



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Las obligaciones indivisibles en el código civil español: el régimen jurídico de la indivisibilidad de la obligación

Santiago Espiau Espiau

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL:  
EL REGIMEN JURIDICO DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA  
OBLIGACION.

TESIS DOCTORAL  
de  
Santiago ESPIAU ESPIAU

Dirigida por el Profesor Agregado de Derecho civil  
Dr. D. Fernando BADOSA COLL

Facultad de Derecho  
Universidad de Barcelona

1.982

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0700895342

2.2. No es argumento en contra de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible por nuestro C.c. el art. 1137 del mismo.

El art. 1137 C.c., se ha afirmado (1), impide la consideración de que en nuestro Derecho, siendo indivisible la obligación y concurriendo en ella una pluralidad de acreedores o deudores, cada uno de aquéllos tenga derecho al todo y cada uno de éstos lo deba, pues para que esto ocurra es necesario que la obligación se haya constituido con el carácter de solidaria. "Sólo habrá lugar a esto --dice, en efecto, el art. 1137 C.c. en su inciso final-- cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria".

Ahora bien, presupuesto que nuestro C.c. admita la posibilidad de que el cumplimiento de la obligación indivisible pueda ser reclamado por uno cualquiera de los acreedores a uno cualquiera de los deudores, el art. 1137

C.c. no sería un obstáculo a esa consideración. La cuestión que plantea el inciso final de dicho precepto en relación a la obligación indivisible no es, por otra parte, ciertamente nueva. Se había presentado ya en el Derecho justinianeo, con la promulgación de la constitución "Authentica hoc ita", C. 8.40.2, que establecía que la existencia de la solidaridad requiere que ésta se pacte expresamente (2).

Al preguntarse de qué modo afectaba ello a las obligaciones indivisibles, la Glosa entendió "quod olim in individuis contrahebatur obligatio insolidum ipso iure. Hodie non contrahitur, nisi agatur expresse per ista iura nova" (3). Pero ya CYNOPSIS DE PISTOIA mantendrá la opinión contraria: "Ubicumque ratione facti individui, vel obligationes individuae 1. olim obligabat plures reos in solidum, etiam hodie obligabat: non tamen facit eos plures reos debendi, nisi hoc agatur. Et istud olim et hodie locum habet, cum ...circa modum constituendae obligationis duorum reorum, nihil sit hodie innovatum...Aliud est enim plures teneri in solidum, et aliud plures esse reos debendi in solidum" (4). En el mismo sentido, siglos más tarde, se manifestará MOLINUS: "Aliud quem teneri ad totum --dirá (5)--, aliud teneri totaliter"; "la solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria" (6), se repetirá en el

período codificador. Las reglas que hacen referencia a las obligaciones solidarias, sería, en definitiva, la conclusión, no hacen necesariamente referencia a las obligaciones indivisibles ni, en concreto, el art. 1137 C.c. es aplicable a ellas. Los acreedores o deudores de una obligación indivisible, aún siéndolo cada uno de ellos de toda la prestación, no son, por esto, acreedores o deudores solidarios; para que lo sean es necesario --y esto es lo que nos dice el art. 1137 C.c.-- algo más: que "la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria".

El sentido último del art. 1137 C.c. no es, pues, tanto disponer que para que pueda reclamarse el íntegro cumplimiento de la obligación por cualquier acreedor a cualquier deudor ésta debe constituirse como solidaria, cuanto establecer que para que exista solidaridad (legitimación por el todo, no sólo en relación a la exigibilidad del cumplimiento, sino en relación a la total posición jurídica: arts. 1142, 1143, 1144 y 1145 C.c.) la obligación ha de constituirse expresamente con tal carácter (7).

El art. 1137 C.c. presenta un doble contenido: por una parte, configura, por vía negativa, el régimen de la solidaridad; por otra, establece un principio limitador de la misma: la solidaridad no se produce por el mero hecho de concurrir dos o más acreedores o dos o más deudores en una

sola obligación, sino que, además, se requiere que ésta expresamente lo determine. El segundo inciso del art. 1137 C.c., por tanto, limita al primero, pero sólo en cuanto éste sea reconducible a aquél. O, dicho de otro modo: al disponer el art. 1137 C.c. que sólo habrá lugar a que cada uno de los acreedores tenga derecho a pedir o que cada uno de los deudores deba prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación cuando ésta se constituya con el carácter de solidaria, no sólo se limita esa posibilidad, sino también el alcance de la propia limitación. Esta, en efecto, sólo actuará cuando la legitimación por el todo pueda derivar del carácter con el que la obligación se constituya, pero no cuando obedezca a otra causa: el principio limitador de la solidaridad no puede extenderse a otros ámbitos de legitimación por el todo que no sean los propios de aquélla. El art. 1137 C.c., por consiguiente, limita en su segundo inciso la legitimación por el todo que pueda originarse de la constitución de la obligación --que únicamente surgirá cuando expresamente se constituya ésta con el carácter de solidaria-- pero no puede limitar, puesto que no se refiere a ella, a la que se origine en la indivisibilidad de la prestación. Lo que realmente limita el segundo inciso del art. 1137 C.c. es la legitimación por el todo que sea manifestación de solidaridad; no la legiti-

mación por el todo manifestación del carácter indivisible de la prestación.

Siendo el sentido último del art. 1137 C.c. in fine la limitación de la solidaridad, su finalidad en relación al primer inciso del precepto no es la de excluir la posibilidad de que cada acreedor pueda reclamar y cada deudor deba prestar el todo sino en cuanto tal posibilidad sea reflejo de la legitimación exclusiva y excluyente sobre la propia titularidad que la solidaridad comporta. Porque, si bien es cierto que el art. 1137 C.c. principio configura el régimen de la solidaridad, sólo lo hace parcialmente. Que cada uno de los acreedores tenga derecho a pedir o cada uno de los deudores deba prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación, no constituye la esencia de la solidaridad, sino que es una consecuencia de lo que realmente la constituye. El artículo clave en materia de solidaridad es, a mi juicio, el art. 1143 C.c., en cuanto revela la legitimación exclusiva y excluyente que sobre la propia titularidad otorga la solidaridad: y es en virtud de ella por la que cualquier acreedor o cualquier deudor está legitimado para reclamar o prestar la íntegra prestación.

El acreedor o el deudor de una obligación indivisible, en cambio, está vinculado a su íntegra realización simplemente porque ésta, desde un punto de vista meramente mate-

rial, no es susceptible de ser ejecutada por partes; pero, en ningún caso, ostenta una legitimación exclusiva y excluyente sobre su propia titularidad: para ello sería necesario que, además, la obligación se hubiese establecido en régimen de solidaridad. Indivisibilidad y solidaridad, aún cuando se asemejen en cuanto a la legitimación que en relación al cumplimiento deriva de una y otra, operan a distintos niveles (8). Por eso, una disposición que exija la constitución expresa de la solidaridad no afecta a la legitimación que, siendo indivisible la obligación, cada acreedor o cada deudor ostenta por el todo, pues ésta se impone por la misma naturaleza de las cosas, al margen de toda disposición legal, la cual, caso de existir, no haría más que reconocer una situación de hecho (9). Y por eso, el art. 1137 C.c. no es un argumento en contra de la admisibilidad de una tal legitimación en nuestro Derecho.

Por lo demás, prueba de que el art. 1137 C.c. no es obstáculo a la legitimación por el todo característica de la obligación indivisible, la tenemos en todos aquellos ordenamientos en los que, regulada expresamente esa legitimación, se acogen igualmente preceptos del mismo tenor del de aquél, sin que su conciliación con dicha legitimación plantee problema alguno (10).

Pero es que, a mayor abundamiento, la crítica al art. 1137 C.c. como argumento en contra de la admisión por nuestro Código del régimen tradicional de la obligación indivisible puede realizarse, también, desde otro punto de vista. En efecto, puede afirmarse que, tal y como está redactado, el citado precepto parte de la consideración como divisible de la obligación de la que predica la concurrencia de una pluralidad de acreedores o deudores; es más, toda la regulación dedicada a la obligación solidaria en la Sección IV está orientada, a mi juicio, por esa idea.

La conclusión, entonces, es obvia: si el art. 1137 C.c. hace referencia a la obligación solidaria divisible, su inciso final, que condiciona la posibilidad de cada acreedor de reclamar íntegramente a cada deudor las cosas objeto de la obligación a la expresa constitución de ésta como solidaria, en nada afectará a la legitimación por el todo que deriva de la indivisibilidad de la prestación.

Tradicionalmente, la estructura de la solidaridad se ha asentado sobre la base de la divisibilidad de la obligación. Ello no significaba desconocer la posible existencia de obligaciones indivisibles solidarias, puesto que, por

otra parte, solidaridad e indivisibilidad no son incompatibles (11). Pero lo cierto es que la divisibilidad de la prestación parece que permite poner de relieve con mayor nitidez los rasgos de la solidaridad; y, a mi juicio, tampoco debió ser ajena a estas consideraciones la idea de la "división de la obligación" como regla general derivada de la concurrencia de una pluralidad de personas a una obligación, regla general sólo excepcionada si la prestación era indivisible o si la obligación se constituía como solidaria.

Así, MOLINEO, después de afirmar "quod obligatio potest esse dividua, sed nondum divisa" (12), señala que esto ocurre en los supuestos en los que existe solidaridad entre varios deudores, ya que tal circunstancia no comporta "enim eorum obligatio individua est, ut vulgo male putant: sed dividua, quamquam indivisa" (13). También POTHIER (14) configura la obligación solidaria bajo esa perspectiva, y la idea llega hasta el período codificador: aunque, en rigor y por lo que respecta a la solidaridad, la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación es, en principio, irrelevante, implícitamente se admite que es sobre la primera y no sobre la segunda sobre la que se asienta la solidaridad (15).

Nuestro C.c. no constituye excepción a esa configura-

ción. El art. 1772.2 C.c., al contraponer a la "solidaridad" el que "la cosa (debida) no admita división", pone precisamente de relieve que en los supuestos en los que aquélla se da, la cosa debida sí admite división y que, por tanto, la misma se predica de las obligaciones divisibles. Pero es que ya de la propia regulación específica de la obligación solidaria se deduce la misma idea: indicativos de ella son los arts. 1143 C.c. (16) y, sobre todo, 1144 C.c., que admite la posibilidad de que la deuda sea cobrada parcialmente a través de sucesivas reclamaciones a los distintos deudores hasta ser íntegramente satisfechos.

Por lo que respecta al art. 1137 C.c., la divisibilidad de la obligación cuya regulación establece puede afirmarse no sólo en virtud del contexto en el que se inscribe, sino también a partir de su propia redacción: siendo indivisible la obligación y, por lo tanto, no susceptible --por definición-- de cumplimiento parcial, no cabe pensar que exista otra forma de realizar el cumplimiento que no sea "íntegramente"; si, en cambio y siquiera sea con carácter excepcional, éste se impone es, precisamente, porque puede ser llevado a cabo parcialmente. La lectura del inciso final del art. 1137 C.c. en clave de divisibilidad permitiría, pues, explicar el que se diga que "sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine,

constituyéndose con el carácter de solidaria", cuando, en definitiva, "a esto" --necesidad de íntegro cumplimiento y legitimación correspondiente al mismo-- no sólo "habría lugar" cuando la obligación se constituyese como solidaria, sino también cuando la obligación, no constituida con tal carácter, fuese indivisible. "Sólo habrá lugar a que cada uno de los acreedores tenga derecho a pedir o a que cada uno de los deudores deba prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación --vendría a decir el art. 1137 C.c.--, cuando, pese a ser éstas divisibles, aquélla expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria".

## NOTAS

(1) Así, PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en sus anotaciones a la obra de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, "Tratado de Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 465 (ed. 1.933).

(2) "Hoc ita, si pactum fuerit speciale --dispone la citada constitución--, unumquemque teneri in solidum: et si alter inops sit in solidum, vel in partem, ut id saltem de altero petatur, vel si absens sit. Quum enim ambo adsunt, per iudicem producuntur, negotiumque communiter examinatur, et sententia communiter infertur. Quod fiet per administrationem, si iudex sit delegatus. Sin autem non convenit specialiter, ex aequo sustinebunt onus. Sed et si convenit, si tamen ambo praesentes sint et idonei, simul cogendi sunt ad solutionem".

"Esto así, si hubiere habido pacto especial para que cada uno estuviese obligado a la totalidad, y si el uno fuera

insolvente para la totalidad, ó para una parte, ó si estuviera ausente, á fin de que la cosa se le reclame por lo menos al otro. Porque cuando ambos están presentes, se les hace comparecer por el juez, se examina en común el negocio, y se profiere en común la sentencia. Lo que se hará por el administrador, si el juez fuera delegado. Mas si especialmente no se hizo convenio, soportarán por igual la carga. Pero aún si se hizo convenio, si, no obstante, ambos estuvieran presentes y fueran solventes, deben ser obligados juntamente al pago".

Cfr. "Cuerpo del Derecho Civil Romano", versión KRIEGEL, HERMANN, OSENBRÜGEN, trad. cast. GARCIA DEL CORRAL, 2ª Parte, "Código", T. II, p. 362.

(3) Cfr. glo. ad "Authentica hoc ita", en "Codicis Iustiniani Constitutiones imperiales complectentis Libri IX. Priores cum Accursij Commentarijs, et doctissimorum virorum annotationibus", p. 1317.

(4) Cfr. CYNUS PISTORIENSIS, "Cyni Pistoriensis...in Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti Veteris, doctissima commentaria", fol. 509 v.

En el mismo sentido, BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Digesti Novi Partem commentaria", com. ad l. "Cum duo eandem", fols. 71-71 v.; "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Digesti Veteri Partem commentaria", com. ad l. "Rem haereditariam", fol. 198; "Bartoli de Saxoferrato secunda super Codice", com. rub. "De duobus rei stipulandi", nº 7, fol. 111. Igualmente, cfr. GALIAULA, "Repetitio Lanceloti Galiaule...in §Cato. l. IIII. ff. de verb. oblig.", nº 54, fol. 273; DETUS, "Solemnis repetitio §Cato. l. IIII ff. de Verborum obligationibus", nº 306 ss., fols. 308-308 v.

(5) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 112, p. 222.

(6) Art. 668 C.c. de la República Argentina. El art. 1219 Code recogía solamente la primera proposición: "La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité". En el mismo sentido se manifiestan el art. 1203 C.c. italiano de 1.865 y el art. 1525 C.c. de Chile.

El Proyecto de 1.851, en cambio, no contiene disposición alguna al respecto; pero GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", p. 578, al comentar su art. 1075, señalaba que "la indivisibilidad de la obligación 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 obligación el carácter y efectos de indivisible".

(7) "Pour qu'une obligation soit solidaire --dirá POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 262, p. 244--, il ne suffit pas toujours que chacun des débiteurs soit débiteur de toute la chose; ce qui arrive à l'égard de l'obligation indivisible, et non susceptible de parties, quoiqu'elle n'ait pas été contractée solidairement; il faut...que chacun se soit obligé aussi totalement à la prestation de la chose, que s'il eût seul contracté l'obligation".

(8) Vid. infra, pp. 314 ss.

(9) En este sentido, cfr. MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 222, p. 150.

(10) Cfr., así, arts. 1202 C.c. francés; 1188 C.c. italiano de 1.865; 1511.3 C.c. chileno; 701 C.c. argentino, etc.

Tampoco nuestra doctrina consideraba inconciliable la norma de que la solidaridad debe ser expresamente pactada con la legitimación por el todo derivada de la indivisibilidad de la prestación y no necesitada, por tanto, de estipulación especial. Vid., por todos, GUTIERREZ, "Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español", T. IV, pp. 105 ss.; y, ya promulgado el Código, CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, pp. 179 ss.

(11) Vid. infra, pp. 314 ss.

(12) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 9, p. 208.

(13) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 11, p. 208.

(14) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 258 ss., pp. 242 ss.

(15) Quizás el ejemplo más claro de lo que se afirma en el texto lo constituya el art. 1511 del C.c. de la República de Chile: "En jeneral, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligacion de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, i cada uno de los acreedores en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convencion, del testamento o de la lei puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, i entónces la obligacion es solidaria o insolidum. La solidariedad debe ser espresamente declarada

en todos los casos en que no la establece la ley".

(16) En cuanto a la compensación, que el C.c. regula asimismo partiendo de la consideración de las obligaciones respecto de las cuales opera como divisibles: arts. 1196.2º y 1202 C.c.

2.3. No es argumento en contra de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible por nuestro C.c. el art. 1139 del mismo.

Como es sabido, el art. 1139 C.c. establece que "si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta".

La interpretación de tales disposiciones no es fácil y a la dificultad que ellas por sí mismas comportan, deben añadirse las que derivan de una redacción inusual (1) y, sobre todo, de la absoluta carencia de precedentes que puedan contribuir a aclarar su significado. En efecto, el antecedente inmediato del art. 1139 C.c., el art. 1156 del Anteproyecto de 1.882-1.888, del cual aquél es prácticamente transcripción literal (2), aparece calificado por sus

redactores simplemente como "nuevo", sin más referencias que permitan adivinar su origen (3).

En la doctrina se ha generalizado la opinión que entiende que el art. 1139 C.c. se refiere a la obligación mancomunada indivisible, por oposición a lo dispuesto en el art. 1138 C.c. --que se predicaría de la obligación mancomunada divisible-- y que, por consiguiente, "división imposible" es la de la obligación que versa sobre una prestación indivisible (4).

Ahora bien, ocurre que, si parece claro que, presupuesta la conexión entre los arts. 1138 y 1139 C.c., lo que es de "división imposible" en este último lo es por oposición a lo que dispone el anterior, lo que sin embargo puede discutirse es que esa "imposibilidad" derive de la indivisibilidad de la prestación. Es evidente que, por contraposición al art. 1139 C.c., el art. 1138 C.c. se refiere a las obligaciones que podríamos denominar de "división posible". El tenor de dicho precepto --aún cuando pueda resultar ocioso reproducirlo por sobradamente conocido-- es el siguiente: "Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros".

La "presunción" (5) del art. 1138 C.c. abarca dos aspectos diferentes, referido el primero a la propia "división" (6) de la obligación y el segundo a la relación que las partes resultantes de dicha "división" guardan entre sí. Por una parte, concurriendo a la obligación dos o más acreedores o dos o más deudores, el crédito o la deuda se "presumen" divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya; pero, por otra parte, no se presumen divididos de cualquier manera, sino que, a no ser que otra distribución hubiese sido pactada, ésta se presume efectuada por partes iguales.

Por lo que respecta al primer aspecto del "criterio presuntivo" recogido en el art. 1138 C.c., pudiera pensarse que, de algún modo, dicho precepto complementa al art. 1137 C.c. al establecer una presunción de división contraria a la solidaridad. Y, correlativamente, que la noción de mancomunidad se delimita, en nuestro Código, a través de dos puntos de vista: por vía negativa, a través del art. 1137 C.c.; y, por vía positiva, a través del art. 1138 C.c. que, de alguna manera, reafirmaría lo dispuesto por el que le precede (7). Pienso, sin embargo, que uno y otro precepto no se refieren a lo mismo. Si bien es evidente que el art. 1137 C.c. permite configurar la noción de obligación mancomunada como aquélla en la que, concurriendo una pluralidad

de acreedores o deudores, ni cada uno de éstos ni cada uno de aquéllos aparece vinculado a la íntegra realización de la prestación (8), no lo es tanto, sin embargo, que ello sea debido a que el crédito o la deuda se presuman "divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya". El art. 1138 C.c., a mi juicio, no establece tanto una regla general de división de toda obligación a la que concurren dos o más acreedores o dos o más deudores, como una presunción de división "de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior", una vez dilucidado su carácter mancomunado. En otras palabras: establece, no una presunción contraria a la solidaridad, sino, como regla, la presunción de división de la obligación mancomunada, si del texto de la obligación no resulta otra cosa.

¿Y qué "otra cosa" puede resultar del "texto de la obligación"? No puede tratarse de la solidaridad porque el carácter mancomunado de la obligación ha sido ya previamente determinado a través del art. 1137 C.c.; y, además, y según dispone ese mismo precepto, aquélla no deriva del texto de la obligación, sino de que ésta expresamente lo determine, constituyéndose con dicho carácter (9). Lógicamente, entonces, sólo una cosa puede derivar del texto de la obligación que obstaculice la presunción del art. 1138 C.c.: y ella es que la división fuere imposible. Ahora

bien, si la imposibilidad de división resulta del texto de la obligación, el art. 1139 C.c. no puede entenderse referido a la obligación indivisible, puesto que, en ella, tal característica deriva directamente del carácter de la prestación y no hace falta que el texto de la obligación la establezca. El hecho de que sea a través de éste que la imposibilidad de división se verifique y que ello ocurra como excepción a la norma general establecida en el art. 1138 C.c. lleva, en cambio, a la conclusión de que la obligación que contempla el art. 1139 C.c. es una obligación divisible; divisibilidad que, por otro lado, el mismo engarce del precepto con los arts. 1137 y 1138 C.c. pone de relieve (10).

El art. 1139 C.c., en efecto, está encuadrado en la Sección IV, cap. III, tit. I, Libro IV del Código, dedicada a las obligaciones mancomunadas y solidarias, y no en la Sección siguiente, que es la que específicamente se refiere a las obligaciones divisibles e indivisibles. La remisión que a aquéllas efectúa el art. 1149 C.c. no es razón suficiente para justificar tal emplazamiento, puesto que una y otra Sección contemplan el fenómeno obligatorio desde puntos de vista distintos. La Sección V se orienta en torno al "modo" en que la prestación es susceptible de ser materialmente realizada, y de ese "modo"

se predicen las nociones de divisibilidad e indivisibilidad, según aquélla admita o no cumplimiento fraccionado. La Sección IV, en cambio, se refiere a la configuración de la "titularidad colectiva" y a la legitimación necesaria para ejercitarla: de esa legitimación es de la que se predicen, una vez dilucidadas las nociones de solidaridad y mancomunidad, y con relación a esta última, las de "división" e "indivisión" o, para decirlo en palabras del Código, "división imposible". "División imposible" e "indivisibilidad" no son, por lo tanto, conceptos sinónimos (11), sino conceptos que operan a distintos niveles y obedecen a fundamentos diferentes: la "división imposible" lo es, así, a nivel de actuación de la titularidad colectiva; la "indivisibilidad", por el contrario, a nivel de realización de la prestación, a nivel de cumplimiento.

Que la división es imposible por lo que se refiere al ejercicio del crédito o de la deuda es lo que nos está diciendo el art. 1139 C.c. al imponer la necesidad de la actuación colectiva, poniendo de manifiesto que lo que se excluye es, precisamente, la división a nivel de actuación de la titularidad, el ejercicio "dividido" (independiente) de una pluralidad de legitimaciones parciales cuya existencia presupone y que expresamente pone de relieve el inciso

final de dicho artículo.

Este inciso refleja, además, la ausencia de toda conexión entre ellas, de modo que las vicisitudes que afecten a uno de sus titulares no afecten a los demás: la división, "imposible" a nivel de ejercicio de las distintas legitimaciones parciales que se originan a partir de la titularidad colectiva, es, sin embargo, "posible" en cuanto a la propia configuración de ésta (12). Y, junto a todo esto, el inciso final del art. 1139 C.c. es indicativo de algo más: si, siendo uno de los deudores insolvente, "no estarán los demás obligados a suplir su falta", esta disposición lo único que hace es exonerar a los deudores solventes de cubrir la insolvencia de quien no lo sea, pero lo que evidentemente no hace es exonerarles de su propio cumplimiento. La indivisión del art. 1139 C.c., y ello sería inadmisibles si la misma derivase de la indivisibilidad de la prestación, admite, por tanto y puesto que como tal cabe configurar el cumplimiento no dispensado a los deudores solventes, cumplimiento parcial (13). A idéntica conclusión, aunque a través de distinto razonamiento, llega DIEZ PICAZO, para el que la aplicación de la regla contenida en el inciso final del art. 1139 C.c. "sólo será viable cuando objetivamente considerada la división de la prestación resulte posible" (14).

La obligación cuya división es imposible es, pues, una obligación mancomunada objetivamente divisible en la que, sin embargo y a diferencia de lo que en ésta constituye norma, "sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores". El mismo encuadramiento sistemático del art. 1139 C.c. confirma estas afirmaciones, puesto que, es común a todos los ordenamientos jurídicos que contienen una disposición que establezca la "división de la obligación como consecuencia de la concurrencia a la misma de una pluralidad de acreedores o de deudores y de la divisibilidad de su prestación, el limitar, por medio de un precepto colocado inmediatamente a continuación, el alcance de esa "división" en cuanto a su posibilidad de cumplimiento parcial, sin que por ello la obligación pierda su calificación de divisible, y, ni mucho menos, pueda ser considerada como indivisible (15).

Ahora bien, si la obligación de "división imposible" es una obligación divisible, lo que pueda deducirse de un precepto orientado a regularla, en modo alguno --y ello es obvio-- puede ser de aplicación a la obligación indivisible. Y, en consecuencia, debe desecharse el art. 1139 C.c.

como argumento en contra de la adopción por nuestro Código de la regulación tradicional de la obligación indivisible en materia de legitimación en torno a la exigibilidad del cumplimiento obligatorio.

## NOTAS

(1) Términos como "división imposible", "hacer efectiva la deuda", "proceder contra todos los deudores", no son, ciertamente, corrientes en el lenguaje del C.c.

(2) Establece el art. 1156 del Anteproyecto que "si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los obligados. La insolvencia de cualquiera de los deudores será soportada por el acreedor".

Y, en efecto, ni el empleo de la palabra "deudores" por el Código en lugar de "obligados" tiene mayor trascendencia, ni la distinta redacción dada al último inciso del precepto altera la idea en él contenida.

(3) En cualquier caso, puede señalarse la extraordinaria semejanza entre el inciso final del art. 1156 del Anteproyecto de 1.882-1.888 y el art. 694 del C.c. de la República Argentina: "La insolvencia de uno de los deudores debe ser soportada por el acreedor, y no por los otros deudores".

Ahora bien, y ello resulta significativo a la vista de lo que luego se dirá en el texto, dicho precepto no se predica de la obligación mancomunada indivisible, sino de la obligación mancomunada divisible: cfr. art. 693 C.c. argentino.

(4) La opinión de la doctrina es unánime en este sentido; vid., por todos, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 569 ss.

Incluso quienes sostenían la legitimación por el todo en cuanto a la exigibilidad del cumplimiento de la obligación indivisible, admitían que el art. 1139 C.c. hacía referencia a ésta. Cfr., así, SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho civil", T. IV, p. 71; VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", T. III, p. 42; CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, pp. 138-139; MANRESA, "Comentarios al Código civil español", T. VIII, coms. arts. 1138 y 1139 C.c., pp. 176 ss.

(5) La expresión "se presumirán" empleada por el C.c. no hace referencia a una presunción en sentido técnico; el Código la emplea como sinónima de "se entenderán", "se considerarán", etc. Cfr. SERRA DOMINGUEZ, "Normas de presunción en el Código civil y Ley de Arrendamientos Urbanos", p. 122.

(6) El art. 1138 C.c. no establece, en rigor, la división de la obligación, en el sentido de que la misma se fraccione o escinda en tantas otras como acreedores o deudores

haya, sino que, mantenida la unidad de la misma, ésta funcione como si estuviese dividida. Así, BADOSA COLL, "Apuntes de Derecho civil: Obligaciones y contratos" (Curso 1.980-1.981), inéditos; cfr., también, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "Obligación mancomunada indivisible. Litis consorcio pasivo necesario", pp. 745 ss.

(7) "Los artículos 1137 y 1138 --dice SANCHO REBULLIDA, "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos", p. 570-- contienen una presunción de mancomunidad, o mejor, el establecimiento de la mancomunidad como régimen de las obligaciones con pluralidad de sujetos que no tengan previsto, en la expresión de voluntad o en la ley, la aplicación del régimen de solidaridad".

En el mismo sentido, cfr. HERNANDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", p. 159, y "El principio de la no presunción de la solidaridad", p. 81.

(8) Sobre el significado y fundamento de esta vinculación, cfr. supra, pp. 197 ss.

(9) Es opinión generalizada en la doctrina que el que "la obligación expresamente determine la solidaridad" no quiere decir que tal cosa haya de resultar "expresamente" de su texto. Así, HERNANDEZ GIL, "El principio de la no presunción de la solidaridad", pp. 81 ss.; DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 416; ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. 12, pp. 89 ss.

(10) Vid. supra, lo dicho acerca de la divisibilidad de la obligación solidaria, pp. 203 ss.

(11) La distinta designación empleada en uno y otro

caso --"obligación (mancomunada) cuya división fuere imposible" frente a "obligación mancomunada indivisible"-- es ya significativa.

(12) Esto impide que se pueda considerar la obligación del art. 1139 C.c. como "mancomunada conjunta" (o "mancomunada" en sentido estricto) y la existencia de un "tertium genus" en materia de obligaciones pluripersonales, como defiende DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 401.

Contra esta opinión se habían manifestado ya PEREZ GONZALEZ - ALGUER, en sus anotaciones a la obra de ENNECERUS, KIPP y WOLF, "Tratado de Derecho civil", T. II, vol. 1º, pp. 429-430: "Aunque a primera vista, dado el tenor del art. 1139 prop. 1, pudiera parecer que las obligaciones mancomunadas indivisibles guardan relación con las 'obligaciones en mano común' --dicen-- ..., las separa la posibilidad que en el derecho español (por aplicación del art. 399 prop. 1) tiene cada acreedor de disponer de su cuota, facultad incompatible con el concepto de la relación en mano común según el derecho germánico. Vistas por el lado pasivo tampoco pueden confundirse, ya que la necesidad de dirigirse conjuntamente contra todos los deudores cesa al hacerse posible la división de la obligación por virtud de haberse resuelto la obligación mancomunada indivisible en indemnizar daños y perjuicios (arts. 1150 y 1139 prop. 2), de lo cual se desprende que tal conjunción es mera consecuencia inevitable de la indivisibilidad del objeto y no de la naturaleza del vínculo como en las obligaciones en mano común del derecho alemán".

Aunque el razonamiento de los citados autores se apoye

en un punto de partida, a mi juicio, equivocado (la indivisibilidad de la obligación contemplada en el art. 1139 C.c.) sin embargo pone acertadamente de relieve la imposibilidad de conciliar el pretendido carácter conjunto derivado de la mancomunidad con la regla de no cobertura de la insolvencia establecida por el segundo inciso del art. 1139 C.c.

Por otra parte, el mismo DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, pp. 418-419, es consciente de esta dificultad: "La aplicación de la norma resulta, sin embargo, mucho más difícil en la hipótesis estricta de mancomunidad o colectividad. Si, como dice el artículo 1139, la deuda sólo puede hacerse efectiva procediendo contra todos los deudores y, además, como hemos destacado, el cumplimiento exige un acto colectivo de todos los deudores de manera que sólo una prestación conjunta les libera, no se comprende bien la exoneración por consecuencia de la insolvencia, puesto que la regla de la prestación conjunta parece que debe subsistir".

(13) Vid., en cambio, art. 1150 C.c. El hecho de que uno de los deudores no contribuya al cumplimiento de la obligación indivisible mancomunada comporta la inexigibilidad de la misma frente a los demás; y no quedando, sin embargo, éstos liberados por ello, expresamente se reconoce la necesidad de su cumplimiento y se circunscribe --puesto que la indivisibilidad de la prestación impone su sustitución por su equivalente pecuniario ante la imposibilidad de una realización parcial "in natura"-- "a la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación". Pero, sobre esto, vid. infra, pp.480 ss.

(14) Cfr. DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil

patrimonial", T. I, p. 419.

(15) Así, arts. 1221 C.c. francés; 1205 C.c. italiano de 1.865; 1526 C.c. chileno; 676 C.c. argentino, etc.

Especialmente significativo es el art. 1526 del Código chileno: "Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede solo exigir su cuota, i cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya; i la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores. Esceptúanse los casos siguientes..."; y enumera entonces seis supuestos en los que quiebra la regla de que cada acreedor o cada deudor esté sólo vinculado a su cuota. Pero la excepción no convierte la obligación ni en solidaria ni en indivisible ni afecta a la regla de no cobertura de la insolvencia.

2.4. El art. 1252.3 C.c. como argumento en favor de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible en el C.c.

El párrafo tercero del art. 1252 C.c. establece, como es sabido, que "se entiende que hay identidad de personas --requisito necesario, junto a los enumerados en el primer párrafo del mismo artículo, para que la presunción de cosa juzgada (1) surta efectos en otro juicio-- siempre que los litigantes del segundo pleito...estén unidos a (los que contendieron en el pleito anterior) por vínculo de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación a satisfacerlas".

El precepto es enormemente significativo (2). Parte la disposición transcrita de la equiparación entre solidaridad e indivisibilidad en cuanto a la legitimación en torno a la exigibilidad del cumplimiento; pero, sobre todo,

presupone la existencia de un pleito en el que se demanda la realización de una prestación indivisible en el que contendieron algunas de las personas vinculadas --tanto desde el punto de vista activo como desde el punto de vista pasivo-- a ella, pero no todas. Pues bien, lo que nos dice el art. 1252.3 C.c. es que, en ese pleito, la relación procesal no sólo se constituyó, pese a todo, válidamente, sino que, además, la sentencia que lo resuelve puede dar lugar a la presunción de cosa juzgada en un pleito posterior en el que concurren los restantes acreedores o deudores.

Desde la perspectiva de la concurrencia de una pluralidad de deudores, la contradicción entre este precepto y lo dispuesto en el art. 1139 C.c., si se entiende que éste se refiere a la obligación indivisible mancomunada, es evidente (3). El art. 1139 C.c. exigiría proceder contra todos los deudores para hacer efectiva la deuda; a tenor del art. 1252.3 C.c. puede, en cambio, procederse contra uno de ellos solamente, y no sólo no supone esto una relación procesal defectuosamente constituida, sino que, a mayor abundamiento, la sentencia que pone fin a dicha relación es oponible a los demás deudores aún cuando no hubiesen sido demandados (4). LACRUZ BERDEJO, después de señalar la antinomia entre uno y otro precepto, la resuel-

ve en favor del art. 1139 C.c., dado que --dice (5)-- la misma se explica "por la distinta regulación del Proyecto de Código de 1.851, a la cual sigue aludiendo el art. 1252, y que extendía la cosa juzgada a todos los coacreadores o codeudores de una obligación indivisible porque consideraba a ésta como solidaria".

Esta afirmación no es totalmente correcta. Ciertamente, el Proyecto de 1.851 partía de la equiparación, a determinados efectos (6), de la obligación indivisible a la solidaria; pero en disposición alguna del mismo se encuentra la extensión de la cosa juzgada a todos los coacreadores o codeudores. El Proyecto de 1.851, por lo que respecta a la presunción de cosa juzgada, sólo exigía --art. 1226.4º-- la concurrencia de "unidad de persona, caso y acción", pero sin especificar en qué supuesto se producía la primera; y GARCIA GOYENA, por su parte, se limitaba simplemente a señalar que "la cosa juzgada, por regla general, sólo aprovecha ó perjudica á las partes y sus causa-habientes, no á terceros 'qui iudicio non interfuerunt'" (7). Por todo ello, me parece más acertada la opinión de BERCOVITZ en el sentido de que el art. 1252.3 C.c. contiene "un efecto propio de la indivisibilidad... que no cabe imputar a un arrastre histórico del primitivo régimen de las obligaciones solidarias atribuido a las

obligaciones indivisibles, ya que (dicho artículo) es nuevo con respecto al Anteproyecto de 1.851" (8).

La fuente en la que se inspira la disposición recogida en el art. 1252.3 C.c. es, en este caso, el "Avant-projet de revision du Code civil" de LAURENT. A éste, en efecto, y concretamente al §3 de su art. 1380, remite el art. 1265 del Anteproyecto de 1.882-1.888, del que aquél es transcripción literal. Ahora bien, LAURENT, en el precepto citado, se limita únicamente a configurar el requisito de la "identidad de personas" por vía negativa: "Il faut (para que exista cosa juzgada) --dirá (9)--...que la demande soit entre les mêmes parties; les ayants cause qui ont un droit réel dans la chose, tels que les créanciers hypothécaires, ne sont pas censés être parties dans le jugement qui intervient postérieurement". Hay que acudir a su comentario a este requisito para acabar de perfilar su significado: "on est partie dans un jugement --añadirá entonces (10)-- quand on y a été représenté par ceux qui sont en cause".

En la concepción del C.c., pues, esa representación se daría en las relaciones entre causante y causahabiente y en las relaciones entre acreedores y deudores solidarios o de prestación indivisible: tanto en los pleitos en los que litigó el causante como en los que litigó un acreedor

o un deudor solidario o de prestación indivisible --dirá el art. 1252.3 C.c.--, los causahabientes del primero y los coacreedores o codeudores de los segundos deben considerarse representados por aquéllos. Curiosamente, y por lo que respecta a la obligación indivisible, esa consecuencia era negada por el propio LAURENT; ni había representación, ni, por tanto, extensión de eficacia de la cosa juzgada siendo la prestación indivisible: "les débiteurs et les créanciers d'une chose indivisible --se pregunta--, se représentent-ils les uns les autres? Quoique la question soit controversé --contesta--, la négative ne nous paraît pas douteuse" (11).

Ahora bien, aún cuando pueda pensarse que el art. 1252.3 C.c. interpreta erróneamente el pensamiento de LAURENT en cuanto al requisito de identidad de personas en relación a la extensión de eficacia de la cosa juzgada por lo que respecta a la obligación indivisible (12), su tenor literal pone explícitamente de manifiesto que, en los supuestos de indivisibilidad de la prestación, cualquier acreedor está legitimado para demandar su cumplimiento y a cualquier deudor puede serle reclamado, sin que a ello obste el carácter mancomunado del crédito o de la deuda.

Descartado que el art. 1139 C.c. haga referencia a la

obligación indivisible, no existe contradicción alguna entre el art. 1252.3 C.c. y cualquier otro precepto del Código a este respecto (13); y, por lo que a aquél se refiere, resultaría ciertamente extraño que, si como mantiene usualmente la doctrina, en él se contuviese la regulación de la obligación indivisible y suponiendo dicha regulación una total innovación respecto a la tradicional, tal modificación no se hubiese tenido presente en la redacción del art. 1252.3 C.c., habida cuenta de la novedad que éste asimismo representa.

Así pues, a partir del art. 1252.3 C.c. puede sostenerse que en nuestro Código se acoge la regulación tradicional de la obligación indivisible, en cuanto a la legitimación --equiparada a la solidaria-- en torno a la exigibilidad del cumplimiento.

Pero el tercer párrafo del art. 1252 C.c. dice, también, algo más. Como norma, la presunción de cosa juzgada no es eficaz frente a terceros que no hubiesen litigado: "Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario --establece el art. 1252.1 C.c.-- que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurre la más perfecta identidad entre...las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron".

Pues bien, los siguientes párrafos del art. 1252 C.c. contienen sendas excepciones a dicha disposición; el sentido del art. 1252.3 C.c., en concreto, estriba en entender que el requisito de la "identidad de personas" se da en supuestos en los que, realmente, no se verifica, puesto que los litigantes del segundo pleito no son los mismos que los que contendieron en el pleito anterior. Pese a ello, "se entiende que hay identidad de personas" --obviamente, identidad jurídica, no identidad física (14)-- cuando éstos y aquéllos estén unidos entre sí por "los vínculos que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación a satisfacerlas". En ese caso --y esto es lo que precisamente dice el art. 1252.3 C.c.-- se produce la extensión de la eficacia de la cosa juzgada a quien no litigó porque éste no puede ser considerado tercero; y no es tercero porque, aunque no hubiese litigado, existe --por disposición legal-- "identidad de personas".

## NOTAS

(1) Que no se trata de una verdadera presunción lo pone de manifiesto SERRA DOMINGUEZ, "Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos", p. 87, a partir de los siguientes argumentos: "1. No existe afirmación base. 2. No se presume un hecho, sino únicamente una cualidad. 3. No se permite en absoluto la prueba en contrario, ya que la sentencia ganada en un proceso no puede considerarse como tal prueba. 4. Ni siquiera la cualidad "verdad" conviene a la sentencia sino tan sólo a la declaración de hechos probados de la misma. La sentencia será justa o injusta, pero en cuanto sentencia siempre será verdadera. 5. Incluso la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser "verdad" pese a haberse dictado sentencia en juicio de revisión, ya que dicha sentencia únicamente se limita a anular lo actuado y remite a nuevo juicio, cuya sentencia puede coincidir con el primero (art.

1.807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)". Pese a todo ello --agrega a continuación-- "no...hay que extremar la crítica del Código Civil en dicho sentido, por cuanto la regulación de la cosa juzgada como presunción era cosa común en el tiempo de su promulgación, e incluso en nuestros días no faltan autores que empleen dicha expresión, que por otra parte hace furor en la práctica del foro".

(2) La doctrina, sea civilista, sea procesalista, le presta, por el contrario, escasa atención, especialmente por lo que hace referencia a la obligación indivisible. Entre los procesalistas que, en cualquier caso, suelen hacer alguna mención al mismo al tratar de los límites subjetivos de la extensión de la cosa juzgada, es usual limitarse a una mera transcripción del precepto, sin ulterior comentario. Así, PRIETO CASTRO, "Derecho Procesal Civil", T. I, p. 502; GUASP, "Derecho Procesal Civil", T. I, p. 560; RAMOS MENDEZ, "Derecho Procesal Civil", p. 628; excepción a esta postura constituyen las consideraciones críticas de GOMEZ ORBANEJA, en ... - HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal Civil", vol. I, pp. 499 ss.

(3) "La única interpretación posible del artículo 1252.3 C.c., consistente en que únicamente la sentencia estimando la demanda produzca cosa juzgada respecto del litisconsorte preterido --señala a este respecto SERRA DOMINGUEZ, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por Manuel Albaladejo)", T. XVI, vol. 2º, com. art. 1252 C.c., p. 693--, no sólo desconoce la naturaleza del litisconsorcio pasivo necesario, sino que además supone primar una sentencia incorrecta por infracción del artículo 1139 C.c.".

(4) "La extensión subjetiva de la cosa juzgada civil --dice CORTES DOMINGUEZ, "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", p. 393-- viene delimitada por los confines también subjetivos de la acción que se ejercita en el proceso tal como se ejercita...En cualquier caso, es evidente que se puede mantener que allí donde haya una extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada, allí donde será posible determinar con toda seguridad que no existe litis consorcio necesario". Y ello -agrega, op. y loc. cit., nota 56-- a partir de una doble argumentación: lógica, porque cuando la ley expresamente determina la extensión de los efectos de la cosa juzgada es porque evidentemente no exige la necesidad de que todos actúen conjuntamente en el proceso; jurídica, porque si la extensión de los efectos de la cosa juzgada se produce, aún no estando presentes en el proceso, es evidente que la ley no puede exigir la necesidad de que estén todos en el proceso.

Ahora bien, pese a todo, CORTES DOMINGUEZ entiende --cfr. especialmente p. 385, nota 45-- que, por lo que respecta a la obligación indivisible, el art. 1252.3 C.c. no es aplicable y que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 1139 C.c. que determina la exigencia de litisconsorcio y la no extensión de la cosa juzgada.

(5) LACRUZ BERDEJO, "Elementos de Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 45.

(6) Pero no a todos, sino sólo en cuanto a los derivados de la legitimación activa y pasiva en torno al cumplimiento de la obligación.

(7) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comenta-

rios del Código civil español", com. art. 1226, pp. 657-658. El precepto proviene del contenido en el art. 1351 del Code, del que el art. 1226 del Proyecto de 1.851 es, prácticamente, transcripción literal.

(8) BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 578.

(9) Cfr. LAURENT, "Avant-projet de revision du Code civil", T. IV, art. 1380, p. 371.

(10) LAURENT, "Avant-projet de revision du Code civil", T. IV, com. art. 1380, p. 375.

(11) LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XX, nº 122, p. 155.

(12) Entre los juristas del Derecho intermedio, si bien parece prevalecer la opinión contraria a la extensión de los efectos de la cosa juzgada en relación a los acreedores y deudores de una obligación indivisible, la cuestión era debatida; vid., infra, p. 434.

Y, en cualquier caso, las Partidas la admiten expresamente: cfr. P. 3.22.20 y lo que se dice infra, pp. 434 ss.

(13) Es más, y como a continuación se verá, el art. 1974.3 C.c. confirma esa posibilidad de que, aún siendo mancomunada la obligación, el acreedor pueda reclamar su íntegro cumplimiento a uno de los deudores.

(14) "El límite subjetivo de la cosa juzgada afecta... a los sujetos que son partes en ambos procesos. Respecto a tales partes, la identidad subjetiva exige teóricamente una identidad física: las mismas personas, y una identidad

jurídica: la misma calidad jurídica entre las partes de uno y otro proceso. Pero a veces este doble requisito se atenúa o elimina, no tanto en el sentido de que basta la identidad física sin identidad jurídica, sino en el sentido de que basta la identidad jurídica sin identidad física, lo que explica la extensión de la cosa juzgada a quienes, sin haber litigado materialmente en el proceso anterior, están vinculados a tales litigantes por una participación: solidaridad o indivisibilidad, o por una transmisión: causahabientes a título universal o singular, de las correspondientes situaciones jurídicas". Cfr. GUASP, "Derecho Procesal Civil", T. I, p. 560.

2.5. El art. 1772.2 C.c. como argumento en favor de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible en el C.c.

Regula el art. 1772.2 C.c. el régimen de la restitución de la cosa depositada en el supuesto de ser dos o más los depositantes y establece que "cuando haya solidaridad o la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los artículos 1141 y 1142 de este Código". Esta norma es una de las tres (1) en las que, en nuestro C.c., se habla expresamente de "indivisibilidad de la obligación" y la única que regula explícitamente el régimen de la misma cuando a ella concurren varios acreedores. Por ello, aún cuando se refiera a un supuesto muy concreto --la devolución de la cosa depositada a una pluralidad de depositantes (2)--, el principio que inspira dicha disposición es aplicable con carácter general a toda obligación indivisible mancomunada con pluralidad de acreedores.

El art. 1772.2 C.c. parte de la equiparación entre obligación solidaria y obligación indivisible (3). En este sentido, el significado de la remisión es el de que siendo solidarios los depositantes (acreedores de la devolución) o indivisible la cosa depositada, la restitución se rija por las reglas generales de las obligaciones solidarias y de las obligaciones (mancomunadas) indivisibles; lo que ocurre es que, contemplada expresamente la equiparación entre solidaridad e indivisibilidad y siendo el régimen de esta última esencialmente asimilable al de la primera en los supuestos de concurrencia de una pluralidad de acreedores, a ésta se remite la regulación de ambas. Pero, y esto es significativo, esa remisión se efectúa, no a la regulación de la obligación solidaria en general, sino a dos concretos preceptos de la misma: los contenidos en los arts. 1141 y 1142 C.c.

El art. 1772.2 C.c. proviene del art. 1677.2 del Proyecto de 1.851 que establecía que "cuando haya habido mancomunidad (entre los depositantes; recuérdese que el Proyecto emplea el término "mancomunidad" para expresar lo que el C.c. designa como "solidaridad"), ó la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en el segundo párrafo, sección VI, y en la VII, capítulo IV, título V de este Libro". La sección VI se refiere a las obligaciones manco-

munadas (en el sentido que a este término da el Proyecto) y su párrafo segundo, a la mancomunidad entre acreedores; la sección VII, a las obligaciones divisibles e indivisibles. La remisión es, pues, doble (4) y no se hace a preceptos concretos, sino a todo un conjunto de ellos: los que regulan las obligaciones solidarias e indivisibles a las que concurre una pluralidad de acreedores.

Esto, que debiera parecer extraño desde el momento en que tanto en unas como en otras cualquiera de los acreedores puede exigir el cumplimiento de la obligación, obedece, en realidad, a una razón muy sencilla: a la de que, si bien en sede de cumplimiento, la obligación indivisible con pluralidad de acreedores se asimila a la obligación solidaria, no por ello deben confundirse unas y otras, puesto que el régimen de los actos de disposición del crédito en las segundas difiere sensiblemente del de las primeras.

El art. 16.2 del Título (sin numerar) del Libro IV correspondiente al depósito en el Anteproyecto de 1.882-1.888 transcribe (de manera tan literal que conserva incluso la expresión "mancomunidad" que, como se sabe, tiene ya en el Anteproyecto un significado distinto del que tenía en el Proyecto) el precepto contenido en el art. 1677.2 del Proyecto de 1.851. Pero, pese a todo, lo hace con una

sustancial modificación. No remite, en efecto, a las secciones correspondientes a las obligaciones solidarias y a las obligaciones indivisibles como hacía el Proyecto, sino a los arts. 1159 y 1160, encuadrados en la primera de ellas. ¿Cuál es el motivo de esta modificación? ¿Por qué no se cita precepto alguno que haga referencia a la obligación indivisible mancomunada?

Como respuesta a estos interrogantes, podría alegarse que la remisión contenida en ese artículo es incompleta y debe ser completada con la referencia a disposiciones correspondientes a la obligación indivisible mancomunada. El supuesto sería, así, similar al del art. 26 del Título del contrato de arrendamiento en el Anteproyecto (5) que, al transcribir el art. 1499 del Proyecto de 1.851 convertía --por error no subsanado hasta la segunda edición del Código-- las dos remisiones en él contenidas en una sola. A los arts. 1159 y 1160 citados por el art. 16.2 del Título del depósito habría que añadir, pues, el art. 1156 del mismo Anteproyecto, que sería, de los aparentemente dedicados en éste a la regulación de la obligación mancomunada indivisible, el único aplicable, en principio, a la obligación de restituir indivisible a la que concurren dos o más depositantes (6). Pienso, sin embargo, que esta solución no es enteramente satisfactoria.

A mi juicio, más que plantear a qué remite o debiera remitir el art. 1772.2 C.c., lo que debemos cuestionarnos es a qué no remite y por qué dicho precepto. Como ya se ha indicado anteriormente, la remisión de que el art. 1677.2 del Proyecto de 1.851 se vale para regular la solidaridad y la indivisibilidad en materia de depósito se efectúa a las secciones correspondientes a las obligaciones solidarias y a las obligaciones indivisibles, y no a preceptos concretos de una y otra. Ahora bien, mientras que en el Proyecto de 1.851 la sección dedicada a las obligaciones divisibles e indivisibles constaba de ocho artículos (arts. 1071 a 1078), en el Anteproyecto de 1.882-1.888 la integran únicamente tres (arts. 1166 a 1168), de los cuales sólo uno --el art. 1167-- tiene de hecho valor sustantivo y en el que, además, se da la circunstancia de no estar orientado a regular la concurrencia de una pluralidad de acreedores sino la de una pluralidad de deudores. Por ello, el art. 16.2 del depósito no podía, en el Anteproyecto, remitir a la sección V, cap. II, tit. I del Libro IV para regular el supuesto en él contemplado por la sencilla razón de que en ella no existe precepto alguno que pueda regularlo. Pero, por otra parte, tampoco podía remitir al art. 1156 porque éste no se refiere a la obligación indivisible mancomunada sino a la obligación

divisible mancomunada de división imposible.

En cambio, sí podía haber remitido a la sección V del mismo capítulo, título y Libro, máxime desde el momento en que ésta no está exclusivamente dedicada a las obligaciones solidarias, sino que comprende tanto a éstas como a las mancomunadas, y se refiere, en general, a todo supuesto obligatorio al que concurra una pluralidad de acreedores o deudores. Sin embargo, la remisión se efectúa a dos preceptos específicos de dicha sección, de los tres orientados en la misma a regular la concurrencia de varios acreedores solidarios.

Ello tiene una justificación y ella es, a mi juicio, la asimilación del régimen de la obligación indivisible al de la obligación solidaria. Ahora bien, esa asimilación no es total y por ello, si bien una remisión general al régimen de las obligaciones solidarias para regular tanto el supuesto en el que los deudores fuesen solidarios como aquél en que, no siéndolo, la cosa no admitiere división sería admisible en cuanto a los puntos comunes entre solidaridad e indivisibilidad, borraría por completo las diferencias que separan una y otra. La solución que, en definitiva, adopta el Anteproyecto es, pues, la de remitir a aquellos preceptos propios de la obligación solidaria que, en alguna medida, recogiesen dichos puntos comunes,

de modo que los mismos fuesen también aplicables --en cuanto lo fuesen a la obligación mancomunada indivisible-- a la obligación de restituir cosa indivisible. En última instancia, la razón es, pues, la misma que inspiraba la remisión efectuada por el art. 1677.2 del Proyecto de C.c. de 1.851.

Que esta idea fuera la que guiase la redacción del art. 16.2 del depósito del Anteproyecto lo confirma su incorporación al Código a través del art. 1772.2 C.c. Al transcribirlo, éste último introduce dos variaciones: en primer lugar, corrige el empleo de la expresión "mancomunidad", sustituyéndola por la expresión "solidaridad", más acorde con la terminología del C.c.; en segundo lugar, si bien se mantiene la remisión, en cuanto a los dos supuestos --depósito solidario y depósito de cosa indivisible-- en él contemplados, a dos preceptos contenidos en la secc. IV, cap. III, tit. I, Libro IV, éstos no son ya los de los arts. 1142 y 1143 C.c. (concordantes con los arts. 1159 y 1160 del Anteproyecto), sino los arts. 1141 y 1142 C.c. (7). Ciertamente, el art. 1143 C.c. no es excesivamente congruente con los principios que inspiran la obligación mancomunada indivisible y, en este sentido, aún podría mantenerse que, en el Anteproyecto, la remisión efectuada en el art. 16.2 del depósito era incompleta,

puesto que, dado el tenor del art. 1160 (1143 C.c.) del mismo, parecía regularse antes la solidaridad entre depositantes que la indivisibilidad de la obligación de restituir. Con la incorporación del art. 1141 C.c. en su sustitución --pues la remisión a la regla contenida en el art. 1142 C.c. se mantiene inalterada-- tal cosa ya no puede sostenerse: el mismo sentido de la sustitución da a entender que no se trata de completar una remisión incompleta cuanto de corregir una remisión inexacta.

El art. 1141.1 C.c. (pues el segundo párrafo del mismo no se refiere a la concurrencia de una pluralidad de acreedores) es, pese a su encuadramiento dentro de los preceptos que regulan la solidaridad activa, igualmente aplicable en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada (8). El art. 1142 C.c., por su parte, recoge, a través de la remisión del art. 1772.2 C.c., la tradicional equiparación en sede de legitimación en relación al cumplimiento entre obligaciones solidarias y obligaciones indivisibles, poniendo de manifiesto que, en estas últimas, no se precisa --concurriendo dos o más acreedores-- legitimación colectiva para reclamarlo o recibirlo; pero mientras en ellas esto es consecuencia del carácter de su prestación, en las primeras, a las que se asimilan, se explica por la especial configuración del vínculo obligatorio (9).

## NOTAS

(1) Junto a las contenidas en los arts. 1150 y 1252.3 C.c.

(2) La obligación de restituir se presenta con matices propios dentro de la configuración de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación, puesto que si bien en el Derecho romano y en el Derecho intermedio se considera normalmente como divisible, esa divisibilidad adquiere una configuración peculiar en virtud de la misma peculiaridad que la actividad del depositario comporta.

A este respecto, el Fuero Real (ley 7, tit. XV, Libro III) establece: "Los herederos del que tenga la cosa en guarda, estén como él obligados á entregarla; y el que la niegue o no quiera darla, paguela con otra tal. Si muriese el que la encomendó, puedan sus herederos demandarla; y reciba cada uno su parte, segun lo que deba heredar, si

fuere divisible, como dineros, bestias ó cosa semejante: y no siéndolo, como un caballo ú otra cosa tal, recibanla juntos; y no queriendo juntarse, el que la demande dé fiadores abonados de saneamiento al que la tenga, y este entreguesela".

Por otro lado, es a partir de los textos romanos en torno al depósito sobre los que la pandectística alemana configura el régimen de la obligación indivisible con pluralidad de acreedores: "In questo caso (de pluralidad de acreedores) --dirá WINDSCHEID, "Diritto delle Pandette", vol. II, § 299, pp. 168-169--, ..., se la prestazione fatta ad uno dei piú creditori venga apportato soddisfacimento anche agli altri, il debitore deve fare la prestazione ad uno soltanto dei creditori solamente quando gli vien data sicurtà contro le ragioni degli altri". En el mismo sentido, DERNBURG, "Pandette", vol. II, § 24, p. 96. Igualmente, la doctrina que señala como una de las modificaciones introducidas por el Derecho justinianeo en la regulación clásica de la obligación indivisible la facultad atribuida al deudor demandado por uno de los acreedores de exigir caución o fianza a éste. Vid., por todos, ALBERTARIO, "Elementi romano classici ed elementi romano-giustinianeî nel nostro diritto delle obbligazioni", p. 537; tal facultad, a nivel legal, sólo encontró acogida en el período codificador en el art. 1207 del C.c. de Italia de 1.865, del cual, a su vez, la recoge el art. 1319 del vigente Código de 1.942.

(3) "El art. (1772.2 C.c.)...--dirá ROCA JUAN, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por Manuel Albaladejo)", T. XXII, vol. 1º, com. art. 1772, p. 260-- declara aplicables las reglas de la solidaridad, no sólo cuando los deponentes se organizan como solidarios,

sino también cuando la cosa no admite división, pues remite en este caso a las reglas de los arts. 1141 y 1142. Con ello el Código crea realmente un supuesto de solidaridad legal, y se aparta --acaso sin ninguna justificación-- del criterio del art. 1139, que para la indivisibilidad establece una actuación colectiva necesaria ya que, según este precepto, "sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos". La aplicación de la solidaridad cuando "la cosa" no admita división --que es lo que manda el precepto que se comenta-- es, por tanto, una excepción que el Código establece al criterio que mantiene al regular la indivisibilidad".

(4) En rigor, la referencia a la sección VII, para ser exacta, hubiera debido incluir la maneción a su párrafo III, que es el que, estrictamente, se refiere a la obligación indivisible.

(5) Es el art. 1568 C.c.

(6) Vid., en este sentido, COCA PAYERAS, "Apuntes de Derecho civil (Obligaciones)", pp. 52-53.

(7) Agradezco a la Profesora Magdalena PERELLO CALDEN-TENY el haberme hecho notar esta circunstancia.

(8) Sobre los problemas que plantea el art. 1141 C.c. en el ámbito de la obligación solidaria y su conciliación con el art. 1143 C.c., cfr. DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, pp. 411-412. Una tentativa de explicación se realiza infra, pp. 344 ss.

(9) En cualquier caso, preciso es reconocer que una explicación de la remisión establecida en el art. 1772.2 C.c.

podría realizarse atendiendo exclusivamente a las características del depósito. Así, mientras la aplicación del art. 1141 C.c. evitaría la neutralización de la legitimación activa por inactividad de algún depositante, el art. 1142 C.c. evitaría al depositario la carga de reunir y poner de acuerdo a todos los depositantes para recibir la restitución de la cosa depositada. La exclusión del art. 1143 C.c. (también para el depósito solidario) se justificaría por ser incompatible con la misma noción de depósito al suponer la posibilidad de disponer de la cosa común a través de una relación obligatoria en la que no estarían presentes todos los titulares de la misma. En este sentido, BADOSA COLL, "Apuntes de Derecho civil: Obligaciones y contratos" (Curso 1.980-1.981), inéditos.

2.6. El art. 1974.3 C.c. como argumento en favor de la admisibilidad del régimen tradicional de la obligación indivisible en el C.c.

Como es sabido, el art. 1974.3 C.c. dispone que "en las obligaciones mancomunadas cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores". Leído sin prejuicios, del precepto transcrito se desprenden dos cosas: en primer lugar, que el carácter mancomunado de la obligación no es obstáculo para que pueda reclamarse su íntegro cumplimiento a uno cualquiera de los deudores; y, en segundo lugar, que, con tal reclamación, se le demanda más de lo que, en rigor, debe. Sin embargo, y pese a ello, el art. 1974.3 C.c. ha dado lugar a otras interpretaciones.

Un sector de la doctrina (1) considera que el art. 1974.3 C.c. no plantea dificultad interpretativa alguna y

que es perfectamente congruente con las reglas generales que, en materia de mancomunidad, se infieren de lo dispuesto en el art. 1138 C.c.: "los efectos de la interrupción individual, ó con relación á uno de los deudores de la obligación objeto de la acción, cuya prescripción se interrumpe --se dirá (2)--, no afecta á los otros, y no produce dicho resultado respecto de ellos la reclamación hecha a uno de los obligados de la parte correspondiente al mismo".

En esta línea se sitúa DIEZ PICAZO, que ha tratado el tema de la prescripción con detenimiento (3). Entiende DIEZ PICAZO que, a partir de la disposición contenida en el art. 1974.3 C.c., y en torno a la interrupción de la prescripción de la deuda mancomunada por reclamación del acreedor (4), pueden distinguirse tres supuestos. En primer lugar, que el acreedor reclame frente a todos los deudores mancomunados, en cuyo caso "se produce sin duda alguna el efecto interruptivo pleno" (5). En segundo lugar, que el acreedor reclame frente a un solo deudor la parte que le corresponde; es --dice (6)-- el caso previsto expresamente en el párrafo tercero del art. 1974: el efecto interruptivo se produce sólo parcialmente y la prescripción no se interrumpe respecto de los demás deudores. Finalmente, cabe también que el acreedor reclame

frente a un solo deudor la totalidad del crédito. Y, a este respecto, manifiesta (7): "el caso no está previsto en el art. 1974 y su solución no es necesariamente la misma. Para resolverlo creo que habrá que distinguir según que la prestación sea divisible o indivisible. Si la prestación es divisible, se han formado, según el artículo 1138 tantos créditos y deudas distintos como deudores haya. Por tanto, aunque el acreedor reclame a un solo deudor la totalidad del crédito, su acto sólo posee valor interruptivo respecto de la parte que corresponda al deudor reclamado y carece en cambio de él respecto de los demás deudores. Si la prestación es indivisible, ocurre que, con arreglo al artículo 1139, la deuda sólo puede hacerse efectiva 'procediendo contra todos los deudores'. Una interpretación literal del precepto nos conduciría a pensar en la ineficacia, desde el punto de vista de la interrupción de la prescripción, del acto de reclamación realizado frente a uno solo de los deudores de la prestación indivisible. Sin embargo, me inclino por una solución semejante a la que di al hablar de la comunidad de bienes. La reclamación del acreedor, referida a la totalidad de la prestación, es suficiente para que de ella se infiera objetiva y razonablemente la voluntad del acreedor de mantener vivo y entero su derecho. La interrupción de la pres-

cripción es, por ello, total" (8).

A esta interpretación, que podía considerarse unánime, se opondrá la sostenida por otro importante sector doctrinal y cuyo origen debe buscarse en una aguda observación de PEÑA BERNALDO DE QUIROS (9) al artículo correspondiente al 1974.3 C.c. en el Anteproyecto de 1.882-1.888 (10). Afirma PEÑA que la disposición del Código, literalmente entendida, "sería contraria a los principios que rigen la interrupción de la prescripción y las obligaciones mancomunadas. En efecto, según el Código, en las obligaciones mancomunadas, 'el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros' (art. 1138 C.c.). Por tanto sería incongruente que el ejercicio de la acción contra uno de los deudores, interrumpiera la prescripción de una deuda que es ajena a este deudor. La incongruencia se explica porque este párrafo final del art. 1974 proviene --como se indica en el Anteproyecto-- del art. 1988 del Proyecto de 1.851. Pero aquí obligaciones mancomunadas significa otra cosa distinta que en el Código: son las obligaciones solidarias. La regla antes indicada tiene en el Proyecto de 1.851 pleno sentido. En principio, en las obligaciones

solidarias cualquier acto que interrumpa la prescripción en contra de uno de los deudores perjudica a los demás (cfr. art. 1059 del Proyecto de 1.851). Pero excepcionalmente no perjudica a los demás, cuando el acreedor se limita a reclamar de uno de los deudores solidarios la parte que le corresponde en la deuda. Y esto, según GARCIA GOYENA, está fundado 'en que el mismo acreedor ha dividido la deuda'" (11).

En el mismo sentido, DE CASTRO entiende que el art. 1974.3 C.c. "resulta inexplicable e inútil si se refiere a las obligaciones mancomunadas tal y como se entiende este término en el Código civil" (12). ALBALADEJO (13), finalmente, hace notar, también, que el párrafo tercero del art. 1974 C.c. "emplea la palabra 'mancomunadas' queriendo significar 'solidarias'", apoyando su afirmación en los dos siguientes argumentos. En primer lugar, en la consideración del art. 1988, segunda mitad, del Proyecto de 1.851 como precedente inmediato del art. 1974.3 C.c., en el cual se utiliza la palabra "mancomunidad" con el sentido que el Código da actualmente al término "solidaridad" (14). En segundo lugar, en entender que "aplicado a las obligaciones que hoy llamamos mancomunadas, el art. 1974.3 C.c. es absurdo, mientras que es plenamente lógico aplicado a las solidarias" (15). Tal absurdo lo deduce de

que "como en las obligaciones mancomunadas la deuda se considera dividida en tantas partes (tantas deudas) como deudores, el acreedor no puede reclamar a cada acreedor sino su parte..., por lo cual no tiene sentido que el art. 1974.3 diga que 'en las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda...' (no correspondiéndole nada más que una, no cabe caso de que pueda reclamársele más). Por otro lado, aún dando por bueno ese absurdo, ¿cómo se puede admitir razonando correctamente, que se interrumpa la prescripción para los otros deudores (a quienes no se reclama) por la reclamación que el acreedor haga a un deudor del total de la deuda, es decir, de la parte que le corresponda a él y de las que no le corresponden (pues corresponden a los otros)? Tal cosa, que habría que deducir...de la parte final del art. 1974.3, no tiene sentido si se piensa que sólo interrumpe la prescripción la reclamación que se haga al deudor, no a terceros..., y que, siendo diversas deudas las diversas partes de la deuda mancomunada, debidas por diversos deudores, interrumpiría la prescripción para un deudor la reclamación que de su deuda se hiciese a un tercero que no la debe" (16).

Las objeciones que esta posición doctrinal pone a la aplicación del art. 1974.3 C.c. a las obligaciones mancomunadas son realmente importantes y exigen, a mi juicio, replantear la interpretación del precepto.

En primer lugar, se dice, para negar que el art. 1974.3 C.c. haga referencia a las obligaciones mancomunadas, que el empleo de tal expresión por el Código obedece a un error en la transcripción del precepto correspondiente del Proyecto de 1.851. No parece que éste sea un argumento decisivo ni definitivo. En efecto, lo que, en todo caso, debiera llamar la atención es que, dentro de un mismo artículo, se incurra en él en un párrafo pero no en otro. El primer párrafo del art. 1974 C.c. está tomado del art. 1059 del Proyecto de 1.851 (17) y, respecto de él, tuvieron buen cuidado los redactores del Código, al recoger la idea encerrada en dicho precepto, en alterar la terminología del Proyecto. ¿Por qué no se varió también al transcribir el segundo inciso del art. 1988 del Proyecto de 1.851 en el tercer párrafo del art. 1974 C.c.? ¿Por un mero descuido solamente?

Existe un dato importante para afirmar que no se trata

de un descuido. El art. 1974 C.c. tiene su origen --esto parece fuera de toda duda-- en los arts. 1988 y 1989 del Proyecto de 1.851. El primero de ellos establecía que "en cuanto a la interrupción de la prescripción sobre obligaciones mancomunadas, se estará a lo dispuesto en el artículo 1059. Sin embargo, cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores mancomunados más que la parte que le corresponda, no se interrumpe la prescripción respecto de los otros codeudores". El art. 1989 del Proyecto, por su parte, señalaba que "lo dispuesto en el artículo anterior rige, respecto de los herederos del deudor, haya sido éste ó no mancomunado". Ahora bien, si nos fijamos, se ve que el art. 1974 C.c. no dice exactamente lo mismo, o si lo dice, lo dice de otra manera, con lo que tampoco es ya lo mismo.

En el Proyecto de 1.851 se regula la interrupción de la prescripción en las obligaciones solidarias a partir de una regla general (la contenida en el art. 1059) y una regla excepcional ("sin embargo...") y, a continuación, se regula, siguiendo los mismos criterios empleados para aquéllas, en las obligaciones a las que concurren, en su calidad de tales, una pluralidad de herederos del deudor (18): ello es así porque en el Proyecto de 1.851 --como, por otra parte, también en el C.c.-- se asimila, aún cuan-

do sin confundirla con ella, la responsabilidad de los herederos a la responsabilidad solidaria (19).

En el C.c., en cambio, no se regula la interrupción de la prescripción de la misma forma: el Código, en efecto, escinde el art. 1988 del Proyecto, prescinde del "sin embargo" con el que empezaba el segundo inciso de ese precepto y, entre éste y el primero, introduce la disposición contenida en el art. 1989 del Proyecto. Ello es, a mi juicio, enormemente significativo. Y lo es porque lo que dice el tercer párrafo del art. 1974 C.c. ya no es lo que decía el segundo inciso del art. 1988 del Proyecto de 1851. El segundo inciso del art. 1988 del Proyecto se configuraba como una excepción a lo dispuesto por el primer inciso de dicho artículo; en el párrafo tercero del art. 1974 C.c., tal carácter excepcional ha desaparecido. Y ello porque este párrafo carece de la expresión "sin embargo" que iniciaba el texto de aquel inciso. La expresión "sin embargo" (20) servía de punto de conexión entre el primer y el segundo inciso del art. 1988 del Proyecto, configurando entre ambos una unidad temática, puesto que el contenido del enunciado de aquél ("cualquier acto que interrumpa la prescripción en contra de uno de los deudores mancomunados perjudica a los demás") aparece limitado por el contenido del enunciado de éste ("la reclamación por el

acreedor de sólo la parte que corresponda a un deudor únicamente a él perjudica"). Todo esto se echa de menos en el C.c.: no existe unidad temática entre el primer y el tercer párrafo del art. 1974 C.c. y éste, perdido su carácter de excepción en relación a la norma establecida por el párrafo primero, pierde, al mismo tiempo, toda conexión con él.

Desconexión que confirma la introducción del art. 1989 del Proyecto de 1.851 entre uno y otro párrafo. El art. 1989 estipulaba que "lo dispuesto en el artículo anterior", esto es, la regla general en materia de interrupción de la prescripción en las deudas solidarias y su correspondiente excepción, "rige, respecto de los herederos del deudor, haya sido éste ó no mancomunado", y ello debido a que, como "consecuencia de la grande innovacion contenida en el artículo 932" (21), la responsabilidad de los herederos del deudor se equipara a la de los deudores solidarios. Mantenido esa equiparación en el C.c., lo que, sin embargo, "rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones" (22), es, únicamente, que "la interrupción de la prescripción de acciones...perjudica por igual a todos...los deudores"; pero no ya que "cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello

la prescripción respecto a los otros codeudores", porque la remisión del art. 1974.2 C.c. se circunscribe al primer párrafo sin incidir sobre el tercero. Este, por tanto, no hace referencia a las obligaciones solidarias, puesto que, de ser así, lo por él dispuesto debiera también ser de aplicación --en virtud de la asimilación de la responsabilidad hereditaria a la responsabilidad solidaria-- "respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones"; y que ello no es así, lo pone claramente de manifiesto el art. 1974.2 C.c.

Todo esto lleva a pensar que la utilización del término "obligaciones mancomunadas" en el párrafo tercero del art. 1974 C.c. no fue producto de un error, sino que fue plenamente consciente (23). El Código emplea la palabra "mancomunada" con pleno conocimiento de su significado y porque quiere precisamente regular la interrupción de la prescripción en la obligación mancomunada, una vez regulada en relación a la obligación solidaria. Ciertamente que, como señala PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "obligaciones mancomunadas" significa en el Proyecto de 1.851 otra cosa muy distinta que en el Código; pero no lo es menos que, en definitiva, ni tan siquiera la "obligación mancomunada" del Proyecto es totalmente equivalente a la "obligación solidaria" del C.c. (24). Por ello, si bien el precepto

contenido en el art. 1988, segundo inciso, del Proyecto era aplicable, aún con carácter excepcional, en el ámbito de la obligación solidaria, ya no lo es en el C.c. tal como ésta aparece configurada en él (25).

Ahora bien, que el art. 1974.3 C.c. se refiera efectivamente a la obligación mancomunada no debe llevarnos, sin más, a admitir la interpretación que de dicho precepto realizan quienes parten de dicho presupuesto, ya que, en ella, se ignoran las objeciones que plantean quienes lo niegan. Estos, como se ha visto ya, no se limitan a alegar únicamente como argumento para fundamentar la tesis contraria la existencia de un error de transcripción en el art. 1974.3 C.c.; éste, en su caso, serviría para explicar los verdaderos interrogantes a que el precepto da lugar. En efecto, ¿cómo es posible que, siendo mancomunada la deuda, el acreedor pueda reclamar a uno de los deudores más que la parte que le corresponde e, incluso, el íntegro cumplimiento de la obligación? ¿Cómo es posible que el ejercicio de la acción frente a uno de los deudores interrumpa también la prescripción frente a los demás, a quienes no se reclama y a quienes, siendo diversas deudas las diversas partes de la deuda mancomunada, cabría considerar terceros respecto a aquél al que

se reclama?

Porque esto es, como adelantaba al principio del presente epígrafe, lo que, ciertamente, se deduce del tenor literal del art. 1974.3 C.c.: que en las obligaciones mancomunadas con pluralidad de deudores, el acreedor puede reclamar el íntegro cumplimiento de cualquiera de ellos, aún cuando éstos, en rigor, no deban más que una parte del mismo. Y aún --y esta sería la segunda disposición contenida en el art. 1974.3 C.c. y la que constituye su objeto principal-- se establece algo más: que esa reclamación interrumpe la prescripción respecto de todos los deudores y que esto es lo "normal"; a regular la situación anormal que se produce cuando "el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda", es, precisamente, a lo que se orienta el tercer párrafo del art. 1974 C.c.

Conviene examinar ambas disposiciones por separado. En primer lugar, el art. 1974.3 C.c. pone de relieve que la mancomunidad de la deuda no es incompatible con la reclamación de su íntegro cumplimiento, dirigida frente a uno solo de los deudores. Tal disposición puede ser, ciertamente, calificada de incongruente y absurda si se piensa que el art. 1974.3 C.c. hace referencia a la obligación divisible mancomunada; pero, en cambio, se explica

perfectamente en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada desde el punto de vista de su concepción tradicional: la no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la obligación indivisible determina, en efecto, que el acreedor pueda exigirlo de cualquier deudor en toda su integridad, sin que a ello obste el carácter mancomunado de la obligación (26).

En realidad, la verdadera dificultad que plantea la interpretación del art. 1974.3 C.c. reside, no en que el acreedor pueda reclamar el todo a uno de los deudores, puesto que ello obedecería a la indivisibilidad de la prestación, sino que, dado tal carácter, pueda reclamarle sólo parte. Sin embargo, la disposición se explica porque "la chose due, quique indivisible en soi, a néanmoins une estimation, laquelle est divisible, et à laquelle on peut en ce cas avoir recours: c'est une modification que reçoit en ce cas l'indivisibilité de la dette" (27). Siendo indivisible la obligación, el que el acreedor "no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda", presupone que lo que aquél reclama de éste no es el cumplimiento --no susceptible de partes, por definición-- sino su participación económica en el mismo; y, entonces, tal reclamación, lógicamente, "no interrumpe...la prescripción

respecto a los otros codeudores" (28).

En segundo lugar, el art. 1974.3 C.c. pone de relieve que la reclamación por el todo dirigida por el acreedor frente a uno solo de los deudores interrumpe la prescripción de la deuda no sólo por lo que respecta al deudor a quien se reclama, sino también por lo que respecta a sus codeudores: el efecto interruptivo de la prescripción afecta a todos. Ello es así, evidentemente, en razón a que el art. 1974.3 C.c. se refiere a la obligación mancomunada indivisible y como consecuencia de la legitimación por el todo que, en relación a la exigibilidad del cumplimiento, la misma comporta. El que la demanda contra un deudor interrumpa la prescripción frente a todos es un efecto propio de la indivisibilidad (29) que se explica por los "vínculos" que ésta establece entre ellos y que impiden, también, que, por lo que se refiere a la extensión de la eficacia de la cosa juzgada, en toda demanda interpuesta contra uno de ellos, los deudores a quienes no se reclame puedan ser considerados terceros (30).

## NOTAS

(1) Sobre todo, la más antigua. Cfr., así, SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho civil", T. IV, pp. 470-471; VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", T. III, p. 42 ; CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, p. 137.

(2) MANRESA, "Comentarios al Código civil español", T. XII, coms. arts. 1973 a 1975 C.c., p. 951.

(3) Así, en "En torno al concepto de la prescripción", A.D.C., T. XVI, fasc. IV, octubre-diciembre 1.963, pp. 969 ss.; "La interrupción de la prescripción", R.D.N., T. XII, nº XLI-XLII, julio-diciembre 1.963, pp. 11 ss.; y, sobre todo, en su monografía "La prescripción en el Código civil".

(4) Vid. "La interrupción de la prescripción", cit. en nota precedente, recogido esencialmente como cap. III ("Los efectos de la interrupción de la prescripción") de su libro "La prescripción en el Código civil", pp. 138 ss. Mantiene la misma interpretación en "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 417.

(5) DIEZ PICAZO, "La prescripción en el Código civil", p. 145.

(6) DIEZ PICAZO, op. y loc. ult. cits.

(7) DIEZ PICAZO, op. cit., pp. 145-146. Se transcriben íntegramente sus afirmaciones por ser, a mi juicio, las más representativas y razonadas de una determinada interpretación del art. 1974.3 C.c.

(8) La conclusión es esencialmente correcta, pero no, a mi juicio, el razonamiento que le lleva a ella, viciado, por otra parte, por la consideración de que el art. 1139 C.c. hace referencia a la obligación indivisible.

(9) Vid. "El Anteproyecto del Código civil español (1.882-1.888), publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias, por Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS", p. 756, nota 382.

A la interpretación de PEÑA, además de DE CASTRO y ALBALADEJO, que se citan a continuación, se adhieren también PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", T. I, vol. I, 2ª parte, p. 901 y, refiriéndola concretamente al ámbito de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 581, nota 109.

(10) Es el art. 45 del Título (sin numerar) correspondiente a la prescripción en el Anteproyecto.

(11) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "El Anteproyecto del Código civil español (1.882-1.888), publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias, por...", p. 756, nota 382.

(12) DE CASTRO, "La prescripción", pp. 145 ss.; la afirmación se hace en p. 165.

(13) ALBALADEJO, "Derecho civil", T. I, vol. 2º, p. 514.

(14) ALBALADEJO, op. ult. cit., p. 514, nota 15.

(15) ALBALADEJO, op. y loc. cits.

(16) ALBALADEJO, op. y loc. cits. La razón por la que se transcriben sus afirmaciones es la misma que justificaba la transcripción de las de DIEZ PICAZO; cfr., supra, nota 7 de este mismo epígrafe.

(17) Art. 1059 del Proyecto de 1.851: "Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, ó en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha o perjudica á los demás". "Pudiendo cualquiera de los acreedores mancomunados recibir el pago total de la deuda --dirá GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1059, p. 569--, mucho mas podrá hacer actos conservatorios de la totalidad; y por otra parte, 'plures eandem actionem habentes unius loco sunt': vé los artículos 1987 y 1988".

Recuérdese el significado de la expresión "mancomunidad" en el contexto del Proyecto de 1.851.

(18) "Lo dispuesto en el artículo anterior...", reza el principio del art. 1989 del Proyecto; esto es, la regla general y la excepción a la misma.

(19) "Consecuencia --dice GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1989, p. 1020-- de la grande innovacion introducida por el art. 932 de las 'Herencias sin testamento'".

(20) Aunque referido a otro contexto, véase el análisis lingüístico llevado a cabo en torno a la expresión "sin embargo" por HERNANDEZ GIL, "Nuevas perspectivas para la interpretación del artículo 464 del Código civil" (Discurso leído...por el Excmo. Sr. Don...), Madrid, Gráficas San Marcos, 1.976, pp. 30-31.

(21) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español"; vid. nota 19 de este mismo epígrafe.

(22) Art. 1974.2 C.c.

(23) Idéntica conclusión apunta CAFFARENA, "La solidaridad de deudores", pp. 118-119, nota 186.

(24) Vid., infra, pp. 551 ss.

(25) Puesto que, como se acaba de indicar, la obligación solidaria se configura en el Código de forma distinta a como se configuraba en el Proyecto de 1.851.

(26) Como ya se ha señalado, la reclamación por el todo, característica de la obligación indivisible, no requiere que "la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria". Vid. supra,

pp. 197ss. y, más ampliamente, infra, pp. 358 ss.

(27) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 328, p. 314. Aún cuando POTHIER se refiera al supuesto de la remisión hecha por uno de los acreedores al deudor de la parte a él correspondiente, la razón sobre la que apoya su afirmación es igualmente aplicable al caso contrario (remisión "parcial" de la deuda a la que concurre una pluralidad de deudores) y, a mi juicio, al supuesto contemplado en el art. 1974.3 C.c.

(28) No parece que dicha reclamación impida al acreedor reclamar, posteriormente, el íntegro cumplimiento de la obligación de cualquiera de los restantes deudores; sin embargo, al hacerlo, deberá suplir al deudor a quien, con anterioridad, demandó la parte que le correspondía.

(29) Aún cuando la cuestión sea controvertida. Vid. infra, pp. 416 ss.

(30) Art. 1252.3 C.c.

2.7. Valoración del art. 1150 C.c. como argumento en favor de una u otra postura.

Se ha utilizado, también, el art. 1150 C.c. como argumento para negar que nuestro Código acoja, en su normativa, la regulación tradicional de la obligación indivisible. Ahora bien, aún cuando el art. 1150 C.c. se considera normalmente como argumento en favor de esa tesis en cuanto lo sea igualmente el art. 1139 C.c. (1) y, por ello, pudiera pensarse que desvirtuado el valor argumental de este último precepto, se desvirtúa el del art. 1150 C.c., es lo cierto que éste constituye, por sí solo, argumento --y además de envergadura-- en contra de la admisibilidad de la regulación tradicional de la obligación indivisible por el C.c.

No hay, en efecto, en este precepto ambigüedad terminológica alguna. Se refiere expresamente a la "obligación

indivisible mancomunada" y de ella dispone que "se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso". Las consecuencias que de ello derivan parecen claras: si, cuando uno de los deudores no coopere o contribuya al cumplimiento de la obligación indivisible mancomunada, ésta queda incumplida, la necesidad de actuar todos ellos conjuntamente en su cumplimiento es patente (2). Ahora bien, siendo esto así, ¿cómo se concilia esa actuación conjunta --necesaria para que el cumplimiento de la obligación indivisible mancomunada pueda verificarse-- con la legitimación pasiva indistinta que, en torno al íntegro cumplimiento obligatorio, el Código, siguiendo con ello la regulación tradicional de la indivisibilidad de la obligación atribuye a cada uno de los deudores en determinados preceptos?

Para tratar de resolver esta cuestión, parece necesario acudir a los precedentes en los que el art. 1150 C.c. se inspira. El art. 1150 C.c., transcripción prácticamente literal del art. 1167 del Anteproyecto de 1.882-1.888 (3), es de los pocos preceptos de los orientados a regular la indivisibilidad de la obligación de los que consta indubitadamente su origen: el mismo Anteproyecto lo califica como "nuevo y concordado con el 1533 Chile" (4).

BERCOVITZ entiende que la referencia al Código chileno debe conectarse con la segunda frase del art. 1167, mientras que de la primera sería de la que se predicase la "novedad" (5). A mi entender, esto no es exacto, ni siquiera admitiendo que al señalar el Anteproyecto como "nuevo" algún precepto lo hace por referencia única y exclusivamente al Proyecto de C.c. de 1.851 (6). En éste, en efecto, se recoge también el "principio de conversión" de la obligación indivisible en divisible: "cuando por no cumplirse la obligación indivisible --rezaba el art. 1078.1 del mismo--, se estimare el interés del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente de ella todos los deudores principales". Lo que, si acaso, es "nuevo" es la vinculación de los deudores a la misma; pero esto, en el art. 1167 del Anteproyecto, se regula ya en la segunda frase, no en la primera. No existe, por consiguiente, un paralelismo riguroso entre las proposiciones que componen el art. 1167 del Anteproyecto y las referencias que éste señala: "nuevo", en relación al Proyecto de 1.851, lo es todo el artículo, señalándose, además, la fuente que lo inspiró: el art. 1533 del C.c. de la República de Chile.

El art. 1533 del C.c. chileno dispone: "Es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido

o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla i ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa. Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ese solo será responsable de todos los perjuicios" (7).

Ahora bien, y como es obvio, esta disposición no puede entenderse aisladamente, sino encuadrada en el contexto de la regulación de la obligación indivisible en el Código chileno. Y, precisamente, esa regulación se inscribe en la línea de la concepción tradicional de la obligación indivisible, inspirados los preceptos que la componen en los del Code francés o directamente en POTHIER (8). Así, el art. 1527 establece que "cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad" (9), agregando a ello el art. 1530 que "demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla entre todos". La vinculación de cada uno de los deudores al íntegro cumplimiento de la obligación, que determina que el mismo pueda serles reclamado a cualquiera de ellos indistintamente, no se

contradice, pues (10), con la necesidad de que todos deban contribuir a su efectiva realización.

El art. 1533 regula la infracción de la obligación indivisible así configurada. En dos supuestos establece el citado precepto la acción de perjuicios: en el de "no haberse cumplido o haberse retardado la obligación" y en el de "haberse hecho imposible el cumplimiento de ella". Ahora bien, siendo objetivamente posible el cumplimiento de la obligación en el primero de los dos supuestos enunciados, ¿de qué deriva el que, pese a todo, no se haya verificado y el que, en su lugar, surja una acción de perjuicios que vincule a todos los deudores? La única respuesta admisible, presupuesto que, en última instancia, el cumplimiento de la obligación indivisible requiere la participación de todos los deudores, es que, en ese caso, el retardo o la falta de cumplimiento se origina en la negativa de uno de ellos a contribuir al mismo. El cumplimiento, en efecto, sigue siendo, objetivamente, posible; deviene, sin embargo, inexigible y de ahí que, no exonerados los restantes deudores, su vinculación ya no sea a la prestación originaria (no susceptible de cumplimiento parcial), sino a su equivalente pecuniario (que sí lo es) (11).

Este es, precisamente, el supuesto que contempla el art. 1150 C.c. Por ello, no existe, a mi juicio, contradicción alguna entre la necesidad de actuación conjunta que, en el cumplimiento de la obligación indivisible mancomunada, exige dicho precepto y el hecho de que la demanda en torno al mismo pueda interponerse frente a uno de los deudores solamente.

El art. 1150 C.c. requiere, ciertamente, la contribución de todos los deudores a la realización de la obligación indivisible, y la requiere de tal manera que la "falta a su compromiso" de uno de ellos determina su resolución en obligación de indemnizar daños y perjuicios. Pero lo que no dice el art. 1150 C.c. es cómo o a través de qué mecanismos ha de verificarse la presencia de todos los deudores en el cumplimiento de la obligación, y, en cualquier caso, no exige que sea a través de la demanda interpuesta por el acreedor: éste puede, en efecto, dirigirse contra cualquiera de los deudores y reclamarle el cumplimiento íntegro de la prestación comprometida.

Ahora bien, si el acreedor no tiene que demandar a todos los deudores y, sin embargo, el art. 1150 C.c. parte

de la necesidad de la presencia de todos ellos en el cumplimiento de la obligación, la única vía a través de la cual esa presencia podrá verificarse es la llamada que en ese sentido les haga el deudor demandado. Si ello es así, el art. 1150 C.c. no sólo no supone entonces un argumento en contra de la admisibilidad de la regulación tradicional de la obligación indivisible en nuestro C.c., sino que, incluso, vendría a reforzarla, toda vez que, sin contradecir la posibilidad de que el cumplimiento de la obligación indivisible mancomunada pueda ser exigido a cualquier deudor, le supone investido de la facultad de emplazar a sus codeudores a juicio, "a fin de cumplirla entre todos", característica asimismo de dicha regulación (12).

## NOTAS

(1) Puesto que las afirmaciones que del art. 1150 C.c. pudieran extraerse en su apoyo se fundan exclusivamente en su relación con dicho precepto. Así, PEREZ GONZALEZ - ALGUER, en ENNECCERUS, KIPP, WOLF, "Tratado de Derecho civil", T. I, vol. 2º, pp. 429-430, 446 y 465; en el mismo sentido, ALBALA-DEJO, "Derecho civil", T. II, vol. 1º, pp. 55 y 91-92.

(2) Cfr. BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 569-570, aunque da por supuesta la necesidad de una actuación conjunta de todos los deudores en el cumplimiento de la obligación, y de ella deriva las consecuencias establecidas por el art. 1150 C.c. En el sentido de la interpretación apuntada en el texto, es decir, que el art. 1150 C.c. bastaría, por sí solo, como argumento en favor de la legitimación conjunta pasiva en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada, vid. COCA PAYERAS, "Apuntes de Dere-

cho civil (Obligaciones)", p. 53.

(3) Establece el art. 1167 del Anteproyecto: "La obligación indivisible mancomunada se convierte en indemnización de daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubieran estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a esa indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación".

La única variante, aparte alguna de redacción, que se observa entre el precepto del Anteproyecto y el del C.c., es el empleo en éste de la expresión "se resuelve" en lugar de la expresión "se convierte" utilizada por aquél.

(4) Curiosamente, en el comentario de MANRESA, "Comentarios al Código civil español", T. VIII, p. 218, al art. 1150 C.c. no se cita, como concordante con él, el precepto chileno mencionado en el Anteproyecto, sino los arts. 1525 y 1526, que nada tienen que ver con éste. Si esto es ciertamente extraño, toda vez que MANRESA formaba parte de la Sección de la Comisión General de Codificación que redactó el Código, tal vez se explique por el hecho de que no fue él quien comentó el art. 1150 C.c., sino --como afirma GONZALEZ PALOMINO, "La compensación y su efecto", p. 139-- ALCALA ZAMORA y UREÑA SMENJAUD.

(5) BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 524.

(6) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "Estudio preliminar", en "El Anteproyecto del Código civil español (1.882-1.888) publicado...por...", p. 25, nota 70.

(7) Incidentalmente, podría señalarse también como precedente del art. 1150 C.c., en cuanto la expresión "se resuelve" podría proceder del mismo, el comentario de VELEZ SANSFIELD al art. 686 del C.c. de la República Argentina: "Las reglas sobre el pago de la obligación indivisible (a las que se refiere el artículo que comenta) cesan, desde que esta obligación se resuelve por la inejecución de ella, en pago de pérdidas é intereses, porque las pérdidas é intereses consisten siempre en una suma de dinero, y constituyen, por consiguiente, una prestación divisible" (Téngase presente que el C.c. argentino no recoge en su articulado disposición alguna que haga referencia al incumplimiento de la obligación indivisible).

(8) Cfr. las "Notas" que acompañan la edición del "Código Civil de la República de Chile" utilizada, en las que se señalan los precedentes en que se inspiran sus artículos. Las referencias a POTHIER en el Libro IV, "De las obligaciones en general i de los contratos" son, en especial en los primeros títulos, prácticamente continuas.

(9) Igual disposición establece el art. 1528 en relación a "cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible".

(10) "A menos --continúa el artículo-- que la obligación sea de tal naturaleza que él solo pueda cumplirla, pues en tal caso podrá ser condenado desde luego al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores, para la indemnización que le deban".

(11) Sobre la justificación de una tal vinculación de todos los deudores a las consecuencias del incumplimiento de

la obligación, no siéndoles éste imputable, vid. infra. pp. 480 ss.

(12) Sobre la finalidad de la "llamada en causa" y las consecuencias que de ella derivan, vid. infra., pp. 367 ss. y 480 ss.

## 2.8. Recapitulación.

De cuanto se acaba de exponer puede sostenerse que nuestro Derecho acoge la regulación tradicional de la indivisibilidad de la obligación. Mantener lo contrario, aparte de ser difícilmente conciliable con determinados preceptos del C.c., supone afirmar su ruptura con los principios rectores en esta materia. Lo que resulta doblemente sorprendente dado el escaso afán innovador del Código (1) y el mandato de la Base 1ª de la Ley de 11 de mayo de 1.888 de ajustar el mismo al Proyecto de 1.851 "en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nues-

tras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en las legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores".

Como señala GONZALEZ PALOMINO (2), "sólo para estos dos supuestos: dudas viejas y necesidades nuevas, quedaron autorizados los redactores (del Código) para aceptar soluciones científicas que hubieran obtenido el general y común asentimiento de nuestros jurisconsultos, precedentes legislativos propios o ajenos, y justificaciones que resultaren de la discusión parlamentaria".

El régimen de cumplimiento de la obligación indivisible, tal como había venido siendo configurado tradicionalmente, no es materia sobre la que hubieran surgido dudas en la práctica o suscitado discusión doctrinal. Antes al contrario, la doctrina anterior --e incluso la contemporánea e inmediatamente posterior-- a la promulgación del Código era unánime en afirmar la asimilación de la obligación indivisible a la obligación solidaria en cuanto a la necesidad de

su cumplimiento de ser íntegramente realizado por uno cualquiera de los deudores y a la posibilidad de ser exigido de igual modo por uno cualquiera de los acreedores. Tampoco era la indivisibilidad "necesidad nueva": ni el tema era conflictivo, ni tenía la trascendencia suficiente como para motivar un cambio de regulación (3).

Por lo tanto, en esta materia, los redactores del Código debían atenerse al Proyecto de 1.851, "en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio" y, en su caso, "regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes". Dejando aparte que en nuestro Derecho histórico no existe un tratamiento sistemático de la indivisibilidad de la obligación, de algunas de sus disposiciones puede deducirse que la configuraba de acuerdo con la regulación tradicional de la misma (4). Y recogién-dola asimismo el Proyecto de Código de 1.851, es evidente que el C.c. debía acogerla igualmente.

Existe un dato significativo que permite suponer que ello fuese así. Y es que ninguno de los vocales de la Comisión de Codificación, a los que la Sección de lo Civil, encargada de elaborar el Anteproyecto de Código, debía oír "en los términos que crea más expeditos y fructuosos" (5), formulase observación alguna que denunciase las pretendidas

innovaciones introducidas por el Código. Propusieron introducir reformas DANVILA y CARDENAS; pero en ningún caso entendieron ni uno ni otro que el Código modificase la regulación del Proyecto (6).

En definitiva, pues, el C.c. no dice lo que comunmente se afirma que dice. Ni siquiera para apoyar lo contrario puede servir, en este caso, la opinión de MANRESA, por mucho que, habiendo formado parte de la Sección de la Comisión General de Codificación que redactó el Código (7), su interpretación del mismo pudiera ser considerada como "casi auténtica" (8). Y ello porque MANRESA no era MANRESA (9). Ya el mismo encabezamiento de su obra señala que sus "Comentarios" fueron realizados por él "con la colaboración de varios jurisconsultos"; pues bien, en materia de obligaciones divisibles e indivisibles, los comentarios de los preceptos correspondientes a las mismas no son debidos a MANRESA sino a ALCALA ZAMORA y UREÑA SMENJAUD, que recibieron de aquél el encargo de redactar los correspondientes a los arts. 1088 a 1313 C.c. (10).

## NOTAS

(1) Para un juicio crítico del Código, vid. DE CASTRO, "Derecho civil de España", T. I, pp. 205 ss.

(2) GONZALEZ PALOMINO, "La compensación y su efecto", p. 136.

(3) Y, de haberlo motivado, la pretendida regulación adoptada carecería de "fundamento científico" y de "precedente autorizado en las legislaciones propias o extrañas", así como del "común asentimiento de nuestros jurisconsultos", o de justificación derivada "de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores".

(4) Sobre todo, a partir de la regulación de la obli-

gación encaminada a la constitución de una servidumbre, por otro lado y como ya se ha señalado, paradigma de la obligación "individua omni respectu": cfr. P. 3.31.9 y P. 3.22.20. No puede alegarse contra esta afirmación la ley 7, tit. XV, Lib. III del Fuero Real, puesto que ésta era, asimismo, congruente con la regulación tradicional en materia de depósito y, en última, instancia, acorde también con la originada en la indivisibilidad de la obligación.

(5) Art. 2º de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.889.

(6) Cfr. LASSO GAITE, "Crónica de la Codificación española", T. IV, vol. I, p. 575.

(7) Se le cita como miembro de la misma en la R.O. de Real Agrado de 8 de diciembre de 1.888.

(8) En palabras de GONZALEZ PALOMINO, "La compensación y su efecto", p. 138.

(9) GONZALEZ PALOMINO, "La compensación y su efecto", p. 139.

(10) Explica GONZALEZ PALOMINO, op. y loc. ult. cits., que, en el acto de recepción de ALCALA ZAMORA en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, tal afirmación la hizo UREÑA SMENJAUD, "públicamente, por escrito y sin que nadie le desmintiera", en su discurso de contestación al del recipiendario.

TERCERA PARTE

CONFIGURACION DE LA OBLIGACION INDIVISIBLE  
MANCOMUNADA EN EL CODIGO CIVIL

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0700895343

1. La configuración de la obligación indivisible mancomunada en el C.c. a partir de la admisibilidad por éste de la regulación tradicional de la misma.
  - 1.1. La configuración de la obligación indivisible mancomunada en el C.c.
  - 1.2. Los criterios de distinción entre obligación indivisible mancomunada y obligación solidaria.
2. La legitimación en torno a la exigibilidad del cumplimiento y sus consecuencias.
  - 2.1. Introducción.
  - 2.2. Legitimación activa.
  - 2.3. Legitimación pasiva.
  - 2.4. Las acciones de regreso en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada.
  - 2.5. La interrupción de la prescripción en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada.
  - 2.6. Extensión de la eficacia de la cosa juzgada en la obligación indivisible mancomunada y excepciones oponibles por el deudor demandado.
3. La infracción de la obligación indivisible mancomunada y sus consecuencias.
  - 3.1. El art. 1150 C.c.: consideraciones generales.
  - 3.2. Posición doctrinal en torno al art. 1150 C.c.
  - 3.3. El art. 1150 C.c.: interpretación que se propone.
  - 3.4. La infracción de la obligación indivisible mancomunada.

da asegurada con una cláusula penal.

4. La legitimación en torno a los actos de disposición de la titularidad mancomunada en el ámbito de la obligación indivisible.

4.1. Introducción.

4.2. La legitimación en torno a los actos de disposición de la titularidad mancomunada y la posibilidad de extinción parcial de la obligación indivisible mancomunada.

1. La configuración de la obligación indivisible mancomunada en el C.c. a partir de la admisibilidad por éste de la regulación tradicional de la misma.

1.1. La configuración de la obligación indivisible mancomunada en el C.c.

Fundamentalmente a partir de la disposición contenida en el art. 1974.3 C.c. (1), un sector de la doctrina española ha señalado la incompatibilidad entre dicha disposición y los principios que rigen las obligaciones mancomunadas, llegando, en consecuencia, a calificarla de "incongruente", "inexplicable e inútil" y "absurda" (2). Dicho artículo viene a reconocer, en sustancia, que en la obligación mancomunada en la que concurre una pluralidad de deudores, el acreedor podrá no sólo reclamar a cualquiera de ellos el cumplimiento de la parte que le corresponda --lo cual se considera congruente con la mancomunidad de la deuda--, sino incluso el cumplimiento en su integridad; y, a mayor abundamiento, que una reclamación en ese sentido interrumpe la prescripción tanto en relación al deudor frente al cual se dirige, como frente a

los demás a quienes nada se reclama (3).

A ello se objetará que, si según el Código, en las obligaciones mancomunadas "el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros", ni cabe que pueda exigirse a un deudor más que lo que en función a su participación en la titularidad colectiva le corresponde, ni cabe tampoco que el ejercicio de la acción contra uno de los deudores interrumpa la prescripción de una deuda que es ajena a este deudor (4). Legitimación por el todo en cuanto a la exigibilidad del cumplimiento y mancomunidad --sería la conclusión-- son términos incompatible.

Ello no es necesariamente así. Ya he indicado como, a mi juicio, el precepto contenido en el art. 1974.3 C.c. se justifica en sede de indivisibilidad de la obligación, en la que --como, por otra parte, confirma el art. 1252.3 C.c.-- presu- puesta la vinculación a la misma de dos o más deudores o de dos o más acreedores, cualquiera de éstos puede reclamar a cualquiera de aquéllos el íntegro cumplimiento de la obligación, sin que por esto el crédito o la deuda deban perder su carácter mancomunado y, consiguientemente, configurarse como solidarios. Ahora bien, si esto es así, ¿cómo se concilia esta afirmación con la de que, a partir igualmente de esa vinculación y como consecuencia del carácter mancomunado del

crédito o la deuda, ésta y aquél se presuman divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, "reputándose créditos o deudas distintos unos de otros"?

Mancomunidad y solidaridad son, como es sabido, las dos formas (5) que nuestro C.c. admite en cuanto a la organización y configuración de las titularidades obligacionales activa y pasiva cuando a ellas concurre una pluralidad de personas. El Código se ocupa fundamentalmente de regular la solidaridad, pero no contempla con igual detenimiento la mancomunidad (6), cuyo régimen jurídico debe inferirse por vía negativa a partir del de aquélla (7).

Con esta perspectiva, podría afirmarse que característico de la mancomunidad es --y esto se desprendería de una interpretación a contrario del art. 1137 C.c.-- que ni cada uno de los acreedores tenga derecho a pedir, ni cada uno de los deudores deber de prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación o, si se prefiere, que cada uno de aquéllos tenga derecho y cada uno de éstos deber sólo a una parte de la prestación total (8).

Tal afirmación, que es esencialmente correcta, requiere ser matizada. Desde el punto de vista de la solidaridad, lo que importa en el art. 1137 C.c. no es tanto que pueda reclamarse por cualquier acreedor o frente a cualquier deudor

el íntegro cumplimiento de la obligación, como que cada uno de los primeros y cada uno de los segundos está investido de una legitimación exclusiva y excluyente para ejercitar la propia titularidad y es en virtud de ella por lo que puede reclamar tal cumplimiento íntegro (9). Igual ocurre con la mancomunidad. La esencia de la misma se encuentra en la legitimación que en torno al ejercicio de la propia titularidad comporta: y en este sentido, cada uno de los acreedores y cada uno de los deudores está legitimado para ejercitar, por sí solo, no la íntegra posición jurídica de la que es cotitular, sino una parte de ella; característica de la mancomunidad es, pues, la legitimación parcial que respecto al ejercicio de la propia titularidad cada cotitular ostenta (10).

Esto, por otro lado, es lógica consecuencia de que, no constituida la obligación con el carácter de solidaria, el crédito y la deuda se presuman, a tenor de lo dispuesto en el art. 1138 C.c., "divididos" en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros (11). El art. 1138 C.c. no quiere decir sino lo que dice: no que la obligación se divida, sino que, precisamente porque no se divide, "funciona" como si estuviera dividida. Y en cualquier caso y en cuanto resultado de la "conurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación", es obvio que esa "división" de la

titularidad prescinde por completo de la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación sobre la que incide: las reglas que configuran la legitimación en torno a su ejercicio y, como manifestación del mismo, en torno al cumplimiento operan, pues, a distinto nivel que las que determinan la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación y en modo alguno vienen influenciadas por ella.

Es ésta una idea que, latente en la regulación de las obligaciones divisibles e indivisibles, no acaba, sin embargo, de expresarse con claridad (12). Los juristas del Derecho intermedio, incluso, parecen negarla expresamente. En efecto, el sentido último de la consideración de la divisibilidad o indivisibilidad "quo ad obligationem" (13) no es tanto atender a la configuración de uno u otro carácter según como se estipule la obligación (14), sino remitir a su incidencia en la configuración de la titularidad colectiva: si la prestación es divisible, la titularidad se "dividirá" entre quienes la ostentan; si es indivisible, no puede verificarse tal "división" y, en consecuencia --se dirá (15)-- "quilibet haeredum tenetur in solidum" (16) (17).

En POTHIER, en cambio, la distinción entre el plano de la legitimación y el del cumplimiento aparece claramente. Así, al menos, parece indicarlo el que, al señalar los efec-

tos de la divisibilidad de la obligación, considere como tales (18) la división de la titularidad y la susceptibilidad de cumplimiento parcial (19). Como consecuencia del primer efecto, "chacun des héritiers est créancier seulement de sa part" (20) y "chaque héritier du débiteur n'est tenu des dettes divisibles, que pour la part dont'il est héritier; et il n'est pas même tenu subsidiairement du surplus, en cas d'insolvabilité de ses cohéritiers" (21); como consecuencia del segundo, "le paiement de la dette pouroit se faire par parties" (22). Evidentemente, el que la deuda pueda ser pagada por partes es consecuencia de la divisibilidad de la prestación y no de la división de la titularidad. Las consecuencias que derivan de ésta, por su parte, se concretan, desde el punto de vista del crédito, en la legitimación parcial para exigirlo y, desde el punto de vista de la deuda, en la división de la responsabilidad, que determina que la diligencia que en el cumplimiento corresponda a cada deudor sea igualmente parcial.

Por lo demás, el que, en definitiva, la división de la titularidad no sea un efecto propio de la divisibilidad de la prestación (23), sino que se verifica con total independencia de ésta, lo demuestra el que los acreedores y deudores de la obligación indivisible lo sean --para el propio POTHIER y siguiendo la terminología de MOLINEO-- "ad totum, sed non

totaliter". Por no ser cada acreedor sino, en última instancia, "créancier comme mon héritier pour partie" (24), es por lo que, en la indemnización de daños y perjuicios subsiguiente, en su caso, al incumplimiento, no podrá exigirlos íntegramente --pese a poder reclamar así el cumplimiento-- sino "pour la part dont il est héritier" (25); y, por la misma razón, cada acreedor "ne peut pas faire remise en entier de la dette", sino únicamente "en ce qui le concerne" (26). Y, por lo que respecta a los deudores, "n'étant débiteur pour le total qu'a cause de la qualité de la chose due qui n'est pas susceptible de parties --dirá POTHIER (27)--, si l'obligation primitive (indivisible) vient à se convertir en l'obligation secondaire d'une chose divisible ces débiteurs n'en seront tenus chacun que pour leur part"; e igualmente, por más que "chacun des héritiers du débiteur étant débiteur de la chose entière, il en résulte qu'on peut donner la demande contre chacun des héritiers pour la chose entière", en cuanto "il n'en est pas débiteur 'totaliter', qu'il ne l'est que comme héritier en partie du débiteur, et conjointement avec ses cohéritiers, il suit de là qu'étant assigné, il peut demander un délai pour appeler et mettre en cause ses cohéritiers, et qu'il ne doit être condamné seul que faute par lui de les avoir appelés en cause" (28).

En el C.c., a partir de la introducción de la noción de "mancomunidad" como opuesta a la de "solidaridad", la distinción entre el plano de la legitimación y el plano del cumplimiento queda, en materia de obligaciones divisibles e indivisibles, perfectamente delimitada. Y sin embargo, paradójicamente, es en este contexto donde la doctrina incurre en mayores inexactitudes. Así, por no distinguir los rasgos que derivan de la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación de los que derivan de la mancomunidad del crédito o la deuda es por lo que, a partir del art. 1137 C.c., se ha negado la admisibilidad de la regulación tradicional de la obligación indivisible en nuestro Derecho, confundiendo indivisibilidad con solidaridad (29) y por lo que, confundiendo divisibilidad con mancomunidad, se circunscribe el ámbito del art. 1138 C.c. a la obligación mancomunada divisible (30) y el del art. 1139 C.c. a la mancomunada indivisible (31), cuando nada justifica tales encuadramientos. Porque no se trata sólo de que el precepto contenido en el art. 1139 C.c. no haga referencia a la indivisibilidad de la obligación (32); es que la configuración de la obligación indivisible, en cuanto mancomunada, debe buscarse igualmente en el art. 1138 C.c.

Que ello sea así lo demuestran los propios antecedentes de este artículo. El art. 1138 C.c. es transcripción literal del art. 1155 C.c. del Anteproyecto de 1.882-1.888 que, a su vez, se inspira en el art. 691 del C.c. de la República Argentina (33). Dispone dicho artículo que "en las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito ó la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores ó deudores haya, si el título constitutivo de la obligación no ha establecido partes desiguales entre los interesados. Las partes de los diversos acreedores ó deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos ó deudas distintos los unos de los otros". Pues bien, junto a este precepto y prácticamente a continuación, el art. 693 establece que "siendo el objeto de la obligación simplemente mancomunada, una cosa divisible, cada uno de los deudores está obligado solamente á su parte en la deuda, y cada uno de los acreedores puede solo demandar su parte en el crédito. El deudor que pagase íntegra la deuda no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores".

Dos son las consecuencias que se deducen de la confrontación entre ambos preceptos (34). En primer lugar, que la norma contenida en el art. 691 es de aplicación tanto si el objeto de la obligación mancomunada es una cosa divisible

como si es una cosa indivisible y que, consiguientemente, la configuración del crédito o la deuda como divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya prescinde de la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación sobre la que recaen. En segundo lugar, que la trascendencia de la divisibilidad o indivisibilidad de la misma se circunscribe únicamente a la actuación de las titularidades así configuradas en relación a la exigibilidad del cumplimiento y que, por tanto, si cada acreedor sólo puede demandar su parte en el crédito y cada deudor sólo está obligado a su parte en la deuda, ello es antes consecuencia del carácter divisible del objeto de la obligación que de la mancomunidad de ésta o aquél.

En la mancomunidad, en efecto, la legitimación parcial que deriva de la "división" de la titularidad activa o pasiva se manifiesta de forma distinta según el carácter divisible o indivisible de la prestación comprometida (35). En el primer caso, puede, ciertamente, establecerse una relación de correspondencia entre la participación de cada acreedor o cada deudor en la titularidad activa o pasiva y las partes en las que es susceptible de fraccionarse la prestación, de forma que la reclamación del cumplimiento se oriente en torno a dicha relación. Siendo indivisible la prestación, ello no es posible y, en consecuencia, deben conciliarse las exigencias deri-

vadas de dicho carácter con las derivadas de la "división" del crédito o la deuda entre los distintos acreedores o deudores.

La indivisibilidad de la prestación impone mantener necesariamente su integridad en sede de cumplimiento; a ella, pues, debe acomodarse las dos notas que caracterizan la mancomunidad: fragmentación de la legitimación en torno a su ejercicio e independencia de las distintas posiciones jurídicas que resultan de la consideración de la titularidad activa o pasiva como dividida (36). Teóricamente, esto puede hacerse de dos maneras: bien configurando dicha legitimación como conjunta, en el sentido de que sólo es admisible una reclamación del cumplimiento en la que participan todos los acreedores y que se dirija frente a todos los deudores, o bien facultando a cualquiera de los acreedores para exigir de cualquiera de los deudores el íntegro cumplimiento de la obligación, arbitrando una serie de medidas que, en última instancia, salvaguarden el carácter mancomunado del crédito o de la deuda. En realidad, los resultados que se consiguen a través de esas dos vías son los mismos y lo único que varía es, por así decirlo, el momento en que la mancomunidad de la titularidad se pone de manifiesto y a quien corresponde hacerlo; pero desde un punto de vista práctico parece preferible la segunda solución. Esta es la que adopta la regulación tradicional

de la obligación indivisible y la que, a mi juicio, recoge asimismo nuestro C.c.

Ahora bien, ¿cuales son esas medidas que ponen de relieve el carácter mancomunado del crédito o de la deuda a pesar de considerar que, en su ejercicio en torno a la exigibilidad del cumplimiento, cada uno de los acreedores puede reclamar a cada uno de los deudores la íntegra satisfacción de la prestación? En realidad, la cuestión que plantea conciliar las exigencias que derivan de la división de la titularidad con las que derivan de la indivisibilidad de la prestación se presenta únicamente en relación a la deuda mancomunada. Por lo que respecta al crédito mancomunado, en efecto, a las exigencias de participación colectiva que tal carácter comportaría se sobrepone una norma general, propia de cotitularidad activa: la de que cada acreedor puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial (37). En este sentido, el deudor no podrá oponerse a la demanda que, en torno a la reclamación del cumplimiento de la obligación, interponga uno de los acreedores, presupuesto que exija que el pago se verifique respecto a todos ellos; obviamente, caso de exigir su ejecución sólo en su favor, ya no estaría realizando un acto útil para los demás, y carecería de la legitimación para llevarlo a cabo (38).

Por su parte, en el ámbito de la deuda mancomunada, el

art. 1150 C.c. armoniza las consecuencias que derivan de la indivisibilidad de la prestación con la constatación de que cada deudor lo es sólo en proporción a su participación en la deuda, configurando el cumplimiento como un acto conjunto. Dicho precepto, en efecto, prescribe la necesidad de participación de todos los deudores en su realización, de suerte que la negativa de uno de ellos a contribuir en ella determina el incumplimiento total de la obligación. Ahora bien, si el C.c. permite que el acreedor reclame el cumplimiento a uno cualquiera de los deudores, ¿cómo se llega a esa configuración del cumplimiento obligatorio como acto conjunto de que parte el art. 1150 C.c.? Pues, sencillamente, permitiendo al deudor demandado citar y emplazar a sus codeudores a juicio: como ha señalado ALBALADEJO (39), "a que el acreedor demande a todos los (codeudores) (40) (41), equivale el que, aunque sólo demande a alguno, éste, ..., haga citar y emplazar a los demás".

## NOTAS

(1) "En las obligaciones mancomunadas cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores".

(2) Así, respectivamente, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "El Anteproyecto del Código civil español (1.882-1.888), publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias por ...", p. 756, nota 382; DE CASTRO, "La prescripción", pp. 165-166; ALBALADEJO, "Derecho civil", T. I, vol. 2º, p. 514, nota 15.

(3) Vid., supra, pp. 254 ss.

(4) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, op. y loc. cits.; ALBALADEJO, op. y loc. cits.

(5) Los intentos de configurar un "tertium genus" a partir del art. 1139 C.c., en torno a la obligación que se denominaría mancomunada en sentido estricto o conjunta, no son, a mi juicio, admisibles dada la regulación de las obligaciones pluripersonales en el Código: las obligaciones de "división imposible" no constituyen una categoría obligatoria propia y autónoma, sino un supuesto particular a encuadrar en el marco general de las obligaciones mancomunadas contempladas en el art. 1138 C.c.

Ahora bien, obviamente, ello no excluye la posibilidad de constituir tales obligaciones "conjuntas" al amparo del principio de autonomía de la voluntad en materia contractual recogido en el art. 1255.C.c. Vid., a este respecto, SANCHO REBULLIDA, "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos", p. 565.

(6) Reconoce DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 400, que "nuestro C.c. no...indica de una manera clara y terminante (como se caracteriza la mancomunidad) y la doctrina científica tampoco se ha cuidado de hacerlo rigurosamente".

Y, ciertamente, resulta curioso constatar, frente a la abundante literatura a que ha dado lugar la solidaridad, la escasa o nula atención que, en cambio, ha merecido la mancomunidad. Por lo demás, en las obras de carácter general, al tratar el tema, los autores suelen limitarse a una mera transcripción de los preceptos del Código, sin apenas comentarlos.

(7) Como es sabido, en el C.c. se introduce el término "mancomunidad" en materia de obligaciones por expresa disposición de la Base 19 de la Ley de 11 de mayo de 1.888, que pro-

pugnaba su mantenimiento de acuerdo con su significado histórico. Pese a ello, el Código la acoge en su articulado como noción opuesta a la de solidaridad y correspondiente a la que en el Derecho castellano, hacía referencia a las obligaciones mancomunadas simples o a prorrata. Sobre esta cuestión, cfr. SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho civil", T. IV, pp. 46 ss.

Por otra parte, la expresión "mancomunidad" se refleja en nuestro C.c. en contadas ocasiones: en el art. 669, que prohíbe testar mancomunadamente (cfr. D.T. 2ª); en los arts. 894 a 897, en materia de albaceazgo, y, dentro del ámbito propiamente obligacional, en los arts. 1137, 1138 y 1139 (aún sin nombrarla) y en los 1150, 1194 y 1974.3. Dato significativo es el de que todos estos preceptos, a excepción de los dos últimos, son calificados en el Anteproyecto de 1.882-1.888 como "nuevos" (se cite o no su fuente de inspiración) respecto del Proyecto de 1.851; y aún de esos dos, puede sostenerse que la utilización del término "mancomunidad" no lo es con igual sentido que el empleado en el Proyecto, sino que es congruente con el de los restantes preceptos.

(8) Así la define, por ejemplo, ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 87.

(9) Vid. supra, pp. 197 ss.

(10) BADOSA COLL, "Apuntes de Derecho civil: Obligaciones y contratos" (Curso 1.980-1.981), inéditos.

(11) Señala SERRA DOMINGUEZ, "Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos", p. 122, que en el art. 1138 C.c. no se contiene presunción alguna, sino una disposición supletoria de la Ley, "entendiendo por tales --dirá, pp. 121-122-- aquellas normas jurídicas que toleran

que la relativa situación jurídica sea regulada por modo distinto al del arbitrio privado, y que sólo se aplican cuando falta tal regulación. Tienden a regular la relación jurídica entre las partes, en aquellos casos en que éstos no hayan establecido nada para regularla...La Ley concede al particular la libertad de declarar su voluntad; si no la declara, ella no presume tal voluntad sino que dispone como cree más conveniente. El no uso de la voluntad por parte del interesado autoriza a la Ley para disponer...No es como pudiera creerse que el legislador declare provisionalmente la voluntad de los interesados, mientras no conste lo contrario, sino que si los interesados no han manifestado su voluntad interviene la declaración del legislador".

(12) Puesto que, configurada la obligación en la que concurre una pluralidad de sujetos en torno a las categorías de obligación solidaria, obligación indivisible y obligación divisible, en esta última confluyen tanto rasgos característicos tanto de la división de la titularidad colectiva como de la susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación que no siempre se delimitan nítidamente.

(13) Así, BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Digesti Novi Partem commentaria", com. ad l. "Eadem dicemus", nº 1, fol. 7 v. En el mismo sentido, ANGELUS DE PERIGLIS, "Subtilissima repetitio §Cato, l. IIII. de verb. oblig.", nº 1, fol. 263; BOLOGNINUS, "Ludovici Ioannis de Bologninus...Repetitio elegans, ac copiosa in §Cato, ex l. IIII. ff. de verborum obligatio.", nº 86, fol. 355 v.: GOMEZ, "De individuís", nº 2, p. 168.

(14) En la configuración de MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", la indivisibilidad "obligatione"

hace referencia a aquellas obligaciones "quae in contractu quidem divisim, seu pro parte deduci possunt: sed semel in obligationem deducta nequent pro parte veré praestari": vid. Parte III, nº 76, p. 216.

(15) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli a Saxoferrato in secundam Digesti Novi Partem commentaria", com. ad. l. "Eadem dicemus", nº 1, fol. 7 v.

(16) "Haec stipulatio --señala CUJACIUS, "Jacobi Cujacii notae ad Lib. XLV Dig.", col. 651, refiriéndose a la obligación genérica y a la obligación alternativa-- habetur pro individuo, nec ad eam pertinet l. 12 tab. Idem est si naturaliter individua sit obligatio".

(17) Ahora bien, que la indivisibilidad de la obligación no comporta una vinculación solidaria en sentido estricto lo pone de manifiesto el que los efectos que derivan de una y otra sean distintos. Sobre esto, vid. infra, pp. 314 ss.

(18) "Une obligation est appelée divisible --señala POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 300, p. 289--, non parce qu'elle est actuellement divisée, mais parce qu'elle se peut diviser. C'est pourquoi, quelque divisible que soit la chose due, l'obligation, avant qu'elle ait été divisée, est indivise, et ne peut être acquittée par parties ...Il faut donc bien prendre garde à ne point confondre l'indivision et l'indivisibilité".

(19) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 300, p. 289.

(20) POTHIER, op. y loc. cits.

(21) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 310, pp. 297-298.

(22) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 312, p. 300.

(23) Pese a que, ciertamente, la configuración de las consecuencias que derivan de la consideración de la obligación como divisible pudiera llevar a pensar lo contrario y que, pese a su advertencia de que "il faut donc bien prendre garde à ne point confondre l'indivision et l'indivisibilité", pudiera igualmente concluirse que POTHIER incurre en el defecto contrario de confundir "división" con "divisibilidad".

(24) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 327, p. 313.

(25) POTHIER, op. y loc. cits.

(26) POTHIER, op. cit., nº 328, p. 314.

(27) POTHIER, op. cit., nº 325, p. 312.

(28) POTHIER, op. cit., nº 331, p. 315.

(29) Vid., supra, pp. 197 ss.

(30) Vid., por todos, ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 91. Igualmente, a partir de tal consideración, interpreta DIEZ PICAZO, "La prescripción en el Código civil", pp. 145-146; el art. 1974.3 C.c.; en el mismo sentido, y por lo que respecta al art. 1194 C.c., GONZALEZ PORRAS, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por Manuel Albaladejo)", T. XVI, vol. 1º, pp. 395 ss.

(31) Opinión generalizada en la doctrina española. Vid., por todos, ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 91; BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 569 ss., en particular, pp. 574 ss.

(32) Vid., supra, pp. 212 ss.

(33) La referencia que acompaña el art. 1155 del Anteproyecto de C.c. de 1.882-1.888 (antecedente inmediato del art. 1138 C.c.) remite al art. 601 del Código argentino. Pero como señala PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "El Anteproyecto del Código civil español (1.882-1.888) publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias por...", p. 361, en nota al citado artículo, la remisión debe entenderse hecha al art. 691; que la mención al art. 601 obedece a una mera errata parece claro si se tiene en cuenta que el mismo en absoluto alude a las obligaciones pluripersonales, sino que regula a quién corresponde la elección en la obligación de dar una cosa genéricamente designada no fungible.

(34) Critica SEGOVIA, "El Código civil de la República Argentina (copia de la edición oficial íntegra) con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por...", T. I, com. art. 693, p. 184, nota 4, el precepto contenido en el art. 693, señalando que "como las disposiciones todas de este Título (el dedicado a las obligaciones simplemente mancomunadas) no tienen aplicación sino á las obligaciones divisibles, las palabras del artículo notadas con letra bastardilla ('Siendo el objeto...cosa divisible') están demás". En el mismo sentido, GALLI, en SALVAT, "Tratado de Derecho civil argentino" - "Obligaciones en general", T. II, p. 52.

Creo equivocadas ambas críticas. La configuración de la

obligación a la que concurre una pluralidad de acreedores o de deudores como mancomunada prescinde absolutamente del carácter divisible o indivisible de su prestación. Por ello, los arts. 691 y 692 del C.c. argentino serían de aplicación general a toda obligación mancomunada; los arts. 693 a 698, en cambio, se referirían exclusivamente a la obligación mancomunada divisible. En concreto, el art. 691 vendría a establecer, por así decirlo, una "norma de estructura" o configuración de la obligación mancomunada; el art. 693 se refiere a otra cosa: a cómo se ejercita la legitimación en torno al cumplimiento de la obligación mancomunada siendo su objeto una cosa divisible.

Que la disposición contenida en el art. 691 del Código argentino es aplicable a la obligación indivisible (en cuanto mancomunada), lo pone de relieve el propio VELEZ SANSFIELD en su nota al art. 668: "En una obligación indivisible --dice-- cada uno de los deudores no debería pagar y cada uno de los acreedores no podría reclamar sino su parte, si la prestación fuese susceptible de cumplimiento parcial, mientras que en la obligación solidaria, cada deudor debe pagar y cada acreedor puede exigir el cumplimiento total, aunque sea posible ó fácil hacer pagos parciales". Ahora bien, ¿a qué obedece el que cada uno de los deudores no debiera pagar y cada uno de los acreedores reclamar sino su parte? Evidentemente, a que --como establece el art. 691-- "el crédito ó la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores ó deudores haya, si el título constitutivo de la obligación no ha establecido partes desiguales entre los interesados" y a que "las partes de los diversos acreedores ó deudores se consideraran como que constituyen otros tantos créditos ó deudas distintos los unos de los otros".

(35) Obviamente, en relación sólo a los actos que incidan sobre ella: cumplimiento y efectos relacionados con el mismo. Por lo que respecta a aquellos actos que, suponiendo el ejercicio de la propia titularidad, no afecten, en cambio, a la prestación, la divisibilidad o indivisibilidad de ésta carece de trascendencia y no pudiendo actuar cada acreedor y cada deudor más que respecto a su propia posición jurídica, en ella se agotará la eficacia de su actuación.

Por su parte, la legitimación que en torno al ejercicio de la propia titularidad comporta la solidaridad, en cuanto constituye a todo titular como "único", obvia toda cuestión acerca de la influencia de la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación en el ámbito de la exigibilidad del cumplimiento.

(36) BADOSA COLL, "Apuntes de Derecho civil: Obligaciones y contratos (Curso 1.980-1.981)", inéditos.

(37) Cfr. arts. 1139 y 1141 C.c., referidos al crédito mancomunado y solidario, respectivamente; igualmente, art. 1772.2 C.c.

(38) Vid. BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 578-579. Continúa el citado autor: "En cambio, cuando el acreedor demandante se limita a pedir el cumplimiento o la indemnización de daños y perjuicios (sic) frente a todos los acreedores, no existe razón para dotar al deudor de una excepción frente a ella...Y es que la demanda de un acreedor no tiene en principio otra virtud que clarificar definitivamente la situación jurídica existente en torno al cumplimiento de la obligación; lo que, evidentemente, no constituye algo que perjudique a sus coacreedores. Por

otra parte, esta solución impide que la conducta dolosa o culposa de alguno de los acreedores pueda obstaculizar la reclamación del pago".

En realidad, es este último argumento el que, a mi juicio, justifica por sí solo la atribución de una legitimación plena a cada acreedor mancomunado de prestación indivisible que le permita reclamar la realización de la misma; en cuanto a la finalidad que BERCOVITZ atribuye a la demanda, la cuestión parece más discutible. A este respecto, cfr. CORTES DOMINGUEZ, "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", p. 385, nota 45.

(39) "La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición", p. 510.

(40) "Coherederos", en el original.

(41) Que, en rigor, parecía el medio más adecuado de satisfacer las exigencias que derivan del carácter mancomunado de la deuda.

1.2. Los criterios de distinción entre obligación indivisible mancomunada y obligación solidaria.

Acogida en nuestro Derecho la regulación tradicional de la obligación indivisible, exige ello atender a una cuestión que, de antiguo (1), ha venido siendo planteada: la cuestión de la distinción entre obligación indivisible y obligación solidaria. El tema no es abordado por la doctrina más moderna, supuesta la pretendida innovación que, en materia de régimen jurídico, el C.c. introduciría en el ámbito de la obligación indivisible (2). No siendo, sin embargo, ello así, es ineludible, a mi juicio, hacer mención al mismo.

La necesidad de delimitar los ámbitos propios de la indivisibilidad y de la solidaridad y de determinar los rasgos característicos de una y otra surge, en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la identidad de efectos que ésta y aquélla comportan en relación a la legitimación reque-

rida en torno a la exigibilidad del cumplimiento obligatorio y a las consecuencias que de la misma derivan. En efecto, tanto en la obligación indivisible como en la obligación solidaria, cada uno de los acreedores y cada uno de los deudores está vinculado a la total prestación, de modo que cualquiera de los primeros tiene derecho a exigirla y cualquiera de los segundos deber de satisfacerla (3). Indivisibilidad y solidaridad se configuran, así, como las dos excepciones que la tradicional regla "concurso partes fiunt" (4) admite (5): la concurrencia de una pluralidad de personas en una obligación determina, como norma, su división entre todas ellas, a no ser --se dirá (6)-- que la prestación sea indivisible o la obligación se hubiere constituido como solidaria.

Ahora bien, esa identidad de efectos no debe inducir a confusión. Y por más que el C.c., a diferencia de otros cuerpos legales (7), no contenga disposición alguna que expresamente ponga de manifiesto la distinción entre obligación indivisible y obligación solidaria (8), no quiere ello decir sin embargo que las asimile totalmente. La equiparación se reduce a los puntos indicados y aún éstos tienen su origen en causas diversas y presentan una regulación que no es absolutamente coincidente.

El que en las obligaciones indivisibles cada acreedor y cada deudor lo sea de la total obligación deriva del carácter

de la prestación que, en cuanto no susceptible de cumplimiento parcial, impide una legitimación parcial en torno a ella: no se puede --se dirá (9)-- ser acreedor o deudor de una parte solamente de lo que no las admite. En las obligaciones solidarias, en cambio, ello es consecuencia de la misma constitución de la obligación, en la que expresamente se determina --art. 1137 C.c.-- que cualquiera de los acreedores tenga derecho a exigir y cualquiera de los deudores deber de satisfacer íntegramente las cosas que constituyen su objeto. Por eso, se dirá también (10), que mientras "qualitas solidi (11) in individuis realis est: quia non personis...sed obligationi ipsi, et rei debitae adhaeret", en la solidaridad "personalis est" (12) y, por ello, "non est vi directa obligationis, sed per accidens" (13) (14). Que la legitimación por el todo sea inherente a la misma noción de obligación indivisible comporta que no sea necesario que la obligación expresamente determine tal circunstancia para que, presupuesta la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en ella, cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir y cada uno de éstos deba prestar la prestación en su integridad (15); la necesidad de tal exigencia, por el contrario, pone precisamente de relieve la excepcionalidad y contingencia de la misma (16).

Por lo demás, el ámbito de legitimación por el todo que atribuye la solidaridad es más extenso que el que atribuye la

indivisibilidad: en ésta, se circunscribe únicamente a la exigibilidad en torno a la realización de la prestación; en aquélla, abarca todos los actos de ejercicio de la propia titularidad, comprendiendo obviamente también los que se refieren al cumplimiento de la obligación. Consecuencia de ello es que, aún cuando tradicionalmente se considere que la solidaridad presupone la objetiva divisibilidad de la obligación (17), solidaridad e indivisibilidad no sean incompatibles (18): una obligación indivisible puede ser, al mismo tiempo, solidaria si tal circunstancia se ha establecido expresamente (19).

Ahora bien, la constatación de que, en cuanto operan a niveles diferentes, solidaridad e indivisibilidad no sean incompatibles pone de relieve que la contraposición entre una y otra carece de sentido y desvirtúa los rasgos distintivos que de ambas pretenden extraerse.

De hecho, en efecto, las distintas consecuencias que tradicionalmente (20) se derivan del carácter indivisible o solidario de una obligación, responden antes al carácter divisible de la obligación solidaria (21) y, sobre todo, al carácter no solidario o, para decirlo en la terminología del C.c., mancomunado de la obligación indivisible, que a una rigurosa y estricta contraposición entre indivisibilidad y solidaridad (22).

Por lo demás, las consecuencias que, en cambio, sí obedecerían a tal contraposición, han quedado fuera del ámbito de la regulación de la obligación indivisible en el Código. Así, si, sobre la base de la consideración de la indivisibilidad y de la solidaridad como "cualidad real" y "cualidad personal" de la obligación respectivamente, la primera --se dirá (23)-- "passe avec cette qualité aux héritiers, et...fait que chacun des héritiers du débiteur est débiteur pour le total" (24), mientras la segunda "n'empêche pas que cette obligation solidaire ne se divise entre les héritiers de chacun des débiteurs solidaires qui l'ont contractée, et entre les héritiers du créancier envers qui elle a été contractée" (25), la disposición de los arts. 2418 y 932 de los Proyectos de C.c. de 1.836 y 1.851, primero, y 1101 del Ante proyecto de 1.882-1.888 y 1084 del Código, después, al establecer la indivisión de las deudas hereditarias, excluye que esta distinción entre indivisibilidad y solidaridad tenga trascendencia.

Igualmente, podría pensarse que sí responden al carácter indivisible de la prestación las consecuencias que, en su caso, derivan del cumplimiento de la obligación por uno cualquiera de los deudores, en relación a las posibilidades que se le ofrecen para ser reintegrado por sus codeudores de cuanto pagó por ellos (26). En efecto, frente a las dos vías --subrogación y acción de regreso-- que a este respecto

se abren en la obligación solidaria al deudor cumplidor, el cumplimiento de la obligación indivisible sólo permite al deudor que lo llevó a cabo la vía de regreso, pero no la subrogación en el crédito por él satisfecho en los términos establecidos en el art. 1210.3º C.c. (27). Ahora bien, por más que, ciertamente, ello sea consecuencia de la indivisibilidad de la obligación, en su origen, el planteamiento de la cuestión en torno a la posibilidad de regreso en la obligación solidaria y en la obligación indivisible obedecía, también, antes a la contraposición "solidaridad/mancomunidad" que a la contraposición "solidaridad/indivisibilidad".

Como es sabido, en Derecho romano no se contemplaba, en la regulación de la obligación solidaria, la posibilidad de otorgar una acción de resarcimiento ni al deudor que pagó frente a sus codeudores ni a los coacreedores frente al acreedor que recibió el pago (28). La razón de ello se fundaba en la consideración de que, siendo solidaria la obligación, cada acreedor y cada deudor lo eran realmente del todo y, por tanto, quien realizaba íntegramente la prestación no realizaba sino aquéllo a lo que se había comprometido, no pudiendo reclamar nada de sus codeudores, al tiempo que, quien la recibía, no recibía más de lo que le era debido y, consiguientemente, tampoco sus coacreedores podían exigirle nada.

En la obligación indivisible no sucedía lo mismo. El

deudor que pagaba podía dirigirse contra sus codeudores y el acreedor que recibía el cumplimiento debía hacer partícipes del mismo a los restantes acreedores, puesto que cada deudor y cada acreedor no era, en rigor, sino acreedor y deudor la parte que, en proporción a su participación en la titularidad colectiva, le correspondería (29). Ello significa, pues, que la pretendida diferencia que entre solidaridad e indivisibilidad pudiera extraerse no lo es en sentido estricto, sino que, en cualquier caso, pasa por circunscribir el carácter indivisible de la prestación en el ámbito de la no solidaridad.

Admitida la acción de regreso también en la obligación solidaria, con ello deja de tener relevancia aquélla como criterio de diferenciación entre indivisibilidad y solidaridad (30) en la medida en que, bajo esa perspectiva, una y otra se equipararán. La posibilidad de que, siendo solidaria la obligación, además de poder reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, el deudor que hizo el pago pueda subrogarse en la posición del acreedor que lo recibió (31), posibilidad que la indivisibilidad de la prestación excluiría en el ámbito de la obligación indivisible (32), determinaría que la contraposición entre solidaridad e indivisibilidad volviera a tener trascendencia en el con-

texto de las consecuencias derivadas del cumplimiento obligatorio, aún cuando sea ahora desde un nuevo punto de vista que, ese sí, la reflejaría con mayor fidelidad en función de las características propias de una y otra.

También la distinta regulación que deriva de la infracción de la obligación en el ámbito de la solidaridad y en el de la indivisibilidad obedece, antes que nada, al carácter no solidario de esta última. Esto lo ponía ya expresamente de relieve POTHIER (33); y se desprende igualmente de la confrontación entre los arts. 1147.2 y 1150 C.c. A tenor del primero, si la cosa debida hubiese perecido o la prestación comprometida se hubiere hecho imposible mediando culpa de parte de cualquiera de los deudores, "todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente". El art. 1150 C.c., por su parte, establece que, resuelta la obligación indivisible mancomunada en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso, "los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obli-

gación".

En ambos preceptos, de una misma circunstancia --infracción de la obligación imputable a un solo deudor-- parecen derivar idénticas consecuencias: vinculación de todos los deudores a la indemnización subsiguiente al incumplimiento. Ahora bien, ni esa vinculación tiene la misma entidad y alcance en uno y otro precepto (34), ni tampoco el supuesto de hecho regulado en ellos es el mismo en ambos casos (35). Pero de cualquier forma, y esto es lo que interesa destacar aquí, a través de dicha regulación se pone de manifiesto cómo el régimen de la obligación principal se extiende a la secundaria y ello, con independencia de la divisibilidad o indivisibilidad de ésta. Por esto, la responsabilidad de los deudores solidarios al precio y a la indemnización de daños y abono de intereses sigue siendo solidaria; y por esto también, la de los deudores de la obligación indivisible mancomunada se "divide" en el supuesto contemplado en el art. 1150 C.c.: no porque la prestación sea objetivamente divisible, sino porque la deuda es mancomunada.

## NOTAS

(1) "Quaero --se pregunta BARTOLO DE SAXOFERRATO--, si sunt plures haeredes stipulatoris, quilibet habet actionem in solidum: et plures haeredes promissoris in obligatione individua tenentur in solidum, an sit correi?" Vid. "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Digesti Novi Partem Commentaria", com. ad l. "Stipulationum, § Ex his igitur", nº 12, fol. 6 v.

(2) Curiosamente, y pese a sostener que la regulación abptada por el Código en materia de obligaciones indivisibles se aparta de la tradicionalmente mantenida hasta su promulgación, tratan de la distinción entre solidaridad e indivisibilidad CASTAN, "Derecho civil", T. I, pp. 527-528; y PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", T. I, vol. II, pp. 249 ss. (1ª ed.), aún cuando ya este último hace notar "que la diferencia es clara y no tiene mucho sentido plantear el problema".

Plantean igualmente el tema, justificándose por la postura que adoptan en torno a la legitimación requerida respecto a la exigibilidad del cumplimiento, SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho civil", T. IV, pp. 95-96; VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", T. III, pp. 60-61.; y CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, pp. 172-173, e "Instituciones de Derecho civil español", T. II, pp. 61-62.

(3) En materia de solidaridad, lo establece expresamente el art. 1137 C.c., como consecuencia lógica de la legitimación exclusiva y excluyente que cada acreedor o cada deudor ostenta sobre la total posición jurídica de que es cotitular. En materia de indivisibilidad, se desprende, fundamentalmente, de los arts. 1252.3, 1772.2 y 1974.3 C.c. y de que, en última instancia, el que tanto unos como otros estén vinculados a la satisfacción de la prestación en su integridad no es incompatible con la noción de mancomunidad.

(4) Así, CASTAN, "Derecho civil", T. I, p. 528.

(5) "Lasciando a parte il campo strettamente teorico (en el cual la cuestión de la distinción entre obligación solidaria y obligación indivisible se centra en torno a la unidad de vínculo característica de la primera frente a la pluralidad de vínculos propia de la segunda) e scendendo in quello pratico --dirá ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 503-504)--, si scorge l'identità dell'effetto capitale delle due specie di obbligazioni, che é quello di opporsi alla divisione dell'obbligazione: ciascun debitore é tenuto per il tutto, invece di essere tenuto solamente per una parte. Questa identità di effetto nella pratica rende inutili talune considerazioni che si possono trarre stando

nel campo teorico, quale quella per cui si viene a dire che ciascun condebitore di un debito indivisibile non deve che la sua parte, pur essendo obbligato al tutto, laddove il condebitore solidale é obbligato al tutto e deve il tutto. Ma in pratica che cosa alla fin fine significa il dire che non si deve che una parte allorquando si é obbligati al tutto, ovvero dire che non si é obbligati se non ad una parte pur dovendo il tutto?".

(6) DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, nº 115, pp. 88-89. Tal planteamiento responde a una opinión generalizada en la doctrina; así, también, GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", vol. I, pp. 86-87. Para una crítica de tal consideración, vid. BUSNELLI, "L'obbligazione soggettivamente complessa", pp. 25 ss.

(7) Cfr. C.c.francés, art. 1219; y arts. 1203 C.c. italiano de 1.865 y 1525 C.c. de la República de Chile. El art. 668 del C.c. argentino, más explícito, señala que "la solidaridad estipulada no da á la obligacion el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligacion la hace solidaria".

En el mismo sentido que el art. 668 del C.c. de la República Argentina se expresa el art. 1219 del Avant-projet de LAURENT. Dice éste, "Avant-projet de revision du Code civil par...", T. IV, com. art. 1219, pp. 200-201: "L'avant-projet ajoute (a la disposición contenida en el precepto correspondiente del Código francés) que l'indivisibilité ne rend pas l'obligation solidaire...C'est pour prévenir des inexactitudes de langage, qui deviennent facilement des erreurs, que l'avant-projet dit que l'indivisibilité ne rend pas la dette solidaire. Je ne sais comment ces inexactitudes ou ces erreurs se sont introduites dans la jurisprudence; bien que le débi-

teur d'une dette indivisible doive la payer pour le total, la loi ne dit jamais qu'il en est tenu solidairement. Le nouveau Code parviendra-t-il à extirper cette erreur? Je fais appel à l'enseignement, qui jette les premières semences des principes; il importe que l'on y mette toute la rigueur possible".

El Proyecto de C.c. español de 1.851 carece de precepto alguno que haga referencia a la cuestión; y si bien al comentar el art. 1075 del mismo, GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1075, p. 578, señala acertadamente (traduciendo el art. 1219 del Code) que la solidaridad, "aun en el caso de haberse estipulado, no da á la obligacion el carácter y efectos de indivisible", incurre, en cambio, en el error de afirmar que "la indivisibilidad de la obligacion surte necesariamente entre los mismos co-deudores todos los efectos de la mancomunidad (es decir, de la solidaridad)".

(8) Señala MANRESA, "Comentarios al Código civil español", T. VIII, com. art. 1150, pp. 217-218, que si bien en nuestro C.c. no se encuentra una disposición similar a la contenida en el art. 668 del C.c. de la República Argentina (transcrito en la nota anterior), en él, "combinando sus preceptos, resulta esa declaración tan indudable como en el argentino".

(9) "Dans l'obligation indivisible --dirá MOLITOR, "Les obligations en Droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le Droit français", T. I, nº 254, p. 335--, si un seul des créanciers peut poursuivre l'exécution de toute l'obligation, cela provient, non pas de ce que les créanciers ont spécialement stipulé ce droit ou se trouvent dans une communauté d'intérêts, mais uniquement de ce qu'on saurait exiger l'impossible ni en être tenu. Or

l'un des créanciers exigerait l'impossible s'il poursuivait, à concurrence de sa part, l'exécution d'une obligation qui n'admet aucune exécution partielle".

"Quant au cas où il y a plusieurs débiteurs d'une chose indivisible --agrega más adelante, nº 255, p. 337--, la faculté qu'a le créancier de s'en tenir à un seul pour l'exécution de toute l'obligation, résulte également de la nécessité, car, s'il demandait des exécutions partielles, il exigerait l'impossible".

(10) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 222 ss., p. 150.

(11) Hace notar ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 500, nota 1, que, en las fuentes romanas, "l'espressione 'in solidum' ha quindi un significato di gran lunga piú esteso che non lo abbiano le nostre espressioni 'in solido', 'solidalita'". Vid., asimismo, GUARNERI CITATI, "Studi sulle obbligazioni indivisibili nel Diritto romano", pp. 164 ss.

Para BARO, "Eguinariii Baronis...de dividuis et individuis obligationibus", la expresión "solidum" se refiere a aquéllo "quod in pondere, numero vel mensura non consistit". Cfr. Lib. I, Cap. I, nº 3, fol. 366 v. Sobre el significado de "insolidum quem teneri", vid. también, PICHARDUS, "De dividuis et individuis obligationibus, brevis accurata et luculenta explicatio pro interpretatione cap. 2.3.4.5.72.85. aliorum tit. D. de verborum obligationibus", Cap. II, nº 14, p. 467.

(12) "Dans l'indivisibilité d'obligation --dirá POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 324, p. 310--, ce qui fait que chacun des débiteurs est débiteur du total venant de la

qualité de la chose due qui n'est pas susceptible de parties, cette indivisibilité est une qualité réelle de l'obligation, ...Au contraire, la solidité venant du fait des personnes qui se sont obligées chacune pour le total, cette solidité est une qualité personnelle...".

(13) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, nº 222 y 226, p. 150.

(14) En las obligaciones indivisibles --señala a este respecto FERNANDEZ DE RETES, "De dividuis et individuis obligationibus commentarius repetitae praelectionis academicae", Cap. I, §IV, p.609 --, "solidi obligatio non provenit a constitutione contrahentis, sed a natura rei in contractum deductae"; en las obligaciones solidarias, en cambio --dirá CROTTUS, "D. Ioannis Crotti de Monteferrato in §Cato. l. IIII ff. de verbo. obliga....Repetitio secunda", nº 14, fol. 259-- "tenetur insolidum ex natura obligationis".

(15) En este sentido, ya CYNUS PISTORIENSIS, "Cyni Pistoriensis...in Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti Veteris, doctissima commentaria", fol. 509.

"In individuis --indica BARTOLUS, "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Digesti Novi Partem commentaria", com. ad l. "Cum duo eandem", fols. 71-71 v.-- plures tenebantur in solidum, etiam si non sit dictum". Que ello sea así lo ponen de manifiesto --dirá-- las leyes "Rem hereditariam" (D. 21.2. 65) y "Stipulationum" (D. 45.1.2.) y se justifica "per rationem. In duobus reis credendi, si unus est litem contestatus, alius non potest agere...sed in his, qui habent actionem ex natura individui, uno agente in solidum, alius potest agere ...Plus dico, quod etiam si expressè esset dictum, quod inso-

lidum tenerentur, non essent duo rei: quia esset exprimere ea, quae tacité in sunt, sed debuerat exprimi, quod animo constituendi duos reos sic promittunt...". Cfr., asimismo, "Bartoli de Saxoferrato secunda super Codice", com. rub. "De duobus rei stipulandi", n<sup>o</sup> 7, fol. 111; y "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Digesti Veteri Partem commentaria", com. ad l. "Rem haereditariam", fol. 198.

En el mismo sentido, CROTTUS, "D. Ioannis Crotti de Monteferrato in § Cato. l. IIII ff. de verbo. obliga....Repetitio prior", n<sup>o</sup> 71, fol. 250 v.; GALIAULA, "Repetitio Lanceloti Galiaule...in § Cato. l. IIII. ff. de verb. oblig.", n<sup>o</sup> 54, fol. 273; DETUS, "Solemnis repetitio § Cato, l. IIII ff. de Verborum obligationibus", n<sup>o</sup> 306 ss., fols. 308-308 v.

(16) "Item aliud est obligationem esse individuum --concluye MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte II, n<sup>o</sup> 226, p. 150--, aliud certo casu unum ex pluribus sive principalibus, sive haeredibus debitoris teneri, et exigí posse in solidum, quod ex pluribus causis contingere potest. Primo ex pacto...Secundo ex testamento...Tertio contingit unum ex pluribus non in solidum obligatis conveniri posse in solidum, quoties agitur de simplici restitutione detentionis...Quarto iudicis officio...".

(17) La solidaridad, en efecto, no comporta --dirá MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, n<sup>o</sup> 11, p. 208-- "enim eorum obligatio individua est...: sed dividua, quamquam indivisa". Vid. supra, pp. 203 ss.

(18) Cfr. CROTTUS, "D. Ioannis Crotti de Monteferrato in § Cato. l. IIII ff. de verbo. obliga....Repetitio prior", n<sup>o</sup> 71 ss., fols. 250 v.-251.

(19) Cfr. ARNO, "Le obbligazione divisibili ed indivisibili", p. 502, nota 1.

(20) En especial, a partir de las que POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 325, 326, 327, 328, 331, pp. 311 ss., señala como derivadas del hecho --puesto de relieve por MOLINEO-- de que, en la obligación indivisible, cada acreedor y cada deudor lo es "ad totum, sed non totaliter".

(21) Así, por lo que respecta a los deudores de una obligación indivisible, y a diferencia de lo que sucede siendo solidaria la obligación, señala BARTOLO que aquéllos "non tamen habent beneficium divisionis: quia horum divisio stipulationem corrumpit". Vid. "Bartoli a Saxoferrato in Secundam Digesti Novi Partem commentaria", com. ad l. "Cum duo eandem", fol. 71 v., así como "Bartoli a Saxoferrato secunda super Codice", com. rub. "De duobus rei stipulandi", nº 7, fol. 711.

(22) Sobre las consecuencias que derivan del carácter mancomunado de la obligación indivisible, en relación a los actos de disposición de la propia titularidad, vid. infra, pp. 521 ss.

(23) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 324, p. 310.

(24) "Sed qualitas solidi in individuis --había indicado anteriormente MOLINAEUS, "Extrictio Labyrinthi dividi et individi", Parte II, nº 222, p. 150-- realis est: quia non personis (ut illa correorum) sed obligationi ipsi, et rei debitae adhaeret, et transit ad haeredes, imo etiam in singulorum haeredum singulos haeredes in solidum".

En el mismo sentido, vid. FERNANDEZ DE RETES, "De di-

viduis et individuis obligationibus commentarius repetitae praelectionis academicae", Cap. I, §IV, p. 609: puesto que en las obligaciones indivisibles "solidi obligatio non provenit a constitutione contrahentis, sed a natura rei in contractum deductae, tunc individua descendit obligatio ad singulos heredes, quia nec per legem dividi potest". También, cfr. DONELLUS, "De dividuis et individuis tum rebus tum factis, earumque rerum obligationibus utilis et compendiosa, nec minus huic loco accommodata tractatio", §I, cols. 53-54.

(25) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 324, pp. 310-311. Recoge la opinión de MOLINEO en igual sentido: "In correis credendi, vel debendi, ubi qualitas distributiva seu multiplicativa solidi, personalis est, quia non transit in haeredes, nec ad haeredes, inter quos activé et passivé dividitur".

Igualmente, PICHARDUS, "De dividuis et individuis obligationibus, brevis, accurata, et luculenta explicatio pro interpretatione cap. 2.3.4.5.72.85. aliorum tit. D. de verborum obligationibus", Cap. IX, nº 90, p. 473, al poner de manifiesto que "obligationem esse individuum non est aliquem teneri insolidum, aut pluribus deberi insolidum, ut patet in correis credendi vel debendi; quorum obligatio non transit in haeredes, nec ad haeredes, inter quos activé sive passivé dividitur".

(26) Obviamente, por más que la facultad concedida al deudor demandado de citar y emplazar a sus codeudores se señala como una consecuencia de su vinculación no solidaria a la obligación, no cabe, por lo mismo, considerarla derivada de la indivisibilidad de la prestación.

(27) Puesto que el crédito que ostentaría contra sus codeudores sería de distinta naturaleza que el ostentado por el acreedor frente a él. Ahora bien, en rigor, y en cuanto admisible la confusión en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada, cabría igualmente admitir la posibilidad de subrogación en dicho ámbito.

(28) Vid. D'ORS, "Derecho privado romano", p. 489.

(29) Cfr. ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 485 ss.

(30) ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 513.

(31) Sobre la subrogación del deudor solidario, vid., con carácter general, DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, pp. 425-426; más detalladamente, HERNANDEZ MORENO, "El pago de tercero. Estructura, función y efectos de la intervención del interesado no deudor en la relación obligatoria", pp. 223 ss.

(32) Téngase presente lo dicho en la nota 27 de este mismo epígrafe.

(33) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 325, p. 311.

(34) Circunscrita al precio de la cosa o servicio comprometidos y a la indemnización, y con carácter solidario, en el caso del art. 1147.2 C.c., mientras en el art. 1150 C.c. se ciñe únicamente al precio, al que, además, cada deudor sólo deberá contribuir en proporción a su participación en la deuda.

(35) En efecto, el del art. 1150 C.c. no es, en rigor, un supuesto de imposibilidad culposa, sino de inexigibilidad derivada de la necesaria participación de todos los deudores en el cumplimiento. Sobre esto, vid. infra, pp. 480 ss.

## 2. La legitimación en torno a la exigibilidad del cumplimiento y sus consecuencias.

### 2.1. Introducción.

Siendo indivisible la obligación y vinculada a ella una pluralidad de acreedores o de deudores, cada uno de éstos y cada uno de aquéllos lo es de la íntegra prestación sin que sea necesaria la estipulación de la solidaridad, dado que no se puede ser acreedor o deudor por una parte solamente de lo que no es susceptible de ellas (1). Consecuencia de esto es, entonces, que cualquier acreedor esté legitimado para reclamar el total cumplimiento de la obligación y que, recíprocamente, a cualquier deudor pueda éste serle reclamado.

Ciertamente que, dado el carácter mancomunado de la obligación y la ausencia de vínculos jurídicos entre los distintos acreedores y entre los distintos deudores, parece que la legitimación --tanto desde el punto de vista activo como desde el punto de vista pasivo-- en torno a la exigibilidad del cumpli-

miento debiera ser, en rigor, conjunta: todos los acreedores deberían actuar de consuno al demandar la realización de la prestación y ésta debiera ser reclamada a todos los deudores conjuntamente (2). Se ha discutido si ello no fue así en un principio en el Derecho romano clásico (3); sin embargo, ya los juristas del Derecho intermedio admiten la legitimación "in solidum" para la reclamación del cumplimiento (4) y ésta es, en definitiva, la postura que triunfa en el período codificador (5).

En nuestro Derecho ha podido ser mantenida la tesis de la legitimación conjunta en cuanto a la exigibilidad del cumplimiento de la obligación indivisible a partir de la equívoca redacción del art. 1139 C.c. (6): las exigencias que derivan del carácter mancomunado de la obligación se manifestarían, así, en cuanto a la reclamación de su cumplimiento, en que se requeriría la presencia de todos los deudores y —aunque en ello no hay acuerdo dentro de la doctrina española (7)— de todos los acreedores en la misma (8).

Con independencia de que el art. 1139 C.c. no haga referencia a la obligación indivisible, podría pensarse que esta construcción es tal vez la que mejor concilie las exigencias derivadas de la mancomunidad del crédito o la deuda con las derivadas de la indivisibilidad de la prestación. Esto no es necesariamente así (9); y, en cualquier caso, no

es esa la construcción que recoge nuestro Código, el cual se adscribe a la regulación tradicional y reconoce explícitamente que la vinculación de carácter material que une a acreedores y a deudores entre sí (10) determina que la realización de la obligación indivisible pueda ser reclamada por cualquier acreedor frente a cualquier deudor (11).

## NOTAS

(1) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 323, p. 310.

(2) Así, y por lo que respecta a estos últimos, dirá LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XVII, nº 390, p. 395: "Pour être bien formulée, la demande doit être donnée contre tous à raison de leur part dans la dette, car le créancier ne peut demander que ce à quoi les débiteurs se sont obligés; or, il ne se sont pas obligés pour le total, donc le créancier ne peut les poursuivre pour le total. La condamnation aura donc lieu divisément, ce qui ne porte aucune atteinte au droit du créancier; par cela seul qu'on débiteur est condamné à payer une dette indivisible, il doit la payer pour le total; il ne peut s'agir de payer sa part

dans la dette, puisque la dette n'est pas susceptible de parts".

(3) Vid. supra, p. 167, nota 2.

El problema se planteaba, presupuesta la concurrencia de una pluralidad de deudores, en torno a evitar la "plus petitio". Así, decía MAYNZ, "Curso de Derecho romano", T. II, p. 120 y nota 33, que si el acreedor "intenta contra uno de ellos (los deudores) una acción por el pago total se expone á perder el pleito, 'quia plus petiit'". A este respecto, sin embargo, opina ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 451, que "essendovi impossibilità di parti (intelletuali o materiali nel sendo giuridico) dell'oggetto assolutamente indivisibile, si infrangeva la regola delle XII tavole, e ne conseguiva che le ragione imperiosa della plus petitio venivano meno".

"Haec stipulatio (genérica o alternativa) habetur pro individuo, nec ad eam pertinet l. 12 tab. Idem est si naturaliter individua sit obligatio". Vid. CUJACIUS, "J. Cujacii notae ad Lib. XLV Dig.", not. ad l. 2, "§Ex his igitur", col. 651.

(4) La obligación indivisible se configura como "individuum petitione et individuum solutione", lo que determina que, por lo que respecta a su exigibilidad, "quilibet teneatur in solidum". En este sentido, FERNANDEZ DE RETES, "De dividuis et individuis obligationibus commentarius repetitae praelectionis academicae", Cap. II, §V, p. 614: "Secundus effectus (de la indivisibilidad de la obligación de constituir una servidumbre, paradigma de la obligación absolutamente indivisible) est ut actiones pro istis servitutibus competentes, dentur in solidum singulis heredibus unius sti-

pulatoris, vel quilibet reis stipulandi, et ut in solidum competant contra singulos ex pluribus heredibus eiusdem promissoris".

(5) Sobre los inconvenientes que una tal legitimación colectiva comportaría en los supuestos de concurrencia de dos o más acreedores, vid. infra, pp. 343 ss.

En cuanto a los supuestos de concurrencia de una pluralidad de deudores, atenuación --e incluso, podría decirse, "neutralización" en su caso-- de esa legitimación por el todo que pesa sobre cada uno de ellos es la facultad que, demandados, se les concede de citar y emplazar a juicio a sus codeudores. Pero sobre esto, vid., igualmente, infra, pp. 360 ss.

(6) A partir de dicho precepto, en efecto, habla la doctrina procesalista de la necesidad de litisconsorcio pasivo necesario para el caso de la deuda indivisible con pluralidad de obligados. Vid., por todos, SERRA DOMINGUEZ, "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio pasivo", pp. 573 ss.; CORTES DOMINGUEZ, "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", pp. 383 y 385, nota 45.

(7) La discusión se origina en torno a la interpretación que deba darse al primer inciso del art. 1139 C.c., entendiéndose que éste se refiera a la obligación indivisible. En efecto, si "sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos", ¿qué ocurrirá con los actos que puedan ser beneficiosos?; y, sobre todo, ¿donde cabe encuadrar los actos encaminados a la reclamación del cumplimiento, dentro de esa contraposición "actos útiles" /

"actos perjudiciales"?

BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 579, sobre la base del art. 1252.3 C.c. y de que "la demanda de un acreedor no tiene en principio otra virtud que clarificar definitivamente la situación jurídica existente en torno al cumplimiento de la obligación; lo que, evidentemente, no constituye algo que perjudique a sus coacreedores", entiende que para interponerla no se requiere legitimación colectiva. Admiten igualmente que pueda realizarla un sólo acreedor, ALBALADEJO, "Derecho civil", T. II, vol. 1º, pp. 54-55, y LACRUZ BERDEJO, "Elementos de Derecho civil", T. II, vol. 1º, p. 45, aún cuando el primero la supedita a su carácter beneficioso para los restantes acreedores y el segundo matiza que los efectos liberatorios del pago reclamado por uno solo de ellos únicamente se producen cuando dicho pago se realiza frente al conjunto.

Contra la legitimación individual se manifiesta CASTAN, "Derecho civil español, común y foral", T. III, p. 168, que ni siquiera la admite cuando la reclamación tenga carácter extrajudicial; en el mismo sentido, pero circunscribiéndola a la reclamación judicial, DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, pp. 408-409. La postura de HERNANDEZ GIL, por su parte, resulta un tanto ambigua: después de señalar que "los acreedores han de proceder también conjuntamente para hacer efectivo el crédito", agrega inmediatamente que "sin perjuicio de lo indicado, debe de admitirse la posibilidad de que actúe uno siempre que lo haga en beneficio de todos". Cfr. "Derecho de obligaciones", p. 167.

(8) Para una exposición de esta postura, hoy dominante en la doctrina española --si bien con los matices señalados

en la nota anterior--, vid., por todos, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 569 ss.

(9) Vid. supra, pp. 291 ss.

(10) A este respecto, es significativa la redacción del art. 1220 del Avant-projet de revision du Code civil, para su aplicación en Bélgica. Establece, en efecto, dicho precepto: "Chacun de ceux qui ont contracté ensemble une obligation indivisible en est tenu pour le total. Il en est de même des héritiers de ceux qui ont contracté une pareille dette".

La novedad que introduce esta disposición respecto de la contenida en el art. 1222 del Code civil francés que le servía de base reside en la introducción de la expresión "ensemble" en lugar de la expresión "conjointement" utilizada por éste. Y LAURENT, "Avant-projet de revision du Code civil", T. IV, com. art. 1220, p. 201, la explica así: "Le mot conjointement implique un lien entre les débiteurs, d'où résulte qu'ils sont codébiteurs, cela n'est vrai que des débiteurs solidaires; entre les débiteurs d'une obligation indivisible, il n'y a pas de conjonction, dans le rigueur de droit, ils ne sont pas codébiteurs; on a l'habitude de les appeler ainsi; cela n'est pas exact, car il n'existe aucun lien juridique entre eux; c'est peut-être parce que les auteurs les qualifient de codébiteurs, que la jurisprudence les assimile aux codébiteurs solidaires, en disant qu'ils sont tenus solidairement; une inexactitude entraîne une autre, et on finit par tomber dans l'erreur".

(11) Arg. ex art. 1252.3 C.c. Ello determina también el régimen de las consecuencias que, de alguna manera, se

conectan a la reclamación del cumplimiento; en particular, de la interrupción de la prescripción y de la extensión de la eficacia de la cosa juzgada. Sobre esto, cfr. infra, pp. 416 ss. y 433 ss., respectivamente.

## 2.2. Legitimación activa.

Por lo que respecta a la obligación indivisible con pluralidad de acreedores, nuestro C.c. establece que cualquiera de ellos está legitimado para reclamar el cumplimiento de la misma. Esto no se desprende sólo de lo preceptuado en el art. 1252.3 C.c., sino también de lo dispuesto en el art. 1142 C.c., aplicable a este supuesto a través de la remisión que efectúa el art. 1772.2 C.c. A tenor del art. 1142 C.c., cualquier acreedor puede demandar al deudor; y si esta demanda se interpone en vía judicial, a este acreedor deberá el deudor hacer el pago.

La legitimación concedida a cada acreedor para reclamar la íntegra realización de la obligación se justifica tradicionalmente no sólo por razones de necesidad (1), sino también por razones de utilidad: si fuese precisa la concurrencia de todos

los acreedores en la reclamación de la obligación --se dirá (2)--, bastaría la inactividad de cualquiera de ellos para paralizar la acción de todos. Para evitar esto es, pues, por lo que cada acreedor aparece investido de legitimación por el todo (3).

Ahora bien, esta legitimación no otorga al acreedor un poder indiscriminado sobre el crédito: a limitarlo se orienta lo dispuesto en el art. 1141.1 C.c. (4), a tenor del cual "cada uno de los acreedores...puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial".

La inserción del art. 1141.1 C.c. en el ámbito de la obligación indivisible contribuye, a mi entender de modo decisivo, a clarificar las nociones de "acto útil" y "acto perjudicial" y a explicar la aparente contradicción entre ese precepto y el contenido en el art. 1143 C.c. en sede de solidaridad.

En efecto, la doctrina que se ha planteado el tema de la distinción entre "actos útiles" y "actos perjudiciales" en el contexto de la obligación solidaria, ha mostrado alguna perplejidad a la hora de delimitar el concepto de unos y otros y configurar su contenido (5). Esta perplejidad surge de la dificultad de conciliar los arts. 1141.1 y 1143 C.c. que, como señala DIEZ PICAZO (6), "faculta y legitima a cada acreedor solidario, individualmente, para llevar a cabo los más importantes actos modificativos y extintivos del crédito", mientras el primero

parece excluir tal posibilidad. Evidentemente, si se consideran como "actos perjudiciales" los recogidos en el art. 1143 C.c., la conciliación entre dicho precepto y el del art. 1141.1 C.c. no resulta fácil. Quizás, por ello, sea conveniente intentar replantear la cuestión.

Los arts. 1141 y 1143 C.c. transcriben, de forma prácticamente literal, las disposiciones de los arts. 1158 (7) y 1160 (8) del Anteproyecto de Código civil de 1.882-1.888, respectivamente. El primero de ellos, a su vez, se inspira en el art. 1198 del Avant-projet de LAURENT (9) y en el art. 1059 del Proyecto de Código civil de 1.851 (10); el art. 1160 del Anteproyecto, por su parte, tiene como precedente el art. 707 del C.c. de la República Argentina (11). A la vista de estos antecedentes, piensa DIEZ PICAZO que los preceptos acogidos en los arts. 1141.1 y 1143 C.c. "han sido introducidos en el Código sin la necesaria coordinación", puesto que mientras este último "responde a la concepción romanista de la solidaridad y, por consiguiente, a los principios tradicionales que han inspirado esta figura,...el artículo 1141 se encuentra en una línea muy especial que configura la solidaridad como una pura relación asociativa, es decir, inserta en el régimen de la solidaridad, principios de inspiración diferentes y, en definitiva, extraños a ella" (12), lo cual le lleva, en última instancia, a propugnar prescindir del mismo (13).

Estas afirmaciones deben, a mi juicio, ser matizadas.

Ciertamente, es indudable que el Avant-Projet de LAURENT regula la solidaridad a través de principios diferentes a los considerados tradicionalmente como inspiradores de la misma (14). Pero es que el art. 1141.1 C.c., que pretendidamente introduciría esos principios en la regulación del Código, no se inspira únicamente en el art. 1198 del Avant-Projet de LAURENT; como ya se ha indicado, y el propio art. 1158 del Anteproyecto de 1.882-1.888 pone de relieve, precedente del mismo es, también, el art. 1059 del Proyecto de 1.851, que en nada modifica las concepciones tradicionales en materia de solidaridad (15).

El art. 1059 del Proyecto permite fijar el contexto en el que debe situarse la contraposición entre "actos útiles" y "actos perjudiciales" y configurar, en sus justos términos, la noción de unos y otros: "cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, ó en contra de uno de los deudores mancomunados (16) --dispone, en efecto, el citado art. 1059--, aprovecha ó perjudica á los demás".

El precepto es clarificador. Por lo que respecta al derecho de crédito (17), la interrupción de la prescripción por uno cualquiera de los acreedores se considera como un "acto útil" o beneficioso para todos, en tanto en cuanto dicha interrupción aprovechará también a los demás. Pues bien, debiendo situarse la noción de "acto perjudicial" --en cuanto contrapues

ta a la de acto "útil"— en este mismo contexto, y circunscribiéndose éste al de la reclamación del cumplimiento, quiere ello decir, por tanto, que dicha noción no se referirá a los actos de disposición sobre la propia titularidad, sino a aquellos que repercuten negativamente sobre la exigibilidad o sobre la posibilidad de satisfacción del crédito.

Pero es que, como ya indicaba antes, que en el C.c., los actos "perjudiciales" de que habla el art. 1141.1 C.c. no son los que enumera el art. 1143 C.c. y que su carácter perjudicial lo es en relación a la exigibilidad del cumplimiento, es algo que resulta del tenor de la remisión que, al primero de dichos preceptos, efectúa el art. 1772.2 C.c. El art. 1772 C.c. regula la restitución de la cosa depositada y establece, en su primer párrafo, que "cuando sean dos o más los depositantes, si no fueren solidarios y la cosa admitiere división, no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte". Pues bien, para esto mismo, es decir, en cuanto a la exigencia del cumplimiento, dispone su segundo párrafo que "cuando haya solidaridad o la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los artículos 1141 y 1142 de este Código". De éste resulta que cualquiera de los acreedores está legitimado para reclamar y recibir la íntegra satisfacción del crédito (18); consecuentemente y presu- puesto esto, el art. 1141.1 C.c. establecerá, en relación al ejercicio de esa legitimación, que "cada uno de los acreedores

...puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial".

Por lo demás, que la utilidad o perjuicio que, respecto a los restantes acreedores, puede derivarse de la actuación de uno de ellos lo sea de aquélla que incida en la reclamación del crédito y no de aquélla que versa sobre la disposición de la titularidad de la que es copartícipe, se desprende también del hecho de que la remisión a lo dispuesto en el art. 1141 C.c. se haga "cuando haya solidaridad o la cosa no admita división", esto es, cuando la obligación de restituir sea indivisible. El art. 1772.2 C.c., como se ha señalado ya (19), parte de la equiparación entre obligación solidaria y obligación indivisible y, en este sentido, remite a normas propias de aquélla para regular un supuesto común a ambas.

Sin embargo, de los tres preceptos específicamente orientados en torno a la concurrencia de varios acreedores solidarios, el art. 1772.2 C.c. sólo hace mención a dos de ellos --arts. 1141 y 1142 C.c.--, excluyendo al tercero --art. 1143 C.c.--. La conclusión que impone esta constatación es obvia: los arts. 1141 y 1143 C.c. no se refieren a lo mismo, ni, por tanto, los actos perjudiciales que al acreedor prohíbe realizar aquél son los señalados en éste.

La razón de una tal remisión obedece a que, si bien el régimen de la obligación indivisible se asimila al de la obli-

gación solidaria, esta asimilación no es total y, por tanto, debe ceñirse a aquellos preceptos que recojan aspectos comunes a una y otra (20). La exclusión del art. 1143 C.c. responde a este motivo: si bien el acreedor de una obligación solidaria está perfectamente legitimado para extinguir unilateralmente la obligación por cualquiera de los medios enumerados en ese artículo, el acreedor de una obligación indivisible, por el contrario, carece de legitimación para ello, puesto que la facultad de reclamar la totalidad del crédito obedece únicamente a la indivisibilidad de la prestación y no a ostentar una legitimación exclusiva y excluyente sobre la propia titularidad que permita disponer de ella sin el concurso de los demás titulares (21). Correlativamente, la mención a los arts. 1141 y 1142 C.c. pone de relieve que en ellos se recogen aquellos puntos que pueden considerarse comunes a solidaridad e indivisibilidad. Siendo en la posibilidad de que, concurriendo una pluralidad de acreedores, cualquiera de ellos pueda exigir íntegramente el cumplimiento de la obligación en lo que se asemejan solidaridad e indivisibilidad, parece obvio que ambos preceptos se circunscriban a ese ámbito.

En sede de indivisibilidad de la obligación, pues, los "actos perjudiciales" del art. 1141 C.c. no son los contemplados en el art. 1143 C.c.; no porque éstos no lo sean, sino porque, en cuanto actos de disposición de la propia titulari-

dad, el acreedor carece de legitimación para realizarlos. La prohibición de realizar "actos perjudiciales" presupone la legitimación para llevarlos a cabo; y el único ámbito en el que el acreedor de una obligación indivisible tiene una legitimación tal que su actuación pueda repercutir sobre los demás es, precisamente, el ámbito de la exigibilidad del cumplimiento.

Ahora bien, que los actos perjudiciales cuya realización veda el art. 1141.1 C.c. tanto al acreedor solidario como al acreedor de prestación indivisible lo sean en relación a la exigibilidad del cumplimiento, y excluido que a ellos haga referencia el art. 1143 C.c., plantea la cuestión de determinar cuales sean esos actos. Pues bien, no siendo, por definición, aquéllos que extinguen la obligación, "actos perjudiciales" lo serán todos aquéllos que imposibiliten su realización por hacer inexigible el crédito, y esto, fundamentalmente, bien por haber dejado uno de ellos prescribir la acción para reclamarlo, bien por no haber reclamado su satisfacción cuando podía haberlo hecho y devenir luego el deudor en situación de insolvencia (22).

De esos actos, nos dice el art. 1141.1 C.c. que no puede el acreedor llevarlos a cabo, pese a que la legitimación que ostenta en principio lo permita. ¿Qué ocurre si, pese a todo, los realiza? El Código se limita a señalar que cada uno de los

acreedores no puede hacer lo que sea perjudicial a los demás, pero no determina las consecuencias que la infracción del precepto comporta. A mi juicio, puede sostenerse que, en ese supuesto, y como sanción a la vulneración de una disposición prohibitiva, el acto perjudicial, en cuanto que, por comportar la inexigibilidad del crédito, repercute necesariamente sobre todos los acreedores, determina que aquél a quien fuese imputable no sólo "responda a los demás de la parte que les corresponde en la obligación" (23), sino también de los perjuicios que, en su caso, les hubiere irrogado (24).

La problemática que plantea la realización de un "acto útil" por uno solo de los acreedores es mucho menor y el claro tenor del art. 1141 C.c. en este punto obvia un ulterior desarrollo del tema. Cada uno de los acreedores --viene a decir dicho precepto-- puede hacer lo que sea útil a los demás, y los efectos de una tal actuación aprovecharán o beneficiarán a todos; y, circunscrita la noción de "acto útil" en el ámbito de la reclamación del cumplimiento obligatorio, lo será para los acreedores todo aquél que mantenga, asegure o garantice la exigibilidad del crédito (25).

## NOTAS

(1) Puesto que, ciertamente, no puede demandarse por partes lo que no es susceptible de ellas.

(2) MOLITOR, "Les obligations en Droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le Droit français", n<sup>o</sup> 254, p. 335.

(3) "(Il) n'y avait aucun inconvénient --continúa diciendo MOLITOR, op. y loc. ult. cits.-- à accorder l'exercice de l'action à chacun des créanciers pour le tout. L'action tend en effet à conserver la créance commune, elle interrompt la prescription, et le jugement qui intervient, absoluire ou condemnatoire, étendra ses effets à tous les créanciers...C'est donc dans l'intérêt des créanciers que le concours de tous n'a pas été exigé".

(4) Igualmente aplicable en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada a la que concurre una pluralidad de acreedores, en virtud de la remisión que, al mismo, efectúa el art. 1772.2 C.c.

(5) Para una exposición de las distintas posturas mantenidas en la doctrina, aportando nuevos puntos de vista en torno a la cuestión, vid. SALVADOR CODERCH, "Apuntes de Derecho civil. Obligaciones y contratos" (inéditos), 0-3, p. 8.

(6) DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 411.

(7) La única diferencia que se observa entre el art. 1158 del Anteproyecto y el art. 1141 C.c. es de puntuación.

(8) El art. 1143 C.c. añade, en relación a la redacción adoptada por el art. 1160 del Anteproyecto, que la extinción de la obligación a que se hace mención en el primer párrafo se verificará "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1146".

Por lo demás, existe una diferencia de puntuación y, mientras el artículo del Anteproyecto se refiere a las "deudas" solidarias, el del Código utiliza la expresión en singular. En cualquier caso, las diferencias entre uno y otro precepto carecen de trascendencia, excepto, por lo que respecta a la señalada en último lugar, para quienes --en cuanto a la configuración jurídica de la obligación solidaria-- sostienen la teoría del vínculo único alegando, entre otras razones, que en materia de obligaciones solidarias se habla siempre de "deuda" en singular. Así, BALLARIN, "La titularidad solidaria", pp. 195 ss.

(9) Dispone dicho precepto que "les créanciers solidaires sont associés pour le bénéfice de l'obligation; chacun

d'eux a mandat de faire tout ce qui est avantageux aux autres; il ne peut rien faire qui pourrait leur être préjudiciable".

(10) Se transcribe en el texto en la página siguiente.

(11) Art. 707 C.c. de la República Argentina: "La novación, compensación, confusión ó remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación".

(12) DIEZ PICAZO, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", T. I, p. 412.

(13) "Debemos inclinarnos --dirá, op. y loc. ult. cites.-- por admitir el pleno poder de cada acreedor solidario para llevar a cabo actos de disposición del crédito o actos modificativos o extintivos de la relación obligatoria, con plena eficacia, tanto frente al deudor como frente a los coacreedores, y sin otra consecuencia que el deber del acreedor que los lleva a cabo de satisfacer a los coacreedores aquello que éstos hubieran percibido si tal acto no se hubiera llevado a cabo".

(14) El propio LAURENT, "Avant-projet de revision du Code civil", T. IV, com. art. 1198, p. 184, habla del "principe nouveau" que, establecido por el Código francés sin formularlo expresamente, el precepto del Avant-projet pone de relieve de modo explícito. Y, en consonancia con el mismo --como, por otro lado, LAURENT se cuida de hacer notar--, el art. 1202 del Avant-projet establecerá, por lo que se refiere a la remisión, novación, compensación, confusión, cosa juzgada y transacción realizada por uno solo de los acreedores, la solución contraria de la que se desprende del art. 1143 C.c.

(15) Cfr. GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1059, p. 569.

Sobre la regulación tradicional en materia de interrupción de la prescripción en las obligaciones solidarias, vid. CAFFARENA, "La solidaridad de deudores", pp. 73-74 y 84 ss.

(16) Es decir, "solidarios" en la terminología del C.c.

(17) Ambito que ahora únicamente interesa, dado el tenor del art. 1141.1 C.c., que se refiere sólo a la concurrencia de una pluralidad de acreedores en la obligación solidaria.

(18) A no ser que uno de ellos hubiese reclamado judicialmente el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso a éste deberá hacer el deudor el pago.

(19) Supra., pp. 239 ss.

(20) Supra., pp. 241 ss. y 244 ss.

(21) Ahora bien, sin embargo, no puede desconocerse la posibilidad de que la disposición contenida en el art. 1772.2 C.c. responda a la finalidad de excluir también la aplicación del art. 1143 C.c. del ámbito del depósito al que concurren dos o más depositantes solidarios. La aplicación del mismo en ese ámbito, en efecto, no sólo supondría dejar en manos de cualquiera de los acreedores la disponibilidad de la relación obligatoria, sino también y dadas las características del contrato de depósito, la de la propia cosa que constituye su objeto.

Pero en cualquier caso, y sea de ello lo que fuere, lo cierto es que en el art. 1677.2 del Proyecto de C.c. de 1.851, antecedente directo e inmediato del precepto contenido en el

art. 1772.2 C.c., la remisión que en el supuesto de ser solidarios los depositantes se efectúa, se hace a todos los artículos que configuran la regulación del crédito solidario, y, entre ellos, el orientado --art. 1061-- a la quita ó perdón efectuado por uno de los acreedores sin el concurso de los demás.

(22) En esencia, se trataría de los supuestos contemplados en el art. 1375 C.c., antes de su derogación por la Ley 11/1.981 de 13 de mayo.

Ciertamente, ostentando todos los acreedores idéntica legitimación para exigir el cumplimiento de la obligación, parece difícil pensar que en tales casos no exista, de alguna manera, también negligencia por su parte. Pero esto no ha de ser necesariamente así: cabe pensar, por ejemplo, el supuesto en que el deudor renuncie al plazo que le había sido concedido y comunique tal circunstancia a uno de los acreedores solamente, sin que éste ejercite entonces acción alguna encaminada a la satisfacción del derecho cuya cotitularidad ostenta.

(23) Por aplicación análogica de lo dispuesto en el art. 1143.2 C.c.

(24) En relación al supuesto en que la propia demanda interpuesta por uno de los acreedores solamente pudiera resultar perjudicial para los demás por haber procedido dolosa o culposamente, entiende BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", p. 579, "que, 'de lege lata', la única forma de proteger a todos los acreedores frente al resultado judicial adverso provocado por la conducta de uno o alguno de los acreedores será responsabilizando fuertemente a estos últimos frente a los demás. Extendiendo su responsabilidad hasta el

supuesto de culpa levísima y entendiendo que, en principio, han de responder en todo caso de los perjuicios causados cuando actuaron sin una previa notificación e incitación a sus coacreedores para una actuación judicial conjunta. Y aún más, cuando su actuación judicial se produzca después de una negativa razonable de los coacreedores para proceder de esa forma".

(25) Así, por ejemplo, interrupción de la prescripción, constitución en mora,...

### 2.3. Legitimación pasiva.

En cuanto a la obligación indivisible en la que concurren dos o más deudores, la regulación del C.c. parece orientarse en torno a dos polos o principios opuestos. Por una parte, de la disposición contenida en el art. 1252.3 C.c. se desprende que, vinculando la obligación a una pluralidad de deudores, el acreedor puede reclamar el íntegro cumplimiento de la misma a cualquiera de ellos, sin que a esto sea obstáculo el carácter mancomunado de la obligación (1). Por otra parte, en cambio, y tal como se configura la obligación indivisible mancomunada pasiva en el art. 1150 C.c., dicho carácter determina que sea necesaria la presencia y participación de todos los deudores en su cumplimiento, de forma que si uno de ellos no puede o se niega a contribuir al mismo, éste deviene inexigible frente a los

demás.

Ahora bien, ambas disposiciones no son necesariamente incompatibles. En ellas se refleja la tensión "no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación"/"no solidaridad de la titularidad colectiva", consustancial a la propia noción de obligación indivisible mancomunada: así, mientras que, dada la indivisibilidad de la prestación, el acreedor tiene derecho a ella en su integridad y cada uno de los deudores la debe, consecuentemente, por entero (2) (3), éstos no son, en rigor, deudores del todo, sino sólo de la parte que les corresponde en función de su participación en la titularidad colectiva. ¿Cómo se concilian las exigencias, aparentemente contrapuestas, que derivan de esta constatación?

La solución tradicionalmente admitida a este respecto estriba en conceder al acreedor la facultad de reclamar el cumplimiento en su integridad a cualquiera de los deudores y al demandado, la de exigir de aquél la concesión de un plazo que le permita citar a juicio a sus codeudores, al objeto de que, en su caso, la condena al cumplimiento afecte a todos ellos. Se hace notar, así, que si bien "*in individuis quilibet haeredum tenetur insolidum...debeat praecedere mora omnium haeredum: et tunc quilibet poterit insolidum conveniri*" (4). Más explícitamente, MOLINEO funda

la facultad del deudor demandado en que, ciertamente, "uterque haeres tenetur in solidum, scilicet ad totum ipsum individuum; sed non statim totaliter" (5). POTHIER se hace igualmente eco de la misma idea (6) y ésta es la que finalmente inspira la regulación adoptada por el Code (7).

En esta línea se sitúa el Proyecto de C.c. español de 1.851, cuyo art. 1077 expresamente establecía que "el heredero del deudor á quien se haya reclamado la totalidad de la obligación, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio á sus coherederos, á fin de que estos puedan ser condenados á su cumplimiento". Por todo comentario al precepto, GARCIA GOYENA se limita a transcribir las palabras de BIGOT-PREAMENEAU al art. 1225 del C.c. francés (8) en el que aquél se inspira, si bien no deja de señalar --contradiendo una afirmación anterior en el sentido de que "la indivisibilidad de la obligación surte necesariamente entre los mismos co-deudores todos los efectos de la (solidaridad)" (9)-- que en la posibilidad de emplazar a los codeudores se diferencia la obligación indivisible de la solidaria, en la que "cada uno de ellos debe 'totum et totaliter'" (10).

¿Acoge nuestro C.c. esta posibilidad? Con carácter general, FABREGAS DEL PILAR defiende la admisibilidad de la

denominada "acción de garantía" o "llamada en causa" (11) en el Derecho español (12), señalando que, aún cuando falta de tratamiento doctrinal (13) y siendo preciso "buscar en el fondo de la legislación española, substantiva y adjetiva, para estar en condiciones de trazar todo el desenvolvimiento que en ella tiene esta acción,...la acción existe en ella y existe con entero vigor y completa eficacia" (14). Para FABREGAS, el origen de esa acción se encuentra, además de en la transmisión de una cosa o de un derecho que el transmitente debe asegurar al adquirente, precisamente "en un vínculo de coobligación que produce, en quienes con él se unieron, el deber de responder solidariamente de sus efectos ante el acreedor común" (15). Ahora bien, ello no significa que la "llamada en garantía" deba admitirse en el ámbito de la obligación solidaria, puesto que, como advierte el citado autor, "por el mismo hecho de su existencia, quedará destruida la esencia misma del vínculo de solidaridad, pues desde el momento mismo en que el deudor solidario pudiera obligar a los demás codeudores a contestar la demanda contra él dirigida, la obligación quedaría convertida, en sus efectos procesales, que son los que aquí interesan, en una obligación de la clase de las mancomunadas" (16) (17).

Así configurada, no parece haber obstáculo en admitir la "llamada en garantía" en el ámbito de la obligación indi-

visible mancomunada (18), en cuanto de ella pueden predicarse los presupuestos que la originan: la obligación indivisible mancomunada supone, en efecto, la existencia de un vínculo de coobligación que produce el deber de responder "solidariamente" de sus efectos ante el acreedor común a los a él vinculados, sin que por ello deba, sin embargo, perder dicho vínculo su carácter mancomunado. Ahora bien, lo cierto es que la doctrina contemporánea e inmediatamente posterior a la promulgación del Código (19), si bien entendía que éste acogía la regulación tradicional de la obligación indivisible que, en sede de legitimación en torno a la exigibilidad del cumplimiento, equiparaba ésta a la obligación solidaria, no suele, en cambio, hacer mención a la facultad concedida al deudor a quien se demanda de emplazar a sus codeudores (20).

Sólo CLEMENTE DE DIEGO se referirá a ella, considerándola implícita en las disposiciones del Código. En efecto, después de considerar que cada uno de los deudores de una obligación indivisible puede ser compelido al pago total de la deuda, se pregunta el citado autor cómo se restablecerá la igualdad debida entre los deudores, no siendo solidaria la obligación. Y a ello responde: "Reconociendo al deudor demandado el derecho de hacer citar y emplazar a los demás para que comparezcan en el juicio y sean condenados al cum-

plimiento conjunto de la obligación, o por lo menos que se establezca el derecho que tiene al reembolso de la parte que toque a los demás en el cumplimiento...Esto no lo dice el Código, pero se deduce de la analogía con las obligaciones solidarias y de lo que establece el art. 1084" (21).

Pienso que la observación de CLEMENTE DE DIEGO es acertada. Nuestro C.c. admite efectivamente que el deudor de una obligación indivisible mancomunada pueda, demandado por el todo, citar a sus codeudores a juicio. No sólo porque ello pueda deducirse "de la analogía con las obligaciones solidarias y de lo que establece el art. 1084" (22), sino, sobre todo, porque es el único medio que permite conciliar los arts. 1252.3 y 1150 C.c., el derecho del acreedor a reclamar el íntegro cumplimiento de la obligación y el derecho del deudor a no responder de más de que, en sentido estricto, debe.

En efecto, si por una parte, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación por entero a cualquiera de los deudores y, por otra, ese cumplimiento requiere la participación de todos ellos en su realización, sin que, pese a todo, sea precisa una demanda colectiva, ¿cómo podrá verificarse la presencia de los deudores en el cumplimiento? A mi juicio, sólo cabe una respuesta: otorgando al deudor demandado un plazo dentro del cual pueda traer a jui-

cio a sus codeudores. La "llamada en causa", pues, como el sombrero del cuento de IHERING (23), está ahí, en el art. 1150 C.c.; sólo que no se le ve.

Presupuesto que, siendo indivisible la prestación, cada deudor la deba en su integridad sólo como consecuencia de su no susceptibilidad de cumplimiento parcial, la posibilidad que se concede a aquél de ellos a quien se reclama su realización de emplazar a sus codeudores, pone de relieve el carácter mancomunado de la deuda (24). Porque, en efecto, finalidad de la "llamada en causa" es, a tenor de las disposiciones del Código, evitar que uno sólo de los deudores deba ejecutar en su integridad una prestación cuyo cumplimiento comprometió junto con otros.

En su origen, sin embargo, la "llamada en causa" no comportaba necesariamente como consecuencia la realización conjunta del cumplimiento obligatorio. La "llamada en causa" no evita, ciertamente, que el deudor demandado pueda ser compelido a realizar íntegramente la prestación (25); si los codeudores desoyen la llamada o, de cualquier modo, se niegan a contribuir al cumplimiento, "cogitur primum conventus totum praestare salvo recursu:...sic jam non solum ad totum, sed etiam totaliter respectu actoris teneatur" (26). Así concebida, "la chiamata in causa --señala

ARNO (27)-- tende a fer condannare con lo stesso giudizio ciascun debitore per il tutto ed a far statuire in anticipazione sul regresso da parte di quel condebitore che avrà eseguita la intera obbligazione. Stante la chiamata, il creditore potrà rivolgersi a sua scelta per il tutto a ciascuno dei debitori condannati per conseguire il pagamento del debito" (28).

La postura de POTHIER parece más ambigua (29). El deudor a quien se reclama el íntegro cumplimiento de la obligación, en cuanto lo es sólo en proporción a su participación en la titularidad colectiva, "peut demander un délai pour appeler et mettre en cause ses cohéritiers" (30), de modo que "étant tous en cause, faute par eux de remplir l'obligation, ils seront condamnés aux dommages et intérêts" (31). Ahora bien, ese incumplimiento de todos los deudores, ¿presupone qué, como consecuencia de la "llamada en causa", el cumplimiento de la obligación debía haber sido llevado a cabo por todos los deudores conjuntamente? POTHIER no lo dice claramente; sin embargo, de la mención que, a continuación, hace a los deudores "qui étoient prêts y à concourir" y a aquéllos "qui refuseroient de le faire" (32) podría desprenderse una respuesta afirmativa a esa cuestión.

El art. 1225 del Code, que recoge la "llamada en causa" en el ámbito de la obligación indivisible, tampoco es mucho

más preciso (33); y, como ya se ha señalado. (34), la doctrina exegética francesa no es unánime a la hora de fijar las consecuencias de la condena conjunta que de la "llamada en causa" deriva: mientras unos autores sostienen que el acreedor dispone de un título ejecutivo que le permite dirigirse contra cualquier deudor por la íntegra prestación (35), otros piensan que ésta debe ser realizada por todos ellos, de suerte que, si uno de los deudores se niega a contribuir a la misma, surge la obligación de indemnizar daños y perjuicios (36).

El art. 1077 del Proyecto de C.c. español de 1.851, transcripción prácticamente literal del art. 1225 del Código francés, no es más explícito que éste, ni los comentarios de GARCIA GOYENA al mismo permiten determinar de forma taxativa las consecuencias de la "llamada en causa" (37). Ciertamente que del precepto contenido en el art. 1077 se desprende que, como consecuencia de la citación y emplazamiento de los codeudores a juicio, el deudor originariamente demandado no podrá ser condenado solo al cumplimiento de la obligación, puesto que, si excepcionalmente ello ocurre cuando ésta, "por su naturaleza no pueda cumplirse mas que por el heredero demandado", no siendo por regla general así, la condena deberá afectar a todos. Pero esto no resuelve la

cuestión: esta condena común, ¿permite al acreedor ejecutar la sentencia contra cualquier deudor o debe dirigirse contra todos ellos? A mi juicio, sin embargo, esta última es la solución que debe ser defendida; no sólo dada la configuración de la "llamada en causa" en los arts. 932 y 933 del mismo Proyecto (38), sino también y sobre todo, porque, como se desprende del comentario de GARCIA GOYENA al art. 1078 del Proyecto, el incumplimiento de la obligación indivisible que dicho precepto regula se origina en la "resistencia al cumplimiento" de uno cualquiera de los deudores (39).

Ahora bien, en cualquier caso y sea de ello lo que fuere, lo que sí es evidente es que, en el C.c., la "llamada en causa", cuya existencia presupone el art. 1150 C.c., comporta que el cumplimiento de la prestación comprometida devenga inexigible frente al deudor a quien originariamente se reclamó y deba ser ejecutado por todos los deudores conjuntamente, contribuyendo al mismo cada uno de ellos en proporción a la participación que en la titularidad colectiva le corresponda.

Y esto, no sólo porque lo diga expresamente el art. 1150 C.c. y exigirlo así el carácter mancomunado de la deuda. También se desprende de la regulación que de la "llamada en causa" efectúan explícitamente los arts. 1084 y 1085 C.c. (40). En efecto, el primero de dichos artículos, que,

como es sabido establece la posibilidad de que los acreedores del causante puedan "exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio", dispone asimismo que "el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a los coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda". Por su parte, el art. 1085 C.c. preceptúa que "el coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional. Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente" (41).

A mi juicio, en el art. 1085 C.c. se concretan los dos supuestos en los que el demandado "hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda" y en los que, por ello, carece del derecho de hacer citar y emplazar a los coherederos. El primer párrafo de dicho artículo correspondería al supuesto en el que ello fuese debido a una disposición del testador en ese sentido (42); el segundo, al que ello fuese "consecuencia de la partición" (43). Pues bien, si en uno y otro caso, el coheredero paga más de lo que corresponde a

su participación en la deuda, quiere ello decir que, supuesto que carecía de la facultad de citar a juicio a sus coherederos, cuando goce de la misma, cada uno de los deudores no cumplirá sino precisamente con lo que le corresponda. Luego la "llamada en causa", si bien comporta que todos los deudores sean condenados en una misma sentencia, no determina que todos deban el todo, sino que todos deban contribuir, cada uno por su parte, al todo (44) (45).

Como es sabido, la regulación de la intervención procesal no se encuentra recogida en texto legal alguno (46). Resulta, pues, difícil perfilar la de la "llamada en causa" en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada, puesto que, ni siquiera el art. 1084 C.c., al que por analogía podría reconducirse, establece --como hace notar SERRA DOMINGUEZ (47)-- "el procedimiento a seguir en tal hipótesis ni el momento en que el coheredero puede efectuar la llamada". Piensa SERRA que, por analogía también, "deberá seguirse...el procedimiento establecido en el artículo 1482 del Código civil, es decir, suspender el procedimiento hasta tanto se practique el emplazamiento del coheredero" (48), y por lo que respecta al momento en que pueda efectuarse la llamada, se inclina por considerar que la misma únicamente procede antes de la contestación de la demanda (49).

En principio, y como ya se ha indicado, la finalidad de la "llamada en causa" en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada es extender los efectos de la sentencia a todos los deudores, de suerte que, condenados al cumplimiento de la obligación, deban llevarla conjuntamente a cabo, resolviéndose ésta en indemnizar daños y perjuicios si alguno de ellos se niega a contribuir al mismo. A este respecto, es indiferente que, verificada la llamada, el citado intervenga o no en el proceso: en uno y otro caso, "el acto formal produce sus efectos civiles y, procesalmente, la extensión respecto del citado del efecto de la sentencia del proceso principal" (50).

Cuestión distinta es que el deudor demandado no cite a sus codeudores a juicio, cosa perfectamente posible desde el momento en que la "llamada en causa" es facultativa y no obligatoria. Su omisión, con independencia de que, por otra parte, no sea obstáculo a la intervención en el proceso de los restantes deudores que hubieren tenido conocimiento de la demanda (51), no impide tampoco que, habiendo cumplido la obligación, pueda ejercitar la acción de regreso, si bien --advierte SERRA en relación a las obligaciones hereditarias-- "los coherederos no intervinientes en el primer proceso podrán demostrar que la deuda no existía o que el proceso primitivo había sido mal conducido por su coherede-

ro, hipótesis ambas en que la omisión de la llamada entrañaría la pérdida de la acción de regreso" (52).

Que el deudor demandado que no hiciese uso de su facultad de emplazar a sus codeudores fuera condenado, él sólo, al íntegro cumplimiento de la obligación es algo que ya enseñaba POTHIER (53). Con independencia de que "entre plusieurs débiteurs d'une chose indivisible, l'indivisibilité de leur obligation les fait regarder comme n'étant tous qu'une même partie, et fait en conséquence réputer le jugement rendu avec l'un d'eux, comme rendu avec les autres" (54), de forma que, de cualquier manera, la eficacia de la sentencia les afectará también a ellos, señala POTHIER que si el deudor originariamente condenado no lleva a cabo la prestación comprometida, "il sera condamné seul aux dommages et intérêts, sauf son recours contre ses cohéritiers" (55).

La misma solución es aplicable, a mi juicio, en el ámbito de nuestro C.c. Si el deudor demandado no llama a juicio a sus codeudores y, condenado --él solo-- al cumplimiento, no lo verifica, si bien se ejecutará, en su caso, a su costa y, con independencia de ello, quedará sujeto a la subsiguiente indemnización de daños y perjuicios en su integridad, esto no le impedirá dirigirse posteriormente contra sus codeudores para que, en la proporción establecida en el art. 1150 C.c. --como "deudores dispuestos a cumplir"-- le

resarzan de lo por él desembolsado (56).

El que el íntegro cumplimiento de la obligación indivisible pueda ser reclamado por el acreedor a cualquier deudor presupone, lógicamente, que el mismo pueda ser realizado por cualquiera de ellos. Ahora bien, en la concepción tradicional y a partir de la sistematización de la misma llevada a cabo por POTHIER (57), se contemplan, junto a este supuesto, otros dos: aquél en que la obligación sólo puede ser ejecutada por un deudor determinado, en cuyo caso podrá serle demandada a él únicamente (58), y aquél en que la obligación sólo puede ser ejecutada por todos los deudores conjuntamente, en cuyo caso todos deberán ser demandados (59).

Respecto del primer supuesto, pone POTHIER como ejemplo "la dette d'une servitude de vue ou de passage que le défunt a promis d'imposer sur un de ses héritages, qui est tombé par le partage à l'un de ses héritiers" (60), de modo que "il n'y a que cet héritier à qui cet héritage est tombé par le partage, qui puisse acquitter cette dette, parce qu'une servitude ne peut être imposée que par le propriétaire de l'héritage" (61). Por ello, él sólo será condenado "à la prestation de droit de servitude; et il pourra être contraint à l'imposer, par une sentence qui ordonnora que, faute par lui de l'imposer, la sentence vaudra pour titre

de constitution de la servitude;...; sauf à lui son recours ou indemnité contre ses cohéritiers, s'il n'a pas été chargé par le partage de l'acquittement de cette dette" (62).

Recogiendo esta idea, el Code civil establecerá en su art. 1225 (63) que, en los casos en que "la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné", éste podrá ser condenado sólo (64). Ahora bien, el supuesto que origina tal disposición ya no será el mismo que POTHIER ponía como ejemplo, porque en el Code las servidumbres --como los demás derechos reales-- se establecen por el sólo efecto del consentimiento (65). Y, por otra parte, la doctrina exegética francesa suele limitar el alcance de la disposición que parece privar al deudor demandado de la facultad de citar y emplazar a sus codeudores: si bien el objeto de la llamada no podrá ser obtener una condena conjunta al cumplimiento de la obligación, debe sin embargo permitírsele hacer uso de ella, al menos --se dirá (66)-- "en garantie pour faire statuer par le même jugement sur son recours contre (ses cohéritiers)" (67).

En el mismo sentido que el art. 1225 del C.c. francés se manifiesta el art. 1077 del Proyecto de C.c. español de 1.851: "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 coherederos,...., a no ser que

la obligación por su naturaleza no pueda cumplirse mas que por el heredero demandado, en cuyo caso podrá ser condenado solo". A primera vista, parece que, excluidas en el Proyecto las obligaciones derivadas de la sucesión del causante del ámbito de las obligaciones divisibles e indivisibles (68), raras veces será de aplicación esta disposición (69). Sin embargo, ello no es así; y la razón estriba en que el supuesto a que hace referencia es radicalmente distinto de aquél a que hacía referencia en el Code o en el pensamiento de POTHIER. ¿Cuándo, en efecto, se aplicará este precepto? "Siempre --contesta GARCIA GOYENA (70)-- que la deuda sea de un cuerpo cierto y determinado, que existe en poder del demandado".

De esta observación de GARCIA GOYENA derivan dos consecuencias fundamentales: en primer lugar, la afirmación de la indivisibilidad de la obligación de dar "cuerpos ciertos" --contra toda una arraigada concepción doctrinal en sentido contrario (71)--, con lo que ello significa en cuanto a la propia configuración del concepto de obligación indivisible (72); y, en segundo lugar, la afirmación de que, no sólo se considera indivisible la obligación de dar "cuerpos ciertos", sino que, además, éstas tienen, dentro de la regulación de las obligaciones indivisibles, un régimen peculiar, que casi cabría calificar de solidario (73).

El C.c. parte asimismo de la consideración de la indivisibilidad de la obligación de dar "cuerpos ciertos" (74), manteniendo igualmente su régimen peculiar. Por eso, independientemente de su justificación "conceptual" (75), la particular dicción del art. 1151.1 C.c., al reputar indivisibles tanto las obligaciones de dar "cuerpos ciertos" como las de dar "no susceptibles de cumplimiento parcial" y presentarlas como categorías distintas y contrapuestas, se justifica igualmente en función de la distinta regulación que unas y otras obligaciones comportan. Mientras las obligaciones indivisibles "no susceptibles de cumplimiento parcial" son aquéllas cuyo cumplimiento puede ser realizado por cualquiera de los deudores y, por tanto, a cualquiera puede serle reclamado, pudiendo el demandado emplazar a sus codeudores para ejecutarlo conjuntamente, en las obligaciones de dar "cuerpos ciertos", siendo igualmente indivisibles, el cumplimiento sólo puede ser realizado por quien lo posea y, demandado éste, no podrá pedir un plazo para citar y traer a juicio a sus codeudores, siendo él solo condenado, en su caso, a satisfacer en su integridad la prestación comprometida (76).

En cuanto a los supuestos de obligación indivisible cuyo cumplimiento debe ser realizado por todos los deudores

conjuntamente, señalaba POTHIER como ejemplo de ellos "le cas auquel quelqu'un, par une transaction, s'est obligé envers vous de vous constituer sur son héritage un droit de passage pour aller au vôtre, par l'endroit de son héritage qu'il vous indiqueroit" (77) y, habiendo fallecido dejando varios herederos "entre lesquels cet héritage est commun" (78), la obligación de constituir la servidumbre, siendo indivisible, "ne peut s'acquitter que conjointement par tous lesdits héritiers" (79). Mención expresa a tales obligaciones no se encuentra en el Code (80), aún cuando tal y como se desprende de las palabras de BIGOT-PREAMENEAU (81), las mismas deben considerarse implícitas dentro del ámbito de la obligación indivisible.

El Proyecto de C.c. español de 1.851, en cambio, no parece recogerlas, ni tampoco hace referencia a ellas en ese contexto nuestro C.c. Y lo cierto es que, a mi juicio, dichas obligaciones no pueden, en rigor, encuadrarse dentro de las obligaciones indivisibles como un supuesto especial de éstas (82). Ello por una razón: porque la necesidad de actuación conjunta que las caracteriza no deriva de la indivisibilidad de la prestación, sino de una relación específica que, previa a la propia constitución de la obligación e independiente de ella, liga a los distintos deudores entre sí (83) (84).

En el mismo sentido, debe excluirse del ámbito de la obligación indivisible la denominada obligación colectiva (85), puesto que, si en última instancia sólo cabe calificar como indivisible aquella obligación cuya modalidad de cumplimiento venga determinada por características intrínsecas de la prestación y no por factores externos a ella, no es este el caso de dichas obligaciones, en las que, antes que la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial de la prestación, es esencial la concurrencia de una pluralidad de sujetos, y de esa concurrencia derivan sus especiales características (86).

El art. 1141 C.c., como se ha visto ya (87), responde al principio general de que, en sede de titularidad colectiva, ningún cotitular puede, aún cuando ostente la legitimación necesaria para ello, hacer aquéllo que perjudique a los demás. Por esto, aún cuando la disposición contenida en dicho artículo se refiere al crédito que sobre una prestación no susceptible de cumplimiento parcial detenta una pluralidad de acreedores, nada impide, a mi juicio, la aplicación de la misma regla en el ámbito de la deuda mancomunada de prestación indivisible. En este sentido, puede,

pues, decirse que, análogamente, si bien cualquier deudor puede hacer lo que sea útil a los demás, de forma que lo por él realizado beneficia a todos, no puede, sin embargo, hacer lo que les sea perjudicial.

La noción de "acto perjudicial" debe orientarse en este contexto igualmente en torno a la exigibilidad del cumplimiento. "Acto perjudicial" será, así, aquél que haga más gravoso el débito a los deudores o que, incluso, habiéndose extinguido la acción para reclamarlo, reviva su exigibilidad. Configurado así someramente el marco de los "actos perjudiciales", cabe cuestionar la inserción en el mismo de dos supuestos muy concretos: el reconocimiento de deuda realizado por uno sólo de los deudores y la renuncia a la prescripción ganada o, en general, a cualquier otro tipo de excepción que permita enervar la reclamación del acreedor, llevada a cabo igualmente por uno sólo de ellos.

El art. 1973 C.c. considera el reconocimiento de deuda como uno de los medios a través de los cuales se interrumpe la prescripción de acciones. Pues bien, el reconocimiento de la deuda común, realizado unilateralmente por uno de los deudores, ¿es un acto que quepa calificar de "perjudicial" a los efectos del art. 1141 C.c., en el sentido de que, verificado, sólo perjudique a quien lo realizó? En el ámbito de la obligación solidaria, la doctrina se incli-

na por responder negativamente a esta cuestión, sobre la base de que, con carácter general, el art. 1974.1 C.c. establece que "la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias...perjudica por igual a todos los...deudores", sin hacer distinción alguna en torno a las posibles causas que originen tal interrupción (88). En cuanto aplicable dicho precepto a la obligación indivisible (89), pienso que idéntica solución cabe sostener en relación a ella (90): el reconocimiento de la deuda hecho por uno sólo de los deudores interrumpirá la prescripción frente a todos. Existe, además, una razón fundamental que justifica esta afirmación: y es que, en sí, el reconocimiento de deuda no puede ser considerado como un "acto perjudicial" en los términos en los que se ha configurado esta noción, puesto que, en efecto, ni agrava la responsabilidad de los deudores que no participaron en él ni afecta a la exigibilidad de una deuda que, de suyo, era ya exigible (91).

En cuanto a la renuncia de la prescripción ganada, efectuada por uno solo de los deudores, parece que aquí sí se tratará de un "acto perjudicial", desde el momento en que significa revivir la acción para reclamar el cumplimiento de una obligación que el transcurso del tiempo ha hecho inexigible, y, en consecuencia, sólo afectará al deudor que la realizó (92) (93). La misma solución debe aplicarse por

lo que respecta a la renuncia a cualquier otro tipo de excepción que hubiese podido paralizar la pretensión del acreedor frente a todos los deudores; y, en cuanto a las excepciones personales, son, de por sí, renunciables por aquél a quien benefician, sin que por ello quepa considerar perjudicados a los restantes deudores (94).

## NOTAS

(1) En el mismo sentido, también, art. 1974.3 C.c.

(2) "Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur", se lee en D. 50.17.192. Cfr. "Corpus Iuris Civilis", versión KRUEGER - MOMMSEN, vol. 12 ("Institutiones-Digesta"), p. 926 . Vid. su traducción castellana en p. 128, nota 7.

"Haeredes promissoris, si obligatio natura divisionem non recipiat, in solidum tenentur", señala DUARENUS, "Francisci Duareni...in Lib. XLV. Tit. I De Verborum Obligationibus commentarii", Cap. III, com. ad l. 2, p. 10.

(3) En relación a la regulación de los efectos que derivan de la indivisibilidad de la obligación en el C.c. italiano de 1.942, la cual se articula en torno a una remisión

general --"in quanto applicabili"; cfr. art. 1317 C.c. italiano de 1.942-- a las normas correspondientes de las obligaciones solidarias, "diversa è --dirá CICALA, "Obbligazione divisibile e indivisibile", p. 652--, però la ratio di tali proposizioni normative, secondo che esse si considerino nella veste di norme che fanno parte della disciplina dell'obbligazione solidale o in quella di norme integranti la disciplina propria dell'obbligazione indivisibile: la ragione per cui ciascun debitore deve eseguire e ciascun creditore può chiedere l'intera prestazione indivisibile va identificata non in un'esigenza di rafforzare la probabilità di conseguire la prestazione (funzione della solidarietà passiva) o di facilitare, nell'interesse dei creditori, l'esazione del credito ed anche, nell'interesse del debitore, il pagamento (funzione della solidarietà attiva), bensì nell'esigenza di assicurare l'unità della prestazione data l'inidoneità del suo oggetto ad essere frazionato in parti (funzione dell'indivisibilità, rispetto alla quale è indifferente che la pluralità di soggetti attenga alla posizione attiva o/e passiva del rapporto)". Vid., también, CICALA, "Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione", p. 485; BUSNELLI, "L'obbligazione soggettivamente complessa", pp. 68 ss.

(4) BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli commentaria in secundam infortiati partem...", com. ad l. "Fideicommissa, §Si in opere", fol. 55. Cfr. asimismo, DUARENUS, "Francisci Duareni...in Lib. XLV, Tit. I De Verborum Obligationibus commentarii", Cap. III, com. ad l. 2, p. 10.

(5) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 104, p. 221. Respecto a la solidaridad --había señalado con anterioridad, Parte II, nº 465, p. 183--

el régimen de la obligación indivisible comporta dos modificaciones: "Prima modificatio communis est (a toda obligación indivisible), ut petenti dilationem ad suos consortes vocandos omnino danda sit...ad contribuendum in sumptum et periculo operis". Cfr. Parte II, nº 469 ss., p. 183, y Parte III, nº 90, p. 218: "...quando plures sunt obligati ad individuum, sive tanquam plures cohaeredes, sive tanquam plures principales, sed simpliciter, et non ut correi: quamvis teneantur singuli in totum, non tamen totaliter, etiam respectu creditoris, quo invito unus conventus etiamsi totum praestare posset, tamen etiam creditore invito, dilationem habebit ad vocandum consortes, ut secum pro partibus suis contribuant...".

(6) "Traité des obligations", T. I, nº 331, p. 315: "Lorsque la dette est indivisible, chacun des héritiers du débiteur étant débiteur de la chose entière, il en résulte qu'on peut donner la demande contre chacun des héritiers pour la chose entière. Mais comme il n'en est pas débiteur 'totaliter', qu'il ne l'est que comme héritier en partie du débiteur, et conjointement avec ses cohéritiers, il suit de là qu'étant assigné, il peut demander un délai pour appeler et mettre en cause ses cohéritiers, et qu'il ne doit être condamné seul que faute par lui de les avoir appelés en cause".

(7) Cfr. art. 1225 C.c. francés.

(8) "Asi como cada co-heredero 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 demandado, no se dilatará la condenacion contra él solo; pero tendrá recurso contra los co-herederos para que le indemnicen". Vid. GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1077, p. 579; para el texto original de BIGOT-PREAMENEAU, cfr. FENET, "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", T. XIII, p. 260.

(9) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1075, p. 578. GARCIA GOYENA utiliza la expresión "mancomunidad" en lugar de la expresión "solidaridad", de acuerdo con la terminología empleada en el Proyecto.

(10) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1077, p. 580.

(11) La terminología utilizada en la doctrina procesalista española no es, en este punto, excesivamente precisa; en el texto se utilizarán ambas expresiones, así como la de "llamada en garantía", como sinónimas.

Por otra parte, tampoco parece haber acuerdo, dentro de nuestra doctrina procesalista, cual sea la configuración que corresponda a dicha institución. En relación a la acogida en el art. 1084 C.c., PLAZA, "Derecho Procesal Civil", T. I, p. 295, califica el supuesto de "litisconsorcio necesario"; GUASP, "Derecho Procesal Civil", pp. 221-222, de "tercera provocada" (ambos autores, cits. por PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "La herencia y las deudas del causante", pp. 339-340); para GOMEZ ORBANEJA, en ... - HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal Civil", vol. I, pp. 165 ss., se trataría de un

supuesto de "intervención procesal obligada o coactiva"; SERRA DOMINGUEZ, "Intervención de terceros en el proceso", pp. 233 ss., en fin, lo considera como ejemplo de "intervención litisconsorcial provocada".

(12) FABREGAS DEL PILAR, "La acción de garantía en el Derecho español: algunas observaciones al Dr. Piero Calamandrei", pp. 346-347. Sobre el trabajo de FABREGAS, vid. SERRA DOMINGUEZ, "Intervención de terceros en el proceso", p. 208, nota 2, y "Intervención del vendedor en el proceso de evicción", pp. 257-258.

(13) Téngase presente que tal afirmación la hace FABREGAS DEL PILAR en un artículo fechado en 1.915. Pues bien, fuera de las observaciones que al mismo hizo ESTEVA RUIZ, "El llamamiento en garantía según el Derecho mejicano", pp. 422 ss., que, a su vez, motivaron un posterior trabajo de FABREGAS, "La acción de garantía en el Derecho español: algunas observaciones", pp. 450 ss., y otro del propio ESTEVA, "El llamamiento en garantía: respuesta a una alusión", p. 486, publicados todos ellos en la "Revista de los Tribunales y de legislación universal" en el breve período comprendido entre el 5 de junio y el 7 de agosto de 1.915, el tema sigue estando "falto de tratamiento doctrinal" hasta las aportaciones al mismo de SERRA DOMINGUEZ, cits. en la nota precedente.

(14) FABREGAS DEL PILAR, "La acción de garantía en el Derecho español: algunas observaciones al Dr. Piero Calamandrei", p. 347.

(15) FABREGAS DEL PILAR, op. y loc. ult. cits.

(16) FABREGAS DEL PILAR, "La acción de garantía en el

Derecho español: algunas observaciones", p. 453.

(17) Que no cabe la "llamada en garantía" siendo solidaria la deuda es algo que ya el propio GARCIA GOYENA ponía de relieve: "Adviértase —decía, en efecto, el comentarista del Proyecto de 1.851, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1077, p. 580—, que en las obligaciones mancomunadas (es decir, "solidarias", en la terminología del Código) no puede el co-deudor demandado pedir nunca término para emplazar á sus co-deudores, porque cada uno de ellos debe 'totum et totaliter'".

Sobre el tema, recientemente, CAFFARENA, "La solidaridad de deudores", pp. 12 ss.

(18) Aún cuando, ciertamente, FABREGAS DEL PILAR, "La acción de garantía en el Derecho español: algunas observaciones al Dr. Piero Calamandrei", p. 347, parece centrarla en torno a los arts. 1069, 1144 y 1145 C.c. La mención a estos últimos preceptos motiva el artículo de ESTEVA RUIZ, "El llamamiento en garantía según el Derecho mejicano", p. 423, y la posterior rectificación del propio FABREGAS, "La acción de garantía en el Derecho español: algunas observaciones", pp. 450 ss.

(19) Vid. supra, pp. 188 ss.

(20) Así, SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho civil", T. IV, pp. 113 ss.; VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", T. III, pp. 67 ss.; FALCON, "Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral", T. IV, pp. 29 ss.

(21) CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", T. V, pp. 179-180; igualmente, en "Instituciones de Derecho civil español", T. II, p. 63.

(22) Aún teniendo presente, en este último caso, que la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación carece de toda trascendencia en el ámbito de la sucesión hereditaria.

(23) Que lo refiere a la pretendida gratuidad que, en orden al proceso correspondiente, derivaría de lo dispuesto en la "legis acti per manus injectionem". Vid. IHERING, "Jurisprudencia en broma y en serio" (trad. esp. de RIAZA), Madrid, Ed. R.D.P, 1.933, p. 200. Recoge asimismo la historia (y su moraleja), GONZALEZ PALOMINO, "Enajenación de bienes pseudousufructuarios", A.A.M.N., T. V, 1.949, pp. 950-951; posteriormente publicado en "Estudios jurídicos de arte menor", vol. II, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1.964, pp. 420-421.

(24) Como señala ALBALADEJO, "La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición", p. 510, en relación a las deudas hereditarias, "a que el acreedor demande inicialmente a todos los coherederos equivale el que, aunque sólo demande a alguno, éste, usando del derecho que le concede el art. 1084, haga citar y emplazar a los demás".

(25) Vid. el "Casus" al § "Si in opere", l. "Fideicommissa", en "Pandectarum seu Digestorum iuris civilis, ...cum Accursij Commentarijs, et doctissimorum virorum annotationibus", T. II, p. 675.

(26) MOLINAEUS, "Extricatio Labyrinthi dividui et individui", Parte III, nº 104, p. 221. En el mismo sentido, ya BARTOLUS A SAXOFERRATO, "Bartoli commentaria in secundam infortiati partem...", com. ad l. "Fideicommissa, § Si in opere", fol. 55; PAULUS CASTRENSIS, "Pauli Castrensis...Patavi-

nae praelectiones in Secundam Digesti Novi Partes", com. ad l. "In executione", fol. 32.

(27) ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 460.

(28) En el mismo sentido, LAURENT, "Avant-projet de revision du Code civil", T. IV, com. art. 1221, p. 202: "La condamnation aura donc lieu divisément. Cette division n'empêchera pas le créancier de poursuivre l'exécution pour le total contre chacun des débiteurs; il ne peut pas même poursuivre chaque débiteur pour sa part, puisque la dette indivisible n'est pas susceptible de parts".

(29) "POTHIER --hace notar LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XVII, nº 392, p. 398-- ne s'exprime pas en termes explicites sur la manière dont la condamnation sera prononcée".

(30) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 331, p. 315.

(31) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 334, p. 318.

(32) POTHIER, op. y loc. ult. cites.; ya anteriormente, en relación al primer ejemplo de deuda susceptible de "être acquitté séparément, soit par celui qui est assigné:, soit par chacun de ses cohéritiers", ponía de manifiesto que como el heredero a quien se reclamaba íntegramente el cumplimiento, "quoique débiteur de ce droit de servitude pour le total, n'en est pas néanmoins tenu totaliter, et qu'il en est tenu conjointement avec ses cohéritiers, il peut demander délai pour les mettre en cause, afin que lui et ses héritiers

conjointement fassent avoir au créancier le droit de servitude qui lui est dû". Cfr. nº 334, p. 317.

(33) Sobre su redacción, reconoce DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, nº 599, p. 536, que "peut paraître un peu obscure. Et peut-être serait-il difficile de la comprendre, sans le secours de POTHIER, auquel les auteurs du Code l'ont empruntée, et dont ils ont certainement voulu reproduire la doctrine". Lo que ocurre es que, como se acaba de señalar, precisamente en este punto, POTHIER no es excesivamente claro tampoco.

En cambio, cfr. art. 1530 C.c. de la República de Chile: "Demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla entre todos". Como precedente del precepto se cita, significativamente, el art. 1225 del Code.

(34) Vid. supra, pp. 161-162.

(35) Así, LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XVII, nº 392, pp. 397 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, "Précis de Droit civil", T. II, nº 1001, pp. 726-727; DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, nº 602, p. 539.

(36) En este sentido, DURANTON, "Corso di Diritto civile secondo il Codice francese", vol. VI, nº 304, pp. 284-285; ZACHARIAE, "Corso di diritto civile francese...riveduto ed aumentato (col consenso dell'autore) da AUBRY e RAU", T. I, §301, pp. 238-239.

"Per effetto di questa chiamata in causa --dirá, en efecto, ZACHARIAE, op. y loc. cit.--, il debitore originariamente convenuto non puo essere piú condannato solo, ma tutti i condebitori debbono essere condannati ad eseguire

207

congiuntamente e ciascuno per la sua parte l'obbligo indivisible. Se pel rifiuto di un d'essi a concorrere a questa esecuzione totale, l'obbligazione non é adempiuta, l'inadempimento si converte in danni interessi, al pagamento dei quali i varii condebitorii son tenuti solamente per la loro parte, ad eccezione però di colui pel rifiuto del quale l'intera esecuzione non ha potuto aver luogo, nel quale caso può egli esser convenuto per la totalitá dei danni interessi".

(37) Vid. el comentario de GARCIA GOYENA al art. 1077 del Proyecto de C.c. de 1.851, transcrito en nota 8 del presente epígrafe.

(38) Recogidos por los arts. 1084 y 1085 C.c.: cfr. lo que, sobre ellos, se dice más adelante en el texto. Respecto del art. 932 del Proyecto, señalaba GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 932, p. 460, que "el derecho que en todo caso de da al demandado para hacer citar y emplazar á los otros, prueba ademas que la innovacion (contenida en el precepto que comenta, al establecer el principio de indivisión de las deudas del causante) se ha hecho guardando todos los miramientos mas delicados de equidad, porque ó de este modo se evitará el juicio allanándose todos a pagar, ó todos serán condenados en una misma sentencia".

(39) Cfr. GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1078, p. 580.

(40) Aún cuando, ciertamente, la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación carece de trascendencia en el

ámbito de las deudas hereditarias, téngase presente que el origen de su regulación debe buscarse en la de las obligaciones indivisibles, tal y como configuraba unas y otras el Proyecto de C.c. de 1.851. Vid., sobre esto, BERCOVITZ, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", pp. 521 ss.

(41) La redacción del precepto, transcripción literal de la acogida por el art. 1102 del Anteproyecto de C.c. de 1.882-1.888, no es excesivamente afortunada. ¿Quién es, en efecto, el que "paga íntegramente la deuda cuando ésta es hipotecaria o consistiere en cuerpo determinado"? Faltan las palabras que, en la redacción originaria del art. 933 del Proyecto de 1.851, permiten contestar la pregunta: "el coheredero poseedor de la hipoteca ó cuerpo".

(42) Sobre esta cuestión, cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "La herencia y las deudas del causante", p. 343; también, ALBALADEJO, "La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición", pp. 510 ss.

(43) El propio art. 1085.2 C.c. se refiere al "adjudicatario", como aquél que, por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente.

(44) Finalidad de la "llamada en causa" recogida en el art. 1084.2 C.c. es para PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "La herencia y las deudas del causante", p. 343, que el proceso quede entablado frente a todos los coherederos. "Y así --dice, transcribiendo el comentario de GARCIA GOYENA al art. 932 del Proyecto de 1.851--, ..., 'ó de este modo se evitará el juicio, allanándose todos a pagar, ó todos serán condenados en una misma sentencia'". Añade PEÑA, op. y loc. cits., nota 29, que

208

"la llamada a juicio de los coherederos tiene también la ventaja, para el inicialmente demandado, de que ninguno de los coherederos puede ya imputarle el no haber hecho uso de las excepciones oponibles, y además facilita el uso de las excepciones que personalmente corresponda a cada uno de los coherederos".

(45) MANRESA, "Comentarios al Código civil español", T. VII, p. 724, opina, por el contrario, que "los coherederos, no porque se les cite y emplace, están obligados a pagar al acreedor; si no pueden, ó se retraen de hacerlo, el heredero demandado se verá forzado á pagar por entero, ó hasta donde alcance su porción hereditaria, salvo el recurso que establece el art. 1085".

(46) Cfr. SERRA DOMINGUEZ, "Intervención de terceros en el proceso", p. 208.

(47) SERRA DOMINGUEZ, "Intervención de terceros en el proceso", p. 234.

(48) SERRA DOMINGUEZ, op. y loc. cits.

(49) SERRA DOMINGUEZ, op. y loc. cits.

(50) GOMEZ ORBANEJA, en ... - HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal civil", vol. I, p. 167. En el mismo sentido, PRIETO CASTRO, "Derecho Procesal civil", T. I, p. 302; igualmente, respecto de los coherederos, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "La herencia y las deudas del causante", p. 343.

(51) Intervención que debe admitirse, pues, como señala SERRA DOMINGUEZ, "Intervención de terceros en el proceso", p. 228, "los efectos de la sentencia condenatoria les

repercuten inmediatamente en cuanto deberán abonar al coheredero demandado la parte proporcional en una ulterior acción de regreso". Idéntica razón justifica la intervención de los codeudores de una obligación indivisible; y, con mayor motivo, si, a tenor de lo dispuesto en el art. 1252.3 C.c., la sentencia les afectará también directamente a ellos.

(52) SERRA DOMINGUEZ, "Intervención de terceros en el proceso", p. 234.

(53) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 331 y 334, pp. 315 y 317, respectivamente.

(54) POTHIER, "Traité des obligations", T. II, nº 908, p. 301.

(55) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 334, p. 317. Tal es, también, la postura dominante en la doctrina exegética francesa: vid., por todos, MARCADE, "Explication théorique et pratique du Code Napoleon", T. IV, nº 647, p. 499; LAROMBIERE, "Théorie et pratique des obligations", T. III, com. art. 1225, nº 6, p. 615.

Mantiene la opinión contraria, en el sentido de que, incumplida por él la obligación, la indemnización de daños y perjuicios no le vinculará sino en la parte correspondiente a su participación en la titularidad pasiva, ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 458, nota 1.

(56) La razón de ello se encuentra en el mismo fundamento que inspira la disposición contenida en el art. 1150 C.c. Sobre esto, vid. infra, pp. 480 ss.

(57) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 333,

p. 316.

(58) Ciertamente, y como señala ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", p. 468, el supuesto no impide que el acreedor pueda demandar a cualquiera de los restantes deudores; pero no se ve que utilidad pueda reportarle ello.

(59) Esto no lo dice expresamente POTHIER; sin embargo, BIGOT-PREAMENEU, en discurso recogido en FENET, "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", T. XIII, p. 261, sostendrá que "si l'obligation était de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous conjointement, il est hors de doute que l'action ne pourrait être dirigée contre un seul".

En este sentido se manifestará igualmente LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XVII, nº 395, p. 400; disienten de esta opinión y sostienen que el cumplimiento puede ser demandado igualmente a cualquiera de los deudores, MARCADE, "Explication théorique et pratique du Code Napoleon", T. IV, nº 645, p. 498; BAUDRY-LACANTINERIE, "Précis de Droit civil", T. II, nº 1001, p. 727.

(60) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 333, p. 316.

(61) POTHIER, op. y loc. cits.

(62) POTHIER, op. y loc. cits.

(63) Disposiciones similares se recogen en los arts. 1530 C.c. de la República de Chile y 1208 C.c. italiano de 1.865.

(64) "Si la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné --dirá BIGOT-PREAMENEU, en

FENET, "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", T. XIII, pp. 260-261-- , la condamnation contre lui seul ne sera point ainsi différée".

LAURENT, "Avant-projet de revision du Code civil", com. art. 1221, pp. 202-203, es más explícito: "L'article 1225 du Code déroge à ces principes dans le cas où la dette ne peut être acquittée que par le débiteur qui est poursuivi. L'avant-projet reproduit cette exception. Dans ce cas, la condamnation aura lieu pour le tout. Cela est contraire à la rigueur des principes, puisque le débiteur ne s'est pas obligé pour le tout. La dérogation est fondée sur l'utilité pratique. Il est inutile de condamner à exécuter une obligation des débiteurs qui sont dans l'impossibilité de payer la dette. Le débiteur qui seul peut la payer aura son recours contre les autres, et il peut demander leur mise en cause por faire statuer sur ce recours".

(65) Así, señala MOLITOR, "Les obligations en Droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français", T. I, nº 269, p. 357, que "l'application (de esa disposición) en est devenue très-rare, à la verité, mais elle aura encore lieu si l'on suppose que le défunt a promis un droit de servitude sur la propriété de son héritier". En sentido similar, LAROMBIERE, "Théorie et pratique des obligations", T. III, com art. 1225, nº 3, p. 613, para el que el precepto sólo se aplicará en el caso de que "s'agit d'une servitude à l'établissement de laquelle il manque une condition définitive".

(66) DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, nº 605, p. 542; en el mismo sentido, LAURENT, "Principes de Droit civil français", T. XVII, nº 393, p. 399.

333

(67) "A moins --continúa DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", T. XXVI, nº 605, p. 542--, ce qui arrivera le plus souvent, en cas pareil, qu'il n'ait été chargé, par l'acte de partage, de supporter sans recours l'établissement de la servitude sur le fonds qui lui est échu".

(68) Vid. supra, pp. 114 ss.

(69) Pues, en efecto, si el cumplimiento de la obligación sólo puede ser llevado a cabo por una única persona, no parece lógico que otras se obliguen, junto a ésta, a algo que no podrán realizar.

(70) GARCIA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1077, p. 580.

(71) Cuyo origen, según ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 203 ss., se puede situar en los glosadores, que equiparan el supuesto en el que la estipulación versa sobre "certa specie promissa, ut Stichum", al de la que versa sobre "pecuniae certae", de la que D. 45.1. 85 establece que "a singulis heredibus divisum consequi possumus". Cfr. "Pandectarum seu Digestorum iuris civilis, ...cum Accursij Commentarijs, et doctissimorum virorum annotationibus", T. III, glosa ad l. "In executione", vers. "pecuniae certae", p. 665.

(72) Ya en su comentario al art. 1072 del Proyecto, que configura la obligación como divisible o indivisible, "según que su objeto admita ó no la división", criticará GARCIA GOYENA las concepciones hasta entonces tradicionalmente mantenidas: "Yo no tengo por necesaria --dirá-- la distinción de la divisibilidad en física ó material, y en

civil ó propia para el comercio de las cosas; ni la subdivisión de esta en real é intelectual, á pesar de hacerse mérito de esta última en el artículo 1217 (del Code), 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". Cfr. "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", com. art. 1071, p. 576.

(73) "Casi", porque si bien el deudor demandado no puede, en este caso, citar y emplazar a sus codeudores, con lo que las diferencias entre el régimen de la solidaridad y el de la indivisibilidad desaparecen, por otra parte, sin embargo, tal deudor no es "cualquiera", sino que aparece predeterminado por su relación posesoria con la cosa.

(74) Cfr. art. 1151.1 C.c.

(75) Vid. supra, pp. 39-40.

(76) Vid. supra, pp. 44 ss.

(77) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 335, pp. 318-319.

(78) POTHIER, "Traité des obligations", T. I, nº 335, p. 319.

(79) POTHIER, op. y loc. cits.

(80) Sí las recoge, en cambio, el art. 1534 del C.c. de la República de Chile: "Si de dos codeudores de un hecho que deba efectuarse en común..."

(81) Transcritas supra, en nota 59 de este mismo epí-

grafe.

(82) En el mismo sentido, ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili", pp. 465 ss.: "Sia pure l'obbligazione di tale natura da poter essere eseguita solamente da tutti i condebitori uniti insieme: non per questo vien meno il principio proprio delle obbligazioni indivisibili, per il quale il creditore può convenire per la totalitá uno dei condebitori, a sua scelta. Se quello convenuto non chiama in causa i suoi condebitori, sarà da solo condannato alla esecuzione dell'obbligazione totale, e, in caso di inesecuzione, alla 'aestimatio pro parte'. Se invece chiama in causa i condebitori, la condanna verrà pronunciata contro tutti, per l'esecuzione dell'obbligazione, e in difetto di esecuzione, per 'l'id quod interest' contro ciascuno di essi per la propria parte".

(83) Normalmente, se tratará de una relación de copropiedad. Cfr. art. 597 C.c.

(84) Esto se ve claramente en la confrontación entre P. 3.31.9 y P. 3.31.10. La primera establece lo siguiente: "Plaziendo a algun ome, de otorgar servidumbre en su casa, o en su heredad, a edificio, o a heredamiento de otro; si despues de tal otorgamiento como este, se muriesse aquel a quien fuesse fecho, maguer dexasse muchos herederos, cada uno dellos puede demandar toda la servidumbre. E esto es, porque la servidumbre non se puede partir. E porende, non podria cada uno demandar su parte apartadamente. Otrosi dezimos, que si el que oviesse otorgado la servidumbre en lo suyo, se muriesse, e dexasse muchos herederos, que puede ser demandada la servidumbre toda enteramente a qualquier dellos, e son tenudos a ella, assi como era el señor cuyos bienes heredaron". Por su parte, P. 3.31.10 dispone: "Si

muchos fueren señores de un edificio, o de una heredad, a que quieran poner servidumbre, todos la deven otorgar quando la ponen. E si por aventura la otorgassen algunos, e non todos, aquellos que la pusiessen non la pueden despues contrastar, que la non aya aquel a quien la otorgaron. Mas los otros, que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradizir cada uno dellos, tambien por la su parte, como por la de los otros que la non otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado a la servidumbre por el otorgamiento de los otros, nin les empesce. Pero si despues desso la quisiessen otorgar, e consentir aquellos que la contradizen, valdria, tambien como si la oviessen de primero otorgado todos de so uno". Vid. "La Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de mas interés y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez", versión castellana y notas a cargo de SANPONS Y BARBA, MARTI Y DE EIXALA y FERRER Y SUBIRANA, T. II, pp. 868-869.

La servidumbre, pues, no puede imponerse sin el consentimiento de todos los propietarios de la heredad común, sean acreedores o deudores de su constitución; pero ello no determina que la demanda deba ser formulada por todos aquéllos o frente a todos éstos conjuntamente. Ahora bien, esto es así porque, en el fondo de la cuestión, late la distinción entre la obligación de constituir una servidumbre y la propia constitución de la misma.

GOMEZ, "De individuís", nº 17, pp. 315 ss., planteará correctamente el tema. Desde el punto de vista de la obligación, dirá, y dado su carácter indivisible, "mortuo promisso re, quilibet ex haeredibus tenetur constituere" y, correlativamente, "mortuo creditore, quilibet ex haeredibus potest agere in solidum ad constituendam servitutem". Desde el punto de vista de la constitución de la servidumbre, en

cambio, "unus ex dominis fundi non potest imponere servitutum sine consensu et voluntate aliorum". Pero ambas exigencias no son inconciliables, porque los ámbitos sobre los que inciden no son los mismos: aquélla corresponde estrictamente al del derecho de obligaciones; ésta, al de los derechos reales y su constitución.

Por eso, podrá GOMEZ afirmar las siguientes conclusiones. En lo que se refiere a los herederos del promitente, entiende que uno sólo de ellos no podrá, sin el consentimiento de los demás, constituir la servidumbre sobre el fundo común. Ahora bien, esto no impide que, de hecho, uno de ellos no pueda otorgarla: lo que ocurre es que, entonces, tal constitución queda en situación de pendencia hasta que los restantes coherederos presten su asentimiento a la misma; pero que, aún no estando realmente constituida, no carece de eficacia, lo demuestra el que quien la otorgó no pueda impedir en esa situación de pendencia el uso de la servidumbre por aquél a quien la concedió. Y, en cualquier caso, si la servidumbre no llega finalmente a constituirse, el acreedor podrá reclamar íntegra su estimación dineraria al heredero originariamente demandado, con independencia de que éste se haya mostrado o no dispuesto a otorgarla y que, en su caso, la no constitución de la servidumbre obedezca a la negativa de los demás coherederos a consentirla: tal es, en definitiva, el sentido último de la responsabilidad que, a cada uno de ellos, impone la indivisibilidad de su obligación. Concurriendo una pluralidad de acreedores no sucede exactamente lo mismo. Cada uno de ellos "potest agere ad solidam servitutum, et si debitor constituat, erit in pendentem, donec alij consentiant, sed ipse solus poterit uti, et non potest prohibere debitorem"; pero si "in executione solvatur interesse, vel aestimatio, quia alij non consen-

tiunt, tantum consequetur illud pro sua parte".

En el mismo sentido, CHESIUS, "De dividuis et indivi-  
duis obligationibus. Plura explicantur juris loca, et prae-  
cipuè l. 4 § Cato I. ff. de verb. oblig.", nº 29-30, pp. 266  
y 267. Cfr., también, GENTILIS, "Tractatus de dividuis et  
individuis obligationibus", Cap. XIV, p. 144, donde señala,  
respecto del demandado a la constitución de la servidumbre,  
"posse eum interpellare et rogare ceteros socios, ut secum  
servitutum simul constituent, eoque ad hunc consensum exigen-  
dum impetrare socium debet...Quod si consentire illi nolint,  
tunc ipse conventus praestare debet solidam aestimationem".  
Igualmente, DONELLUS, "De dividuis et individuis tum rebus  
tum factis, earumque rerum obligationibus utilis et compen-  
diosa, nec minus huic loco accommodata tractatio", § VIII,  
cols. 57-58.

(85) Sobre tales obligaciones, vid. BRANCA, "Obbliga-  
zioni solidali, correali, collettive", pp. 150 ss., y, en  
especial, por lo que hace referencia a la delimitación del  
ámbito propio de la obligación colectiva frente al de la  
obligación indivisible, p. 159; cfr., asimismo, BUSNELLI,  
"L'obbligazione soggettivamente complessa", pp. 14 ss.;  
GIORGIANNI, "Obbligazione solidale e parziaria", p. 677.

ARNO, "Le obbligazioni divisibili ed indivisibili",  
p. 70, nota 5, y p. 464, nota 1, consideraba ya tales supues-  
tos como casos de "inseparabilità di persone, epperò esulano  
dalla teorica nostra".

(86) La calificación de la obligación como indivisible,  
en cambio, prescinde del numero de sujetos a ella vinculados.

(87) Vid. supra, pp. 345 ss.

(88) Así, CAFFARENA, "La solidarietà de deudores", p.  
84; PUIG FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de

deudores", p. 471; DIEZ PICAZO, "La prescripción en el Código civil", p. 144.

(89) Cfr., *infra*, pp. 416 ss.

(90) Aún teniendo en cuenta que, en rigor, el art. 1974.3 C.c., que regula la interrupción de la prescripción en las obligaciones mancomunadas, habla sólo de "reclamación" y no de "reconocimiento de deuda". Pero no parece que existan razones que determinen una distinta regulación para uno y otro supuesto.

(91) En cuanto a otros posibles significados del reconocimiento de deuda, pienso que las consideraciones que en torno a ellos realiza PUIG FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", p. 472, en relación a la deuda solidaria son igualmente aplicables en el ámbito de la obligación indivisible mancomunada.

(92) Aún cuando la cuestión sea discutida en sede de solidaridad, parece claro que, siendo la obligación indivisible, deba prevalecer la afirmación que se realiza en el texto. Sobre el tema, en relación a la obligación solidaria, vid. la opinión de PUIG FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", pp. 470-471, y su crítica por CAFFARENA, "La solidaridad de deudores", pp. 89-90.

(93) Señala a este respecto GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", vol. I, p. 242, que "lo mismo (es decir, que la renuncia no extiende sus efectos de deudor a deudor) creemos que puede decirse de las obligaciones indivisibles, ya porque falta un texto en la ley que autorice tal extensión, ya porque falta razón para ello. Porque, en efecto, cumplida la prescripción, los deudores todos quedan liberados y tienen el derecho de rechazar la

la pretensión del acreedor. Si, por consiguiente, place a un deudor o a un heredero de aquél renunciar a su liberación, la obligación que nace de esta renuncia es una obligación nueva, a la cual no pueden seguir vinculados los que figuraban en la obligación extinguida".

(94) Sobre esto, vid. infra, pp. 440 ss.