticipos de parte de los ribereños cuando las aguas

1 Denegada casación, 28 de Abril de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 219).

2 Denegada casación, 9 de Agosto de 1831 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1512, 1°).

disminuyen y de parte de los propietarios de la cuenca cuando aumentan. Así, se trató de averiguar un derecho de propiedad, pero el derecho de propiedad es un derecho divisible, y de que este derecho esté en indiviso no se sigue que sea indivisible. Supongamos se ha reconocido por uno de los copropietarios de la cuenca que las aguas no deben traspasar cierto límite. Esto impide que respecto de otro copropietario de la cuenca se haya reconocido que la extensión de las aguas puede ser mayor. En esta hipótesis se sostendría que las aguas tenían esta última altura; quedando á salvo que el otro copropietario pagase una indemnización al ribereño cuyo terreno estuviese cubierto por las aguas más de lo que debería estarlo según el derecho de este copropietario. No puede, pues, decirse que el fijar la altura de la vertiente sea un hecho que no supone división alguna.

Se ha juzgado en el mismo sentido que la fijación de la altura de una puerta á la entrada de un canal es un hecho que en su cumplimiento es indivisible entre los propietarios ribereños. La Corte de Casación ha concluido que la sentencia que fija la altura de una compuerta tiene, á este respecto, para todos los ribereños la autoridad de la cosa juzgada. (1) Las mismas dudas que acabamos de exponer se presentan en este caso. Nos parece que los derechos de los ribereños, siendo derechos de propiedad, son esencialmente divisibles; ¿qué importa que la compuerta sea un hecho material, el mismo para todos? Hay que apreciar, no el hecho material, sino los derechos que los ribereños tienen en virtud de la fijación de la compuerta, y no vemos por qué lo que se ha juzgado respecto de unos ha de ser cosa juzgada respecto de otros.

1 Denegada casación, 19 de Diciembre de 1832 (Dalloz, palabra *Cosa Juzgada*, núm. 279).

II. Indivisibilidad de obligación

377. La Corte de Casación ha juzgado que la cuestión de saber si hay indivisibilidad de obligación, es una cuestión de hecho que pertenece á los tribunales juzgar soberanamente. (1) En efecto, todo depende de la voluntad de las partes contratantes. La obligación es divisible por sí misma, y son las partes las que la hacen indivisible, porque en su intención la obligación no es susceptible de división. ¿Cuándo existe esta intención? Esto depende de las circunstancias de la causa y estas circunstancias pueden variar de un caso á otro. Hay que cuidarse, pues, de dar á las decisiones rendidas en esta materia, una autoridad doctrinal; las cortes no juzgan que tal obligación es indivisible en derecho, deciden que la obligación es indivisible de hecho. Los comentaristas formulan las decisiones como estuviesen vendidas en derecho; no hay que engañarse, estas son siempre sentencias de casos, aun cuando la Corte de Casación anulase una sentencia por haber dado á un convenio otros efectos que los que debió haberle dado según los términos justificados por el juez del hecho. Así se dijo en una sentencia de la Corte Suprema que la obligación impuesta á los herederos de detener los hechos de su autor, no es susceptible de división por razón de la relación bajo la cual es considerado el carácter de heredero. Estas son las expresiones del art. 1,218; la Corte decidió, pues que hay indivisibilidad de obligación. En el caso, se trata de una transacción que tuvo por objeto la renuncia á la entrega de un legado. (2) La indivisibilidad no es, ciertamente absoluta, pero en hecho, la intención de las partes hacía indivisible la obligación. Esto también nos parece

1 Denegada casación, 15 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 435).

2 Casación, 27 de Mayo de 1835 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,516, III).

dudoso, pero es difícil criticar las decisiones de hecho, siendo el juez el mismo que debe apreciar las circunstancias del negocio y el autor que las aprecia según el resúmen que hagan las colecciones de sentencias.

378. La materia de la indivisibilidad es tan oscura, que se nos permitirá detenernos en las pocas decisiones que se han dado sobre la indivisibilidad de la obligación. Citarémos en los títulos particulares, donde se encuentra la base de la materia, las decisiones que conciernen á ciertos contratos.

Se adjudicaron inmuebles en junto, embargados, á dos adjudicatarios por un sólo precio. ¿Hay aquí una indivisibilidad de obligación? Que la obligación sea divisible por su naturaleza, es cierto, porque nada es más divisible que una deuda de dinero. Mas la obligación, aunque divisible, dice el art. 1,218, puede volverse indivisible "si la relación bajo la cual la cosa se consideró, no la hace susceptible de cumplimiento parcial." Estas expresiones son excesivamente vagas y tienden fácilmente á la arbitrariedad. La dificultad de hecho se complica con una dificultad de derecho sobre la cual volverémos á hablar. En el caso previsto por el art. 1,221, núm. 5, la ley dice que la obligación es divisible é indivisible solamente con respecto al pago cuando este resulta de la naturaleza de la obligación ó del fin que se propuso en el contrato, de que la intención de las partes fué que la deuda no se pudiera satisfacer parcialmente. Así la intención de las partes fué de hacer que la deuda fuera indivisible como si la indivisibilidad fuera absoluta, ó como si se volviera solamente indivisible para con los herederos del deudor con respecto del pago. Grande es la dificultad del juez, cuando tiene que apreciar cuál fué la intención de las partes. En el caso de la adjudicación de un inmueble embargado en provecho de los dos adjudicatarios la Corte de Limojos invocó los arts. 1,218 y

1,221, (1) de suerte que una sola obligación es al mismo tiempo indivisible y divisible; indivisible de una manera absoluta y divisible solamente en cuanto al pago. Esto es contradictorio en los términos; es preciso decidirse ó por la indivisibilidad del art. 1,218 ó por la indivisibilidad del art. 1,221. Dificilmente admitiríamos que las partes hayan querido transformar una obligación divisible en una indivisible, por la sencilla razón de que ignoran lo que es la indivisibilidad de obligación. Los jurisconsultos deben formarse una idea precisa, como lo diremos más adelante; mas las partes saben muy bien lo que es el pago, y pueden estipular que este no sea dividido. Haremos aún otro reproche á la Corte de Limojes: dice que la indivisibilidad resulta de los hechos y de las circunstancias de la causa; la ley no se expresa así, dice que la indivisibilidad resulta de la relación, bajo la cual las partes consideraron la cosa que fué objeto de la obligación; esta materia, más que ninguna otra, importa precisarse; es preciso, por consiguiente, que el juez haga constar que la intención de las partes contratantes fué que la obligación quedara indivisible.

La misma Corte dió la misma decisión, que en apariencia, es igual, más que en realidad es muy diferente. Un procurador adjudicó en junto varios inmuebles por un solo precio, é hizo inmediatamente una declaración de encomienda por tres de los objetos comprendidos en la adjudicación, en favor de un tercero; esta declaración, á la cual el Tribunal no dió ninguna acción, solo fué sujeta á fijar el precio.

Después hizo una declaración de encomienda en favor de otros dos individuos con determinación de precio: de

1 Limojes, 11 de Marzo de 1848 (Daloz, 1848, 2, 136). La misma decisión para la adjudicación en junto de acciones industriales: *Be-sancón*, 2 de Febrero de 1855 (Daloz, 1856, 2, 67),

donde resultó con respecto al primer comprador por encomienda que no había habido contrato judicial completo, puesto que no hay ventas sin precio. Así, pues, la adjudicación no puede hacerse más que por una sola venta, en provecho de un solo adjudicatario y por un solo precio; las declaraciones hechas posteriormente por el procurador no modificaron el contrato judicial, el cual comprendía, por consiguiente, la venta definitiva entre el demandante, el embargo, los acreedores y el adjudicatario. La intención de los interesados no podía ser dudosa y este es el caso de aplicar el art. 1,218, una sola venta, un solo comprador, un solo precio hay obligación indivisible de pagar la totalidad del precio. La Corte se limitó, en este caso, á citar el artículo 1,218. (1)

379. La Corte de Burdeos dió una decisión en sentido contrario sin que se pueda inferir que hay contradicción.

Un inmueble fué vendido por la misma escritura á dos compradores, sin esperar la parte adquirida por cada uno de ellos; se juzgó que la obligación de pagar el precio era divisible, lo cual es evidente.

La intención de hacer la deuda indivisible ¿resultó del convenio? No se expresó el precio debido por el total y nada manifestaba la voluntad de las partes. Se alegó que los dos compradores estaban representando por un solo mandatario. Y ¿qué importa? Un solo mandatario puede representar á dos personas teniendo cada una un interés individual. La sentencia dijo que la obligación no había sido indivisible, que se había dicho en la escritura que el precio se debía inseparablemente y que los compradores estaban obligados solidariamente. (2) Siempre la confusión entre la solidaridad y la indivisibilidad. Es preciso, según el art. 1,212 una estipulación formal para que haya

1 Limoges, 28 de Julio de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 171).

2 Burdeos, 11 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 52).

solidaridad; mas el art. 1,215 dice que la solidaridad estipulada no dá á la obligación el carácter de indivisibilidad. Si, en el caso, los compradores estaban obligados solidariamente al pago del precio, sus herederos no estarían obligados más que por su parte hereditaria, cada uno, puesto que las deudas solidarias se dividen entre los herederos. La indivisibilidad de la obligación no debe estipularse de una manera expresa, porque no lo exige el art. 1,218; mas es preciso que la intención de hacer la deuda indivisible no sea dudosa, porque la indivisibilidad es una excepción en el principio de la divisibilidad de las obligaciones; también podrá sostenerse que la excepción debe ser expresa, como para la solidaridad; si no es la indivisibilidad de la obligación la que define el art. 1,218, será preciso atenderse á la definición legal.

380. Los que litigan abusan de la indivisibilidad como abusan de la solidaridad, y la cosa es excusable puesto que los mismos tribunales se equivocan, como lo tenemos dicho varias veces en el curso de esta obra. Citarémos un ejemplo. Dos copropietarios de un inmueble se comprometieron por uno de ellos ó directamente, para hacer trabajos y habilitación comunes para utilidad de ese inmueble. Se pretendió que esta obligación era solidaria ó indivisible, y la Corte de Caen dió una singular sentencia sobre el debate, decidiendo que la obligación era indivisible en los términos de los arts. 1,217 y 1,218, y que, según el art. 1,222, la indivisibilidad de la obligación produce los mismos efectos que la solidaridad. Se puede decir que tiene esto tantos errores como palabras. ¿Cómo podrá ser indivisible una obligación en virtud del art. 1,217, de una manera tan absoluta que sea imposible dividirla, y ser al mismo tiempo indivisible en virtud del art. 1,218 que supone que la obligación es divisible por su naturaleza y dis-

pone que la obligación solo sea indivisible cuando es esta la voluntad de las partes contratantes? Primer error, y ved aquí el segundo. El art. 1,222 no dice, como la Corte le hace decir, que la indivisibilidad produce el mismo efecto que la solidaridad; dice que los deudores de una deuda indivisible son responsables cada uno por el total, lo que es muy diferente; y lo mismo es con los deudores de una deuda solidaria, mas esta analogía entre las deudas solidarias y las indivisibles, no impide que estos dos casos de obligaciones no difieran esencialmente.

La sentencia fué casada, y debía serlo. La Corte no reparó en todos los errores que acabamos de señalar; se limitó á decir, como lo hemos dicho ya, que la obligación litigiosa no era solidaria, puesto que no fué declarada por la ley ni por el convenio, y que tampoco era indivisible, por la sencilla razón de que los copropietarios no estaban obligados mas que á pagar una suma de dinero por el precio de los trabajos, obligación esencialmente divisible. (1)

§. II. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES É INDIVISIBLES.

Núm. 1. De las obligaciones divisibles.

381. En los términos del art. 1,220, los herederos del deudor no están obligados á pagar la deuda sino por las partes de que están obligados como representantes del deudor. Esta disposición, estableciendo el principio de la divisibilidad de las deudas, dá al mismo tiempo la razón por la cual se dividen las deudas entre los herederos. Nosotros contratamos para nosotros y para nuestros herederos; los bienes que les transmitimos son la garantía de nuestros acreedores; y con este título, estos deben tener acción contra los que nos heredan. ¿Cuál es la naturaleza de esta

1 Casación, 23 de Junio de 1851 (Daloz, 1851, I, 165).

acción? ¿Es una acción por el todo contra cada uno de los herederos? En nuestro antiguo derecho, había algunas costumbres que establecían esta solidaridad. Esta es contraria á los principios que rigen los derechos y las obligaciones de los herederos. Estos representan la persona del difunto y como tales heredan sus derechos y sus obligaciones; pero si son varios, cada uno representa al difunto solo por su parte hereditaria; recogen el activo solo por esta parte, y, por tanto, no deben estar obligados por el pasivo sino por esta misma parte. Su obligación, aun limitada así, es todavía muy onerosa, porque á menos de aceptar bajo beneficio de inventario, están obligados por las deudas indefinidamente, como si el difunto fuese el obligado, y, por tanto, sobre su propio patrimonio, como si ellos mismos las hubiesen contraído.

Se hace una objeción muy especiosa contra ésta teoría. Los acreedores tratan con el difunto, dicen; su patrimonio es su seguridad y su garantía. Sin embargo, en el sistema de la divisibilidad de las deudas, esta garantía puede quitárseles; si uno de los herederos es insolvente, no tendrían acción contra sus coherederos por su parte en la deuda, aún cuando los bienes que han recojido bastaran para pagar íntegramente las deudas del difunto. Esta consideración es la que hizo establecer la solidaridad en nuestras antiguas costumbres. Pero tratando de asegurar los intereses de los acreedores, se sacrificaron los derechos de los herederos. Hay un medio de conciliarlos, y este es el derecho que la ley concede á los acreedores del difunto para demandar la separación de patrimonio. (1) Nos remitimos á lo que se ha dicho sobre esta materia en el título "De las sucesiones."

1 Pothier, *De las Obligaciones*. núm. 309. Toullier, t. III, 2, página 463, núm. 769. Durantón, t. XI, pág. 357, núm. 274. Colmet de Santerre, t. V, pág. 262, núm. 156 bis, III.

382. El art. 1,220 solo habla de los herederos, y en el lenguaje del Código Civil este término se emplea solo de los parientes legítimos que heredan al difunto en virtud de la ley. Es á ellos á quienes se aplica el principio del embargo: ellos intervienen los bienes, derechos y acciones del difunto, bajo la obligación de cubrir todas las cargas de la sucesión (art. 724). Hay sucesores *ab intestato* que no tienen la intervención. Tales son, según el art. 724, los hijos naturales, el esposo sobreviviente y el Estado; deben agregarse los sucesores de los hijos naturales, y en nuestra opinión, los sucesores ilegítimos y espurios. Tales son también los legatarios, salvo la excepción que los autores del Código han admitido en favor del legatario universal cuando no está en concurso con sus títulos. Estos sucesores, ni son herederos ni representan la persona del difunto, tampoco pueden intervenir. ¿Es esto decir que no se le aplica el principio del art. 1,220? Las deudas se dividen entre ellos como entre los herederos; recogen los bienes dejados por el difunto, y por tanto, deben estar obligados con las deudas cuyo patrimonio está gravado, porque no hay bienes sino deducidas las deudas. Sin embargo, siempre establece una diferencia considerable entre los herederos y los otros sucesores universales; los primeros están obligados ilimitadamente por las deudas, en tanto que los otros solo están obligados como de tentadores de los bienes, es decir, hasta la concurrencia de lo que recogen. (1) Nosotros no hacemos mas que reproducir los principios expuestos en el título de "Sucesiones." Insistiremos sobre este mismo título en la cuestión de saber cómo se dividen las deudas cuando el difunto deja herederos legítimos en concurso con sucesores no interventores.

383. Lo que hemos dicho de las deudas pasivas, se aplica también á las activas. El art. 1,220 establece el mismo

(1) Colmet de Santerre, t. V, pág. 263, núm. 156 bis, IV.

principio para los créditos que para las deudas, y el fundamento del principio es el mismo, la pluralidad de los deudores ó de los acreedores. Mas la hipótesis contraria puede presentarse: hay varios deudores ó varios acreedores que mueren dejando el mismo heredero. Esto puede hacerse también por un efecto de cesiones si se trata de créditos diferentes, porque todos los derechos de diferentes acreedores pueden ser reunidos en un mismo cesionario cuando se trata de deudas, esta reunión no puede hacerse por vía de cesión porque los deudores no pueden ceder sus derechos. Se pregunta, si en caso de reunión de deudas ó de créditos divididos, el efecto de la división subsiste, ó si se considera como no avenida y si las relaciones entre el acreedor y el deudor se reglamentan como si siempre hubiera habido un solo deudor y un solo acreedor. Pothier prevee la dificultad, y la resuelve por una distinción que se ha seguido por todos los autores modernos.

Si en el momento de contraer la obligación hay varios acreedores ó varios deudores conjuntos, la división se hace en el sentido de que hay tantos créditos y deudas diferentes, cuantos son los acreedores y los deudores; los contratos de donde se derivan las obligaciones en que los créditos dan un derecho á los diversos acreedores y ligan á á los diversos deudores por su parte igual. Estos derechos no pueden quitárseles por el hecho de la reunión de las deudas y de los créditos. A decir verdad, jamás existió una sola deuda ó un solo crédito, y por esto es que hay dos acreedores ó dos deudores y que hay dos créditos y dos deudas; desde entonces la reunión de estos créditos ó de estas deudas es indiferente, porque deja á las partes en la posición en que estaban. Yo soy deudor de 10,000 francos para con Pedro y Pablo, acreedores conjuntos, y doy 5,000 francos á cada uno; desde un principio, hay, pues, dos

deudas diferentes. Si los derechos de los dos deudores se reúnen en uno solo, por derecho hereditario ó por cesión seré deudor de las dos deudas diferentes y no de una deuda de 10,000 francos, porque el hecho de la reunión de las dos deudas en la misma persona, no impide que haya dos deudas. Y si soy acreedor de 10,000 francos de Pedro y de Pablo, deudores conjuntos ¿cuál es mi derecho? Tengo dos créditos, cada uno de 5,000 francos, contra dos deudores; si uno de ellos es heredero único del otro, ¿resultará que tengo un crédito único de 10,000 francos? Nó; el deudor podrá pagar separadamente las dos deudas sin que yo pueda oponerle el principio de la indivisibilidad del pago, porque no se trata del pago parcial de una sola deuda, sino del pago de dos deudas diferentes.

Hay en la hipótesis otro caso en que una obligación contraída por el deudor en provecho del acreedor, viene á dividirse por la muerte del acreedor ó del deudor que dejan varios herederos, ó por efecto de cesiones parciales hechas por el acreedor. Si la división cesa por la reunión en una misma persona de diversos créditos ó de diversas deudas, ¿cuál será el resultado? El crédito ó la deuda se vuelve una, como era al principio. Este es el caso de aplicar el antiguo adagio, que cuando cesa la causa, el efecto acaba. La división es el efecto accidental de la herencia ó de la cesión, y este accidente desaparece lo mismo que la división que resulta, y volviendo á tomar la obligación, su naturaleza propia se convierte en una. Se podría agregar que la división de la deuda hecha por la muerte del acreedor ó del deudor, es consecuencia de que haya tantas deudas diversas como herederos, y, que por tanto, esta división dé á cada uno de los herederos un derecho dividido, como si desde el principio hubiera habido varios deudores ó varios acreedores; estos efectos ¿no debían subsistir cuando las deudas ó créditos diversos se reúnen en una misma persona? Es

cierto que de ordinario se dice que por la división de la obligación entre los herederos hay tantas deudas y créditos como herederos, más esto solo se dice para marcar que no hay entre ellos ningún lazo de solidaridad, de suerte que los herederos solventes no responden de la insolvencia de su coheredero. Más, según el rigor de los principios, es preciso decir con Pothier que la división de la deuda, por la muerte de una de las partes, no hace de una sola deuda varias deudas, solo se asigna á cada uno de los herederos porciones en la obligación, y es siempre una sola deuda, á diferencia del caso en que al tiempo del contrato hay varios deudores ó varios acreedores, en cuyo caso hay también varias deudas; en el primer caso no hay mas que una sola, porque ha sido contraída por un deudor para con un acreedor. Los diferentes herederos del acreedor no son acreedores mas que de la deuda que fué contraída para con el difunto, y los diferentes herederos del deudor no son deudores mas que de la deuda que contrajo el difunto. Una vez admitido el principio, la consecuencia que Pothier deduce nos parece incontestable. Esta es la opinión emitida por el orador del Gobierno, y seguida por todos los autores, salvo el disentimiento de Durantón. (1)

Núm. 2 De la indivisibilidad absoluta y de obligación.

1. Derechos del acreedor.

384. El art. 1,224 dice: que “cada heredero del acreedor puede exigir en totalidad el cumplimiento de la obligación indivisible.” Lo mismo es cuando la obligación indivisible se contrae con varios acreedores. Si la ley supone el caso en que el acreedor único deje varios herederos, es

1 Pothier, núms. 318 y 320. Exposición de motivos, núm. 101 (Loché, t. VI, pág. 166). Colmet de Santerre, t. V, pág. 263, número 156 bis, V. Demolombe, t. XXVI, pág. 486, núm. 550 bis. En sentido contrario, Durantón, t. XI, pág. 364, núm. 275.

porque esto sucede con mucha frecuencia, y los principios son los mismos desde que hay varios acreedores, no importa la causa.

Por ejemplo, dice Pothier, si alguno se obligó para conmigo á hacerme constituir un derecho de paso sobre su posesión para utilidad de la mia, siendo este derecho indivisible, cada uno de mis herederos podrá hacer la demanda por el total contra el deudor (1). Sin embargo, cada heredero solo hereda del difunto su parte hereditaria; así, pues, cada uno sólo es acreedor por su parte; ¿por qué siendo acreedor parcial, puede exigir el cumplimiento de la obligación por el total? Porque tiene derecho de obrar contra el deudor, y es imposible que obre por parte, puesto que la obligación no es susceptible de partes: heredero por un tercero, no puede demandar mas que al deudor que le constituye tercero de servidumbre, porque no hay nada de servidumbre para un tercero; por consiguiente, desde que tiene derecho de obrar debe tenerlo para obrar por el todo.

385. Se sigue de aquí que el derecho de obrar por el total no dá á cada heredero del acreedor el derecho á la totalidad del credito; no tiene mas que el de su parte hereditaria; por consiguiente, desde que el derecho se puede dividir, y en tanto que la utilidad resulta del derecho de que es causa, cada derecho no podrá reclamar mas que su parte. Si el deudor es condenado á daños y perjuicios, está obligado á cumplir su obligación, y no podrá ser condenado con respecto al heredero demandante mas que por su parte, aunque la demanda haya tenido por objeto el cumplimiento de la obligación por el total. Si tiene derecho de demandar toda la cosa, es porque esta no puede ser demandada por parte; mas esta imposibilidad de una

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 326. Durautón, t. XI, página 426, núm. 313.

demanda y de una condenación parcial, viene á cesár desde el momento en que la obligación se convierte en daños y perjuicios; esta obligación es indivisible y, por consiguiente, cada heredero no puede tener mas que su parte.

386. Estos principios son elementales, y se puede decir que la jurisprudencia los consagra. Mas casi no hay sentencia en esta materia que no dé lugar á crítica. El Colegio de Regidores adjudicó á dos personas la percepción de derechos de feria. ¿Es esta una obligación indivisible? La sentencia dijo que la obligación de hacer gozar á los adjudicatarios derechos de feria, es indivisible por su naturaleza; de donde se sigue que cada uno de los acreedores tiene derecho de exigir todo el cumplimiento. Decir que una obligación es indivisible por su naturaleza, es decir que la indivisibilidad es absoluta, que no puede dividirse porque no es susceptible de partes, y que el derecho de percibir los derechos de feria puede dividirse, ciertamente, entre varios adjudicatarios, no pudiendo ser cuestión mas que de una indivisibilidad de obligación. Poco importa. En el caso, se trataba de saber si uno de los acreedores podría renunciar un derecho indivisible en perjuicio del otro, porque uno de los adjudicatarios quería la rescisión del arrendamiento, mientras que el otro reclamaba que se sostuviera el contrato. La Corte decidió que el arrendamiento se sostuviera en interés y en proporción del que quería cumplirlo. Esta decisión es jurídica. Uno de los acreedores puede renunciar, rescindir el contrato; más solo lo puede en su provecho; si otro conserva su derecho y, siendo éste indivisible, puede cumplirlo por el todo, salvo teniendo en cuenta la renuncia de su coacreador en las relaciones con el deudor. Mas la Corte erró citando el art. 1,198 que concierne á los derechos de los acreedores

solidarios. (1) La analogía que existe entre los derechos de los coacreedores solidarios y los derechos de los acreedores de una obligación indivisible, no autoriza al juez á confundir los dos casos de obligaciones, aplicando á unos las disposiciones que el Código contiene en cuanto á otros.

Los acreedores de un mismo deudor se constituyen en comisión y hacen un convenio por el cual un tercero se obliga á cumplir trabajos por un precio determinado. ¿Es esta una obligación indivisible? La colección de sentencias no dice absolutamente, en qué consisten los trabajos. Supongamos que se trataba de hacer una obra, como, por ejemplo, construir una casa: habría habido, en este caso, indivisibilidad de obligación. El deudor demanda la rescisión del contrato y los daños y perjuicios, pretendiendo que estos daños y perjuicios se le deban solidariamente, fundándose en la indivisibilidad de la obligación. Esta pretensión es contradictoria, porque la obligación indivisible no tiene por efecto la solidaridad. La Corte decidió que no había solidaridad en este caso, ni en virtud de la ley, ni en virtud del convenio; en cuanto á los daños y perjuicios que podían resultar de una obligación indivisible, siendo este derecho esencialmente divisible; la deuda, por esto mismo se divide entre los deudores. (2)

387. El art. 1,224 dice que uno de los herederos del acreedor no puede hacer solo la remisión de la totalidad de la deuda, porque hacer remisión, es disponer del crédito, y para tener el derecho de disponer es preciso ser propietario, y el heredero parcial del acreedor no es propietario del crédito mas que por su parte hereditaria; de donde se sigue que no puede hacer la remisión total de la deuda, mas nada impide que no haga remisión de su parte en el crédito. Inútilmente se dirá que el crédito indivi-

1 Lieja, 5 de Diciembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 251).

2 Bruselas, 28 de Julio de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 278).

sible no tiene parte; esto puede aplicarse á lo que concierne al derecho de demandar el cumplimiento, mas no impide que la obligación indivisible no presente para cada uno de los acreedores una ventaja divisible, y teniendo cada uno su parte en la utilidad que procura, cada uno puede renunciarla. La remisión de la deuda hecha por uno de los herederos del acreedor no deja pues de obrar, y va por la parte que el acreedor tiene en el provecho. Los otros herederos tendrán siempre derecho de demandar el cumplimiento total de la obligación indivisible, á pesar de esta remisión parcial, y la razón es que teniendo derecho de obrar como acreedores, deben hacerlo necesariamente por el total, puesto que una demanda dividida de un derecho indivisible implica contradicción. Solamente, dice el artículo 1,224, deberán tener en cuenta la porción del deudor cuya remisión hizo el coheredero. (1)

388. El art. 1,224 dice también que uno de los acreedores no puede recibir solo el precio en lugar de la cosa, porque eso es hacer innovación, y la innovación implica una renuncia, y renunciar es disponer. Debe, pues, aplicarse en este caso lo que acabamos de decir de la remisión. En la segunda hipótesis, el motivo de decidir es aun mas evidente. El acreedor recibe del deudor el precio de la obligación, es decir, la utilidad pecuniaria que produce; pero no puede recibir mas que su parte en el provecho, porque el provecho es una cosa divisible, y no puede ser ya cuestión de indivisibilidad.

II. Obligaciones de los deudores.

389. "Cada uno de los que han contratado conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el total.

1 Durantón, t. XI, pág. 428, núm. 315. Colmet de Santerre, t. V. pág. 278, núm. 159. *bis* II.

Lo mismo sucede respecto de los herederos del que ha contraído una obligación semejante," (arts. 1,222 y 1,223) ¿Por qué cada uno de los deudores está obligado por el total aunque no deba el total? Si contrajo solidariamente debe el todo como si fuese el único deudor (art. 1,200). Pero cuando hay varios deudores de una deuda indivisible, ó varios herederos de un deudor único, no está obligado cada uno en virtud de su obligación, sino por su parte individual; ¿por qué, pues, cada uno debe cumplir la obligación por el todo? Porque obligado á cumplirla, debe necesariamente cumplirla por el total, siendo imposible el cumplimiento parcial; si yo soy heredero, por un tercio, de aquel que ha prometido una servidumbre de paso, no puedo prestar un tercio de la servidumbre, porque la servidumbre no es susceptible de partes y no podría establecerse por una parte.

390. El art. 1,225 supone que el acreedor asigna á uno de los herederos para el cumplimiento total de la obligación. Se pregunta si el acreedor puede asignar á todos, como puede hacerlo cuando hay varios deudores solidarios (art. 1,203). La afirmativa no es dudosa, porque esto es de derecho común; el que tiene varios deudores puede designarles á todos y cuando la deuda es indivisible, puede demandar de cada uno de ellos el cumplimiento total de la obligación, en el sentido de que si la obligación es cumplida, necesariamente debe serlo por el total. Pero para estar bien formulada la demanda debe intentarse contra todos en razón de su parte en la deuda, porque el acreedor no puede demandar sino aquello á que están obligados los deudores; y como ellos no están obligados por el total, el acreedor no puede perseguirles por el total. La condenación tendrá, pues, lugar divididamente, lo que no supone atentado al derecho del acreedor; por el solo hecho de ser condenado un deudor á pagar una deuda indivisi-

ble, debe pagarla por el total; y no puede tratar de pagar solo su parte en la deuda, porque esta no es susceptible de partes. (1)

La condenación dividida supone que cada uno de los codeudores puede prestar el cumplimiento de la obligación. Si no hay más que uno solo de los herederos que pueda cumplirla, debe aplicarse el art. 1,225, en cuyos términos, este heredero solo puede ser condenado, salvo su recurso de indemnización contra sus coherederos. Volveremos á ver esta disposición.

391. Entre los deudores designados uno consiente en cumplir la obligación y los otros se niegan. Hay que ver, en este caso, si la obligación no puede cumplirse sino conjuntamente por todos los herederos; por ejemplo, si se trata de constituir un derecho de paso por una heredad común; no pudiendo constituirse la servidumbre sino por todos los propietarios, basta que uno de ellos se niegue para que la obligación no pueda ser cumplida. ¿Cuál será el resultado de este desacuerdo que hace imposible el cumplimiento de la obligación? El acreedor tiene derecho á los daños y perjuicios, ¿pero de quién podrá exigirlos? Pothier responde, según Dumoulin, que el que se niega es el que debe ser condenado en los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento; el que declara que está dispuesto á cumplir la obligación no debe daños y perjuicios, porque no está en mora. Creemos que debe sostenerse la opinión de Pothier. La cuestión es, sin embargo, controvertida, y hay alguna duda. Los codeudores, dicen, están obligados conjuntamente al total de la obligación; de donde se sigue que la demora de uno constituye en mora á los otros. No admitimos ni el principio ni la consecuencia. Cada uno de los deudores debe, es cierto, la cosa por el total, pero no la debe porque esté obligado, pues ningún la-

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 543, núm. 606.

zo de obligación hay entre los diversos deudores; éstos, por tanto, no están obligados conjuntamente, no son entre sí asociados ni mandatarios, y, por tanto, uno no debe responder del hecho de otro. Se insiste diciendo que los ofrecimientos hechos por uno de los deudores son insuficientes, puesto que á pesar de ellos, la obligación no puede cumplirse. Sin duda, pero se trata de saber quién es el responsable de la falta de cumplimiento; ¿cómo ha de condenarse á daños y perjuicios por falta de cumplimiento al que quiere cumplir la obligación? Se responde: porque el que ofrece cumplirla no satisface la obligación, lo que basta para justificar los daños y perjuicios. Esto no es exacto; no basta la falta de cumplimiento, se requiere que sea imputable al deudor, y no lo es si no está en culpa ó en mora; y como en el caso no háy ni culpa ni mora, esto nos parece decisivo. (1)

392. El acreedor no persigue mas que á un solo deudor. En los términos del art. 1,225, "el heredero del deudor designado para el cumplimiento total de la obligación, puede pedir un plazo para llevar al juicio á sus coherederos." ¿Cuál es el objeto de llevarles al juicio? Un actor responde que se trata de la excepción dilatoria de garantía arreglada por el Código de procedimientos (art. 175 y siguientes.) (2) Es cierto que el deudor de una obligación indivisible puede invocar el art. 175, porque si es condenado solo, tiene una acción de indemnización contra sus coherederos (art. 1,225), estos son, pues, sus garantes, y por consiguiente, puede llamarles al juicio, en garantía. El mo

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 334. En el mismo sentido, Marcadé, t. IV, pág. 499, art. 1 225, núm. 2. Mourlón, t. II, página 579. Larombière t. II, pág. 795, art. 1 225, núm. 9 (Ed. B., t. II, página 116). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 52 y nota 20. Colmet de Santerre, t. V, pág. V. pág. 282, núm. 160 bis, IV. Demolombe, t. XXVI, pág. 544, núms. 608 y 609.

2 Rodière, *De la solidaridad y de la indivisibilidad*, núm. 367, página 288.

tivo de la duda que nos detuvo en las obligaciones solidarias (núm. 297) no existe en las obligaciones indivisibles; no puede decirse del deudor perseguido por el total de la obligación, que está obligado á cumplirla como si fuese el único deudor, porque no ha contraído obligación por el total; si el acreedor puede demandarle es solamente por razón de la indivisibilidad de la cosa debida, y no estando obligado por el todo, nada le impide llevar al juicio á los otros deudores para hacer constar su recurso. ¿Pero el llevarles al juicio no tiene también otro objeto?

Si el derecho de poner en juicio á los coherederos solo tuviese por objeto el recurso de garantía, la disposición del art. 1,225 sería inútil, puesto que este recurso es de derecho común. El texto mismo de la ley prueba que no se trata de una excepción dilatoria.

Hay un caso en que por salvedad, el heredero designado no tiene el derecho de poner en causa á sus coherederos, esto es cuando la deuda es de naturaleza que solo puede ser cumplida por el heredero designado; ¿y qué decide el art. 1,225 en esta hipótesis? El heredero designado, entonces, puede ser condenado solo. Siendo tal la excepción, la regla debe ser que todos los coherederos serán condenados y si lo son todos no pueden serlo sino por su parte hereditaria. La tradición está en este sentido, aunque Pothier no se expresa en términos explícitos sobre la manera que debe ser pronunciada la condenación. Los principios, por lo demás, no dejan duda alguna. Desde que todos los deudores están en causa, deben ser condenados como están obligados, porque el juez no hace más que prestar su autoridad en el cumplimiento de la obligación; y los herederos solo están obligados, cada uno por su parte hereditaria; es, pues, esta parte por la que el juez debe condenarles. Se creó y se dice que es imposible condenar á los herederos á cumplir parcialmente una obligación que no

es susceptible de partes. Esto es evidente; también el acreedor tendrá el derecho de perseguir el cumplimiento total de la obligación contra cada uno de los herederos, y no puede perseguirlos de otra manera. ¿A qué viene entonces, se dirá, el poner en causa á todos los herederos y su condenación? El heredero designado por el total de la obligación encontrará, desde luego, esta ventaja que podrá no ser forzada, de cumplir la obligación, puesto que el acreedor tiene acción contra cada uno de sus coherederos condenados como él, y hay siempre interés en no deber cumplir la obligación por el todo, y en pagar solamente su parte en la indemnización. Si la obligación no es cumplida, se convierte en daños y perjuicios y entonces el acreedor tendrá que dividir su demanda, y no podrá demandar á cada uno de los herederos sino por su parte en la deuda que ha llegado á ser divisible. (1)

393. Cuando la deuda por su naturaleza no puede ser satisfecha más que por el heredero asignado, será condenado sólo sin que sus coherederos tengan que ver en su causa (art. 1,225); más bien dicho, no puede hacer dividir la condenación, mas puede siempre ponerlos en causa para hacer constar su recurso; esto es el derecho común, como lo acabamos de decir (núm. 392). ¿Por qué la ley no permite, en este caso, dividir la condición? El juez no puede condenar á un deudor á cumplir una obligación que está imposibilitado de cumplir, cuando está en causa un deudor que puede cumplirla. Al menos, semejante condenación sería ilusoria. Es más natural y más sencillo condenar por el todo al que puede pagar la deuda, salvo hacer

1 Esta es la opinión común, salvo el disentimiento de Zachariae que sobre este punto es combatido por todos sus editores (Aubry y Rau, t. IV, pág. 51, nota 19, pfo. 301. Massé y Vergé, t. III, página 369, nota 11). Véase Pothier, núms. 330 g 333. Durantón, t. XI, pág. 417, núm. 304. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 280, núms. 160 bis, I y II. Demolombe, t. XXVI, pág. 537, núm. 601 y pág. 539, núm. 602.

constar á un mismo tiempo su recurso contra los otros deudores si los pone en causa, porque de esta manera la ley satisface todos los intereses.

394. Pothier da como ejemplo de la excepción, la deuda de una servidumbre de vista ó de paso, que el difunto prometió imponer á una de sus heredades, la cual fué á poder de uno de sus herederos. No se puede obligar á este heredero á cumplir la obligación, porque una servidumbre no puede ser impuesta mas que por el propietario de la heredad. En este caso, será condenado él solo á la prestación de la servidumbre, salvo su recurso contra sus coherederos, á menos que haya sido cargado por la división del pago total de la deuda. Pothier dá, como ejemplo de la regla, la deuda de una servidumbre que el difunto no estaba obligado á hacer á cualquiera en la heredad de un tercero. Cada uno de los herederos debe arreglarse con el propietario de la heredad, cuando la deuda, por su naturaleza, puede ser pagada por cada uno de ellos. (1) Se vé, por estos ejemplos, que puede ser que jamás se presenten, que esta es materia de pura teoría.

395. Pothier prevee un tercer caso, aquél en que la deuda divisible no puede pagarse mas que conjuntamente por todos los obligados, y dá como ejemplo la deuda de una servidumbre constituida en una heredad común. En este caso, el acreedor debe, necesariamente, demandar contra todos los deudores, copropietarios de la heredad, en la cual debe ser impuesta la servidumbre. Si uno de ellos se rehusa, se le aplicará lo que hemos dicho antes (número 391). (2)

III. Efecto de la indivisibilidad en cuanto á la prescripción.

396. La escritura que interrumpe la prescripción con-

1 Pothier, *De las Obligaciones* núms. 332 y 333.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 334.

tra uno de los deudores, la interrumpe contra todos (artículo 2,249). Se dá como razón que el acreedor, obrando contra uno de los deudores, obra necesariamente por el todo, puesto que no puede obrar por una parte, porque la obligación no es susceptible de partes, conservando, por esto mismo, su derecho por el todo. Diremos después que la razón no es buena.

La escritura de un acreedor de una obligación indivisible que interrumpe la prescripción en provecho de los otros. No hay disposición expresa sobre este punto. Se le admite por argumento *á fortiori* de lo que la ley dice de la "suspensión" de la prescripción.

La prescripción suspendida en provecho del acreedor, por ejemplo, de un menor, se suspende en provecho de todos. No hay regla general sobre este punto; los artículos 709 y 710 contienen aplicaciones de la regla de las servidumbres, y es motivo idéntico para decidirle en el mismo sentido para todo caso de derechos indivisibles.

397. Se ha dicho, con razón, que estas reglas exageran el principio de la indivisibilidad, y se puede decir también que se aplican en falso. El legislador se hace culpable de una confusión que hemos reprochado á la jurisprudencia; asimilando la indivisibilidad y la solidaridad, al menos en lo que concierne á la interrupción de la prescripción. Cuando se trata de una deuda solidaria, se puede decir que la prescripción interrumpida contra uno de los deudores lo es por el total, y que lo es también por el total cuando se interrumpe en favor de uno de los acreedores; en efecto, hay un lago entre los codeudores y los coacreedores, porque son socios y mandatarios unos y otros para conservar la deuda; por consiguiente la deuda conservada en favor de uno de los acreedores, lo es necesariamente en favor de todos, y no se concibe que siendo interrumpida contra uno de los deudores, no lo sea contra todos.

Mas entre acreedores ó deudores de una deuda indivisible no hay ningun lago, ni sociedad, ni mandato; por consiguiente lo que se hace por uno no se considera hecho por todos, ni lo hecho contra uno se considera hecho contra todos.

El motivo dado para justificar el principio admitido en materia de indivisibilidad, no es decisivo. De que una cosa no pueda deberse en parte, se ha concluido, que siendo debida por un deudor ó á un acreedor, necesariamente es debida por todos ó á todos. Esto no es nada menos que necesario. El texto mismo del Código lo prueba. Cuando uno de los acreedores de una deuda indivisible hace remisión del crédito, se podría decir también que hizo remisión de toda la deuda, puesto que esta no es susceptible de partes. Sin embargo, la ley no admite esta teoría, divide la utilidad que resulta de la remisión, en hacerla gozar al deudor, á quien el acreedor la hizo, y mantiene la indivisibilidad en provecho de los otros. También se puede dividir el beneficio que resulta de la prescripción. El crédito puede conservarse por el todo en provecho del acreedor que interrumpió la prescripción; mas obligándole á indemnizar al deudor del valor del derecho que los otros acreedores pierden por la prescripción, y lo mismo si es citado un solo deudor debiendo ser conservada la deuda por el todo con respecto á él, á su cargo, el acreedor debe tener en cuenta las partes que los otros deudores librados por la prescripción habrían soportado en la deuda si quedaron obligados. (1)

Efecto de la indivisibilidad en cuanto á la cosa juzgada.

398. ¿Cuál es el efecto de la cosa juzgada entre uno de

1 Esto es lo advertido por Colmet de Santerre, t. V, pág. 284, núm. 161 bis, I seguido por Demolombe, t. XXVI, pág. 555, número 625. También es este el dictámen de Valette (Moullón, t. II, página 577).

los acreedores y el deudor, y cuál el de la cosa juzgada entre uno de los deudores y el acreedor? Emplazamos el examen de estas cuestiones para tratarlo en el capítulo que es la base de la materia.

V. *Indivisibilidad y solidaridad.*

399. El art. 1,219 dice que la solidaridad estipulada no da á la obligación el carácter de indivisibilidad, y también es preciso decir que una obligación indivisible no es por esto solidaria. (1) La indivisibilidad y la solidaridad tienen, es cierto, un efecto común, el de que cada uno de los deudores está obligado por el total. Mas esta analogía no es una razón para identificar la deuda solidaria y la deuda indivisible, porque difieren en la causa de que proceden, así como en sus efectos, como vamos á decirlo. Aún en lo que concierne á la obligación del deudor de pagar la deuda por el total, hay una diferencia esencial entre la deuda solidaria y la indivisible: está escrito en el texto de la ley. En los términos del art. 1,204, el deudor solidario asignado por el acreedor no puede oponerle el beneficio de división y, por consiguiente, no puede demandar el poner en juicio á sus deudores para hacer dividir la condenación. El art. 1,225 por el contrario, dá al deudor de una deuda indivisible el derecho de poner en causa á sus codeudores con el objeto de hacer dividir la condenación. No debe, pues, decirse, como se dijo en varias sentencias, que los deudores de una deuda indivisible, están obligados solidariamente; la ley no se expresa así, dice que cada uno de ellos está obligado por el total. De ahí se sigue, que cuando una deuda es indivisible, hay interés para el acreedor de estipular la solidaridad puesto que, bajo ciertos aspectos, la solidaridad liga á los deu-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 50, notas 13 y 14, pfo. 301.

dores de una manera más estricta que la indivisibilidad.

400. Decimos que las obligaciones solidarias é indivisibles difieren en cuanto á la causa que les dá nacimiento. Una deuda es indivisible, porque no es susceptible de cumplimiento parcial, sea por su naturaleza, sea por la voluntad de las partes contratantes. Cuando es indivisible por su naturaleza, la voluntad de las partes en nada entra, ni aun podrían hacerla divisible. La solidaridad, por el contrario, depende únicamente de la voluntad de las partes; estipulan ó se obligan solidariamente, y su voluntad debe manifestarse de una manera expresa. Hay, en verdad, una indivisibilidad que resulta de la voluntad de las partes contratantes, esta es, la de obligación. (art. 1,218). Pero aun en este caso hay una diferencia esencial entre la indivisibilidad y la solidaridad; la voluntad de las partes, en el caso del art. 1,218, tiene el efecto de crear una indivisibilidad tan absoluta que la obligación no es ni aun susceptible de división intelectual; en tanto que la obligación solidaria nada tiene de común con la naturaleza de la prestación; la solidaridad consiste, toda entera, en el lazo que une á los deudores y que hace que estén asociados y sean mandatarios los unos de los otros. Nada hay de parecido en la obligación indivisible. Dumoulin expresa esta diferencia en términos que todos los autores repiten, y que deben conocerse por consiguiente: Los deudores de una obligación solidaria é indivisible deben toda la deuda, "totum" y también la deben "totaliter." El art. 1,222 dice que cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado "por el total;" y el art. 1,200 dice que cada uno de los deudores solidarios puede sêr estrechado "por la totalidad;" la expresión es la misma. Los deudores de una obligación indivisible deben también toda la deuda, "totum;" pero no están obligados á pagar el total, no están obligados "totaliter," dice Dumoulin; en

tanto que los deudores solidarios están obligados "totaliter," puesto que la solidaridad resulta de la obligación que han contraído. Siguese de ahí, que hay un lazo entre los deudores solidarios; la ley los llama "codeudores;" y no dá este nombre á los deudores de una obligación indivisible; el art. 1,222 en lugar de decir, cada uno de los "codeudores de una deuda indivisible está obligado por el total, dice: "Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible;" estos son deudores conjuntos en cuanto al lazo de obligación, porque no hay lazo alguno entre ellos. Los deudores solidarios están asociados y son mandatarios unos de otros; los deudores de una deuda indivisible no están ligados por la asociación; no hay palabra que exprese esta conjunción, porque la conjunción no existe; se dice deudores "solidarios," no se dice deudores indivisibles. (1)

401. La solidaridad resulta de la obligación contraída por los deudores, y sus obligaciones son una ley que no les es permitido infringir. Si no pueden cumplirlas, esto no impide que dejen de responder como si estuvieran obligados; y por tanto lo están solidariamente por los daños y perjuicios.

La indivisibilidad resulta de la naturaleza de la cosa debida, aun cuando sea por la voluntad de las partes por lo que la cosa debida se considera como no susceptible de división, aunque sea divisible; si ellos la deben es únicamente porque la cosa ó el hecho no pueden ser prestados parcialmente. Si, pues, la deuda se convierte en daños y perjuicios por efecto de la falta de cumplimiento, cada uno de los deudores solo podrá ser perseguido por su parte, y se librará pagando su parte; la indivisibilidad cesa, puesto que la causa que la ha producido llega á cesar.

1 Compárese Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 322-324. Duranton, t. XI, pág. 343, núm. 266. Mourlón, t. II, pág. 586. Colmet de Santerre, t. V, pág. 260, núm. 155 bis.

402. La cosa debida solidariamente perece por la culpa, ó durante la demora de uno de los deudores solidarios; la obligación se conserva respecto de los otros. ¿Cuál es la razón? El lazo de solidaridad no puede destruirse por el hecho de uno de los deudores; están asociados para conservar la deuda, y, por tanto, el hecho se convierte en el hecho del otro, (art. 1,205.)

Si la cosa debida por varias personas es indivisible, la pérdida que sobrevenga por el hecho de uno de los deudores libra á los otros, pues respecto de ellos es un caso fortuito; no estando ligados por una asociación ni por un mandato, son extraños entre sí, y por tanto, el hecho de uno es para los otros el hecho de un tercero, es decir, un caso fortuito que les libra

403. La constitución en mora de uno de los deudores solidarios, constituye en mora á los otros. Esto es una consecuencia del lazo que les une, el hecho de uno llega á ser el hecho de los otros; no sucede lo mismo en las obligaciones indivisibles. Acabamos de dar la razón.

404. La ley asemeja las obligaciones solidarias y las obligaciones indivisibles en lo que concierne á la interrupción de la prescripción. Pero hay una diferencia cuando la interrupción sobreviene respecto de los herederos. "La interpelación hecha á uno de los herederos de un deudor solidario no interrumpe la prescripción respecto de los otros coherederos, si la obligación no es indivisible." Esto es porque la deuda solidaria se divide entre los herederos, en tanto que la deuda indivisible, queda respecto de los herederos, lo que fué respecto del difunto.

En nuestra opinión, hay otra diferencia entre los créditos solidarios y los créditos indivisibles en lo que se refiere á la suspensión de la prescripción. Esta se suspende en provecho de todos cuando no corre contra uno de los acrees

dores de una deuda indivisible, no sucede lo mismo, en nuestro concepto, en los créditos solidarios, (núm. 264.)

405. Las deudas solidarias se dividen entre los herederos, ya hemos dicho por qué y en qué sentido (núm. 327). Sucede lo contrario respecto de los herederos cuyas deudas indivisibles producen el efecto que las caracteriza, de no poder dividirse, por razón del número de los obligados.

406. Las diferencias entre las obligaciones solidarias y las indivisibles, siendo tan numerosas y tan importantes, es de extrañar que la jurisprudencia las confunda tan frecuentemente. Hay una confusión que se encuentra casi en todas las sentencias; de que los deudores de una obligación indivisible estén obligados por el total, se concluye que están obligados solidariamente. (1) Esta es una inexactitud de lenguaje, más bien que de principios. También debe evitarse, porque hace creer que la indivisibilidad engendra la solidaridad, lo que ciertamente es un error.

Hay sentencias de la Corte de Casación, que llevan la confusión más lejos: el error no está ya en el lenguaje, está en los principios. ¿Cuál es la obligación del tercero detentador de un inmueble hipotecado, en lo que se refiere al pago del precio? ¿Es solidaria ó indivisible? La cuestión así formulada es un verdadero absurdo. ¿Acaso el tercero detentador está "obligado" á alguna cosa? ¿Es porque aquel á quien se llama "tercero" detentador no es deudor personal con ningún título? Sin embargo, se dijo en una sentencia de la Corte de Casación que el tercero detentador que, obligado por el vendedor, niega entregarle el bien vendido, está obligado á cumplir las obligaciones contraídas por el primer comprador, y también á pagar al deudor el precio debido todavía por éste último. Este es un error de

1 Bruselas, 28 de Noviembre de 1806 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,523, I) y un gran número de sentencias. Compárense las sentencias citadas por Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,523).

lenguaje y de principios. El tercero detentador no está obligado más que á dejarse expropiar, pero la ley le dá dos medios de evitar la expropiación: puede, ó abandonar la cosa, ó pagarla. Pagar no es, pues, una "obligación" para él, es una facultad, un derecho de que puede usar ó no usar. Paganado, se pone en lugar del deudor que ha hipotecado el inmueble, ó que le ha gravado con un privilegio. No es en este sentido en el que puede hablar de una obligación á cargo del tercero detentador. ¿Cuál es la naturaleza de ésta? La Corte de Casación responde que es una obligación solidaria. Cree que esta pretendida solidaridad no resulta de una estipulación expresa, como lo exige el art. 1,202, sino que la Corte pretende que resulta de la disposición de la ley. ¿Cuál es esta ley? ¡El art. 1,218! En efecto, el pago del precio, aunque divisible por su naturaleza, no es susceptible de cumplimiento parcial, según la relación bajo la cual está ordenado por la ley. (1)

Aquí la confusión es completa, ¿Que dice el artículo 1,218? ¿Trata la cuestión de la solidaridad? Nó, el artículo trata de la indivisibilidad de obligación; ¿y cuándo existe esta indivisibilidad? ¿Es esta la ley que la establece, como dice la Corte? Son, por el contrario, las partes contratantes quienes por su voluntad hacen indivisible una obligación que por su naturaleza es divisible. La obligación se convierte en este caso, no en solidaridad sino en indivisible, asemejándose á la indivisibilidad absoluta del artículo 1,217. Así, lo que según el texto del Código, es una indivisibilidad convencional, es transformada por la Corte de Casación en una solidaridad establecida por la ley. Y ¡esta extraña sentencia ha sido rendida sobre el informe de Lasagni, uno de los magistrados más distinguidos de la Corte!

1 Denegada casación, 30 de Julio de 1834 (Daloz, palabra *Venta* núm. 1,347).

Podríamos multiplicar nuestras citas, pero para nuestro objeto, esta basta. No es por vía de crítica por lo que nosotros sometemos á la jurisprudencia á una censura severa, es para demostrar á los jóvenes legistas cuál es la importancia de los principios. Así excusamos también un trabajo cuya extensión traspasa muchas veces nuestras provisiones; si nuestros volúmenes se acumulan, es precisamente porque á cada instante tenemos que establecer los verdaderos principios contra la jurisprudencia, y algunas veces contra la doctrina que los desconoce.

Núm. 3. De la indivisibilidad del pago.

I. Casos en que hay indivisibilidad en el pago.

1. De las deudas hipotecarias.

407. El art. 1,220 establece el principio de que la obligación que es susceptible de división, se divide respecto de los herederos del acreedor y del deudor, los cuales no están obligados á pagarla sino por su parte hereditaria. Después el artículo 1221 dice que este principio recibe excepción respecto de los herederos del deudor, en los casos que están enumerados. La primera de estas excepciones se refiere á la deuda hipotecaria; el final del artículo agrega que el heredero que posee el fundo hipotecado á la deuda, puede ser perseguido por el total sobre el fundo hipotecado, salvo el recurso contra sus coherederos. Todos los autores notan que esta primera excepción al principio de la división de las deudas entre los herederos, no es una verdadera excepción. Pothier la explica como sigue: (1) La deuda se divide entre los herederos, en consecuencia no están obligados por la acción personal que resulta de la obligación del difunto, sino por su parte hereditaria; sin

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 300.

embargo, pueden ser perseguidos por la deuda hipotecaria, por el total de esta deuda como poseedores de los bienes que están hipotecados. Si la deuda personal no se divide, no puede decirse que la deuda hipotecaria sea una excepción á la regla de la divisibilidad de las deudas, es mas bien una aplicación de la regla. La hipoteca es indivisible; el que es heredero por un cuarto y detentador de un inmueble hipotecado á la deuda, no puede ser perseguido como heredero del deudor sino por un cuarto, y por tanto, la deuda, aunque hipotecaria, se divide; pero puede ser perseguido por toda la deuda hipotecaria, y si paga su parte hereditaria, puede también ser perseguido por los tres cuartos restantes de la deuda hipotecaria. El número 1 del art. 1,221 es, pues, una aplicación del derecho que la hipoteca dá al acreedor, y no una excepción a la división de las deudas; como deudor, el heredero no puede ser obligado mas que por un cuarto; si puede ser perseguido por toda la deuda hipotecaria, no es como deudor, sino como detentador del inmueble hipotecado; por mejor decir, el acreedor expropia el inmueble entre sus manos; el poseedor puede ponerse al abrigo de esta demanda pagando su parte en la deuda y abandonando el inmueble. (1)

408. Este último punto es controvertido, como lo diremos en el título "De las Hipotecas." Los editores de Zachariæ enseñan lo contrario y pretenden que el objeto del art. 1,221, 1.º, es precisamente decir que el heredero, propietario del inmueble hipotecado, no puede abandonar, aunque pague su parte en la deuda. (2) Esta interpretación de la ley es puramente conjetural, no tiene apoyo alguno en el texto ni en los trabajos preparatorios. Bigot Préameneu explica esta primera excepción como Pothier

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 101 (Loché. tomo VI, pág. 165). Toullier, t. III, 2, pág. 465, núms. 762-764. Duranton, t. XI, pág. 370. núms. 277, 278 y todos los autores.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 54, nota 26 pfo. 301.

lo ha hecho; no dice una palabra de la obligación que tendría el heredero de pagar toda la deuda sin poder abandonar. Esta es una interpretación tan desgraciada, como lo que atribuye al legislador una opinión de que no hay señal alguna ni en la tradición, ni en la discusión. Esta opinión sería una excepción al derecho que tiene todo tercero poseedor; y una disposición excepcional exige un texto formal, no puede basarse en una conjetura; el sentido que M. M. Aubry y Rau dan al art. 1,221 no es otra cosa.

2. *Deuda de una cosa cierta.*

409. Cuando la deuda es de una cosa cierta, el heredero que posee la cosa debida, puede ser perseguido por el total de la cosa debida, salvo el recurso contra sus coherederos. Para que uno de los herederos posea la cosa debida por el difunto, se necesita que haya habido una partición. Se supone, pues, que el difunto fué deudor de una cosa cierta. Si es en virtud de un contrato traslativo de propiedad, tal como una venta, la propiedad ha sido transmitida al acreedor por el solo efecto de la perfección de la venta: no perteneciendo la cosa debida á la herencia, no puede estar comprendida en la partición; si se ha puesto en la parte de un heredero, por error ó por cargo, éste debe hacer la entrega al acreedor. Y este tiene dos acciones, una en reivindicación, que intenta, según el derecho común, contra el poseedor de la cosa que le pertenece. Esta es una acción real de que no habla la ley en el art. 1,221; no puede tratarse de dividir una acción de reivindicación. El acreedor tiene también una acción que nace del contrato, acción personal contra los herederos del deudor; de esta acción es de la que habla el art. 1,221; es divisible puesto que tiene por objeto la entrega de una cosa cierta, lo que forma una deuda divisible, pero la ley la coloca entre las deudas indivisibles, con relación al pago. Es indivisible en el sen-

tido de que el acreedor puede obrar por el total contra el heredero que posee la cosa debida. ¿Por qué le dá la ley este derecho? El orador del Gobierno responde que es para evitar un círculo vicioso de acciones; si el acreedor se dirigiese á los otros herederos, estos tendrían que volverse hácia el otro heredero que es poseedor de la cosa. Es cierto que es más simple y más fácil para el acreedor obrar contra el poseedor de la cosa que inmediatamente puede hacer la entrega. Siempre resalta que la disposición derogaba al principio de la división de las deudas entre los herederos. Aun el que es poseedor de la cosa podría invocar este principio y sostener que no está obligado á la entrega mas que por su parte; y como el acreedor no puede demandar á los otros herederos que le entreguen una cosa que no poseen, su acción contra ellos sería la de daños y perjuicios. Este resultado es contrario á la intención de las partes contratantes y justifica plenamente la decisión de la ley: el acreedor ha estipulado una cosa cierta, á la que tiene derecho porque el cumplimiento de la obligación es posible, puesto que uno de los herederos posee la cosa y puede hacer la entrega; la ley debió, pues, permitir al acreedor demandarle el cumplimiento de la obligación por el total, dejándole á salvo obrar en indemnización contra sus coherederos, suponiendo que en la partición no haya sido cargado con el pago íntegro de la deuda. (1)

410. Pothier dice que los coherederos del que posea la cosa debida no dejan de ser responsables de la obligación del difunto, aún cuando en la escritura de partición esté comprendida la cosa debida en el lote del heredero encargado de pagar la deuda por el total. Son responsables de la deuda como representantes del deudor, y no pueden

1 Exposición de motivos, núm. 101 (Loché, t. VI, pág. 165). Colmet de Santerre, t. V, pág. 266, núm. 157 bis, II. Compárese Duranton XI, pág. 375, núm. 281; pág. 378, núms. 284 y 285.

descargarse de esta obligación personal poniendo la deuda á cargo de un copartícipe. Esto es elemental y resulta que el acreedor conserva su acción dividida contra cada uno de los herederos por su parte hereditaria. Declarando la ley el pago indivisible, dá un derecho al acreedor, que no le impone obligación, y por consiguiente puede dividir su acción si lo juzga conveniente. (1)

411. El art. 1,221 núm. 2, se aplica también al caso en que la deuda consiste en la restitución de una cosa, la cual no tenía el difunto mas que por simple detención. Por ejemplo, dice Pothier, si prestais ó dejais en depósito unos libros, siendo la cosa divisible, la deuda lo es también. Sin embargo, los herederos del difunto á quien los libros fueron confiados estarán obligados á la restitución legal. Haciendo Pothier una excepción en parte, en realidad vuelve á quedar en la excepción del núm. 2 del art. 1,221, porque la ley no distingue á título de que se debe la cosa. En nuestro derecho moderno, el caso de la traslación de la propiedad y el de la restitución de un préstamo se confunden, en el sentido, al menos, que en las dos hipótesis la propiedad pertenece al acreedor, pues se trata solamente de ponerle en posesión, haciendole la entrega ó la restitución de la cosa debida. Es natural que esta obligación sea cumplida por aquel de los herederos que es el único que está obligado como poseedor de la cosa. Los otros herederos, dice Pothier, ganan, puesto que son descargados de la responsabilidad que tenían como representantes del deudor. (2)

412. Si la división no se ha hecho, el art. 1,221 no es más aplicable, puesto que supone que uno de los herederos

1 Exposición de los motivos, núm. 101 (Loaré, t. VI, pág. 165). Colmet de Santerre, t. V, pág. 266. núm. 157 bis, II. Compárese Duranton, t. XI, pág. 375, núm. 281; pág. 378, núms. 284 y 285.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 303.

ros debe poseer la cosa debida; y aún hecha la división esta cosa no será comprendida, de ordinario, en los lotes, porque no puede dividirse lo que no pertenecía al difunto. En estos dos casos, siendo inaplicable la excepción, permanece bajo el imperio de la regla. Siendo la deuda divisible, se dividirá entre los herederos, y el acreedor obrará contra cada uno por su parte hereditaria. (1)

3. Deuda alternativa.

413. El art. 1,221, núm. 3, dice: "Cuando se trata de la deuda alternativa de cosas á elección del acreedor y una es, pues, indivisible, el heredero que posee la cosa debida puede ser demandado por el todo por esta cosa, salvo el recurso contra sus coherederos." He aquí la hipótesis prevista por la ley. El difunto había prometido 1,000 francos ó una servidumbre de paso sobre su predio, quedando reservada la elección al acreedor, de los 1,000 francos ó de la servidumbre, en caso de la muerte del deudor. Eligiendo los 1,000 francos la deuda se haría divisible en cuanto al pago; mas si escoge la servidumbre, su derecho es indivisible, y una obligación indivisible no puede considerarse como escepcional de la divisibilidad. Así, según la elección del acreedor la obligación será divisible por el todo ó indivisible: ¿dónde pues, está la excepción del principio de la división de las deudas divisibles? Tal es la crítica que los autores hacen del texto de la ley que ni siquiera es completa. Se supone que si el acreedor elige la servidumbre, la deuda será indivisible. La translación del derecho real se hace desde el momento en que es determinada la cosa, y lo es por la elección del acreedor; así, pues, desde el instante en que eligió la servidumbre de

1 Durantón, t. XI, pág. 386, núm. 238. Golmet de Santerre, tomo V, pág. 267, núm. 157 bis, II.

paso ésta existe y no puede tratar de constituir la obligación en un derecho indivisible. En esta hipótesis, no hay obligación, y si el acreedor elige los 1000 francos, tendrá una obligación divisible. Esto es lo que hace que la disposición de la ley sea extraña á la materia de la indivisibilidad. Tal parece que la ley carece absolutamente de sentido. (1)

414. Sin embargo, tiene un sentido. El orador del Gobierno lo aplica así: "Si se trata de una deuda alternativa de cosas á la elección del acreedor, y una de ellas es indivisible, *los herederos no podrán reclamar una división* que será contraria al derecho que el acreedor tiene de elegir ó á la elección que haya hecho." No es esto muy claro; se necesita una explicación para comprender lo que dice. Se supone que el acreedor elige la cosa indivisible, ¿tiene el derecho? Tal es la dificultad que resulta del art. 1,221, y queda una ligera duda: ¿podrán los herederos decir al acreedor, que optando por la cosa indivisible pone obstáculo á la aplicación de la regla que prescribe la división de las deudas de los herederos? Esta división debe hacerse desde que es posible, y en el caso lo es, puesto que la obligación comprende una suma de 1,000 francos; eligiendo el acreedor la cosa indivisible, es él quien ha hecho imposible la división. (2) Si se le niega este derecho será una injusticia, porque lo tiene por el convenio, y éste pasa á los herederos, dando el acreedor el derecho contra ellos que tenía contra el difunto; así, pues, puede sin duda alguna, elegir la cosa indivisible. En definitiva, la explicación de Bigot-Prámeneu no explica nada: si la disposición no es un despropósito, al menos es preciso confesar que es inútil.

1 Durantón, t. XI, pág. 387, núm. 289.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 467, núm. 765. Aubry y Rau, t. IV, página 56, nota 32, pfo. 301. Colmet de Santerre, t. V, pág. 268, número 157 bis, IV.

415. Los autores del Código han seguido en esta materia á Pothier, paso á paso, por decirlo así. No sé por qué se desvían de su doctrina en lo que concierne á las obligaciones alternativas. Son indivisibles, con respecto al pago, dice Pothier, en el sentido que aquella de las partes contratantes que tiene la elección, no puede demandar parte de una de las cosas ó parte de la otra, y lo que el deudor ó el acreedor no tienen derecho de hacer, sus herederos tampoco lo tienen. Uno de los herederos, en el ejemplo que hemos dado (nú.m. 413), no podrá, por consiguiente, ofrecer demandar su parte en la deuda de 1,000 francos, y otro de ellos ofrecer ó demandar la constitución de la servidumbre de paso. Será preciso que los herederos del acreedor ó los del deudor, se entiendan para la elección de uno de los objetos comprendidos en la obligación. (1) Volveremos á tratar de lo que se ha dicho sobre las obligaciones alternativas.

4. Casos en que uno de los herederos está encargado del cumplimiento de la obligación.

416. La cuarta excepción comprende el caso en que “uno de los herederos está encargado, sólo por el título, del cumplimiento de la obligación; y este heredero, encargado de pagar la deuda, puede ser perseguido por el total, salvo su recurso contra sus coherederos.” En este caso, la indivisibilidad del pago resulta de la voluntad expresa de las partes contratantes. La voluntad, dice Bigot-Preameneu, de dispensar á su acreedor una división molesta, debe cumplirse, pues la indivisibilidad se estipula para evitar al acreedor las molestias de un pago dividido. Pothier manifiesta algún escrúpulo bajo el punto de vista del derecho; esta cláusula no es contraria al principio que defien-

1 Pothier, núm. 312. Durantón, t. XI, pág. 389, núm. 290.

de de estipular para otro? Las deudas se dividen de pleno derecho entre los herederos del deudor; cada uno debe sólo su parte en la deuda; convenir que uno de ellos estará obligado por una parte mayor que su parte hereditaria, sería estipular que el que es extraño á una deuda puede estar obligado á pagarla: ¿el difunto ha podido hacer semejante promesa? Pothier responde á la objeción, distinguiendo la deuda del pago de la deuda. Sin duda, las partes no podrían, por sus convenios, derogar los derechos á las obligaciones de sus futuros herederos; esto sería, no solamente estipular ó prometer por un tercero, sino hacer un pacto sobre una sucesión futura, y, por tanto, bajo todo aspecto, una cláusula semejante sería nula. Otra cosa sucede con el cumplimiento de la obligación; uno de los herederos no puede ser cargado por el todo, sin que el convenio derogue sus derechos. Su posición sería la misma. Solamente debería pagar la deuda por el total, y ejercer, en seguida, su recurso contra sus coherederos. (1)

417. El convenio asienta que cada heredero estará obligado por el total. ¿Este convenio es válido? Se le admite generalmente y con razón. No se trata más que del pago, y si uno de los herederos puede ser cargado con el pago de toda la deuda, ¿por qué la misma carga no podría ser impuesta á sus coherederos? Esto llegará á dar al acreedor la facultad de perseguir al heredero que quisiera elegir; bien entendido que el que pagase el total de la deuda tendrá su recurso contra sus coherederos. (2)

La Corte de Casación ha juzgado en este sentido, pero con una restricción. ¿Si uno de los herederos acepta bajo beneficio de inventario, podrá, no obstante, estar obligado

1 Pothier, núm. 313. Durantón, t. XI, pág. 395, núm. 295. Colmet de Santerre, t. V, pág. 270, núm. 157 bis, VI. Demolombe, t. 26, pág. 504, núm. 572.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 270, núm. 157 bis, VII. Demolombe, t. XXVI, pág. 505, núm. 574.

por el total? La Corte dijo que esto sería una derogación al beneficio de inventario, es decir, á un beneficio que la ley dá; se necesitaría también una disposición de la ley para que fuese permitido derogarla. (1) Hemos dicho, en otra parte, (t. X, núm. 94) que no es esa nuestra idea.

5. De los casos previstos por el art. 1,221, núm. 5.

418. El art. 1,221, núm. 5, está concebido así: "Cuando resulta, sea por la naturaleza de la obligación, sea por la cosa que es el objeto, sea por el fin que se han propuesto en el contrato, que la intención de los contratantes ha sido que la deuda no pueda cubrirse parcialmente, cada heredero podrá ser perseguido por el total, salvo su recurso contra sus coherederos." Esta disposición, tomada de Pothier, ha sido vivamente criticada; ante todo, deben precisarse á qué se aplica. Es la intención de las partes contratantes la que en los casos previstos por el núm. 5, hace indivisible la deuda con relación al pago. La intención puede manifestarse de una manera expresa; este es el caso del núm. 4: el convenio dice en términos formales, ó se supone que uno de los herederos ó cada uno de ellos, estará obligado á cumplir la obligación por el total. Lo que puede hacerse expresamente, puede también hacerse tácitamente. El art. 1,221, núm. 5, dice en qué casos la intención es tácita. Esta puede, desde luego, resultar de la "naturaleza de la obligación." Pothier no dice lo que entiende por esto, ni pone ningún ejemplo, porque es difícil citar alguno; los que se encuentran en los autores se relacionan más bien con el segundo caso previsto por el número 5. Con el primer caso se puede relacionar una obligación alternativa, en la cual la elección es indivisible; el

1 Denegada casación, Sala Civil, 16 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 128).

acreedor puede rehusarse á recibir una parte de una de las cosas comprendidas, y es preciso, por consiguiente, que todos los herederos se pongan de acuerdo si ellos tienen la elección.

La intención de los contratantes de que la deuda no pueda pagarse parcialmente, puede resultar en segundo lugar de la cosa que es objeto de la obligación, lo cual se presume fácilmente, dice Pothier, cuando la cosa que es objeto del convenio, es susceptible de dividirse imaginariamente, mas no en realidad. Tal sería la deuda de un caballo indeterminado. Esto se presume aun con respecto á cosas que pueden dividirse en partes reales, cuando no pueden serlo sin que resulte un perjuicio para el acreedor. Yo compro una heredad, o la tomo en arrendamiento; aunque esta heredad sea susceptible de partes, sin embargo, uno de los herederos del que me la vendió ó arrendó no estaría obligado á ofrecermé su parte dividida ó indivisa de esta heredad, para cumplir su obligación para conmigo, si sus coherederos no estaban también por su parte, dispuestos á entregarme las suyas; en efecto, la división de la heredad me traería perjuicio, pues yo no la había comprado ó tomado en arrendamiento, sino para tenerla ó gozarla del todo, y no la hubiera comprado ni arrendado en parte. Según el art. 1,221, debe agregarse, que yo puedo perseguir á cada heredero por el total. Notaremos que el ejemplo, así formulado, vuelve á estar comprendido en el núm. 2; debe, pues, suponerse que se trata de una heredad indeterminada, lo que hace muy poco práctica la aplicación.

El fin que los contratantes se han propuesto, puede también impedir el pago parcial aún de las deudas de una de dinero. Por ejemplo, si yo necesito una suma de 10,000 francos para ejercer un pacto de retroventa, y si estipulo con vos esta suma, vuestros herederos no podrán ofrecérmela

en parte, y yo tengo el derecho de demandarla toda á cada uno de ellos, pues un pago parcial no llenaría el objeto que los contratantes se han propuesto. (1)

419. Se vé que la disposición del núm. 5 queda vaga y obscura á pesar de las explicaciones de Pothier. Hay una dificultad más grande. Los términos en que está concebido el art. 1,221 tiene una grande analogía con los términos del art. 1,218. Toullier y Durantón dicen que no ven diferencia alguna. ¿Es posible, dicen, advertir alguna diferencia entre una obligación que es indivisible, porque "la relación bajo la cual ha sido considerada" no la hace susceptible de "cumplimiento parcial" (art. 1,218), y la obligación que es indivisible en cuanto al pago, porque resulta sea "de la naturaleza de la obligación, sea de la naturaleza de la cosa," que es objeto, sea "del fin que se han propuesto," que la intención de los contratantes ha sido "que la deuda no pueda cumplirse parcialmente?" Si las palabras no son las mismas, la idea que expresan es idéntica. De esto resulta una singular confusión: una misma obligación es la que prevén los artículos 1,218 y 1221, núm. 5; y según el art. 1,218, es "indivisible" á tal punto que no es susceptible ni aún de partes intelectuales, y según el art. 1,221 núm. 5, esta misma obligación es "divisible," solamente el pago puede ser perseguido por el total contra cada uno de los herederos del deudor. Así, una misma obligación es al mismo tiempo "indivisible" y "divisible" y produce efectos absolutamente distintos. Esto es contrario y absurdo. (2)

El reproche de contradicción no es merecido. Hay una diferencia entre la obligación del art. 1,221, núm. 5. En

1 Pothier, núm. 315. Colmet de Santerre, t. V, pág. 271, número 257 bis, VIII. Moulón, t. II, pág. 582, V. Aubry y Rau, t. IV, pág. 53, notas 38-41, pfo. 301.

2 Toullier, t. III, 2 pág. 486, núm. 792. Durantón, t. IX, páginas 314, núm. 257, pág. 406, núms. 299-301.

los dos casos, es la voluntad de las partes contratantes la que determina la naturaleza y los efectos de la obligación; pero esta voluntad puede variar. En el caso previsto por el art. 1,218, la voluntad de las partes es que la obligación misma, llegue á ser indivisible, como si lo fuese por su naturaleza. En el caso previsto por el art. 1,221, núm. 5, la voluntad de las partes es que la obligación quede divisible; pero en su intención, el pago no podrá hacerse por parte. (1) La distinción es justa, pero creemos que si es jurídica, en teoría es bastante difícil; en la aplicación supone que en las partes contratantes conocen la diferencia entre la indivisibilidad de obligación y la indivisibilidad de pago, y cuando excelentes criterios, como Toullier y Durantón, se han engañado, ¿cómo se quiere que personas extrañas á la ciencia del derecho comprendan lo que jurisconsultos consumados no han podido comprender? La explicación que hoy día, es generalmente admitida, no hace al legislador el reproche de oscuridad; es cierto que la redacción del art. 1,218 y la del art. 1,221, núm. 5, son casi idénticas, y ahí en donde la ley parece confundir, ¿cómo se quiere que las partes distingan? Porque todo depende de su intención.

II. Efecto de la indivisibilidad de pago.

420. Pothier solo dá un solo efecto á la indivisibilidad de pago. Cuando la obligación es divisible, cada uno de los herederos del deudor puede pagar su parte dividida y el acreedor está obligado á recibirla. Por excepción, los herederos del deudor no pueden ofrecer un pago dividido, en los casos en que hay indivisibilidad de pago; deben arreglarse entre sí para hacer un pago íntegro. ¿Cuál es,

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 57, nota 37, pfo. 301. Colmet de Santerre, t. V, pág. 273, núm. 157 bis, IX y V. Demolombe, t. XXVI, pág. 466, núm. 531 y pág. 471, núm. 534.

en esta teoría, el derecho del acreedor? Puede demandar que los herederos del deudor se pongan de acuerdo para hacerle un pago íntegro, pero no puede perseguir á cada uno de ellos por el total; este derecho solo le pertenece cuando hay indivisibilidad verdadera. (1)

El Código ha derogado el antiguo derecho; el artículo 1,221 es formal, dá al acreedor el derecho de perseguir por el total, tanto á uno de los herederos como á cada uno de ellos; lo que distingue la indivisibilidad de pago de la indivisibilidad propiamente dicha. ¿Cuál es el motivo de esta innovación? Lo ignoramos. La innovación es lógica en el sentido de que la indivisibilidad de pago, siendo una excepción á la división de la deuda, resulta de que la deuda no se divide, de suerte que cada heredero, ó uno de ellos, debe pagar el total; de ahí la consecuencia de que el acreedor puede también perseguir el pago total. Pero aunque lógica, esta consecuencia no deja de ser una excepción, y hay que restringirla en los límites que el texto le señala. Síguese de esto, que la indivisibilidad de pago, solo tiene el efecto que el art. 1,221 le atribuye.

421. La innovación bajo otros conceptos, no es feliz. Parece asemejar la indivisibilidad de pago y la indivisibilidad absoluta, al menos en lo que se refiere al derecho de demanda. ¿Debe concluirse que el heredero perseguido por el total puede llevar al juicio á sus coherederos? El artículo 1,225 dá este derecho al heredero cuando la obligación es indivisible. A primera vista se cree que el heredero debe tener este derecho; con mayor razón, cuando la obligación es divisible y el pago no puede dividirse. La razón es mala. No puede darse á la indivisibilidad de pago los efectos que la ley atribuye á la indivisibilidad absoluta; bajo el punto de vista de los textos, esto no es dudoso. El Código no reconoce la expresión de indivisibilidad de

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 316.

pago; la trata en el capítulo intitulado: "De los efectos de la obligación divisible," y no le dá mas de un solo efecto, el que acabamos de señalar, y ciertamente no es posible extender á las obligaciones divisibles los efectos que la ley atribuye á las obligaciones indivisibles. Esto es decisivo. El espíritu de la ley no deja duda alguna. ¿Por qué el artículo 1,225 permite al heredero designado llevar al juicio á sus coherederos? Esta acción y la condenación que resulta no suponen atentado á los derechos del acreedor; á pesar de la condenación dividida de los herederos, puede perseguir el cumplimiento del fallo por el total, porque es imposible demandar el cumplimiento parcial. No sería lo mismo si el heredero perseguido pudiese llevar al juicio á sus coherederos en el caso previsto por el artículo 1,221, siendo divisible la obligación, la condenación dividida produciría el efecto del cumplimiento dividido, lo que está en oposición con el efecto que la ley atribuye á estas obligaciones; el cumplimiento no puede ser perseguido por el todo, según el art. 1,221, salvo el recurso del heredero que ha pagado el total contra sus coherederos, lo que supone que, perseguido por el total, paga también el total. La acción de llevar al juicio y la condenación dividida no se conciben, pues, cuando se trata de la indivisibilidad de pago. (1)

422. ¿La indivisibilidad del pago tiene efecto con respecto á los herederos del acreedor? La negativa resulta del texto de la ley. Después de haber dicho en el art. 1,220 que la obligación susceptible de división se divide entre los herederos del acreedor y los del deudor, el Código agrega: "El principio establecido en el artículo precedente, tiene *excepción* en cuanto á los *herederos del deudor*."

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 36, nota 35, pfo. 301 y todos los autores, excepto Durantón, t. XI, pág. 401, núm. 297), cuya opinión ha quedado aislada.

(art. 1221). Es decir, que los herederos del acreedor quedan comprendidos en la regla, que es la división. Los créditos del artículo 1221 se dividen, pues, de pleno derecho entre los herederos del acreedor, como toda obligación divisible; así no puede reclamar cada uno de ellos mas que su parte hereditaria en el crédito; mas si el deudor á su vez viene á morir dejando varios herederos, cada heredero del acreedor podrá demandar el pago del total de su parte al heredero que está obligado á pagarle el todo, siguiendo las distinciones hechas por el artículo 1221.

423. Los herederos del deudor no están ligados por ningún lazo, pues la deuda se divide entre ellos según la parte hereditaria de cada uno, y ésta división produce todos sus efectos, salvo la excepción que hace el artículo 1221. De que uno de los herederos ó cada heredero pueda ser demandado por el todo, no se debe concluir que la prescripción es interrumpida por el todo contra todos los deudores, porque esto sería dar una disposición excepcional, lo que no es posible. Todo lo que resulta de los principios, es que el acreedor que obra por el todo contra uno de los herederos, conserva su derecho contra éste; ir más léjos sería traspasar la ley.

El artículo 1249 resiste igualmente á una interpretación extensiva, pues no es aplicable mas que á las obligaciones indivisibles, y el artículo 1221 no dá el nombre de *obligaciones indivisibles* á aquellas que no lo son mas que bajo el punto de vista del pago. Esto decide la cuestión. El acreedor que deja perder su derecho por la prescripción no obrando mas que contra aquel de los herederos que está obligado al pago de toda la deuda, debe tener en cuenta á aquel de la parte de sus coherederos para con los cuales su derecho prescribe, porque el heredero condenado por el todo no tendrá mas recurso contra sus coherederos,

cuando la ley no permite condenarlo por el todo si no es por el beneficio de su recurso; si lo pierde por culpa del acreedor, es justo que este sufra las consecuencias Este punto es controvertido sin embargo. (1)