

Si pues pagó Pedro, nada podrá repetir de los otros dos: si pagó alguno de estos podrá repetir todo de Pedro sin deducción de su parte. ¿Y si Pedro está insolvente? El que pagó, podrá repetir del otro la mitad de lo pagado, porque se subrogó legalmente en el lugar y derechos del acreedor, según el artículo 1116.

SECCION VII.

DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES É

INDIVISIBLES (1).

PARRAFO PRIMERO.

De la naturaleza de estas obligaciones.

ARTICULO 1071.

La obligación es divisible é indivisible, según que su objeto admita ó no la division

1. La comision dice: que al tratar de la *mancomunidad* examinó detenidamente los diversos sistemas conocidos sobre las obligaciones solidarias é indivisibles, que estas últimas se consignan expresamente en el código francés, y fueron adoptadas en el proyecto de código civil español. Las obligaciones que se llaman indivisibles, importan una verdadera solidaridad, y lo prueba el artículo 1222 francés; de cuyas palabras se deduce que el efecto esencial de la mancomunidad, que es obligar á todos los deudores por el total de la obligación, se encuentra en las llamadas indivisibles, que por tanto no forman un género esencialmente diverso de las mancomunadas. La verdadera diferencia que hay entre unas y otras consiste, no en el efecto, que es el mismo, sino en el origen; pues la solidaridad en las unas nace de la ley, y en las otras del convenio.

Dice tambien la misma comision que procurando penetrar las causas de esa dificultad, ha creido que consistia principalmente en el deseo de conciliar el principio absoluto, admitido en el código francés y en el proyecto español de que la solidaridad nunca se presume sino que *debe ser expresamente estipulada*, con la nulidad de casos en que por la misma naturaleza de las cosas se produce la solidaridad fuera de convenio, y solamente por la voluntad tácita de los contratantes. No siendo, pues cierto en todos casos el principio de que la mancomunidad solo puede establecerse por convenio expreso, y dimanando de él graves dificultades, entre otras la de admitir una nueva especie de obligaciones sin un carácter esencialmente peculiar, se propuso refundir en un solo título la mancomunidad y la indivisibilidad.—N. de los EE.

1217 Frances, 2104 de la Luisiana, 1307: Sardo, 912 de Vaud, 1332 Holandes, 1170 Napolitano.

Nuestro Gómez, al tratar de esta materia en el capítulo 10, tomo 2, "var. resolut." dice que es "subtilissima et de apicibus juris quod omnes alias mirum in modum excedit quod in ejus intelligentia non minus palpita verunt interpretes, quam Hercules in Lerne confictu, quod eat arduum et profundum pelagus, etc."

De ella se trata en las leyes 2, 3, 4 y 85, título 1, libro 45 y en las 41 y 45, título 1, libro 35 del Digesto.

"Stipulationum quædam in dando quædam in faciendo consistunt. Et harum omnium quædam partis prætationem recipiunt" (son divisibles); "veluti cum decem dari stipulamur; quædam non recipiunt ut in his quæ natura divisionem non admittunt; veluti cum viam, iter, actum stipulamur: quædam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, satis stipulationi non fit" (no se satisface, ó cumple la obligación, sino se dan por entero, ó totalmente): "veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lansen aut cuolibet vas".

Tenemos, pues, en esta ley ejemplos de la obligación divisible naturalmente, de la indivisible por naturaleza, y de la que lo es por cuanto, no dándose, ó haciéndose en la totalidad, no se satisface á la obligación, ni á la intencion de las partes.

La misma ley 2, y demas arriba citadas, hacen ver que esta division de las obligaciones comprende, no solo las de dar, sino las de hacer, ó no hacer; y aun se refieren mas especialmente á las segundas, como sujetas por su naturaleza á mayor duda sobre ser ó no divisibles: hacen ver tambien aquellas leyes, que lo dispuesto para estas especies de obligaciones en los contratos, rige igualmente en las que provienen de testamento; *ad opus quod testator fieri jussit*, ley 85.

Yo creo que la ley 2 da una idea general y bastante clara para poder dominar esta materia árida y abstrusa: los largos é ingeniosos comentarios hechos sobre ella por Ju-

risconsultos respetables, como Pothier y otros por él citados (en el capítulo 4, parte 2 *Delas obligaciones*), aunque prueban grande erudicion legal y mucho trabajo y aun que puedan ser útiles para algun caso dado, tienen el inconveniente de borrar, ó oscurecer el concepto sencillo, aunque general que á primera vista arroja dicha ley.

Yo no tengo por necesaria la distincion de la divisibilidad en física ó material, y en "civil" ó propia para el comercio de las cosas, ni la subdistincion de esta en "real é intelectual" á pesar de hacerse mérito de esta última en el artículo 1217, siguiendo á Pothier.

¿Qué tiene que ver el que una cosa pertenezca á muchos *pro indiviso* para que se la califique tan solo de divisible "intelectualmente" La indivision no es la indivisibilidad.

El segundo ejemplo, que pone Pothier de la divisibilidad *intelectual*, es el de un caballo ó una salvilla de plata, que no admittien division real sin destruirse; pero como pueden pertenecer á muchos por partes indivisas, se reputan divisibles *intelectualmente*.

Yo encuentro mucha mayor propiedad y verdad en la citada ley 2, que usa de los mismos ejemplos, precisamente para clasificar esta obligación entre las indivisibles, *quia nisi tota dantur, satis stipulationi non fit*.

El mismo autor siguiendo á Dumoulin hace tres clases de obligaciones indivisibles: Unas lo son *contractu* cuando las cosas por su naturaleza se resisten absolutamente á la division, como son casi todas las servidumbres prediales.

Indivisibles obligatione, las de cosas que pueden ser estipuladas, ó prometidas por parte; pero en la manera con que han sido consideradas por los contrayentes, son algo de indivisible, y no pueden ser debidas por partes.

Pone por ejemplo de estas segundas, la obligación de construir una casa ó un barco; pues aunque yo pueda estipular que uno me haga una parte de la casa ó barco, y otro otra, sin embargo, concebida en térmi-

nos simples y generales; no puede cumplir se por partes, sino dando acabados el barco ó la casa, pues hasta entonces no existen estos, y los contrayentes tuvieron en consideracion, y por objeto ó materia de la obligación el *todo*, consumado ya ó acabado, *quia operis effectus in partes scindi non potest*, ley 85, título 1, libro 45; "Nullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur qui ei propriam formam quæ ex consumptione contingit, non dederit;" ley 8, párrafo 1, título 2, libro 35 del Digesto; lo que tambien se repite en la 41 y 45, título 2, del mismo libro: y en la 5, párrafo 1, título 15, libro 50. "Opere locato, conducto, significatur ex opere facto corpus aliquod perfectum" es claro, que las indivisibles *contractu* lo son tambien *obligatione*.

Indivisibles "solutione tantum" son las de cosas que por sí mismas admiten division, y pueden ser debidas por partes, bien á los diferentes herederos del acreedor; bien por los diferentes herederos del deudor y sin embargo, no pueden ser pagadas por partes; ejemplo

Uno que debia alternativamente cierta casa determinada, ó la cantidad de cuarenta mil reales, muere dejando dos herederos. No podrá uno de estos dar veinte mil reales y el otro la mitad de la casa: el pago se ha de hacer por los dos en toda la cantidad, ó en toda la casa: de otro modo seria perjudicado el acreedor.

Lo mismo sucede en la obligación de cosas indeterminadas. Si el difunto me era deudor de una fanega de tierra indeterminada, no podrá un heredero darme media fanega aquí, y el otro otra media en otra parte: yo tengo derecho á una entera, y saldria perjudicado pagándoseme en dos mitades.

Finalmente, la intencion de las partes surte siempre el mismo efecto.

Yo he tomado en arriendo cierta heredad. Aunque esta es de suyo divisible, no se cumplirá con la obligación ó arriendo, ofreciéndome uno de los herederos su parte indivisa, ó ya dividida en la misma heredad; es preciso que todos hagan lo mismo: el

arriendo fué de la totalidad, y de otro modo no la habria yo tomado.

Si por una transaccion os habeis obligado á pagarme dos mil duros con espresa declaracion de que eran para librarne del apremio personal que yo sufría, como deudor de igual suma, no cumplirá (aun por Derecho Romano) uno de vuestros herederos pagándome su parte, pues con esto no se llena el objeto, ó fin del contrato, que fué librarne del apremio.

He recapitulado fielmente los largos comentarios de aquellos célebres Jurisconsultos, y me afirmo de nuevo en que es preferible á todos ellos, por su concision y claridad, el simple y sencillo testo de la citada ley 2, Romana que encierra en solós dos párrafos, ó por mejor decir, en uno solo toda la doctrina de esta difícil materia, y los principios ó llaves para decidir con acierto en todos los casos: el párrafo 1, abraza y deslinda las obligaciones indivisibles *contractu obligatione, et in solutione*: las dos últimas especies no son en realidad sino una sola, á saber: la de las que *partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, satis stipulatione non fit*, no cumpliéndose en la totalidad, no se satisface á la estipulacion, ni á la intencion de los contrayentes.

ARTICULO 1072.

La obligacion será indivisible, aun cuando la cosa que forme su objeto pueda dividirse, siempre que la naturaleza del contrato y la intencion de los contrayentes no permitieren la ejecucion parcial.

1218 Frances, 1171 Napolitano, 1308 Sardo, 1333 Holandes, 2105 de la Luisiana.

Lo espuesto en el artículo anterior escusa de todo comentario en este: suele ponerse por ejemplo el arriba citado de construir una casa, y lo mismo será de toda obligacion de cosa que, dividida, no serviría para su destino.

Rogron copia un fallo del tribunal de Casacion por el que se consideró tambien como indivisible la obligacion á reparar los daños ocasionados por la aglomeracion de

los vapores procedentes de algunas fábricas insalubres, que pertenecian á diversos propietarios; y de consiguiente como justa y legal la condenacion mancomunada de todos los dueños á la reparacion.

PARRAFO II.

De los efectos de las obligaciones divisibles

ARTICULO 1073.

Aun cuando una obligacion fuere por su naturaleza divisible, el deudor deberá cumplirla como indivisible, á no haber pacto en contrario.

Es la primera parte del 1220 Frances, 1173 Napolitano, 1310 Sardo, 1335 Holandes, 2107 de la Luisiana.

"Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio, neque defensio contingere potest". ley 4, al fin, título 1, libro 45 del Digesto, despues de haber establecido lo contrario en los herederos respecto de las obligaciones divisibles "Ex parte promissoris nunquam dividetur stipulatio in exemplis superius adductis," dice Gotofredo, número 84, sobre aquella ley "Prout quidque contractum est, ita et solvi debet;" ley 80, título 3, libro 46 del Digesto; el deudor lo es del todo y debe pagar *semel et totum*.

Pero esto que es cierto cuando hay un solo deudor, deja de serlo cuando hay dos ó mas obligados simplemente ó lo que es lo mismo por partes iguales; la disposicion de este artículo obrará entonces únicamente respecto de la parte á que cada uno quedó obligado, ó por la obligacion simple, ó por pacto especial: vé los artículos 1093 y 1094.

ARTICULO 1074.

Cuando haya dos ó mas herederos, las deudas y obligaciones del difunto se pagarán con arreglo á lo dispuesto en el título 3 de este libro.

Ve en los artículos de la referencia los motivos de esta inovacion contraria al derecho Romano y Patrio, y á la segunda parte de los artículos extranjeros citados en el anterior.

PARRAFO III.

De los efectos de las obligaciones indivisibles

ARTICULO 1075.

El que hubiere contraído juntamente con otro una obligacion indivisible, estará obligado por la totalidad, aun cuando no se hubiere pactado la mancomunidad. Esta disposicion es aplicable á los herederos del que contrajo una obligacion indivisible.

1222 y 1223 Frances, 2109 y 2110 de la Luisiana, 1312 y 1313 Sardos, 1337 y 1338 Holandeses, 1175 y 1176 Napolitanos: lo mismo el 913 de Vaud, aunque no espresa sino á los mismos deudores, y concede al que pagó accion para repetir contra cada uno de los otros su parte proporcional en el valor de la cosa.

"Ea quæ in partes dividi non possunt, singula á singulis hæsedibus debentur;" la 192 de regulis juris. "Ex his igitur stipulationibus ne hæredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint. Non enim ex persona hæredum conditio obligationis inmutatur Idemque est in ipso promissore," ley 2, párrafos 2 y 4, título 1, libro 45 del Digesto.

La ley misma nos da los motivos de esta disposicion, *ex persona hæredum, etc.* La indivisibilidad de la obligacion surte necesariamente entre los mismos co-deudores todos los efectos de la mancomunidad, al paso que esta, aun en el caso de haberse estipulado, no da á la obligacion el carácter y efectos de indivisible.

Esta misma razon obra en los herederos del deudor, y aun en los herederos de los herederos, si los hubiera: en una palabra, el pago ó cumplimiento de la totalidad es una consecuencia inmediata y de necesidad, bien provenga esta de la naturaleza de la obligacion, bien de la intencion de las partes; y esto, que regia aun en Derecho Romano y demas Códigos, es todavía mas congruente á la innovacion, de que hago mérito en el artículo anterior por referencia.

ARTICULO 1076.

Cada uno de los herederos del acreedor pue-

de exigir el total cumplimiento de la obligacion indivisible; pero no puede remitir la obligacion ni recibir el precio en lugar de la cosa, y si lo hiciere, sus coherederos podrán reclamar el cumplimiento de la obligacion indivisible, abonando al deudor la parte que correspondia al heredero que hizo la remision ó recibió el precio.

1224 Frances, 1177 Napolitano, 1314 Sardo 1339 Holandes, 2110 de la Luisiana.

El total cumplimiento: es un efecto necesario de la *indivisibilidad* en los herederos del acreedor, como lo es en los del deudor: la cosa no puede ser debida en parte, puesto que no es susceptible de ellas "in partes scindi non potest." Asi, habiéndose obligado uno á constituirme servidumbre de paso por una heredad suya en beneficio de otra mia, cada uno de mis herederos podrá pedirla por entero, ley 2, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto.

No puede remitir la obligacion, ni recibir el precio, etc. Parece envolver contradiccion con el artículo 1064 que habla de acreedores mancomunados: he aqui las razones de esta diferencia, aunque no es facil darlas con toda claridad.

En el caso de indivisibilidad, deben toda la cosa todos los deudores y sus herederos, y se debe toda á todos los acreedores y los suyos por un efecto de necesidad; puesto que la indivisibilidad es una *calidad* real, inherente á la obligacion y á la cosa debida, ¿cómo pedir y dar por partes lo que no es susceptible de ellas?

Pero ni los primeros deben la cosa *totaliter*, ni los segundos son acreedores *totaliter* de ella. Cada uno de los acreedores, ó de los herederos de un acreedor tiene en la cosa indivisible, un derecho de propiedad de que no puede ser despojado sin su hecho y consentimiento.

Asi, en los casos de remision, ó venta, de que habla el artículo, el despojado puede ejercer su derecho, y pedir al deudor toda la cosa, pero abonándole la parte de precio que correspondia en ella al que hizo la remision ó venta; pues la cosa debida, aunque indivisible en sí misma, tiene un valor ó es-

timacion que es divisible, y al que es preciso recurrir en estos casos para conciliar con la equidad todos los derechos, tanto de los coherederos del deudor, como del acreedor.

Y aunque el deudor ofrezca al co-heredero, que no remitió ó vendió su derecho, la parte proporcional del precio de la cosa, podrá el co-heredero reclamarla con el abono prevenido en el artículo, porque es acreedor de la cosa misma y no ha podido ser perjudicado en este derecho.

Lo mismo se observará, cuando el deudor de cosa indivisible herede por mitad al acreedor: el otro co-heredero podrá reclamarle su cosa, abonándole la mitad de su estimacion.

La mancomunidad, por el contrario, como que no procede de la naturaleza misma de la cosa, sino de un hecho personal á los que quisieron quedar obligados al todo, ó adquirir derecho para exigirlo, hace que deudores y acreedores lo sean respectivamente del todo y *totaliter*; esto se hará mas perceptible con un ejemplo.

Dos empresarios se obligaron simplemente á construirme una casa: la obligacion es indivisible con arreglo al artículo 1072; los dos, y cada uno de ellos, quedan obligados al todo; es decir, á darme la casa acabada: es un efecto necesario de la indivisibilidad.

Pero, si por la inejecucion de la obligacion primitiva, se convierte esta en la secundaria de resarcir los daños é intereses, no podré pedirlos sino por mitad á cada uno de los empresarios, porque cesó la indivisibilidad ó calidad real, y la obligacion fué simple, no mancomunada: *aliud est debere totum, aliud debere totaliter*.

En el caso propuesto, si los empresarios se obligaron de mancomun, podré reclamar de cada uno por entero los daños é intereses, porque la mancomunidad es obra exclusiva del hecho personal de los contrayentes que quisieron quedar obligados siempre al todo y *totaliter*.

Basta de esta metafisica materia: Pothier y los por él citados, así como nuestro Gomez, la tratan con mayor estension y podrán ser consultados cuando haya necesidad.

ARTICULO 1077.

El heredero del deudor á quien se haya reclamado la totalidad de la obligacion, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio á sus co-herederos, á fin de que estos puedan ser condenados á su cumplimiento á no ser que la obligacion por su naturaleza no pueda cumplirse mas que por el heredero demandado, en cuyo caso podrá ser condenado solo, salvo su derecho á repetir contra los demás por la parte que les corresponda.

1225 Frances, 1178 Napolitano, 1315 Sardo, 2111 de la Luisiana; el 913 de Vaud concede al que ha pagado el recurso contra los co-deudores, y calla sobre lo demas. Concuerta nuestro artículo con las leyes 11, párrafo 23, libro 32, y la 2, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto.

En armonía con lo que he espuesto en el artículo anterior, se dice sobre este en el discurso 59 Frances. "Así como cada coheredero del acreedor no es propietario de la totalidad de la cosa, tampoco debe la totalidad cada co-heredero del deudor, aunque no pueda pagarla parcialmente. Los derechos del acreedor y los del coheredero demandado se conciliarán concediendo al segundo un plazo para traer al juicio á sus co-herederos. Si la deuda es de tal naturaleza, que no pueda ser satisfecha, sino por el heredero no demandado, no se dilatará la condenacion contra él solo; pero tendrá recurso contra los co-herederos para que le indemnizen.

Si la obligacion es tal, que no pueda ser cumplida sino por todos conjuntamente, es claro que no podrá dirigirse la accion contra uno solo"

Fácil es formarse ejemplos del primer caso de este artículo: el segundo se verifica siempre que la deuda sea de un cuerpo cierto y determinado, que existe en poder del demandado.

Adviértase, que en las obligaciones mancomunadas no puede el co-deudor demandado pedir nunca término para emplazar á sus co-deudores, porque cada uno de ellos debe *totum et totaliter*.

ARTICULO 1078.

Cuando por no cumplirse la obligacion indivisible, se estimare el interés del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente de ella todos los deudores principales.

La responsabilidad de los herederos del que contrajo la obligacion indivisible, se regirá por el artículo 932.

Pero los que no se hayan opuesto al cumplimiento, podrán repetir daños y perjuicios de aquel que lo resistió.

La indivisibilidad de la obligacion lleva consigo la de pagar la totalidad ó la mancomunidad sin necesidad de pacto segun el artículo 1075, los deudores no pueden por su hecho propio ó falta de cumplimiento libertarse de la mancomunidad, aunque por la misma causa se haya convertido necesariamente la obligacion primitiva en otra de cantidad determinada.

Esto es por lo que hace al acreedor; pero una vez satisfecho este, el deudor culpable responde á los otros de los daños ó perjuicios que les haya ocasionado por su resistencia al cumplimiento, segun el artículo 111.

Sobre la responsabilidad de los herederos, vé lo dispuesto y espuesto en el artículo 932.

SECCION VIII.

DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.

ARTICULO 1079.

Hay obligacion con cláusula penal, cuando el deudor se compromete á dar ó hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligacion principal (1).

1126 Frances, 1179 Napolitano, 914 de Vaud, 1316 Sardo, 1340 Holandes, 2113 de la Luisiana, 292 Prusiano, título 5, parte 1: nuestra definicion se acerca mas á la del artículo 2114 de la Luisiana.

1. Pueden los contrayentes estipular cierta prestacion como pena del no cumplimiento del contrato. En este caso no habrá lugar á la reclamacion por daños ó perjuicios.—La cláusula penal no puede exceder en valor ni en cuantía á la obligacion principal.—Art. 1428 y 1430, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

TOM. III.

Concuerta con la ley 71, y la 137, párrafo 7, título 1, libro 45 del Digesto, y los párrafos 18 y 20, título 20, libro 3, Instituciones, y con la 34, título 11, Partida 5.

La cláusula penal tiene por objeto asegurar la ejecucion del contrato, ó obligacion principal, y es accesoria de esta: cualquiera puede formarse ejemplos de ella.

ARTICULO 1080.

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligacion principal. La nulidad de la obligacion principal lleva consigo la de la cláusula penal (1).

1227 Frances, 1180 Napolitano, 915 de Vaud, 1317 Sardo, 1341 Holandes, 2115 y 2119 de la Luisiana.

"Si stipulatus sum te sisti; nisi steteris Hypocentaurum dari: perinde erit atque si te sisti solum modo stipulatus essem," ley 97: "Detracta prima stipulatione, permanet utilis" ley 126, título 1, libro 45 del Digesto. "Cum principalis causa non consistit ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent;" 129, párrafo 1, y 178 de *regulis juris*. Las 61 y 69 del dicho título 1 disponen lo mismo de la pena impuesta en una obligacion nula por ser torpe ó imposible.

Lo mismo se establece en la ley 38, título 11, Partida 5, pues, aunque al principio de ella se dice: "Vale la pena magüer la promision non sea valedera," se refiere en esto únicamente á los párrafos 18 y 20, título 20, libro 3, Instituciones. "Si quis ita stipuletur, Titio dari, nihil agit. Sed si adjecerit pœnam, nisi dederis, tot aureos dare sponde? Tunc committitur stipulatio." En el párrafo 20 se dispone lo mismo para el caso contrario. "Qui alium facturum promissit, non tenetur, nisi pœnam ipse promiserit."

Atendido nuestro artículo 977, debe valer con mayoría de razon la pena en ambos casos, porque en uno y otro se declara válida la obligacion principal.

1. La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; mas la nulidad de ésta no importa la de aquel.—Art. 1429, tit. 1, lib. 3, cap. 5, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

12