

Las obligaciones indivisibles en la codificación española

SUMARIO: 1. LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. LOS RAZONAMIENTOS DE GARCÍA GOYENA.—2. LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL ANTEPROYECTO DE 1882-1888.—3. LA SEDICENTE ESPECIE DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTAS O EN MANO COMÚN.—4. RECHAZO CRÍTICO DEL *TERTIUM GENUS*.—5. LA ADECUADA CONSIDERACIÓN DEL SUPUESTO DE PLURALIDAD DE SUJETOS E INDIVISIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN.

1. LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. LOS RAZONAMIENTOS DE GARCÍA GOYENA

Con los datos que suministraba el Derecho comparado la suerte estaba prácticamente echada a la hora de iniciar en tema de obligaciones divisibles e indivisibles nuestra andadura codificadora. El artículo 1.071 del Proyecto de 1851 dispondrá que "la obligación es divisible o indivisible, según que su objeto admita o no la división", y a tenor del artículo 1.072, "la obligación será indivisible, aun cuando la cosa que forme su objeto pueda dividirse, siempre que la naturaleza del contrato y la intención de los contratantes no permitieren la ejecución parcial".

Frente a la clásica tripartición de la indivisibilidad, nuestro inicial codificador restringirá, pues, a dos las especies de la misma: la indivisibilidad natural u objetiva (art. 1.071) y la indivisibilidad voluntaria o subjetiva (art. 1.072). GARCÍA GOYENA confesará, después de repasar los criterios al respecto de DUMOULIN Y POTHIER, que prefiere, por su concisión y claridad, el simple y sencillo texto de la Ley 2 romana (D. 45, 1,2),

que encierra en sólo dos párrafos "la doctrina de esta difícil materia y los principios o llaves para decidir con acierto en todos los casos", pues aunque pueda hablarse de que las obligaciones son indivisibles *contractu, obligatione e in solutione*, las dos últimas especies no son en realidad sino una: la de que *partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi totu dantur, satis stipulationi non fit*, ya que no cumpliéndose en la totalidad no se satisface a la estipulación ni a la intención de los contrayentes (1).

Por lo demás, se siguen las pautas francesas de acercamiento del régimen de las obligaciones indivisibles al de las solidarias, al disponer el artículo 1.075 del Proyecto que "el que hubiere contraído juntamente con otro una obligación indivisible, estará obligado por la totalidad, aun cuando no se hubiere pactado la mancomunidad (solidaridad)", disposición que "es aplicable a los herederos del que contrajo una obligación indivisible", de la misma manera que "cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el total cumplimiento de la obligación indivisible" (art. 1.075); aun cuando cada acreedor no puede remitir la obligación ni recibir el precio en lugar de la cosa (art. 1.076) y el heredero del deudor demandado puede pedir un plazo para citar y traer a juicio a los coherederos (art. 1.077). Con el broche final de que a tenor del artículo 1.078, "cuando por no cumplirse la obligación indivisible, se estimase el interés del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente (solidariamente) de ella todos los deudores principales".

En relación a este último punto, GARCÍA GOYENA arguye que la indivisibilidad de la obligación lleva consigo la de pagar la totalidad o la mancomunidad sin necesidad de pacto según el artículo 1.075, y los deudores no pueden por su hecho propio o falta de cumplimiento libertarse de la mancomunidad, aunque por la misma causa se haya convertido necesariamente la obligación primitiva en otra de cantidad determinada (2).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que en la sede propia de las obligaciones solidarias el artículo 1.065 del Proyecto establece que "si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, que no el resarcimiento de daños e intereses", y, por otro lado, que una cosa es la asimilación de la obligación indivisible a la solidaria en razón de la imposibilidad natural o pactada de proceder al fraccionamiento del objeto debido y otra, particularmente diferente, que pueda mantenerse semejante indivisibilidad cuando el primigenio objeto sea sustituido por la indemnización pecuniaria de los daños

(1) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza 1974, págs. 576-577.

(2) *Ibid.*, pág. 580.

y perjuicios originados por el incumplimiento de la obligación, al menos en los casos de indivisibilidad absoluta u objetiva, el resultado no de deja de ser un tanto extraño. Estas circunstancias, con razón, llevan a BERCOVITZ a denunciar la paradoja y el exceso de que "parece que mientras que las obligaciones indivisibles generaban una responsabilidad solidaria, las obligaciones solidarias mismas generaban una responsabilidad más mitigada para los deudores no culpables del incumplimiento" (3).

Como es sabido, el Derecho francés, que acoge el principio romano de división entre los herederos de los créditos y débitos hereditarios (*nomina et debita inter haeredes proportionibus haereditariis creta cita sunt*), cuando formula la tercera especie de indivisibilidad (la *solutione tantum*), lo tiene que hacer mediante la plasmación de los supuestos en que la regla de la división de las deudas entre los herederos resultaba excepcionada.

GARCÍA GOYENA reacciona contra semejante tradición y formula en nuestro Derecho la pauta contraria de la no división hereditaria, por estimar que la regla romana encerraba la posibilidad de "una grande injusticia", amén de suponer gastos y molestias para los acreedores del causante. En consecuencia, el artículo 932 del Proyecto de Código Civil dirá que "hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los coherederos...; artículo que, en el decir de su autor, encierra una gran innovación contraria al Derecho romano, en el que los créditos y las deudas de la herencia *ipso iure divisa erant* (4).

Aquí es donde reside la clave de que en el Proyecto de 1851 haya desaparecido la tercera variedad de indivisibilidad, la que tiene lugar en función tan sólo del pago de la obligación, porque en el Derecho español lo que en el ordenamiento francés constituyen excepciones a la divisibilidad ha pasado a configurarse como regla, en cuanto a la muerte del deudor o del acreedor no determina la división de débitos y créditos hereditarios sino su permanencia incólume.

Por más que GARCÍA GOYENA claudique al llamado francés de asimilar las obligaciones indivisibles a las mancomunadas (solidarias), la innovación que introduce frente al precedente romano-francés le lleva lógicamente a prescindir de la indivisibilidad *in solutione*, y, sobre todo, como ha apreciado sagazmente BERCOVITZ, a advertir que el principio de solidaridad de los herederos en las deudas del causante supone realmente un principio de indivisión, recordando al respecto que el derecho a hacer citar y emplazar a los codeudores es propio de las deudas indivisibles y no de

(3) BERCOVITZ: "Las obligaciones divisibles e indivisibles", en *Anuario de Derecho Civil*, 1973, pág. 519.

(4) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, op. cit., pág. 459.

las solidarias, aparte de que la antítesis de la división es la indivisión y no la solidaridad (5).

2. LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL
ANTEPROYECTO DE 1882-1888

La situación pergueñada en el Proyecto de 1851 habría de sufrir un importante cambio con el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, en el que la doctrina española suele encontrar la formulación final que el Código Civil español acabaría dando a las obligaciones indivisibles, amén de posibilitar otras conclusiones que más adelante tendremos ocasión de criticar.

Lo primero que llama la atención en el Anteproyecto es la drástica reducción numérica que experimenta el articulado *ad hoc*. Los ocho artículos del Proyecto de GARCÍA GOYENA se rebajan a tres (1.166 a 1.168) o a lo sumo a cuatro si se incluye, según pretende BERCOVITZ, el artículo 1.156 (el 1.139 del Código vigente); reducción que, quizá, en el sentir de este mismo autor, pueda atribuirse en principio a la toma de conciencia por parte del legislador de la menor importancia de las obligaciones indivisibles, "al adscribirse el Anteproyecto, así como el Código después, al principio de indivisibilidad de las deudas del causante, de acuerdo con el cambio introducido por el Anteproyecto de 1851" (6).

3. LA SEDICENTE ESPECIE
DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTAS O EN MANO COMÚN

Un sector importante de la doctrina civil española, encabezado por DÍEZ-PICAZO, pretende encontrar en la regulación del Anteproyecto y, por tanto, también en el posterior Código Civil que fielmente sigue sus pasos la introducción en España, junto a las tradicionales obligaciones mancomunadas y obligaciones solidarias, de una tercera categoría obligacional constituida por las denominadas obligaciones en mano común, conjuntas o comunes (en opinión de DÍEZ-PICAZO son las únicas que merecen, rigurosamente hablando, el calificativo de "mancomunadas"). Pues bien, las obligaciones plurales indivisibles serían precisamente esa tercera modalidad; esto es, incluso tratando de rastrear algún precedente en Pothier, cuando en una obligación con pluralidad de sujetos su presta-

(5) BERCOVITZ: "Las obligaciones divisibles...", *op. cit.*, pág. 522.

(6) BERCOVITZ: *Ibid.*, pág. 523.

ción resulte indivisible la caracterización jurídica de la misma debe hacerse sobre la base de considerarla como una relación obligatoria conjunta o en mano común.

Sobre estos supuestos, la conclusión necesaria parece ser, en consecuencia, que las obligaciones indivisibles quedan "desenganchadas de su tradicional adscripción al régimen de las obligaciones solidarias" (BERCOVITZ), aparte de que al conservar el artículo 1.101 del Anteproyecto la norma del artículo 932 del Proyecto de 1851 (que excluye la vigencia del principio romano-francés *nomina et debita haereditaris ipso iure inter cohaeredes sunt divisa*), la misma ya no cabe conectarla con el régimen de la indivisibilidad, sino que hay que relacionarla con el de la solidaridad, "aunque se trate de una solidaridad *sui generis*" (BERCOVITZ).

Claro que se trata de un argumento muy cercano a la petición del principio, pues si se parte del apriori gratuito de que el Anteproyecto de 1882-1888 ha recogido la variedad germánica de las obligaciones conjuntas, cae por su peso que ya no cabe adscribir las indivisibles, identificadas con aquéllas, al régimen de las obligaciones solidarias, cuando lo que habría que demostrar previa y precisamente es que el referido precedente legislativo y el Código Civil español admiten semejante especie obligatoria. Aparte de que no deja de ser un tanto insólito y paradójico que después de recorrer semejante camino se llegue a la conclusión de que en base al principio de la indivisión de los créditos y débitos hereditarios, presente entre nosotros desde el Proyecto de 1851, tales relaciones obligatorias indivisibles deberán conectarse directamente con la solidaridad, por más que se matice que se tratará, empero, de una solidaridad *sui generis*.

Peculiar construcción que supone, nada más y nada menos, lo siguiente: las obligaciones indivisibles en el Derecho español constituyen una tercera categoría de vínculos plurales configurada por las denominadas obligaciones conjuntas, alejándose, en consecuencia, de su tradicional inserción en el círculo de las solidarias; ahora bien, cuando nos encontremos frente a la manifestación de indivisibilidad legalmente determinada de no fraccionamiento entre los herederos de los *nomina et debita haereditaris* (art. 932 del Proyecto García Goyena, art. 1.101 del Anteproyecto de 1882-1888 y art. 1.084 CC), resulta que su vinculación no es al régimen jurídico propio de esa nueva modalidad obligacional, sino que sorprendentemente se remite al recién repudiado sistema de las obligaciones solidarias. ¿En qué quedamos?, ¿están fuera o dentro de la solidaridad?, ¿o fuera o dentro según convenga? La sencilla explicación quizá se halle en que en nuestro ordenamiento civil las sedicentes obligaciones en mano común estarían tan desasistidas y carentes de normativa que en cuanto se presenta alguna manifestación de las mismas hay que acudir al cobijo

cómodo, conocido y tradicional de la solidaridad/Pero entonces, ¿para qué se necesita la incorporación de una nueva modalidad obligatoria?

La inclusión en nuestro sistema de las obligaciones conjuntas conoce su más decidido defensor en DÍEZ PICAZO. Para este preclaro civilista una de las tres formas básicas de organización de la pluralidad de sujetos en la obligación conduce a la comunidad, en virtud de que los créditos se atribuyen al grupo y consorcio y las deudas son también deudas comunes o consorciales, de manera tal que los sujetos, todos juntos (en mano común), son deudores o acreedores de la totalidad.

Los créditos conjuntos, caracterizados, pues, por la pertenencia del derecho de crédito a la colectividad y por su ejercicio consorcial, pueden provenir de la objetiva indivisibilidad de la prestación (art. 1.139 CC, subsunción y pérdida de identidad de la obligación indivisible en el seno de las obligaciones "mancomunadas"), del hecho de pertenecer el crédito, aun cuando éste sea objetivamente divisible, a un patrimonio colectivo atribuido a varias personas, o de fines empíricos perseguidos por las partes, a las que puede interesar que, aunque la prestación sea divisible, el crédito se ejercite consorcialmente. El propio DÍEZ-PICAZO no deja de reconocer que nuestro Código Civil es muy parco (¡y tan parco!) en la regulación de este tipo de derechos de crédito, hasta el punto de que una manera directa sólo se refiere a ellos el artículo 1.139 cuando dice que "sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos"; referencia tan insuficiente que se impone su integración mediante los principios generales (¿cuáles?, ¿los de solidaridad?).

Por lo que hace a las deudas "mancomunadas", su fuente puede hallarse en el hecho de ser la prestación objetivamente indivisible (subsunción ya comentada) y en aquellos supuestos en que, aun siendo la prestación objetivamente divisible, la naturaleza de la relación o el fin perseguido por las partes permite entender que el interés del acreedor queda satisfecho con un acto colectivo de los deudores. El Código Civil se refiere a esta clase de deudas cuando dice que "sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores", circunstancia que determina que su cumplimiento exija un acto colectivo conjunto de todos los deudores y que, asimismo, la defensa extrajudicial del derecho de crédito haya de plantearse también frente al común de los deudores; ahora bien, al disponer el mismo artículo 1.139 del Código Civil que "si alguno de éstos (los deudores) resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta", precepto que a todas luces pertenece al ámbito propio de las genuinas obligaciones mancomunadas parciarias, honestamente DÍEZ-PICAZO se ve obligado a reconocer que la aplicación de dicha norma resulta "mucho más difícil en la hipótesis estricta de mancomunidad o colectividad", ya que en la misma "no se comprende bien la exoneración por consecuen-

cia de la insolvencia, puesto que la regla de la prestación conjunta parece que debe subsistir".

4. RECHAZO CRÍTICO DEL "TERTIUM GENUS"

Esta es la consecuencia obligada de las importaciones apresuradas y este es el precio que hay que pagar cuando se otorga carta de naturaleza a figuras jurídicas que no tienen tradición ni adecuado basamento legal. ¿De qué sirve la admisión de las denominadas obligaciones colectivas si en el momento supremo de inquirir qué sucede en ellas cuando uno de los deudores resulta insolvente hay que concluir que semejante insolvencia no la asumen los restantes deudores sino que ha de soportarla el acreedor? ¿Qué clase de conjunción o mano común es esa que elude la vinculación del común en el caso de que uno de los deudores no pueda cubrir la parte que internamente le corresponda?

DÍEZ-PICAZO intenta remediar la situación aduciendo que cuando la división de la prestación sea objetivamente posible estaríamos ante una aplicación excepcional a la obligación mancomunada o colectiva del régimen de la obligación parciaria para el supuesto de insolvencia de uno de los deudores, mientras que si la prestación, objetivamente considerada, es indivisible, dicha insolvencia no modifica el régimen de la obligación en orden al cumplimiento del deber de prestación (7).

Argumentación que padece, por lo menos, tres defectos. Uno, que la supuesta distinción que pretende entre divisibilidad objetivamente posible o imposible no tiene ninguna operatividad en la hipótesis que nos ocupa, ya que la hipótesis legal del artículo 1.139 del Código Civil, única e indivisible hipótesis, es la de "si la división fuere imposible". Otro, que no cabe hablar de aplicación excepcional del régimen de las obligaciones parciarias a las colectivas en el punto de la insolvencia de uno de los deudores, pues siendo el mismo básico y caracterizador, semejante aplicación supondría indefectiblemente la desnaturalización de la especie obligatoria que se pretende. Y el tercero, que resulta por completo inadmisibile sostener que en el supuesto de indivisibilidad objetiva de la prestación, la insolvencia de uno de los deudores no modifica el régimen de la obligación en orden a su cumplimiento, esto es, no se aplica la pauta del artículo 1.139 del Código Civil.

Esto último es particularmente serio, porque supone, nada más y nada menos, que una construcción teórica, que en vez de tener apoyo legal

(7) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid 1983, págs. 412 y sigs.

entra en pugna con la normativa civil vigente en España, es capaz de desplazar y dejar sin aplicación a la norma que en principio debería regirla, y, además, que ello se hace sobre la base de reclamar la presencia de un hipotético supuesto extraordinario, el de la indivisibilidad objetiva de la prestación, que es precisamente el supuesto normal y genérico que constituye la *fattispecie* de la norma ("si la división fuere imposible", art. 1.139 CC), y que tan gratuita y temerariamente se pretende excluir. Algo, en nuestra opinión, en exceso forzado y de muy difícil y hasta imposible admisión.

También BERCOVITZ se acoge a la construcción de DÍEZ-PICAZO e intenta indagar de dónde procede en nuestro Derecho civil este *tertium genus* de las obligaciones en mano común. Señala que en relación al segundo párrafo del artículo 1.167 del Anteproyecto de 1882-1888 (equivalente al art. 1.150 CC) sus redactores señalan una concordancia con el artículo 1.533 del Código Civil chileno de 1855, algo que resulta lógico si se tiene en cuenta que el Código de DON ANDRÉS BELLO se inspira plenamente en POTHIER en la regulación de las obligaciones divisibles e indivisibles, así como para las deudas del causante. Por el contrario, el Anteproyecto guarda absoluto silencio en materia de concordancias respecto al artículo 1.156 (actual 1.139) y al primer párrafo del artículo 1.167, pues para ambos "se limitan a señalar los redactores que se trata de preceptos nuevos".

Recuerda BERCOVITZ que la tradición romanista no reconocía más regímenes fundamentales en tema de pluralidad de sujetos que los de las obligaciones solidarias, al que se adaptaban los indivisibles, y de las mancomunadas, al que se acogían los divisibles, por más que POTHIER considerase que acreedores y deudores tenían que actuar conjuntamente en algunos supuestos de indivisibilidad. Por lo que hay que acudir a la tradición germanista para encontrar plenamente reconocido este tercer régimen que por primera vez penetra en España; y, en este sentido, es en el artículo 70 del Código suizo de las obligaciones, en el párrafo 432 del BGB y en el párrafo 890 del ABGB donde se formula el principio de la actuación conjunta de los acreedores en las obligaciones indivisibles, circunstancia que refleja el Derecho histórico germánico, ya que la postergación de las deudas y créditos en mano común fue una lamentable consecuencia de la recepción del Derecho romano, el cual, como es sabido, sólo conocía la división *pro quota* y la solidaridad.

Por otro lado, en dichos ordenamientos civiles la subsunción de las obligaciones indivisibles en la esfera de las obligaciones en mano común se suma al principio de la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas del causante (arts. 603 y 639 del Código suizo, párrafo 2.058

del BGB y parágrafos 801 y 802 del ABGB), frente al principio romanista de división *ipso iure* de las deudas del causante.

Pero todavía más, BERCOVITZ señala incluso que no cabe decir que nuestro Código Civil, abandonando la construcción romanista de las obligaciones indivisibles, haya adoptado en su totalidad la postura germanista, ya que ésta sólo aplica el régimen de las obligaciones en mano común a los créditos indivisibles, mientras que en el caso de las deudas remite al régimen de las obligaciones solidarias.

Circunstancias todas, en cuanto supondrían abandonar el cobijo del sistema romano para pasar al germánico, pero incluso para superarlo al extender el régimen de las obligaciones colectivas a las deudas indivisibles, que llevan al citado civilista a estimar que se puede afirmar "la originalidad de nuestro Código Civil en esta materia", aunque no deje de reconocer que, por los escasos preceptos del Código Civil, su tratamiento "resulta específicamente dificultoso" (8).

Ya nos hemos ocupado de esta materia en otro lugar (9). Allí se ha señalado que la figura de las obligaciones conjuntas aparece en los Derechos alemán y suizo como una derivación de los patrimonios en mano común (*zur gesamten Hand*) que se presentan en relación a la sociedad civil, la comunidad hereditaria y la comunidad conyugal de bienes, y que suponen, en el decir de Larenz, que el derecho o potestad de cada comunero queda condicionado tanto por la pertenencia del crédito al patrimonio colectivo como por su participación en la comunidad jurídica a la que dicho patrimonio pertenece (10).

La especie de las obligaciones en mano común es desconocida en el Derecho civil español, en cuanto faltan en él los presupuestos comunitarios que la justifican y hacen posible, por más que se haya querido ver por algunos autores (DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ) una manifestación de la misma en el artículo 1.139 del Código Civil cuando dispone 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".

Aunque la terminología sea sugestiva y tentadora, y recuerde aparentemente la figura germánica, lo cierto es que no existe el menor parentesco entre uno y otro supuesto. La mejor prueba nos la proporcionan las circunstancias de que el artículo 1.139 se ubica en el campo dogmático de las obligaciones *a pro rata*, como una situación singular provocada por la

(8) BERCOVITZ: "Las obligaciones divisibles...", *loc. cit.*, págs. 523 y sigs.

(9) C. MONTES: *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid 1990, págs. 209 y sigs.

(10) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid 1958, págs. 493-494.

indivisibilidad de la prestación, y de que el artículo 1.150 al referirse, precisamente por su correcto nombre (obligación indivisible mancomunada), a la variedad que se considera restablece el régimen parciario, una vez que, por incumplimiento, la misma se transforma en obligación de indemnizar daños y perjuicios (11).

Cosa diferente es que al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, que consagra la autonomía negocial privada, las partes puedan convenir la creación de una relación obligatoria que asuma la naturaleza de obligación en mano común, en cuanto no existe prohibición expresa de esa modalidad en nuestro Derecho y en cuanto ningún principio jurídico sustantivo sufre quebranto con semejante admisión. Sin embargo, contra el parecer de LACRUZ Y SANCHO, no creemos que dicha posibilidad pueda derivarse del nuevo "texto de las obligaciones" de que habla el artículo 1.138 del Código Civil, ya que allí a lo que se hace mención escueta es a las obligaciones solidarias, ni mucho menos que pactada la constitución de una obligación conjunta, frente a lo que estiman dichos autores y GUILARTE ZAPATERO, deba concluirse que la misma se gobernará por el negocio que la crea y por las reglas de la comunidad y de las obligaciones indivisibles, en razón de que fuera del título constitutivo cualquier otra referencia reguladora resulta extraña, ora porque nuestra comunidad es de tipo romano o por cuotas, ora porque la indivisibilidad es algo que atañe en exclusiva a la prestación y no tiene por qué entrar a jugar en una situación jurídica caracterizada por la existencia de varios sujetos en la relación obligatoria (12).

VON TUHR ha captado perfectamente el punto en consideración al destacar que de los créditos comunes hay que distinguir el caso en que se trate de créditos con varios acreedores que sólo pueden ejercitarse en común, tal cual ocurre cuando la prestación que corresponde a varios acreedores sea indivisible; supuesto en el cual, como señala con tino, a diferencia de lo que ocurre en el mancomún, no estamos ante un crédito colectivo sino ante dos distintos derechos, algo que se patentiza en virtud de la circunstancia de que cada acreedor puede disponer personalmente de su derecho, lo que nunca sucede en las obligaciones conjuntas. Otro tanto ocurrirá cuando dos o más acreedores convengan con su deudor común que se pondrán de acuerdo para exigir las prestaciones que les correspondan (13).

(11) GIORGIANNI: *L'inadempimento*, Milán 1959, pág. 172.

(12) LACRUZ Y SANCHO: *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona 1985, pág. 45; GUILARTE ZAPATERO: *Comentario al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid 1983, pág. 199.

(13) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid 1934, pág. 251.

El *tertium genus* que se pretende entre nosotros por Díez-PICAZO y BERCOVITZ, no obstante no tener asidero en nuestra historia jurídica, habría alcanzado aquí una rara perfección y el mantenimiento de sus más acendradas esencias teutonas (crédito y deuda en mano común), ya que la actual regulación germánica de la materia aplica el régimen de las obligaciones en mano común sólo a los créditos indivisibles, mientras que en el caso de las deudas remite al régimen de las obligaciones solidarias. Esto es, más rigurosos y principistas que en Alemania y Suiza.

En consecuencia, semejante importación dogmática (nada menos que la de toda una categoría obligacional cual es la de las obligaciones conjuntas o en mano común) nos parece excesiva e injustificada, porque de la misma manera que, como más adelante tendremos ocasión de considerar, la indivisibilidad de la prestación no determina que la obligación pluripersonal haya de asumir necesariamente la condición de solidaria, tampoco la circunstancia de una prestación de tal índole constituye obstáculo insuperable para el mantenimiento de la naturaleza mancomunada.

En efecto, la condición divisible o indivisible del objeto debido, que da origen a dos categorías obligatorias con régimen jurídico propio, no trasciende, ni puede trascender, al campo de la caracterización de los vínculos por razón de los sujetos de los mismos. El que una obligación sea mancomunada o solidaria depende de la especial relación que se establezca entre los distintos acreedores y deudores en orden a la reclamación o sujeción del cumplimiento de la *res debita*, pero no puede venir determinado por la posibilidad o no de fraccionar el comportamiento comprometido. De la misma manera, la indivisibilidad de la prestación no puede dar lugar a la consagración entre nosotros de un tipo obligatorio extraño, sin justificación ni precedentes, el de las obligaciones en mano común, que, como dice GUILARTE ZAPATERO, al no admitir la distribución por cuotas, ni ideal ni físicamente, representa un tipo de cotitularidad colectiva que no encaja con exactitud en el supuesto de las obligaciones subjetivamente plurales, mancomunadas o solidarias (14).

Cuando el artículo 1.139 del Código Civil dispone que si la división es 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", impone una severa rectificación del régimen normal de las obligaciones mancomunadas, caracterizado por la aplicación del principio *concurso partes fiunt*, pero ello no quiere decir que nos veamos compelidos a salir del campo de la mancomunidad para entrar a vagar en la órbita ajena e impropia de las obligaciones conjuntas, sino tan sólo que la normalidad parciaria sufrirá algún correctivo, en el sentido de que cada

(14) GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios...*, XV-2, op. cit., pág. 198.

acreedor no podrá actuar por separado y cada deudor no será compelido a cumplir aisladamente.

El hecho de que se trate de una prestación indivisible determina el proceder concertado o consorcial de los sujetos, pero ¿quiere decir ello que automáticamente nos situemos fuera de la mancomunidad? De ninguna manera, y la mejor prueba de esto la hallamos en que si se tratara de una genuina obligación en mano común el incumplimiento culpable de la misma no determinaría la posibilidad de reclamaciones y débitos parciales respecto al monto indemnizatorio, mientras que entre nosotros dicho incumplimiento da lugar al fraccionamiento entre acreedores y deudores de la suma pecuniaria debida en concepto de indemnización de daños y perjuicios (art. 1.150 CC); algo que nos revela con toda claridad que la peculiaridad del actuar impuesto por el artículo 1.139 del Código Civil no viene dada por la especial naturaleza de la relación existente entre acreedores y deudores, sino única y exclusivamente por el hecho de que el objeto de la obligación plural sea indivisible.

Lo que atañe a la particular manera en que se configuran créditos y débitos en las obligaciones con pluralidad de sujetos debe hacer referencia al elemento personal y no al elemento real de la obligación. El que una obligación sea en mano común (posible, empero, entre nosotros al amparo del art. 1.255 CC) depende de que la Ley o las partes hayan atribuido la titularidad del crédito y de la deuda a los varios sujetos de manera colectiva o consorciada, y no del hecho de que la prestación sea divisible o indivisible. Es más, aunque por asumir este último carácter el objeto debido sea necesaria la actuación conjunta de los interesados, ello es meramente circunstancial, sin que tenga virtualidad suficiente como para cambiar la naturaleza de la relación obligatoria.

Aquí también, pues, *non tertium genus*, porque ni existe necesidad del mismo, ni se da justificación suficiente para su acogida, ni el ordenamiento civil español le brinda acomodo, ya que, en cuanto mediante el incumplimiento de la obligación se hace posible su satisfacción fraccionada *in genere*, se apresura a restablecer la normalidad del funcionamiento mancomunado, que ni siquiera con anterioridad ha dejado de existir o se ha transformado, sino que tan sólo ha experimentado una restricción o acomodo en razón de la peculiaridad de la naturaleza del objeto debido, tal como patentiza el artículo 1.150 del Código Civil. Se trata, en realidad, según ha hecho notar GIORGI, de que solidaridad e indivisibilidad son las dos excepciones a la regla *concurso partes fiunt*; (15) pero sin que la

(15) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, I, Madrid 1909, pág. 86.

segunda deba determinar la aparición del *tertium genus* de las obligaciones conjuntas.

5. LA ADECUADA CONSIDERACIÓN DEL SUPUESTO DE PLURALIDAD DE SUJETOS E INDIVISIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN

Desde luego que la circunstancia de que en una relación obligatoria con pluralidad de sujetos su prestación sea indivisible constituye un factor de distorsión que complica las cosas y difumina la claridad del vínculo plural. que cada acreedor no pueda reclamar ni cada deudor esté facultado para realizar por sí solos una parte del objeto debido, ya que lo impide la indivisibilidad de la prestación, produce una alteración tan significativa que no debe extrañar que los juristas de todos los tiempos se hayan sentido tentados a salirse del marco estricto de las obligaciones mancomunadas. El Derecho romano nos ofrece en este campo, como en tantos otros, un significativo ejemplo.

En efecto, en el Derecho romano clásico las obligaciones indivisibles plurales se consideran como obligaciones solidarias, con una solidaridad proveniente, no de la voluntad de las partes, sino determinada objetivamente en base a la indivisibilidad de la prestación; en consecuencia, se les aplica por entero el régimen de la solidaridad común, y así no surgía de ellas el derecho de regreso para el deudor que pagó la totalidad, ni la obligación para el acreedor que cobró todo el crédito de prestar caución al deudor de que no será demandado por el resto de los acreedores.

En el Derecho justiniano, con el propósito de mejorar la situación de los deudores, el régimen jurídico de las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos cambia sustancialmente. Cuando un deudor es demandado de pago por el acreedor, puede obtener una prórroga para atraer a los demás deudores. Si pagó él solo, tiene, *ipso iure*, derivado de la propia naturaleza de la obligación indivisible, el derecho de regreso para pedir a los otros deudores el reembolso de la parte que les corresponda, sin que sea preciso que medie entre ellos una relación interna de mandato o sociedad, por ejemplo, que, como es sabido, hacía falta en las obligaciones solidarias pasivas para intentar el reembolso. Incluso, aún más, cuando uno de los deudores fuere demandado por la totalidad del débito, podía exigir que los demás le entregaran sus cuotas, aunque él no hubiese satisfecho todavía el crédito reclamado.

Además, si existiendo varios acreedores, uno de ellos obtuvo la totalidad de la prestación adecuada, el deudor que pagó tiene derecho a exigir que dicho acreedor (su *'litis contestatio*, a diferencia de lo que ocurría en las solidarias, no extinguía el derecho de los restantes acreedores) le preste caución o le dé garantía de que no será demandado por los otros acreedo-

res. En fin, cuando a consecuencia del incumplimiento de la obligación indivisible plural recayere sobre uno de los deudores condena pecuniaria, este hecho determinaba su transformación en obligación divisible, de manera que el monto de la condena por daños y perjuicios quedaba repartido entre los varios deudores: *pro parte condemnationem fieri oportet* (16).

Esta orientación será continuada por el *ius commune*, en el que oiremos a Baldo proclamar que *qualitas individuitatis realis est correorum vero personalis*; y a DOMOULIN consagrar el apotegma *aliud est teneri ad totum, aliud ad totum totaliter*, y entroncará con el Código Civil francés y con la cadena de Códigos que en él encuentran modelo, tal cual ocurre con nuestro Proyecto de 1851, por más que la misma no suponga la desvinculación total de las obligaciones solidarias, sino tan sólo la marginación o disminución de algunos de sus efectos. El artículo 1.139 del Código Civil español, como bien escribe GUILARTE ZAPATERO, quizá adoptó una posición poco clara, pero de lo que resulta difícil dudar es que, alejando la indivisibilidad de la solidaridad, acierta a conciliar satisfactoriamente sus efectos con los específicos de la mancomunidad, aunque pueda parecer poco propio el intento de coordinar dos caracteres escasamente compatibles entre sí como son la mancomunidad, que en el sentido del Código Civil tiende a la disgregación, y la indivisibilidad, que reclama e impone esencialmente la cohesión (17).

¿Cuál debe ser la conclusión de este largo *excursus*? En nuestra opinión, el hecho de que en una obligación con pluralidad de sujetos su prestación sea indivisible no determina, ni que debamos abocarnos de manera automática al campo de las obligaciones solidarias, ni mucho menos que ello deba dar entrada entre nosotros a la extraña construcción de las obligaciones en mano común.

Como hemos tenido ocasión de comentar en otro trabajo (18), cuando la obligación plural presente una prestación no susceptible de división la regla debe ser la mancomunidad, porque en nuestro Derecho Civil ésta es la pauta en todo supuesto de obligación con pluralidad de sujetos (art. 1.137 CC) y porque no se alcanza a ver en función de qué razones la misma ha de quedar excluida o desvirtuada en el supuesto de que la *res debita* sea indivisible.

Para ello está el juego combinado de los artículos 1.139 y 1.150 del Código Civil. El primero de ellos, estableciendo importantes restricciones al funcionamiento ordinario de las obligaciones mancomunadas, impues-

(16) C. MONTES: *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas 1964, págs. 52-53.

(17) GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios...*, XV-2, op. cit., págs. 206-207.

(18) C. MONTES: *La estructura...*, op. cit., págs. 234 y sigs.

tas por la circunstancia de la indivisibilidad de la prestación, pero concluyendo con la aplicación del más importante criterio caracterizador de aquella variedad obligatoria: la asunción por el acreedor del riesgo de la insolvencia de alguno de los deudores mancomunados. El segundo, llamando a la situación por su verdadero nombre de "obligación indivisible mancomunada" y, sobre todo, resolviendo la divisibilidad de la misma cuando la originaria prestación indivisible sea sustituida por la de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los acreedores por el incumplimiento de la obligación, algo que carecería por completo de sentido y justificación lo mismo si la obligación fuera solidaria que si tuviera la condición de conjunta o en mano común.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza