

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-Préameneu 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 55, 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 (núm. 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-Préameneu, 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 algun 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 (Daloz, 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, ó 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 preveen 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. Mourlón, t. II, pág. 582, V. Aubry y Rau, t. IV, pág. 58, notas 38-41, pfo. 301.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 486, núm. 792. Durantón, t. IX, página 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. 35, 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 lejos 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 prescribio, 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)

SECCION VII.—De las obligaciones con cláusula penal.

§ 1º NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. Como se establecen las penas.

424. El art. 1,226 define la obligación penal en estos términos: "La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de un convenio, se obliga á alguna cosa en caso de no cumplirlo." Esta es la pena convencional que las partes contratantes estipulan, como lo dice el art. 1,229, para valuar y determinar los daños y perjuicios á que tiene derecho el acreedor en caso de falta de cumplimiento de la obligación principal. En el fondo es idéntica á la cláusula prevista por el art. 1,152, es decir, á la cláusula de los daños y perjuicios convencionales, que tiene el mismo fin. En cuanto á los términos que las partes emplean para manifestar su voluntad, son indiferentes; puede haber cláusula penal sin que las partes pronuncien la palabra "pena," los jueces del hecho interpretarán la intención de los contratantes.

En una escritura de concesión de mineral de fierro, se dijo: "El adjudicatario extraerá anualmente tal cantidad de mineral que el tributo se eleve al menos á la mitad de la suma de 200 francos. En caso de una extracción mediana ó nula el mínimum del tributo será pagado á título de "daños y perjuicios." Se juzgó que esta cláusula era una obligación penal, puesto que tenía por objeto garantizar el

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 286 y siguientes, núm. 161 bis, III.

cumplimiento de la obligación que el concesionario contrajo de procurar á los cedentes un tributo fijo por año. (1) Esto no es dudoso, puesto que daños y perjuicios convencionales y pena son sinónimas.

Se presentó un caso en que, sin ninguna estipulación de daños y perjuicios ni de pena, se juzgó que había cláusula penal. Un comprador exigió recibo de un suplemento de precio ficticio, como sanción de la obligación contraída por el vendedor de no atacar la venta. En caso de rescisión, se le restituirá un precio superior al que se le debía pagar, lo que constituyó una cláusula penal. (2)

425. Sucede con frecuencia que los tribunales establecen una pena para la parte condenada. El art. 2,263 dice que después de veintiocho años de la fecha del último título, el deudor de una renta puede ser estrechado á hacer á sus expensas un título nuevo á su acreedor ó á sus causahabientes. ¿Cómo asegurar el cumplimiento de esta obligación legal? Se juzgó que á falta de que los deudores proporcionaran un título nuevo en el plazo prescripto por el fallo, el acreedor tendría derecho de demandar el reembolso de la renta; la sentencia dijo que este es un medio de estrechar á los deudores á cumplir la obligación que la ley les impone. No siendo en este caso condenados los deudores á ninguna pena propiamente dicha, quedan libres de no hacer el título nuevo, mas no pueden tener derecho de faltar indefinidamente á una obligación legal; si se obstinan en no cumplirlo, no queda más que resolver el contrato; (3) por mejor decir, los deudores mismos lo rompen. Diremos en el título "De las Rentas" en qué caso puede ser resuelto el contrato por falta de cumplimiento de las

1 Juicio del Tribunal de Namur, 3 de Abril de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 3 144).

2 Denegada casación, 8 de Julio de 1857 (*Dalloz*, 1857, 1, 420).

3 Bruselas, 5 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 199).