

otros para estrecharles á contribuir con él al pago de la deuda común. La cuestión es singular. Para que se pueda argumentar por analogía, debe haber el mismo motivo de decidir, y la disposición que se quiere aplicar por analogía, debe ser una regla de derecho común. Y el derecho que el art. 2,032 da al fiador, tiene la naturaleza especial de la fianza; pues esto es un servicio de amigo prestado por el fiador; se concibe, por tanto, que la ley se muestre favorable al fiador; en tanto que es severa para el deudor que recibe un servicio gratuito. La solidaridad, por el contrario, es un acto interesado; ¿por qué uno de los deudores había de tener una acción contra el otro antes de haber pagado? Creemos inútil insistir en demostrar un error que es evidente. (1)

*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. 298 *ter.* Rom, 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. II, pág. 78).

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 jurisconsultos 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 oscura 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 Pothier, *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 teneis 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 ciudad.

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.

tal. No es, pues, necesario que las partes digan que quieren contratar una obligación indivisible; este resulta claramente de su intención. (1)

371. El Código no define la indivisibilidad del pago. Después de haber explicado Pothier lo que se entiende por indivisibilidad absoluta y por indivisibilidad de obligación, agrega que hay una tercera especie de obligaciones indivisibles, las que son *solutione tantum*. (2) Es aquella, dice, que no concierne más que al pago de la obligación y no la obligación misma. Se supone, al contrario, que la obligación es divisible por su naturaleza y por la intención de las partes contratantes; es susceptible de partes, y se debe por parte; mas el acreedor puede exigir el pago del total, cuando el deudor muere dejando varios herederos, porque la indivisibilidad del pago no es, pues, más que una excepción en los efectos que produce la obligación divisible. Hé aquí por qué Pothier dice que la tratará en el artículo en que habla de las obligaciones divisibles, á cuya clase pertenecen desde que las obligaciones no son indivisibles más que en lo que concierne al pago. El Código sigue el mismo orden; en el primer párrafo intitulado "Del efecto de las obligaciones divisibles," trata de la excepción que tienen ciertas obligaciones divisibles, en el sentido de que uno de los herederos puede ser perseguido por el todo. Más lógico que Pothier, el Código no da el nombre de "obligaciones indivisibles" á aquellas que son realmente divisibles y que producen todos los efectos de las obligaciones divisibles, salvo la excepción que acabamos de mencionar.

*Núm. 3. Aplicaciones.*

*I. Indivisibilidad absoluta.*

372. Las colecciones de sentencias, no presentan ningun-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 292.

2 Solución solamente (N. del T.).

na aplicación de los ejemplos dados por los autores de la indivisibilidad absoluta y la indivisibilidad de la obligación, y no es que la palabra "indivisibilidad" no se encuentre en las sentencias, pues por el contrario, se encuentra con mucha frecuencia, sino que siendo la materia muy obscura sucede que los tribunales admiten obligaciones indivisibles con mucha ligereza. Reina una confusión extraordinaria en la jurisprudencia, en lo concerniente á la indivisibilidad, y decididamente aconsejamos á nuestros jóvenes lectores que desconfíen de las sentencias donde encuentren esta palabra.

La primera que hay, es bastante natural. El Código distingue la indivisibilidad absoluta de la indivisibilidad de obligación, no difiriendo más que bajo un solo concepto; una resulta de la naturaleza de la cosa ó del hecho que son objeto de la obligación y la otra existe en virtud de la voluntad de las partes contratantes; por lo demás, producen los mismos efectos. Así se explica la incorrección de una sentencia de la Corte de Casación donde se lee: "Atendiendo que toda obligación que no puede ser susceptible de una ejecución parcial, es indivisible por su naturaleza." (1)

En apoyo de esta definición, la Corte cita el artículo 1,218, y este artículo dice precisamente lo contrario de lo que la Corte le hace decir, porque supone una obligación cuyo objeto es "divisible por su naturaleza" y que es, sin embargo, indivisible por ser esta la voluntad de las partes contratantes. Esto no es más que una incorrección del lenguaje, es cierto, más las cortes y sobre todo, la Corte de Casación debían dar á la expresión de su pensamiento la misma precisión que á su argumento, y sobre todo, no hacer decir á la ley lo contrario de lo que dice. La misma sentencia dice: "Atendiendo que una obligación "indivisi-

1 Denegada casación, 11 de Enero de 1825 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,516).

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 (Dalloz, 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 contraído 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 Gand 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 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 224).