

Mientras la obligación *in solidum* parece afirmarse, en la doctrina actual no ha prosperado la noción de solidaridad imperfecta. Ya al proponerse carecía de clara base legal, y luego de propuesta, las legislaciones no la han contemplado. Por otra parte, quienes la han propiciado no han logrado acuerdo en las situaciones a las que se aplicaría. Y parece débil su justificación, por una supuesta imposibilidad de concebir en ciertos casos la idea de mandato tácito y recíproco; situaciones que son mencionadas como exponentes de esta llamada solidaridad imperfecta presentan igualmente una comunidad de intereses de los varios obligados, elemento que constituye siempre una base de la idea de representación en la solidaridad.⁴⁹⁹

Entre nosotros tampoco se ha admitido. Desde luego, nuestro art. 2317 satisface la situación de los varios autores de un daño: se dispone expresamente que responden solidariamente. Y siendo el texto que señala las fuentes de la solidaridad (el art. 1511) una excepción (a la regla general, que es la mancomunidad), debe entenderse restrictivamente. Además, hay un solo estatuto para la solidaridad pasiva, de modo que no hay base para subdistinguir entre una que produzca todos los efectos y otra que produzca sólo algunos (o el más importante).⁵⁰⁰

En tanto, estimamos que en el Código hay una situación que al menos evoca la obligación *in solidum* y hasta incita a aplicarla. Es la del denominado tercero civilmente responsable (que responde por el daño cometido por otro) cuando el hechor directo es capaz (en

remisión de la deuda a uno de los deudores, la obligación de los otros permanecería inalterada (v. Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., N° 910, pp. 326 y sgts.).

Estos intentos doctrinarios de formular, abstrayendo, algunos principios comunes a las concurrentes nos parecen encomiables, porque así se va construyendo la teoría jurídica; pero tenemos que prevenir que, todavía, debido a la diversidad legislativa y al incompleto asentamiento doctrinario (por lo mismo poco influyente en el legislador), hay que respetar las variadas características que presentan, diferenciando a veces marcadamente a unas de otras, de modo que estos atisbos de principios comunes deben frecuentemente adaptarse a cada una, y hasta ceder ante caracteres individualizantes.

⁴⁹⁹ V. al respecto Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 189, p. 170; Ripert, Georges, y Boulanger, Jean. Ob. cit. T. V, N° 1837, p. 540; Marty, Gabriel, et Reynaud, Pierre. Ob. cit. T. cit., N° 796, p. 799.

⁵⁰⁰ Así, por ej., Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 238; Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 67, p. 67; Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 399, p. 380.

responsabilidad extracontractual) (arts. 2320 y 2322). Como se tiene entendido que la responsabilidad del tercero es sin perjuicio de la responsabilidad del hechor directo, y como la ley no expresa que son solidarios, podría pensarse que se está en presencia de una obligación *in solidum* (y no debe olvidarse que la expresión está empleada en nuestra ley; en el definitorio art. 1511, y en los arts. 927 y 1840, con la misma idea de varios obligados a un todo).⁵⁰¹

III. Obligaciones indivisibles

—CONCEPTOS FUNDAMENTALES

El Código destinó un título a la clasificación de obligaciones en divisibles e indivisibles (Tít. X del libro IV, arts. 1524 a 1535).

En cuanto implica enfrentar el tema de la divisibilidad e indivisibilidad, esta clasificación se ha ganado una fama de compleja, en buena medida justificada.⁵⁰²

También con raíz en Roma, entre los principales aportantes se menciona a Baro, Donello, Chesio, Ramos del Manzano y, ciertamente, Dumoulin⁵⁰³ (este autor influyó en Pothier y éste en el Código francés, el cual, a su vez, influyó en el chileno, conforme a las notas del señor Bello en los proyectos).

Fundamentalmente, esta clasificación se ha formulado atendiendo a la prestación.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ En *RDJ*, t. 86, secc. 2ª, p. 113, se resolvió que en la situación del art. 2320 no hay solidaridad y —sin expresarlo— manifiesta un punto de diferencia entre la solidaria y la *in solidum*: concluyó que conforme a esta regla podía demandarse primero a uno y luego al otro (por el total o por el saldo, según el caso), o a ambos simultáneamente, en un mismo litigio, pero a uno en subsidio del otro; mas no simplemente a ambos en un mismo litigio simultáneamente.

⁵⁰² Ya es costumbre resumir este prestigio aprovechando el nombre de una obra, por demás muy contribuyente, que ilustra la dificultad con una impactante (y atemorizante) metáfora ("laberinto"), la cual entonces es enarbolada como emblema. Ya parece innecesario mencionarla. Es el estudio de Dumoulin. Luego habrá de consignarse, al referir trabajos destacados.

⁵⁰³ Dumoulin: *Extratio labyrinthi dividui et individui* (1562).

⁵⁰⁴ Aunque en la doctrina es emplazada a veces en las clasificaciones atinentes al objeto y otras en las concernientes a los sujetos (como habitualmente se procede entre nosotros). La primera ubicación se justifica tomando en cuenta el criterio de la distinción, en tanto la segunda considerando los efectos (porque estos últimos se producen principalmente en relación con la pluralidad de sujetos).

Entonces como premisa inicial digamos que las obligaciones son divisibles o indivisibles, según lo sea la prestación.

Ese concepto nos enfrenta al análisis de la divisibilidad de la prestación, para determinar cuándo una prestación es divisible y cuándo no.

Dividir es fraccionar (seccionar). Divisible significa posible, susceptible, de dividir.

Para acercarnos al tratamiento jurídico de la divisibilidad, y considerando textos que la contemplan, procede referirse a dos concepciones que se puede tener de ella: física e intelectual.⁵⁰⁵

Dividir físicamente significa fraccionar (materialmente) una cosa; convertirla en partes. Dividir intelectualmente significa concebir un objeto (material o inmaterial) fraccionado en partes.⁵⁰⁶

Aplicados estos conceptos a las *cosas materiales*, resulta que todas son divisibles, tanto física como intelectualmente.⁵⁰⁷ En división física el límite depende del instrumento del que se disponga (actualmente, al parecer, la ciencia física puede dividir incluso el átomo); en división intelectual, el límite depende del poder mental del divisor.

Pero de la aplicación a las cosas debemos avanzar aplicándolos a la *prestación* (la cual —también debe tenerse en cuenta— integra una relación obligatoria) y, señaladamente, a su cumplimiento (o ejecución). Así, es distinto “una cosa” que “dar una cosa” (o “entregar una cosa”; o “hacer una cosa”) (es distinto una mesa, que entregar una mesa).

Para este efecto, aquellos conceptos no son acogidos completamente, aunque sí se utilizan como puntos de referencia. Con esto

⁵⁰⁵ Aunque parezca obvio: la primera es aplicable sólo a los objetos materiales.

En cuanto a las cosas inmateriales, recuérdese que desde el punto de vista jurídico se nos presentan a lo menos estos dos grupos: los denominados bienes inmateriales (como la propiedad intelectual) y los derechos —reales y personales—, que en nuestros textos (Código Civil y Constitución) son denominados bienes incorpóreos.

⁵⁰⁶ La división física puede descomponerse en una *operación* y un *resultado*. La operación (dividir) a veces es todo un proceso, prolongado, en ocasiones delicado y hasta tormentoso, y otras un solo acto breve y aun violento; el resultado viene a ser el conjunto de partes, separadas cada una de las demás. En la división intelectual es quizás la rapidez de la mente la que llega a unificar operación y resultado.

En todo caso, el resultado de la división implica contemplar el conjunto de partes, que antes formaban el todo, y que ahora son secciones; a medida que esas secciones van ganando autonomía, por el uso y hasta en cierta medida por su alejamiento geográfico, la noción de división se extingue o, si se prefiere, se convierte en dato histórico.

⁵⁰⁷ Teniendo presente que, con prescindencia de la naturaleza, la ley suele establecer la indivisibilidad de algunas cosas o derechos, como la propiedad fiduciaria y las servidumbres (arts. 1317, 751, 826, 827).

se quiere decir que si una cosa es divisible, es bien *probable* que una prestación que verse sobre ella también lo sea.

Corresponde ahora agregar que la prestación será divisible siempre que cada parte resultante de su división sea proporcionalmente igual al todo; si no, es indivisible (esta conclusión es puramente objetiva; no se está aquí todavía considerando el fin del contrato ni la voluntad de las partes). Por ej., una mesa es divisible; pero si se trata de entregar una mesa y se pretendiere entregarla por partes, habría primero que dividirla, y entonces cada parte no será proporcionalmente igual a la mesa (al todo). La conclusión será distinta para un litro de agua o mil pesos.

Esta falta de igualdad proporcional puede especificarse en alteración de la homogeneidad (identidad en la estructura física), la función o el valor.

Con esta consideración, la noción de divisibilidad evidentemente se restringe.

En otro sentido, al construirse el concepto de divisibilidad (y el de su antónimo) de la prestación, la divisibilidad de las cosas materiales es insuficiente, porque las prestaciones —como se sabe— aparte de versar sobre cosas pueden consistir en hechos (actividades) y aun en abstenciones. En cuanto punto de referencia, esta circunstancia conduce a reemplazar al factor cosa (como estructura física) por uno más amplio y al propio tiempo propicio para referirlo a la prestación, que los autores acogen en la expresión “naturaleza” (naturaleza de la prestación).

Hay quienes llegan hasta aquí, sin más precisiones y dan por formado el concepto: la prestación es divisible o indivisible, según lo sea su “naturaleza”.⁵⁰⁸

Preferimos proseguir para lograr mayor claridad. Desde luego, agreguemos que con esa expresión se quiere indicar que lo que ha de examinarse de la prestación es su contenido. Ese contenido puede ser simple, pero con frecuencia es complejo y tiene variados elementos constitutivos, de diversa envergadura o influencia dentro del total de la prestación (por ej., expedir un recital de música, en el cual hay elementos humanos, técnicos, artísticos, temporales). Pues bien, cuando nos referimos a su contenido, la referencia debe entenderse dirigida a los que son sus caracteres más relevantes (por

⁵⁰⁸ Son muchos los estudios sobre la materia que en la calificación declaran que hay que atenerse a la “naturaleza de la prestación” sin precisar qué de esa naturaleza debe considerarse.

que si se actúa con un criterio agotador, como los caracteres –pertene-
cientes a su naturaleza– son innumerables, entonces el objetivo,
calificar el contenido, puede tornarse inalcanzable). Así, la “natura-
leza” de la prestación, con este significado, es un soporte concep-
tual que, junto con ser más apropiado para referirlo a la prestación
y más amplio que la mera estructura física, ostenta también un gra-
do de acotamiento. Debe examinarse: la “naturaleza de la prestación”
en sus caracteres substanciales relevantes.

Todavía es posible continuar. Podemos instarnos a mencionar
caracteres integrantes de la naturaleza de la prestación con esos alu-
didos atributos de substancialidad y relevancia. Tal como ya se dijo,
estimamos pertinente considerar: estructura física (cuando se re-
fiere a una cosa material), función, valor;⁵⁰⁹ entonces, si al dividir-
se (o ejecutarse por partes) la prestación, se altera fuera de
proporción alguno de esos caracteres, se está alterando la natura-
leza de la prestación; luego, la prestación es indivisible; y, por tan-
to, la obligación es indivisible.⁵¹⁰⁻⁵¹¹

⁵⁰⁹ Generalmente económico, pero también puede ser de otra naturaleza: ar-
tístico, religioso, ecológico, etc.

⁵¹⁰ Luego de compartir que debe atenderse a la “naturaleza” de la prestación,
intentando mayor concreción, un autor sólo nos traslada a otro término que, a seme-
janza del anterior, también necesita de lo mismo, manteniéndonos la incógnita; ex-
presa que la prestación es indivisible cuando al cumplirse por partes se altera su
“esencia” (Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. III, p. 164). Otro avanza algo más y alude
a las “cualidades y el valor” sin precisar qué “cualidades” y la naturaleza del “valor”
(Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., N° 801 p. 287). En fin, se ha hecho referencia a la
“alteración de su esencia o disminución de su valor” (Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theo-
dor, y Wolff, Martin. Ob. cit. T. II, vol. I, p. 21. En sus notas de derecho español –p.
24– los traductores destacan más bien la satisfacción del “interés” del acreedor). En
términos semejantes a los de aquellos autores alemanes citados, Espín, Diego: *Ma-
nual de Derecho civil*. Edit. Rev. de D. Privado. Madrid, 1978, 5ª edic.; vol. III, p. 55.

⁵¹¹ En una especial dirección, el examen de la prestación ha sido orientado
hacia la conducta del deudor. Partiendo de un criterio de “susceptibilidad de cum-
plimiento parcial”, se ha sostenido que la divisibilidad o indivisibilidad de la pre-
stación depende no tanto de la divisibilidad o indivisibilidad de su objeto, sino de
la posibilidad de ejecución parcial de la conducta que se realiza en torno a ese
objeto. Es claro que si el objeto es indivisible, la conducta no podrá ser desplega-
da por partes y la obligación será indivisible; pero si el objeto es divisible, podrán
darse algunas situaciones en que la conducta podrá realizarse tanto por partes
como en un único acto y otras en que sólo podrá realizarse de este último modo;
en este último caso, al igual que cuando el objeto es indivisible, la prestación no
es susceptible de cumplimiento parcial y, por tanto, la obligación es indivisible
(Espiau Espiau, Santiago: *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español*. Edit.
Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 60 y sgts., reconociendo pre-
cedentes en Dumoulin, Pichardus, Ramos del Manzano y Fernández de Retes).

Hasta aquí puede llegarse en el examen de la prestación. Por
lo mismo, si nos mantenemos fieles a la afirmación inicial de que
la obligación es divisible o indivisible según lo sea la prestación, ya
estaríamos en condiciones de concluir el capítulo conceptual, ha-
biendo obtenido una mayor precisión acerca de cuáles caracteres
de la prestación son los dignos de considerar para enunciar el con-
cepto (si se formula uno analítico), agregándolos al inicial, enri-
queciéndolo.

Pero una amplia doctrina, apartándose de aquel primer crite-
rio (objetivo), a la naturaleza de la prestación añade otros elemen-
tos, vinculados o más o menos ajenos a ella, para configurar la
noción de obligación indivisible. Con esta actitud aquí queda plan-
teado un debate consistente en determinar si la naturaleza de la
prestación tiene o no exclusividad para establecer la calificación de
una obligación como divisible o indivisible.

El examen del punto nos permite concluir que el sector de la
doctrina que considera otros factores (sobre todo uno) es bastan-
te importante y ostenta ya bastante antigüedad, lo que nos condu-
ce a proseguir la descripción.

Así, para la calificación (de la obligación), al contenido de la
prestación objetivamente considerado se ha agregado destacada-
mente el fin perseguido por la obligación (o por el contrato, o por
los contratantes; en esta precisión hay variedad de referencias). Tal
como ya lo insinuáramos, en la medida en que nos mantengamos
fieles al factor fundamental, esta nueva consideración se torna dis-
cutible, por cuanto se introduce un elemento que si bien es cierto
está relacionado con la prestación, es dudosa su pertenencia a ella.
En la doctrina actual parece predominar la admisión del fin de la
obligación como otro factor a considerar (incluso se le ha llegado
a estimar el decisivo).⁵¹² Compartimos la consideración de este ele-
mento, y habiendo observado la duda sobre su integración a la na-
turaleza de la prestación, conviene agregar un fundamento.
Estimamos que la prestación considerada aisladamente carece de
sentido o significado jurídico. En definitiva forma parte de su sig-
nificado el servir a quienes la han creado; de ser una cosa o un
hecho, llega a ganar el calificativo de prestación justamente cuan-

⁵¹² Es el postulado que se atribuye, entre nosotros, a don Tomás Ramírez Frías
(cfr. Alcayde, Delfín: “Teoría de la obligación indivisible”. En *RDJ*. T. 25, 1ª Parte,
p. 29).

do pasa a ser objeto de una relación jurídica, la cual vincula a sujetos que algo persiguen con crear esa relación obligatoria.⁵¹³⁻⁵¹⁴

Este elemento deja una nueva interrogante: cuando se alude al fin de la obligación y ella es de origen contractual (que será lo más frecuente), ¿se piensa en el fin (social) abstracto de cada categoría contractual (por ej., lo que se persigue con las obligaciones del contrato de compraventa) o en el fin del contrato específico de que se está tratando (el fin que esos contratantes persiguen)? En la segunda alternativa —y esto no constituye necesariamente un reproche— la calificación se individualiza y subjetiviza.⁵¹⁵

Llegándose a este punto e instalados en las obligaciones contractuales, surgen dos observaciones:

a) En un contrato habitualmente no existe un interés común: cada parte persigue su propio fin; incluso, cada parte suele perseguir varios fines; de ahí que parece más realista que la referencia deba efectuarse al fin de la obligación más que al del contrato; y el fin de la obligación nos lleva directamente al fin que con la obligación persigue el acreedor.⁵¹⁶ Es éste el que debe considerarse para la calificación. Pero como en la ejecución de la obligación también está involucrado el deudor, que se verá afectado por la calificación de la obligación, entonces ese fin debe ser conocido de éste; debe entenderse que al obligarse consintió con la conciencia de que la prestación no podría ejecutarse por partes. Si el fin no se ha expresado, la circunstancia de ser conocido por el deudor deberá ser probada; y en esa prueba, mediante las presunciones, influirá la naturaleza (objetiva) de la prestación.⁵¹⁷

⁵¹³ Al parecer sin grandes diferencias, en lugar de fin, suele también emplearse los términos "interés" o "utilidad" (v. Bercovitz, Rodrigo: "Obligaciones divisibles e indivisibles", en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1973, T. 26, p. 511).

⁵¹⁴ Aquí se configura un dilema, más bien formal, con una consecuencia positiva. El fin de la prestación la integra o no (forma parte de ella o no). Si la integra, entonces al considerar el fin de la prestación para calificar la obligación de divisible o indivisible todavía se está considerando sólo a ella.

⁵¹⁵ Puede verse que el punto se vincula con la doctrina de la causa.

⁵¹⁶ En este sentido estimamos apropiadas las expresiones de Cicala cuando manifiesta que la obligación es divisible o indivisible según si el cumplimiento de cada una de las obligaciones resultantes de su fraccionamiento "procure o no al acreedor, proporcionalmente, la misma utilidad" que le habría ofrecido el cumplimiento de la obligación total (Cicala: "Obbligazione divisibile e indivisibile", en *Novissimo Digesto italiano*. T. XI. Torino, 1968, p. 638) (el destacado es nuestro).

⁵¹⁷ A este propósito, conviene dejar al menos constancia de que en la doctrina se ha discutido la proposición consistente en que en los contratos bilaterales la presencia de una obligación indivisible trae consigo la indivisibilidad de la re-

b) Con lo expuesto hasta aquí, en la calificación de un caso concreto es muy posible que vaya a surgir también un problema de interpretación del contrato.⁵¹⁸

Habitualmente sin declaración expresa, a veces dándolo por establecido, en la calificación la doctrina frecuentemente considera también a la *voluntad de los contratantes* en orden a establecer la obligación como divisible o indivisible. Esta actitud implica incorporar al concepto la denominada indivisibilidad convencional. En rigor, la voluntad sólo utiliza el concepto (no lo integra); y al utilizarlo, en alguna medida lo desnaturaliza.⁵¹⁹⁻⁵²⁰ A este respecto, si bien no parece apropiado considerar la voluntad de los contratantes para determinar el concepto de obligación divisible o indivisible, como esa voluntad produce el importante efecto de aplicar a cierta obligación divisible el estatuto de las indivisibles (sobre todo en la importante zona de los efectos) entonces es útil añadir que, como siempre, esa voluntad puede manifestarse expresa o tácitamente; y una circunstancia influyente en la conclusión de si convinieron o no que la obligación sería indivisible, es el carácter bilateral del contrato en el que surge la obligación respectiva.⁵²¹⁻⁵²²

cioproca (que es naturalmente divisible), como consecuencia del denominado sinalagma funcional (v. Cristóbal Montes, Angel: "Las fuentes de la indivisibilidad obligacional", en *Rev. Crítica de D. Inmobiliario*. N° 612, septiembre-octubre, Madrid, 1992, pp. 2029 y sgts.).

⁵¹⁸ Con sus grandes alternativas de interpretación subjetiva y objetiva.

⁵¹⁹ Nótese que para que estemos en presencia de una indivisibilidad convencional debe tratarse de una obligación que sea divisible ante la definición de lo que es obligación divisible (incluyendo el fin de la obligación); en esa situación la voluntad de los contratantes introduce novedad; porque si frente a la definición que en general se tiene de obligación indivisible ella es indivisible, entonces la voluntad ningún cambio ha introducido y la obligación es naturalmente, no convencionalmente, indivisible.

⁵²⁰ Por otra parte, esta denominada indivisibilidad convencional provoca la impropiedad de que mientras la objetiva (derivada del examen de la prestación) puede resultar excluida por no cumplirse exactamente todas las exigencias demostrativas de la imposibilidad de fragmentar la prestación, en cambio, prescindéndose de todo requisito y siendo la prestación evidente y fácilmente fraccionable, se llega a la misma situación, al mismo estatuto, por el simple acuerdo de los contratantes.

⁵²¹ Además, en un caso concreto pueden llegar a identificarse la indivisibilidad convenida tácitamente con la no convenida, pero determinada por su fin.

⁵²² Para la influencia del sinalagma en esta tarea de determinar si se convino o no la indivisibilidad, v. Bercovitz, Rodrigo. Ob. cit., pp. 549 y sgts.

En este mismo sentido, tampoco debería considerarse la imposición de la ley cuando, en presencia de una prestación objetiva y claramente divisible, impulsada por diversas circunstancias, disponga que la obligación sea indivisible. Por su carácter obligatorio habrá que obedecer el precepto, pero si se está de acuerdo en que la rectora de la clasificación es la prestación (incluido el fin), el texto legal no debería conducir a la alteración del concepto.⁵²³

Algo de esto ocurre en la denominada indivisibilidad de pago (que se verá pronto), en la cual, si bien no se establece la obligación íntegramente como indivisible, se establece la indivisibilidad de su pago, que es bastante.

En suma, un auténtico (y, en todo caso, inicial) concepto de obligación indivisible (y de su antónimo) debería estar referido exclusivamente a la naturaleza de la prestación (a lo que suele llamarse indivisibilidad natural). Pero en la doctrina y aun en textos legales se le ha ido matizando con la consideración de aquellos otros factores. Una inmediata consecuencia que se deriva de esta actitud es que uniendo a la naturaleza de la prestación esos otros factores, aumenta el número de obligaciones merecedoras del calificativo de indivisibles (disminuyendo correlativamente las divisibles).

Esta es la ocasión de destacar un fallo nacional que para determinar el concepto de obligación indivisible claramente se mantiene ceñido a la naturaleza de la prestación, prescindiendo de la voluntad de las partes y aun de la ley.⁵²⁴

Estos antecedentes han provocado una amplia dispersión de proposiciones, muchas de las cuales pasan a integrar debates, al formular el concepto de obligación indivisible y, eventualmente, al distinguir categorías. Resumiéndolos: cuáles caracteres y elementos de la prestación deben ser considerados; y si deben considerarse o no

el fin de la obligación, la voluntad de las partes y la decisión de la ley en cuanto ella impone situaciones de indivisibilidad.⁵²⁵

Por otra parte, determinada la calificación por la prestación, también habría de prescindirse del número de sujetos vinculados. Sin embargo, en general y particularmente ante los textos del Código chileno, el estatuto dispuesto para las obligaciones indivisibles es aplicable sólo cuando, además de la indivisibilidad de la prestación, existe pluralidad de sujetos, activos o pasivos o de ambas categorías.

Si en la obligación hay unidad de sujetos (un acreedor y un deudor), aunque la prestación sea divisible, cobra aplicación el art. 1591 del CC, por el cual el acreedor no está obligado a recibir el pago por partes. Por lo mismo, si luego surge la pluralidad (por ejemplo, muere el deudor y quedan varios herederos), entonces viene a tener importancia la calificación de la prestación; si es divisible, la obligación pasa a ser simplemente conjunta o mancomunada; si es indivisible, la obligación es indivisible.

Aquí ya se advierte que justamente por la presencia del requisito de la pluralidad de sujetos la indivisibilidad, como estatuto legal aplicable, puede aparecer originaria o derivativamente. Con el permanente supuesto de prestación indivisible, si al contraerse la obligación hay pluralidad en alguno de los extremos del vínculo o en ambos, la obligación es originariamente indivisible; si nace con unidad de sujetos y más tarde surge la pluralidad (por ejemplo, muere el deudor y quedan varios herederos), la obligación es derivativamente indivisible.

Como la diferencia más perceptible con la solidaridad radica en la transmisibilidad (en cuanto la indivisible continúa aunque muera el deudor o el acreedor dejando varios herederos y en cambio la solidaridad no se multiplica en ellos) y en la soli-

⁵²³ Más allá de este punto se llega a un tema que puede denominarse el de la influencia simultánea de las distintas fuentes del derecho en la formación de los conceptos e instituciones. Con un planteamiento apoyado en esa sede podría sostenerse que si las situaciones de imposición legal aumentan, el concepto debería readecuarse.

⁵²⁴ *RDJ*, T. 83, secc. 2ª, p. 28. Tratándose de una obligación de pagar una suma de dinero, resolvió que (no obstante el pacto) no es ni puede ser indivisible, ni para el deudor principal ni para el fiador; porque recae sobre un objeto, típicamente divisible.

El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) mantiene la posibilidad de que la obligación sea indivisible por convenio o por ley (art. 786).

⁵²⁵ Un simple ejercicio deja de manifiesto la proyección de estas diferencias en la práctica. Piénsese, por ej., en una prestación que consiste en entregar un automóvil. En una posición objetiva, es indivisible (aunque si se considera el valor, pudiere en cierto caso demostrarse que por partes el valor no disminuye y en ocasiones incluso aumenta). Si se agrega la consideración del fin, excepcionalmente podría ser divisible: si el adquirente lo adquiere para obtener piezas de repuesto en su desarmadura. Si se debe un diamante, en posición objetiva fijada en el valor, es indivisible (un diamante vale mucho más de lo que valen, sumadas, las partes en que se divida); en posición objetiva fijada en la homogeneidad, es divisible; considerando el fin, se mantiene: normalmente, cada vez que se venda como joya, será indivisible, pero en cierto contrato podría ser divisible (como cuando el adquirente lo adquiere para efectuar pruebas físico-químicas del material).

daridad puede alterarse por pacto expreso (así acontece a diario en la negociación bancaria), la indivisibilidad ha venido perdiendo aplicación práctica, manteniendo sí aplicación la denominada indivisibilidad de pago (que se verá más adelante).⁵²⁶

Teniendo presente los comentarios anteriores, la definición del art. 1524 es insatisfactoria, porque:

a) Se refiere a las prestaciones que consisten en "cosas", en circunstancias que también pueden consistir en hechos o abstenciones. Para disminuir la trascendencia del defecto, entendamos que con cosa se quiere significar "prestación".

b) Como todas las cosas materiales son susceptibles de división física y, en general, todas las cosas son susceptibles de división intelectual, con la definición del art. 1524 no habría obligaciones indivisibles.⁵²⁷

Desde los tiempos de los primeros destacados comentaristas de la indivisibilidad se ha considerado a la divisibilidad intelectual. Pero asimismo ya Pothier, acogiendo la dirección de Dumoulin, confería escasa actuación a este tipo de divisibilidad; aunque exista, es presumible que generalmente las partes no quieran emplearla

⁵²⁶ Incluso códigos del siglo XX, como el federal suizo de las obligaciones han impuesto en la solidaridad la característica de multiplicarse en los herederos del deudor, con lo que desaparece la diferencia. V. también los arts. 431 del CC alemán y 1317 del CC italiano y la ley 492 de la Compilación navarra. En términos generales, tal como proceden el CC italiano, los nuevos códigos boliviano, peruano y paraguayo, luego de escasas normas especiales, expresamente aplican a las indivisibles las reglas de las obligaciones solidarias.

Entre nosotros ya el profesor Alessandri propiciaba la reforma del Código chileno que estableciera la unificación de ambas categorías, siguiendo el precedente suizo (Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 239).

⁵²⁷ Con razón (y prudencia casi excesiva) se ha dicho que "el concepto de división intelectual introduce confusión en el sistema". El autor agrega que en los códigos es casi general la eliminación de la divisibilidad intelectual, que además del francés conservan muy pocos códigos (Borda, Guillermo. Ob. cit. *Obligaciones*. T. I, N° 539, p. 450). Complementamos esa afirmación precisando que el CC portugués y los nuevos códigos boliviano, peruano y paraguayo omiten toda referencia a la divisibilidad intelectual. V. también el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) (arts. 778 y sgts.).

Entre nosotros, don Luis Claro Solar comenta con conformidad la aplicación de la divisibilidad intelectual, pero sin provocar plena convicción (Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N°s 524 y sgts., pp. 472 y sgts.).

Se ha propuesto que la noción de divisibilidad física se aplica a las cosas corporales y la de divisibilidad intelectual a las incorporeales (o derechos); pero pronto veremos que aun así surge objeción.

para determinar la divisibilidad de la obligación respectiva.⁵²⁸ Pero, además, debe advertirse que si bien ante la noción intelectual de la divisibilidad todas las cosas son divisibles, de lo que se trata es de la divisibilidad no de las cosas, sino de la prestación y, más aún, de la obligación. Así, si bien un caballo es intelectualmente divisible, la obligación de dar un caballo por partes intelectuales (un tercio) requiere de una nueva reflexión. Y aquí destacamos una opinión que, aduciendo un argumento que estimamos muy poderoso, desvirtúa la divisibilidad intelectual o, al menos, la deja prácticamente inaplicable a las obligaciones: las partes ideales (cuotas) en que se puede dividir un derecho no son ni cualitativamente iguales ni cuantitativamente proporcionales a ese derecho, por lo que normalmente tampoco conservan el valor de cambio del mismo. Los poderes que concede una cuota de un derecho a su titular son cualitativamente diferentes a los que confiere la titularidad única, exclusiva del respectivo derecho.⁵²⁹⁻⁵³⁰ Y podemos añadir: particularmente entre nosotros, en donde las normas sobre la comunidad (en su concepción romana) disponen el denominado derecho a veto, por el cual cualquier comunero (por exigua que sea su cuota) puede obstruir, paralizar, las actividades (jurídicas y físicas) sobre la cosa común.⁵³¹⁻⁵³²

⁵²⁸ V. Bercovitz, Rodrigo. Ob. cit., p. 546; Cristóbal Montes, Angel. *Las obligaciones indivisibles*. Edit. Tecnos, Madrid, 1991, p. 67.

⁵²⁹ Cicala. Ob. cit., p. 644. V. también Bercovitz, Rodrigo. Ob. cit., p. 546.

⁵³⁰ Estimamos que este planteamiento cobra aún más fuerza, si es posible, recordando que, como aquí ya se ha expuesto, el fin (la utilidad, etc.) perseguido con la obligación es considerado para la calificación.

⁵³¹ Además, debe tenerse en cuenta otra limitante. Aunque se admitiera la divisibilidad aplicando la noción intelectual, esa divisibilidad sólo sería aplicable a la obligación de dar (transferir el dominio o constituir otro derecho real), pero sería inadmisibles a la de entrega física; no es posible concebir una entrega (física) por cuotas (intelectuales) (en todo caso, entre nosotros esa entrega está dispuesta expresamente como una indivisibilidad de pago, como se verá pronto). Y como ambas, transferencia del dominio y entrega física, están íntimamente conectadas (entre nosotros la segunda se entiende contenida en la primera), la doctrina entiende que esa situación nos remite a la calificación de las "obligaciones complejas", en las cuales la indivisibilidad de una de las prestaciones conectadas provoca la indivisibilidad de todas (v. Bercovitz, Rodrigo. Ob. cit., p. 547). Además, bien se ha advertido que no debe confundirse la posibilidad de que por diversas circunstancias se configure la cotitularidad de un derecho con la posibilidad de su transmisión (transferencia) por cuotas. La circunstancia de que cierto derecho real pueda corresponder por cuotas intelectuales a varios sujetos no tiene por qué determinar que el derecho pueda transferirse en fracciones intelectuales (v. Cristóbal Montes, Angel. *Las obligaciones*, cit., p. 72).

⁵³² Con todo, una sentencia ha declarado que la cuota en una cosa incorporal, cual es el derecho real de dominio indiviso sobre inmuebles, es, por su pro-

Recogiendo los elementos expuestos, pueden construirse varios conceptos de obligación indivisible (en cada ocasión se deduce el antónimo).

a) Uno inicial y estricto, fiel al factor básico que ha motivado la distinción, y que sintéticamente ya se expuso al comienzo. Obligación indivisible es aquella cuya prestación es indivisible.

b) En términos más analíticos: obligación indivisible es aquella cuya prestación no puede efectuarse por partes, porque se alteraría su naturaleza en su estructura física (homogeneidad), función o valor.

c) Todavía a este último podría añadirse el elemento del fin de la obligación: obligación indivisible es aquella cuya prestación no puede efectuarse por partes, porque se alteraría su naturaleza en su estructura física (homogeneidad), función o valor, o el fin perseguido con ella.

d) Un concepto más complaciente, que abandona la exclusividad de la prestación como factor definitorio. En estos términos obligación indivisible es aquella cuya prestación no puede efectuarse por partes, porque se alteraría su naturaleza en su estructura física (homogeneidad), función o valor, o el fin perseguido con ella, o porque así lo disponen la convención o la ley.

e) Y un último concepto se forma al incorporar el elemento de los sujetos, que puede agregarse a cualquiera de los anteriores. Aplicado al último de los puramente objetivos (letra c)-, resulta que obligación indivisible es aquella cuya prestación no puede efectuarse por partes, porque se alteraría su naturaleza en su estructura física (homogeneidad), función o valor, o el fin perseguido con ella, existiendo pluralidad de acreedores o de deudores o de ambos.

Examinadas las disposiciones del Título X, este concepto no encuentra obstáculo legal para ser admitido (más aún, el ejemplo de construir una casa, que agrega el art. 1524, se acomoda más a este concepto que al que declara ese texto).

La naturaleza, una cosa divisible, y así como en sí misma es el resultado de una división intelectual de aquel derecho, admite a su vez una subdivisión de igual carácter en cuotas proporcionales y a prorrata del derecho que a cada uno de los comuneros quepa en el condominio de los bienes raíces (RDJ, T. 49, secc. 1ª, p. 165). Ante una afirmación como esa debe insistirse en algo ya advertido: es distinto calificar una cosa que calificar una obligación referida a esa cosa (sobre todo si convenimos en que para calificar la divisibilidad de una obligación debemos considerar su finalidad). Es distinto que una cosa pueda dividirse intelectualmente en cuotas y aun que una cuota pueda a su vez dividirse en cuotas, a que la obligación de dar una cosa o una cuota sea divisible como para ejecutarla por cuotas.

II - APLICACIÓN

Para tener una percepción de la frecuencia con que pueden presentarse las obligaciones indivisibles en la realidad, es útil confrontar el concepto (el que se ofreció finalmente) con la distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Las de dar son divisibles cuando la prestación consiste en una determinada cantidad de cosas fungibles, ya que la pluralidad y sustituibilidad de las cosas permite el cumplimiento parcial; también cuando consiste en una cosa determinada, pero que por su naturaleza puede dividirse sin alteración de los factores antes mencionados (estructura, función, valor) (como la de tres obligados a dar tres litros de agua; salvo por la consideración del fin).⁵³³

La de entregar es divisible o indivisible según lo sea la cosa que ha de entregarse.⁵³⁴

Las de hacer son divisibles o indivisibles según lo sea el hecho debido. Cuando la prestación consiste sólo en la actividad generalmente son divisibles (así acontece en las prestaciones de servicios, como en el contrato de trabajo);⁵³⁵ pero cuando junto a la activi-

⁵³³ Se está prescindiendo, como puede verse, de la divisibilidad intelectual. Véase respecto Cristóbal Montes, Angel: "Las obligaciones indivisibles de dar", en *Anuario de Derecho Civil*, T. 45, Madrid, 1992, pp. 1355 y sgts. En armonía con lo anteriormente expuesto (en el cuerpo) acerca de la divisibilidad intelectual, destaca que si bien un derecho real pueda ser objeto de cotitularidad (mediante el dominio cuotativo), con lo cual aparece como intelectualmente dividido, esta circunstancia no trae necesariamente la consecuencia de que la obligación de transferirlo sea divisible. Estáticamente puede estar en cotitularidad (estado al que se llega por diversos conductos), pero distinto es la obligación de transferirlo, la cual será divisible o indivisible dependiendo de la cosa sobre la que recae; de la divisibilidad (física) de la cosa (según si -como se dijo en el cuerpo- las partes mantienen la misma estructura, la función y el valor, proporcional del todo).

⁵³⁴ Respecto de esta obligación, el citado Cristóbal Montes aplica razonamiento semejante al resumido en la nota anterior.

Como se verá luego, si se trata de una especie o cuerpo cierto, la obligación de entregarlo en el Código chileno está establecida como una situación de indivisibilidad de pago.

⁵³⁵ Un fallo resolvió que la obligación contraída por varios abogados de defender a un cliente es indivisible (y en consecuencia -se derivó- el cumplimiento de esa obligación por cualquiera de ellos la extinguió respecto de todos, de modo que el mandante debe pagar al actor la parte que a él corresponde en la remuneración estipulada). Tiene un voto disidente, el cual estima que la obligación es divisible; además de deducirlo del examen de la naturaleza de la prestación, su autor encuentra apoyo en el art. 2127 del Código Civil, que la concibe como divisible (RDJ, T. 50, secc. 1ª, p. 231).

dad se integra el resultado, la obra, generalmente son indivisibles (como en la obligación de construir una casa), pero también podrían ser divisibles (como la de arar cierta extensión de terreno salvo por la consideración del fin).⁵³⁶

Las de no hacer presentan un carácter fácil de discutir. Se ha sostenido que son indivisibles; se entiende que todo acto positivo que está prohibido debido a la obligación, no implica un cumplimiento parcial de la obligación, sino un incumplimiento; que en las obligaciones positivas el cumplimiento no íntegro puede representar una parte del cumplimiento, pero en las negativas no; cuando una acción que debió omitirse se realiza, no se ha fraccionado el cumplimiento, sino que se efectúa algo frontalmente contrario, incompatible con él.⁵³⁷ En contra se propone que es divisible, porque la infracción puede cometerse por partes, ejecutándose una parte del hecho que debía evitarse, produciéndose un incumplimiento (cumplimiento) parcial (para ilustrar ambas posturas piénsese en el difundido ejemplo de no roturar cierta superficie de terreno).⁵³⁸ En todo caso, ante esta última alternativa debe dejarse a salvo aquellas abstenciones monolíticas, de infracción instantánea (por ej. no comprar un boleto del próximo sorteo), en las que no hay ninguna posibilidad de incumplimiento parcial.⁵³⁹

Más aún, se ha llegado a sostener que la distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles es simplemente inaplicable a las de no hacer, "por la simplísima razón de que en las obligaciones de no hacer el acreedor nada puede exigir y el deudor nada está obligado a hacer".⁵⁴⁰

⁵³⁶ Ver ejemplos, en *RDJ*, T. 42, p. 251; T. 50, p. 231. V. también *G.T.* de 1974, 2º sem., N° 507, p. 1384 (con voto disidente), y *RDJ*, T. 46, p. 665, según las cuales la obligación de saneamiento es indivisible.

Se ha llegado a discutir la calificación de la obligación de construir una casa, ejemplo clásico de obligación indivisible (Cristóbal Montes, Angel, *las obligaciones indivisibles de dar*, cit., pp. 91 y sgts., quien también comenta especialmente la de celebrar determinado contrato).

⁵³⁷ Así, por ej., Hernández Gil, Antonio. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 166.

⁵³⁸ Autores pueden verse en Giorgi, que será pronto citado.

⁵³⁹ Pero en cuanto a la infracción, recuérdese que si puede deshacerse lo hecho, pasa a tratarse de una obligación de hacer; si no, debe indemnizarse, y la de indemnizar es divisible.

⁵⁴⁰ Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 248, p. 222. Más adelante vuelve sobre el tema, dedicándole todo un párrafo (el 5). Aquí agrega que cuando los autores mencionan ejemplos de obligaciones de no hacer (como aquel, muy aludido, de no roturar cincuenta hectáreas de terreno), siempre los citan pensando en un

- CLASES

Al igual que en la solidaridad, atendiendo a la posición en que está la pluralidad de sujetos, se distingue entre indivisibilidad activa, pasiva y mixta.

Atendiendo al tiempo en que se configura la indivisibilidad en relación con la exigencia de pluralidad de sujetos, se distingue entre indivisibilidad originaria y derivativa. En la primera, desde que nace la obligación existe pluralidad de sujetos (de acreedores, de deudores o de ambos). En la segunda, siendo la obligación de sujetos únicos, posteriormente muere uno dejando dos o más herederos (siempre, por cierto, con prestación indivisible).

Considerando la naturaleza del objeto, se ha clasificado (desde Dumoulin) en: absoluta, relativa y de pago.⁵⁴¹

Se ha llamado *indivisibilidad absoluta* (necesaria, natural) a aquella en que la prestación es tanto física como intelectualmente indivisible. Ya se dijo que todas las cosas son divisibles, al menos intelectualmente. Pero esta categoría se refiere no a cosa, sino a "prestación" indivisible. Aun así, puede insistirse en que las prestaciones también son todas divisibles, al menos intelectualmente. Pero

dad de sujetos, en circunstancias de que deben construirse sobre la base de pluralidad de acreedores o deudores, y en tales condiciones puede verse —advierter— la imposibilidad de que funcione esta distinción de obligaciones. En ellas el carácter indivisible no se manifiesta —dice—, porque ¿qué pueden pedir los acreedores al deudor, y los deudores qué pueden hacer en beneficio del acreedor? Nada (quiere con esto demostrar que no es posible imaginar el dilema de dividir o no dividir la prestación, pues consiste en abstenerse; consiste en la nada). Sólo cuando la obligación haya sido violada con el roturamiento, nace una obligación de indemnizar y el derecho correlativo de pedir la indemnización, pero entonces la obligación se ha transformado. Añade que la indivisibilidad no recibe más que una aplicación indirecta y secundaria en las obligaciones de no hacer, reducida a determinar cuándo un acreedor puede remitir por sí solo un crédito, y los efectos de una cláusula penal (N°s 285 y sgts., pp. 265 y sgts.). La argumentación parece bastante convincente.

⁵⁴¹ Advertimos que la nomenclatura que sigue es la tradicional, con las bases de sus primeros (e ilustres) aportantes (y que se relata para una información más completa), por lo que la falta de exacta congruencia con los conceptos que antes fueron expuestos no debe desconcertar si se tiene en cuenta que ellos constituyen el resultado de las enmiendas provenientes de aportes más recientes (más nuevas reflexiones).

se ha dado un ejemplo en el que la prestación sería indivisible ante cualquier criterio: la de constituir una servidumbre (y no ha podido mencionarse otro).⁵⁴² Este verdadero hallazgo (y que siendo ejemplo único viene a identificarse con la categoría) parece deberse a que en él confluyen dos circunstancias: es difícil concebir que una servidumbre pueda constituirse por partes y, por norma de la más dilatada permanencia (y con razón), la servidumbre es indivisible no obstante la división de los predios.⁵⁴³

Llámase *indivisibilidad relativa* (de obligación) a aquella en que la prestación es divisible (física o intelectualmente), pero se considera indivisible atendido el fin de la obligación.⁵⁴⁴ El ejemplo habitualmente citado es el de construir una casa.

Llámase *indivisibilidad de pago* a aquella en la cual la ley (como suele manifestarse, interpretando la voluntad de los contratantes o para lograr mejor el objetivo de la prestación), o aun la convención, establecen que el cumplimiento no puede efectuarse por partes (se tratará más adelante, examinando las situaciones que dispone el texto nacional).

Hay quienes estiman que frente a esta última clasificación el Código chileno adoptó la actitud de reformularla distinguiendo dos clases: la natural y la de pago; y en la primera incluiría a la absoluta y a la relativa (así lo indicarían los ejemplos del art. 1524, que se mencionan juntos para una sola noción de indivisibilidad,

⁵⁴² V. en igual sentido Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 246, p. 154.

A este respecto, ante opiniones de que habría servidumbres divisibles al poder ejercerse por partes, Giorgi relata la polémica y resume el planteamiento que prefiere, y que compartimos: "una cosa es que el ejercicio de una servidumbre pueda dividirse y otra que se pueda dividir también intelectualmente el derecho mismo. Así, los más pequeños actos de ejercicio de un derecho de tomar aguas, de pasar por una finca, de recibir luces, manifiestan la existencia, no ya de una parte del derecho de servidumbre, sino de un derecho de servidumbre, tan pleno y perfecto como el que podría resultar de actos de ejercicio más extensos y frecuentes" (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 250, p. 225).

⁵⁴³ Cuando se intenta traspasar la situación a otros derechos reales efectivamente se encuentra con que es más fácil concebir la parcialidad. Por ej., si se le obliga a constituir un usufructo o un uso sobre un predio, es más concebible que el acreedor pueda recibir y ejercer el derecho limitado a un tercio.

⁵⁴⁴ Entre nosotros, el profesor Alessandri, por ej., mantuvo estas expresiones cuando manifestaba "la indivisibilidad de obligación es la que recae sobre una cosa que por naturaleza es divisible, pero que pasa a ser indivisible en consideración al contrato de que la cosa es objeto" (Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 243).

en circunstancias de que en la división tripartita pertenecen a categorías distintas).⁵⁴⁵

- CARACTERÍSTICAS

Con base en los textos, la doctrina nacional⁵⁴⁶ le asigna las siguientes:

a) Cada acreedor o deudor lo es solamente de su cuota (arts. 1530 y 1532); la exigencia del total es debido a la naturaleza indivisible de la prestación.

b) Hay unidad de prestación y pluralidad de vínculos, como en la solidaridad. En cuanto desaparece el impedimento de una prestación indivisible, cada sujeto se vincula directa y exclusivamente con cada sujeto de la contraparte (art. 1533). Esta característica está relacionada estrechamente con la anterior (en la doctrina es infrecuente una declaración sobre ella).

c) Existe independencia entre los sujetos de una misma parte; esta circunstancia se expresa para acentuar una negación: no existe entre ellos un mandato tácito y recíproco (lo confirman también los arts. 1530 y 1532).

- EFECTOS

Antes de examinar los efectos específicos conviene destacar un rasgo que la obligación indivisible adopta en algunas latitudes (conformado por textos legales y comentarios doctrinales, incluso enriquecido con un antecedente histórico), que lo separa de la obligación solidaria en la base, inmediatamente por sobre la naturaleza de la prestación. Se le concibe con un carácter esencialmente colectivo y, por lo mismo, centrada más bien en los sujetos que en el

⁵⁴⁵ Así, por ej., Stitckin, David. Ob. cit., N° 446, p. 362. Como otra explicación de esta circunstancia de darse los dos ejemplos para ilustrar una sola noción, se ha propuesto que, admitiendo las dos categorías, el redactor ha querido mostrar que no se justifica insistir en la distinción, sometiéndolas a unas mismas reglas (teniendo la de pago sus reglas propias) (en este sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 247-8, p. 155. Se agrega aún que (según Pothier) hay entre las dos categorías -absoluta y relativa- una diferencia: la absoluta es irrenunciable y la relativa puede renunciarse. Esa irrenunciabilidad de la absoluta la entendemos más bien como una "imposibilidad" de renunciarse debido a que no se puede alterar la realidad).

⁵⁴⁶ V., por ej., Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 250, p. 156.

patrimonio. La indivisibilidad deriva de la naturaleza de la prestación y, establecida debido a la prestación, ella queda sometida a un "comportamiento colectivo", de modo que, como cada acreedor no es dueño del crédito ni cada deudor es obligado al total de la prestación, a diferencia de la solidaridad, es el *conjunto* de acreedores el que puede exigir el total y el *conjunto* de deudores el que debe efectuar la prestación; todos deben actuar; todos deben adoptar el comportamiento que implica la prestación.⁵⁴⁷

La doctrina nacional más difundida no ha formulado consideraciones al respecto. Sí expresan que cada acreedor es dueño solamente de su parte o cuota en el crédito y cada deudor debe solamente su cuota en la deuda y si puede demandarse el total es debido a la indivisibilidad de la prestación⁵⁴⁸ (pero no retroceden a la base, para referirse a aquella actitud). Examinadas nuestras disposiciones, podemos concluir que el Código chileno parte eliminando la necesidad del comportamiento colectivo; el art. 1527 es categórico y su dirección se mantiene en el precepto siguiente. Pero

⁵⁴⁷ V., por ejemplo, Hernández Gil, Antonio. *Obligaciones*, cit., p. 167, con referencia al Código español. V., también, Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. III, p. 168, con cita de otros en el mismo sentido y de una opinión discrepante, que entiende de otro modo los textos del Código español.

Por cierto, en estos términos la indivisibilidad resulta poco práctica.

Luego de algunas indagaciones, la conclusión es que, al parecer por no haberse consignado —al menos claramente— en otros códigos, por muchos otros autores la idea simplemente se está ignorando.

Sin extenderse mayormente (aunque con cita de textos romanos y romanistas) al tratar los efectos de la indivisibilidad Giorgi contrasta el derecho actual con el de dos épocas romanas, y manifiesta que en el derecho romano clásico el acreedor debía dirigirse contra todos los deudores, pero que, debido a las gravísimas dificultades que se producían, ese carácter fue declinando hasta desaparecer en tiempos de Justiniano, en que se procedía como hoy (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, p. 238).

En relación con este antecedente histórico, en la recién citada obra de Castán se relata que mientras el CC francés y el Proyecto de García Goyena siguieron a la última época del derecho romano, el CC español optó por el sistema romano clásico.

Otro autor hace referencia a una indivisibilidad "impropia" o "irregular" para casos en que deben necesariamente ser demandados dos o más sujetos (configurándose un denominado *litis-consorcio necesario*) (cita el ejemplo de tres promitentes vendedores de un inmueble, que deben ser demandados todos para ser condenados a otorgar la escritura definitiva). En ellas —agrega— si un deudor es demandado, puede optar entre pedir el rechazo de la demanda en esos términos o integrar a la lista a sus codeudores para ventilar definitivamente la controversia; y el pago debe hacerse por todos los deudores (Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit. *Obligaciones*, p. 295). Messineo llama impropia a la derivativa (Messineo, Francesco. Ob. cit. T. IV, p. 419).

⁵⁴⁸ V., por ej., Stitckin, David. Ob. cit., N° 456, p. 369 y N° 460, p. 371.

el art. 1532 ya la acoge en parte cuando dispone que *ningún acreedor puede actuar solo* para remitir la deuda o recibir el precio de la cosa debida (quiere decir, aceptar un cumplimiento por equivalencia). También en algún grado el art. 1530. Y en el mismo sentido, para una situación más concreta, el art. 1534. En síntesis, puede concluirse que si bien en un punto fundamental está descartada, la noción de comportamiento colectivo no nos es ajena.⁵⁴⁹

A) Indivisibilidad activa

No existiendo (al menos en nuestro derecho) situaciones de indivisibilidad de pago activa, la indivisibilidad activa se reduce a los casos —poco frecuentes— de indivisibilidad relativa.

Los principales efectos son:

1) Exigencia del cumplimiento

Cada uno de los acreedores puede exigir el total de la prestación (art. 1527 parte final).⁵⁵⁰ Pero si es así en el pago (en lo que se procede como en la solidaridad), tal como ya se advirtió, hay norma expresa distinta para la remisión y la aceptación del precio (art. 1532); y se estima que lo mismo ocurre, en general, con los demás modos de extinguir; siendo cada uno dueño sólo de su cuota en el crédito, las actuaciones de un acreedor no afectan a los otros.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ Y esta conclusión no debe ser tan sorprendente, porque (como se dijo) si bien en general el CC francés (y el Proyecto de García Goyena) siguió al derecho justinianeo (que había abolido la necesidad del comportamiento colectivo), en lugar del romano clásico, Pothier, inspirador del CC francés y del nuestro, todavía contemplaba algunas situaciones en que justificaba tal comportamiento (v., al respecto, Bercovitz, Rodrigo. Ob. cit., p. 513. Por otra parte, este autor nos recuerda —en p. 516— que en ese tiempo el régimen de las obligaciones indivisibles no era unitario, asignándose a algunas situaciones un trato semejante al de las solidarias, a otras unas reglas en que uno respondía por todos y a otras un régimen de actuación colectiva). Más aún, en nota a los mencionados arts. 1532 y 1534, el señor Bello cita a Pothier; en el primero junto al CC francés y en el último solo. Y cuando relata la historia de las reglas del CC español que contienen ese comportamiento colectivo, aparte de una referencia al derecho germánico, el citado Bercovitz advierte que entre las concordancias del Anteproyecto se encuentra una referencia al CC chileno.

⁵⁵⁰ La norma implica una verdadera contradicción con el postulado de que cada uno es sólo dueño de su cuota; se explica por la indivisibilidad de la prestación. Pero entonces la noción de comportamiento colectivo aparece como más coherente; sólo que de complicada práctica.

⁵⁵¹ Así, por ej. Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 431, p. 355. Este autor añade que es así porque en la indivisibilidad el acreedor "no tiene derecho a disponer del crédito". Y la aplicación a otros modos de extinguir la ejemplifica con la novación, la dación en pago, etc.

2) Pago a uno de los acreedores

Establecido que cualquier acreedor puede exigir el pago total; se impone aplicar la consecuencia de que pagándose a uno queda extinguida la deuda respecto de todos.⁵⁵²

Posteriormente los acreedores habrán de ajustar cuentas en los términos que corresponda; a prorrata de su interés, el que ha de presumirse igual (nada dispone la ley al respecto, pero es lo que parece razonable; y ya se ha procedido así en la solidaridad activa).⁵⁵³

3) Transmisibilidad

La indivisibilidad se transmite a los herederos del acreedor; habiendo varios herederos, los acreedores entonces aumentan (art. 1528). Es asimismo consecuencia de que la prestación es indivisible.

4) Prescripción

Este acápite se justifica por la interrupción y la suspensión.

No hay norma sobre la extensión a los otros de los efectos de la interrupción efectuada por uno de los acreedores. Estimamos que se extiende.⁵⁵⁴

Tampoco hay norma para la suspensión; por ser un beneficio concedido por la ley a quienes se encuentran en ciertas circunstancias personales, estimamos que sólo alcanza al acreedor que se encuentra en una de ellas.⁵⁵⁵⁻⁵⁵⁶

⁵⁵² Si todos los acreedores exigen la prestación conjuntamente (configurándose lo que se denomina litis-consorcio facultativo), el deudor tendría que pagar (o consignar) a todos, al conjunto. Para pagar, el deudor puede elegir a cualquiera de los acreedores, pero no hay forma de elegir que no sea pagando, de modo que la mera declaración de que pagará a uno no afecta el derecho de los otros a cobrar, si ya fue demandado por uno, cesa su derecho de elegir (aplicándose el llamado principio de prevención) (v. al respecto, Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., N° 828, pp. 295-6; Borda, Guillermo. Ob. cit. Obligaciones, T. I, N° 564, p. 462).

⁵⁵³ Así también Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 256, p. 158; Fueyo, Fernando. *Derecho Civil*, cit. Obligaciones, cit. N° 185, p. 206.

⁵⁵⁴ En el mismo sentido, Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 355; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 255, p. 158.

⁵⁵⁵ En el mismo sentido, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 255, p. 158.

Así, solucionado el punto de la suspensión, podría presentarse más tarde una controversia sobre la obligación de compartir, entre el acreedor que disfrutando de la suspensión logró el pago, y los demás cuya acción ya estaba presente. Es dudoso, pero parece más seguro para la equidad mantener el deber de compartir, a prorrata del interés.

⁵⁵⁶ El art. 886, tratando de la extinción de la servidumbre mediante la prescripción, dispone que si el predio dominante pertenece a varios, el goce de uno

B) Indivisibilidad pasiva

1) Exigencia del cumplimiento

Cada deudor es obligado al pago total (art. 1527).⁵⁵⁷ Pero aquí, a diferencia de la solidaridad, al ser demandado uno, puede intentar acogerse al beneficio de un plazo para cumplir la prestación entre todos los deudores (art. 1530).

El texto sugiere al menos las siguientes observaciones:

— La regla se vincula con la característica del comportamiento colectivo, antes referida, y demuestra las afirmaciones de que cada uno sólo debe su cuota y no hay mandato tácito y recíproco.

— Para conferir el plazo al deudor demandado la norma distingue, en base a la naturaleza de la obligación, si él puede o no cumplirla "solo". Ciertamente el término no se refiere a que él sea el único (sólo él), porque en tal comprensión justamente no se justificaría pedir plazo para entenderse con los otros;⁵⁵⁸ se refiere a que él sea autosuficiente para cumplir. El punto se relaciona indisolublemente con el comentario siguiente.

— No es del todo claro el significado del supuesto para negar el plazo: que el solo "pueda" cumplirla. No queda claro el sentido de la expresión respecto del poderío del deudor demandado; nos parece claro que se incluye su poderío como aptitud (idoneidad), pero parece dudoso si incluye también a su poderío económico para cumplir.⁵⁵⁹

— Con estos antecedentes el juez deberá enfrentar el punto del peso de la prueba. Si el acreedor demanda a un deudor, éste pide

interrumpe respecto de todos, y si contra uno no puede correr, no corre contra ninguno. Como habitualmente acontece, la circunstancia de tratarse de una solución expresa para una materia particular, permite construir argumento tanto en favor como en contra de su aplicación general. Acudiendo a la analogía, podría sostenerse su extensión. En contra, podría proponerse que si así se dijo allí, es porque no hay voluntad legal de disponer esa como solución general. En todo caso, nótese que la norma se está refiriendo a una relación jurídica de naturaleza real.

⁵⁵⁷ Nuevamente hay que observar la contradicción con el postulado de que cada deudor sólo debe su cuota, con su explicación y alcance, expuestos al tratar el primer efecto de la indivisibilidad activa.

⁵⁵⁸ Además, si así fuere, llevaría acento gráfico.

⁵⁵⁹ Como constante, la dificultad económica no aparece en el Código como una circunstancia liberatoria o atenuante (aunque pudiera ser éste un caso aislado) y sin perjuicio de lo que se dirá respecto de la doctrina de la imprevisión, lo que induce a concluir que se estaría refiriendo a la aptitud o idoneidad para ejecutar la prestación.

plazo para entenderse con los demás y el acreedor se opone porque según él el demandado puede cumplir solo la obligación, ¿quién prueba qué?, ¿será el demandante quien ha de probar que el demandado puede solo o será el demandado quien ha de probar que no puede solo?⁵⁶⁰ Al menos como está redactado el precepto, el principio es que puede pedir plazo, a menos que el solo pueda cumplir la obligación,⁵⁶¹ lo que conduce a imponer la demostración al actor.

— En otro sentido, es el juez quien ha de calificar la naturaleza de la obligación en relación con la posibilidad del deudor de cumplir solo, para proceder en consecuencia. Aquí conviene recordar una regla fundamental en materia de plazos civiles: el art. 1494. Conforme a ella, el juez no puede señalar plazo para el cumplimiento de una obligación, salvo los casos especiales que las leyes designen. El art. 1530 que se comenta no expresa que será el juez quien fijará el plazo (con la expresión y claridad con que lo ordena, por ej., el art. 904), pero no puede entenderse de otro modo; si el juez estima que, por la naturaleza de la obligación relacionada con la posibilidad del demandado, procede conferirle plazo, no puede ser sino él quien habrá de fijar su magnitud.⁵⁶²⁻⁵⁶³

⁵⁶⁰ Tal como lo hemos manifestado en otra ocasión, en la práctica en cuanto les es posible ambas partes allegan pruebas al proceso, favorables a sus posiciones, sin detenerse en la circunstancia de que el peso probatorio corresponda al otro; esta observación es especialmente pertinente aquí, en que más que de pruebas se trata de planteamientos (en una mezcla de prueba de hechos y argumentaciones o deducciones) tendientes a convencer al juez acerca de la posibilidad o imposibilidad del deudor de cumplir solo.

⁵⁶¹ Cuando el acreedor se percató de que claramente la prestación es de las que sólo puede ejecutarla el conjunto de deudores (como si varios han prometido enajenar un predio de dominio común), en lugar de demandar a uno, que podría pedir plazo, por cierto le será preferible demandar desde luego al grupo.

⁵⁶² No queda claro el funcionamiento procesal de esta facultad de pedir plazo. Podría estimarse que procede oponerse como excepción dilatoria; es discutible; esta solución tendría que apoyarse en la propia naturaleza del beneficio, porque no encuentra sede en la lista de excepciones dilatorias que contemplan los arts. 303 y 304 del CPC.

⁵⁶³ Se ha planteado que, aunque no lo expresa el texto, siguiendo a los precedentes —el CC francés y el Proyecto de CC español de García Goyena—, el plazo es para instar a los demás deudores a que acudan al juicio iniciado contra uno (Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 258, p. 159). Estimamos que los términos del precepto se separan mucho de esa conclusión como para seguirla.

Giorgi describe la discusión que se ha suscitado en la doctrina acerca de la finalidad de la citación al pleito (debido a los textos con los que trabajan, en esos términos plantean la diligencia), en la que algunos sostienen que es para exten-

— Finalmente, si de distinciones se trata, la del Código es incompleta. Quedan otras alternativas: que la obligación sea de tal naturaleza que sólo puedan cumplirla todos, el conjunto; y que sea de tal naturaleza que sólo pueda cumplirla uno, que no es el demandado.

2) Pago por uno de los deudores

Por cierto, cumplida por uno, se extingue respecto de todos (art. 1531) (hay unidad de prestación).⁵⁶⁴

Luego se ajustarán las *relaciones internas* entre los varios deudores (contribución a la deuda). El Código no lo manifiesta expresamente, pero parece del todo justificado que luego de efectuado el pago se distribuyan el soporte, a prorrata del interés de cada uno en la deuda (que ha de presumirse igual).⁵⁶⁵ El texto contempla la posibilidad de que el que cumplió demande indemnización a los otros si habiendo solicitado plazo para entenderse con los demás finalmente tuvo que cumplir solo (art. 1530 parte final). Este término “indemnizaciones” puede entenderse en un sentido amplio, que incluya tanto la auténtica indemnización como el valor por la parte que correspondía a los demás en la prestación. Es decir, que incluya tanto la indemnización por el perjuicio que pudiese haber sufrido el que pagó al tener que hacerlo solo cuando luego del plazo no logró cooperación, como el valor de la cuota que a los de-

der la condena de pago de todos los deudores, y otros para que se declare el derecho a repetir contra ellos (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 260, p. 238). En nuestro texto el objetivo está expresado; permitir al demandado intentar ponerse de acuerdo para cumplirla entre todos (cfr. Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 554, p. 496). En todo caso, se puede observar un fin inmediato (“entenderse con los demás”) y uno mediato (que se lograría a través del entendimiento: “cumplirla entre todos”). Así, las gestiones del demandado son internas y privadas, sin perjuicio de que, si lo estiman, los demás pueden acudir al litigio en alguna de las posiciones procesales admitidas.

⁵⁶⁴ La doctrina extranjera agrega que cualquiera de los deudores puede adelantarse a pagar, pero la intimación a recibir el pago no impide al acreedor de recibir el efectivo pago de otro deudor, aun mediando “demanda de consignación”, añadiéndose que no hay derecho de prevención a favor de los deudores (v., por ej., Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., N° 832, p. 296). Entre nosotros podemos decir: a menos que se haya consignado.

⁵⁶⁵ Se ha emitido opinión en este mismo sentido, aunque sin expresarse proporción, nominando a la acción como una *in rem verso* (Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 262, p. 160. V. también Giorgi, Jorge. T. I, N° 259, p. 238).

más correspondía en la ejecución de la prestación (decimos “el valor” de la cuota y no “una cuota de una cosa equivalente a la que pagó” —en lo que podría pensarse, como alternativa— porque si la cosa que pagó era indivisible también lo será cualquiera otra que sea equivalente).

Recordando el principio de que en el fondo cada deudor debe sólo su cuota (y no se postula un mandato tácito y recíproco), las actuaciones de uno no afectan a los otros.

3) Transmisibilidad

Falleciendo cualquier deudor, los efectos se transmiten a sus herederos (art. 1528).

4) Prescripción

Interrumpida a uno de los deudores, se interrumpe respecto de todos (art. 1529).⁵⁶⁶

En cuanto a la suspensión no hay problema; es un beneficio al acreedor, de modo que simplemente no hay cómputo (para ningún deudor).⁵⁶⁷⁻⁵⁶⁸

Se ha resuelto que la renuncia a la prescripción de una obligación indivisible manifestada por uno de los herederos de un deudor, no se extiende a los otros.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ Afortunadamente nuestro precepto ofrece al menos la solución básica porque en doctrina (extranjera) se ha discutido bastante la extensión de los efectos del acto interruptivo a los demás deudores, con debates sobre la interpretación de textos romanos.

En todo caso, aun entre nosotros caben algunas discusiones:

a) Si la regla se aplica a toda forma de interrupción o sólo a la procedente de la actuación del acreedor, excluyendo la propagación de efectos producto del reconocimiento de deuda efectuado por uno de los deudores. Admitiendo la duda y aunque en contra se presenta el argumento de la no distinción, estimamos que ese acto del deudor, que en ocasiones puede ser bastante similar a una renuncia, no debe perjudicar a los otros.

b) Si la solución del art. 1529 debe aplicarse o no a la situación de la renuncia efectuada por uno de los deudores a la prescripción cuyo plazo ya estaba cumplido. Aquí nos parece más vigorosa la conclusión de que sólo afecta al renunciante.

⁵⁶⁷ Salvo en la suspensión entre cónyuges. Y en tal situación la solución es dudosa; por el carácter personal del beneficio, aquí especialmente marcado, estimamos que no se suspende respecto de los demás deudores.

⁵⁶⁸ Tanto en la indivisibilidad activa como en la pasiva, en general el carácter masivo de los efectos que producen la suspensión y la interrupción, son discutibles, y de hecho se han discutido (v., por ej., Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit. N° 834, p. 297).

⁵⁶⁹ *RDJ*, T. 96, p. 9.

5) Obligación que consiste en un hecho que debe efectuarse en común

Se rige por el art. 1534. Aun cuando la regla literalmente supone dos codeudores, ciertamente es aplicable también cuando son más. Por otra parte, el deudor demandado tiene el derecho que en general confiere el art. 1530.

Su contenido es coherente con el precepto anterior, en cuanto el hechor o culpable responde de los perjuicios por el incumplimiento. Si son dos o más los hechores o culpables, nada resuelve la norma; parece natural que sólo ellos respondan; pero cuotativamente (al igual que el art. 1533, aquí no se emplea la expresión de solidaridad que sí utiliza el art. 1526 N° 3).⁵⁷⁰

Nótese que no se trata de un hecho de esos que por ser indivisibles pueda pedirse su íntegra ejecución a cualquiera; es un hecho cuya ejecución ha de contar con la participación de todos (aquí la norma parte de la base explícita de un comportamiento colectivo).

En el texto no queda claro cuándo se está en presencia de un hecho que “deba” efectuarse en común. Fuera de alguna situación en la cual la ley lo disponga, estimamos que tiene lugar no sólo cuando así se convino expresamente, sino también cuando, por su naturaleza y las circunstancias del caso, sea razonable concluir que en su ejecución el hecho deba contar con la participación de todos.⁵⁷¹

6) Divisibilidad de la indemnización

Por su naturaleza, la obligación de indemnizar por el incumplimiento es divisible.⁵⁷² Para cuando la obligación (originaria) es indivisible, esa divisibilidad de la indemnización está dispuesta en el art. 1533 inc. 1°. De este mismo texto se puede desprender que con mayor razón es divisible la de indemnizar cuando la obligación incumplida era divisible.

Aquí se está tratando la divisibilidad de la obligación de indemnizar cuando es consecuencia de una obligación indivisible (más adelante, en la indivisibilidad de pago, se verá este mismo tema respecto de una obligación divisible).

⁵⁷⁰ En cuanto a la proporción en que responden, se aplica lo que se dirá pronto respecto de la divisibilidad de la obligación de indemnizar cuando hay dos o más hechores o culpables.

⁵⁷¹ Lo que equivale a un pacto tácito.

⁵⁷² Consiste en pagar una suma de dinero (tal prestación es típicamente divisible), salvo en la cláusula penal, la cual puede consistir en un hacer (art. 1535) y aun en un no hacer (según la generalidad de la doctrina).

Si el incumplimiento se debe a hecho o culpa de uno, ese solo será responsable (art. 1533 inc. 2°) (aquí no procede mencionarla indivisibilidad; sólo hay atribución de responsabilidad a uno); a menos que se haya pactado cláusula penal, pues entonces surge una opción para el acreedor (art. 1540 inc. final, relacionado con los incs. anteriores).

Si hay pluralidad de hechores o culpables, entonces surge la divisibilidad de la indemnización; es divisible esa obligación de indemnizar (art. 1533 inc. 1°). Este texto (inc. 1°) parece estar redactado sobre la base de que todos han sido hechores o culpables, pero, sobre todo teniendo en cuenta lo dispuesto en el inc. 2° (antes mencionado), parece natural aplicarlo también a la situación de algunos hechores o culpables (se divide entre ellos).⁵⁷³

En cuanto a la proporción en que se dividen esa responsabilidad el texto resuelve que por la obligación de indemnizar cada uno está sujeto a "la parte que le quepa". No queda claro si se refiere a la magnitud de su interés en la deuda (que ha de presumirse igual) o a la magnitud o influencia de su hecho o culpa (si es posible —por el juez— determinarla). Tratándose de la obligación a la deuda (relaciones con el acreedor), estimamos que debe ser en proporción al interés; sin perjuicio de lo que puedan discutir más tarde en la definitiva contribución (relaciones entre los deudores hechores o culpables).

En fin, una idea que puede ser útil para dirimir interrogantes sobre la propagación a los otros, de efectos producidos directamente en uno de los deudores (aplicable asimismo en su caso a los varios acreedores), consiste en estimar que siendo *el carácter monolítico de la prestación* el factor que provoca *la convocatoria de los sujetos*, son *los efectos relacionados directamente con la prestación* los que han de propagarse al grupo.

— INDIVISIBILIDAD DE PAGO (o excepciones a la divisibilidad)

Ya se propuso el concepto de indivisibilidad de pago. Digamos ahora que obligaciones indivisibles en indivisibilidad de pago son aquellas en las cuales tratándose de obligaciones con pluralidad de deudores y versando sobre cosa divisible, en las cuales por tanto existiría mancomunidad (que es la regla general), la ley o las partes establecen una indivisibilidad de su pago.

⁵⁷³ Nótese que aquí no hay texto que haga referencia a una "solidaridad"; lo decimos porque más adelante, en la indivisibilidad de pago, viene otra situación semejante en que sí se emplea esa expresión.

Se trata de indivisibilidad en el cumplimiento.

Siendo una indivisibilidad en el pago, en primer lugar, viene a constituir un beneficio que la ley establece en favor del acreedor (por lo mismo, podría él renunciarla).

Por otra parte, tratándose generalmente de prestaciones divisibles en cuyo pago es alterado el efecto normal (es también llamada "excepciones a la divisibilidad"), las reglas que la establecen han de interpretarse restrictiva o, a lo más, declarativamente.⁵⁷⁴

Por definición, son situaciones de indivisibilidad pasiva (son "de pago"), a diferencia de la que se le asemeja (la indivisibilidad relativa), que puede ser activa o pasiva.

Hay auténtica indivisibilidad de pago cuando la prestación es divisible incluso ante el concepto de indivisibilidad relativa. Si es absoluta o aun relativamente indivisible, no procede imponer indivisibilidad de pago. Pero acudiendo a su poder normativo, el legislador suele imponer como indivisibles en indivisibilidad de pago algunas prestaciones que o son claramente indivisibles (y, reiterando, por diversas consideraciones las impone como indivisibles de pago) o son de dudosa calificación como divisibles o indivisibles relativamente (y entonces las impone como indivisibles de pago para dirimir la controversia). Si se examinan las situaciones en las que el Código chileno impone indivisibilidad de pago (art. 1526), podrá notarse que así ocurre en algunas.

En relación con los dos últimos caracteres anotados, si se está ante un caso de rigurosa indivisibilidad de pago (es decir, de prestación netamente divisible que por ley es indivisible en su pago), cuando muere el acreedor y deja varios herederos, cada uno de ellos no puede demandar el total; el total a cualquier deudor tendrían que demandarlo todos en conjunto; cada uno podría sólo demandar su cuota (recuérdese que aquí la prestación es divisible).⁵⁷⁵ En cambio, si la situación que el legislador ha impuesto como de indivisibilidad de pago estrictamente es de indivisibilidad relativa, entonces, al existir

⁵⁷⁴ Con apoyo en este carácter excepcional también se ha estimado que el origen convencional no podría derivarse de una voluntad tácita (así, por ej., Vondanovic, Antonio. Ob. cit., N° 171, p. 158). Pero una situación de voluntad tácita podría relacionarse con una indivisibilidad relativa.

⁵⁷⁵ Por si el lector los relaciona, el problema de la división de los créditos es distinto (y ya se dijo en otra ocasión que se trata en derecho sucesorio). El problema de la división de los créditos se presenta cuando fallece el acreedor; transmite un crédito; deja varios herederos y la prestación es divisible (y no hay ni siquiera indivisibilidad de pago).

pluralidad de acreedores (originaria o derivativamente), destacando (y demostrando) esta característica de la prestación, cualquiera de ellos podría demandar el total; dirá que la circunstancia de haberla impuesto el legislador como indivisible de pago no altera la naturaleza de la prestación, la cual, siendo indivisible, puede ser exigida en el todo por cualquiera de los acreedores.

Entre nosotros es el art. 1526 el que consagra las situaciones. Son seis.

1º. Las acciones prendaria e hipotecaria

Cuando para asegurar el cumplimiento de una obligación se otorga prenda o hipoteca, el acreedor dispone de dos acciones: la personal, derivada de la obligación principal, y la real, derivada de la caución. Con la primera cobra al deudor (y sólo a él) y con la segunda persigue la cosa objeto de la caución (que por eso se llama caución real) de manos de quien se encuentre (deudor o tercero), para pagarse con el producto.

Pues bien, se dice que la acción personal es divisible, y que la indivisible es la real (la prendaria o hipotecaria). En realidad es preferible decir que la personal es divisible o indivisible según lo sea la obligación respectiva (porque bien podría ser que la obligación principal sea indivisible y se le añada una caución real, en cuyo caso ambas serán indivisibles).

Con este N° 1 del art. 1526 más las reglas contenidas en los títulos en que se regulan estas cauciones (especialmente arts. 2405 para la prenda y 2408 para la hipoteca) se desprende una indivisibilidad en 3 elementos:

a) *En cuanto a la cosa hipotecada o empeñada*, ella y cada parte de ella (si se divide) cauciona toda la deuda. Más aún, si son varias las cosas hipotecadas o empeñadas, cada una de ellas (y cada parte de cada una) cauciona toda la deuda.⁵⁷⁶

b) *En cuanto a la deuda garantizada*, la deuda y cada parte de ella (por si se ha aceptado un pago parcial) está garantizada con la cosa hipotecada o empeñada (sin que pueda pretenderse una liberación o alzamiento de parte de la garantía).

c) *En cuanto a los sujetos*, si los deudores son varios, la acción se dirige, por el total de la deuda, sólo contra quien posea la cosa. Esto último es bastante natural. Respecto de los sujetos, la más destacable aplicación de la indivisibilidad radica en que si varios tienen el dominio de la cosa hipotecada o empeñada (son comuneros), el que

⁵⁷⁶ Así, por ej., *RDJ*, T. 83, secc. 2ª, p. 21.

la posea deberá entregarla (toda); por lo mismo, la acción persecutoria para hacer efectiva la caución y pagarse con el producto, se ejercitará simplemente contra él (no cuotativamente contra cada titular de la cosa). Aunque el punto pertenece propiamente al derecho hipotecario, digamos aquí que tratándose de la hipoteca, el encontrarse el inmueble incorporado al Registro, para los efectos de determinar el sujeto pasivo de la acción hipotecaria se ha entendido que "posee" la finca quien la tiene inscrita a su nombre; por tanto, contra él se dirigirá la acción.⁵⁷⁷

Ciertamente, estas diversas facetas de la indivisibilidad en la prenda y en la hipoteca están establecidas para conferir mayor eficacia a estas garantías.

Por otra parte, pueden renunciarse por el respectivo beneficiario (art. 12).⁵⁷⁸

2º. La entrega de una especie o cuerpo cierto

Se ha dicho que la obligación de dar (transferir el dominio de una cosa o constituir sobre ella otro derecho real) es divisible.

Aquí se trata de la entrega física, material.

La regla tiene destino amplio (si la "deuda" es de una especie...), de modo que incluye a toda entrega; sea que provenga de una obligación de dar (como la del vendedor, del donante) o que haya surgido sola (como la del arrendador al inicio del arriendo, la del arrendatario al fin del arriendo, la del comodatario al fin del comodato).

Se ha concluido que esta obligación de entrega física es de naturaleza indivisible⁵⁷⁹ (por lo que este N° 2 estaría holgando).

⁵⁷⁷ Se ha resuelto que si varios poseen la finca (la coposeen), la acción hipotecaria debe dirigirse contra todos (*RDJ*, T. 14, p. 302; v. también *RDJ*, T. 13, p. 482).

⁵⁷⁸ Puede verse que se trata de una indivisibilidad de la acción; no propiamente de una obligación. Desde luego, los términos del Código se refieren a la "acción" hipotecaria o prendaria. Y es así porque (no obstante que el art. 46 la define como una "obligación" accesoria) la caución no implica una segunda prestación (sin perjuicio de que al constituirse el contrato hipotecario nace, para el que da la hipoteca, la obligación de efectuar la tradición del derecho real de hipoteca y más tarde, cuando se le pague, para el acreedor hipotecario la obligación de alzarla; en el contrato de prenda, por ser contrato real, ni siquiera nace la de entregar la cosa, porque se confunde con el perfeccionamiento del contrato, aunque sí nace la obligación de restituirla al final). En estas cauciones lo que existe es la pura *afectación* de un bien al pago de la (única) obligación existente. En suma; no se está aquí en un caso de obligación indivisible, ni siquiera en indivisibilidad de pago; se trata de una indivisibilidad de la caución y de la acción para hacerla efectiva.

⁵⁷⁹ Así, por ej., Sútchkin, David. Ob. cit., N° 469, p. 378.

Estimamos que generalmente es indivisible. No siempre; y, por tanto, para ciertas situaciones, en que es divisible, se justifica haberla implantado como indivisibilidad de pago. En efecto, recuérdese que la entrega es un hecho. Y, tal como se dijo, los hechos habitualmente son indivisibles, pero algunos pueden dividirse. Por otra parte, la noción amplia de entrega incluye a la entrega de los más variados cuerpos ciertos. Y estimamos que en cuanto a la divisibilidad o indivisibilidad, no es posible una calificación autónoma de la noción "entrega"; esa calificación es dependiente de la naturaleza del objeto entregado. Así, para calificar la entrega deben considerarse estos dos factores: la naturaleza del acto (del acto "entrega") y la naturaleza del objeto entregado (en otros términos, estamos advirtiendo que de lo que se trata es de *entregar* un objeto, no de construirlo o de transferir su dominio; y lo entregado es *tal* objeto). En fin, ambos factores suelen estar muy relacionados.

Para el primer factor: hay entregas más reales y más ficticias (según la capacidad humana en peso y volumen, para efectuar entrega mano a mano o mediante signos).⁵⁸⁰ Y para el segundo: hay entregas más simples y más complejas.⁵⁸¹

Entonces, si se trata de entregas simples, de un objeto monolítico, que sólo se efectúan cumplidamente en un solo acto, instantáneamente, se trata de una entrega indivisible y, por tanto, para ellas este N° 2 huelga. En cambio, si se trata de entregas que se pue-

⁵⁸⁰ Eso es lo que explica la configuración de las llamadas tradiciones fictas. Desde que —en Roma— se configuró la tradición como modo de adquirir el dominio, con su substancia de entrega, surgieron las tradiciones fictas. Y hubieron de surgir porque, siendo la entrega la substancia de la tradición, consistiendo la tradición básicamente en la entrega, se presentó la situación de que muchas cosas no podían entregarse (y por tanto tradirse) mano a mano (cosas muy pesadas o muy voluminosas en relación al tamaño y fuerza del cuerpo humano). Así, era indispensable concebir la entrega con un significado amplio, que incluyera ciertamente las entregas mano a mano, pero también unas entregas con caracteres ficticios o representativos, teatrales. Fue pues la naturaleza del acto entrega la que, por una parte, determinó la substancia de la tradición y, por otra, impuso un significado inicial, primario, de traslado de las manos de uno a las de otro, lo cual a su vez condujo a la necesidad de admitir las denominadas tradiciones fictas. En suma: inicialmente, entregar es trasladar de mano a mano; así su realización es reducida; entonces se amplía su significado, incluyendo actos representativos, que pueden llamarse entregas fictas. Y cuando se concibió un modo de adquirir la tradición como una entrega, tuvo que admitirse de inmediato o muy pronto, tradiciones fictas.

⁵⁸¹ La entrega de 5 m³ de concreto fresco es más compleja que la entrega de una silla.

den efectuar por partes (como la de entregar cierto kilo de cereal; no olvidamos que debemos referirnos a especie, no a género), se trata de una entrega divisible y entonces, debido a estos casos, se justifica mantener esta situación como indivisibilidad de pago.⁵⁸²

La regla impone la entrega de la cosa a quien la "posee".

Debe aclararse la expresión, porque varios pueden poseer (coposeen); varios pueden detentar (codetentan); se puede poseer sin detentar; se puede detentar sin poseer. Y, en fin, debe enfrentarse la situación de los bienes registrables cuyo registro constituya, en algún sentido, posesión (destacadamente, los inmuebles).

Pueden presentarse varias situaciones:

a) La situación más simple es aquella en que varios deben entregar una cosa y uno la posee y detenta.⁵⁸³ Se aplica el texto. El debe entregarla.

b) Varios deben entregar una cosa, varios la coposeen y uno la detenta. Aquí ya es necesario definir si el término del texto (poseen) se refiere a la posesión definida en el art. 700 o a la sola detentación. Considerando la finalidad práctica que persigue la norma, estimamos que se refiere a la última. Por tanto, el obligado a entregarla es el que la detenta.

c) Varios deben entregar una cosa, uno la posee y varios la detentan. La regla no contempla esta situación. Como estimamos que está referida a la detentación, los varios detentadores son los obligados a entregarla; por tanto, deben ser demandados conjuntamente. Cuando postulamos la demanda conjunta no pretendemos ni separarnos de la orden legal ni avanzar en aquel planteamiento del comportamiento colectivo (que antes se aludió), sino tan solo obedecer a la naturaleza de la situación, que no deja alternativa posible.⁵⁸⁴

d) Varios deben entregar una cosa y varios la detentan. Aquí la diferencia con la situación anterior es sólo que allá uno de los dueños poseía y aquí o el objeto es poseído por un tercero o es un

⁵⁸² Al consagrarse como un caso de indivisibilidad por ley, la norma también evita la discusión —que podría plantearse— de la entrega de cosas que funcionan apareadas, como la entrega de un par de zapatos.

⁵⁸³ Si los varios son dueños, esta hipótesis trae consigo la dificultad de si es posible o no que un comunero llegue a ser poseedor exclusivo.

⁵⁸⁴ Una demanda sólo a uno o a varios, pero no a todos los que codetentan, lo que produce es un riesgo: que al tiempo de la ejecución del fallo, cualquiera de los codetentadores no demandados se oponga a ese cumplimiento con base en el efecto relativo de las sentencias (art. 3° del CC).

objeto que carece de poseedor. No importa. La respuesta es la misma; debe demandarse a todos los que codetentan.

e) Varios deben entregar una cosa, varios la poseen y ninguno la detenta. Consecuentes con la comprensión que se ha venido proponiendo, ninguno podrá ser demandado. Pero esto no significa absolución. Lo que se quiere decir es que, debido a la realidad existente, el objetivo del acreedor de obtener materialmente la cosa no podrá lograrse (porque ninguno la tiene). Pero ciertamente eso es sin perjuicio de otras acciones que competan al acreedor (por incumplimiento, etc.).

Conviene también una referencia a la situación de los bienes registrables cuyas normas de registro permitan sostener que, en algún sentido, posee quien tiene el bien registrado a su nombre. Como de lo que se trata aquí es de la entrega física, pierde relevancia la inscripción registral. Sea que el bien esté inscrito a nombre de uno, de varios, de todos, de un tercero o carezca de inscripción, el obligado a entregarlo es quien lo detente. La inscripción (sobre todo si está a nombre de un tercero) podrá importar tal vez para determinar la eficacia (existencia, validez, oponibilidad) de la "deuda del cuerpo cierto", pero eso es otro tema. Supuesta la eficacia de esa deuda, para el cumplimiento, es decir, para lograr la entrega física, ha de aplicarse lo dicho.

En suma, puede verse que en todas las situaciones la solución está determinada principalmente por el postulado de que el verbo poseer está empleado en el sentido de detentación material; lo que se está regulando es la determinación del sujeto pasivo de la petición de entrega física.⁵⁸⁵⁻⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ Desde otro punto de vista, un fallo ha resuelto que los N°s 2 y 5 del art. 1526 se aplican sólo a las cosas corporales; no a las incorporeales (*RDJ*, T. 49, p. 165).

⁵⁸⁶ Para destacar que se trata de indivisibilidad pasiva, se ha propuesto un ejemplo de indivisibilidad activa en la que no se aplicaría la regla (citado por Vodanovic, Antonio. Ob. cit., N° 180, p. 167), con una consecuencia que no compartimos. Se propone que al llegar dos pasajeros a un hotel entregan un cofre al hotelero. Como se trata de indivisibilidad pasiva, no puede aplicarse este N° 2 y el cofre no podría ser restituido a cualquiera de los dos pasajeros (que son los acreedores); el hotelero debe exigir la presencia de los dos. Discrepamos de esta última deducción. Efectivamente, no se aplica este N° 2, pero permanece la calificación de obligación indivisible (indivisibilidad activa); esta "entrega de un cofre" constituye un caso de indivisibilidad relativa; por tanto, es aplicable el art. 1527 parte final, con el cual cualquiera puede exigir la entrega del cofre; y el hotelero puede estar tranquilo porque —tal como antes se ha dicho— si cualquiera puede exigir el total, es evidente que el pago a uno extingue la deuda respecto de todos.

3°. La indemnización de perjuicios por incumplimiento debido a un hechor o culpable

Ya se ha dicho que la obligación de indemnizar es divisible. (art. 1533 inc. 1°). Ahora se agrega, según este N° 3, que si el cumplimiento se hace imposible por el hecho o culpa de uno de los deudores, sólo éste indemniza.

Desde luego, estimamos que es así tanto en la obligación como en la contribución a la deuda. A este propósito, conviene una aclaración. En el juicio (o en varios juicios sucesivos) se debatirá si el cumplimiento se hizo imposible; si fue por el hecho o culpa de la parte deudora; quién o quiénes, dentro de la parte deudora, fueron los hechores o culpables (aparte de la naturaleza y monto de los perjuicios).

Si los hechores o culpables son dos o más, estimamos razonable concluir que sólo ellos responden.⁵⁸⁷ En cuanto a la distribución de la responsabilidad entre ellos, advirtamos que el texto, razonando sobre la base de que hay sólo un hechor o culpable, aquí emplea la expresión "exclusiva y solidariamente responsable". Entonces, hay dos maneras de entender "y solidariamente". O es sólo para enfatizar (pleonismo)⁵⁸⁸ o es para el caso de dos o más hechores o culpables.⁵⁸⁹ Entendida la expresión como un simple énfasis, si hay dos o más hechores o culpables, al no haber regla sobre la distribución, sería simplemente conjunta (y para la proporción del reparto nos remitimos a lo dicho en los efectos de la indivisibilidad).⁵⁹⁰

En definitiva, este no es un caso de indivisibilidad. La regla parece ecuaníme, pero aquí no hay indivisibilidad de pago (y menos de las otras categorías de indivisibilidad). En efecto, ya estamos en una situación en que la obligación originaria no se cumplirá. Se trata ahora de la de indemnizar. Ella es de naturaleza divisible. Pues bien, si el hechor o culpable es uno, la obligación no puede ser indivisible ni

⁵⁸⁷ Pero aquí vuelve a plantearse una duda que ya propusimos al tratar el tema de la indemnización en los efectos de la obligación naturalmente indivisible: si la responsabilidad exclusiva del hechor o culpable (o de los varios) se refiere tanto a la compensatoria como a la moratoria o sólo a esta última.

⁵⁸⁸ Así, por ej., Meza Barros, Ramón. Ob. cit., N° 266, p. 181.

⁵⁸⁹ En este sentido, Fueyo, Fernando. *Derecho Civil*, cit. Obligaciones, cit., N° 190, p. 213.

⁵⁹⁰ Estimando admisible la duda, nos inclinamos por considerarla sólo un énfasis manteniendo el término para la situación expresa (un hechor o culpable) y en el caso de dos o más la responsabilidad queda como simplemente conjunta; así la situación queda con igual regla que la propuesta para cuando la obligación (originaria) es indivisible, que antes se refirió; no parece justificarse un tratamiento diferenciado.

siquiera en pago, porque no hay pluralidad de sujetos; hay solamente un deudor. Y si los hechores o culpables son dos o más, hay dos alternativas posibles, ninguna de las cuales es la indivisibilidad: o se estima una situación no regulada, en cuyo caso debe concluirse en que siendo divisible, con pluralidad de sujetos y sin norma contraria, es, como se dijo, mancomunada; o se utiliza la expresión "solidaria", que el texto emplea, con lo cual se llega a la solidaridad (no a la indivisibilidad).

Conviene insistir en el campo de aplicación de la regla con su interrogante sobre la solidaridad cuando hay dos o más hechores o culpables. Porque hay dos normas que conjugan: los arts. 1533 inc. 2º y 1526 N° 3. La primera se refiere expresamente a la obligación indivisible; luego la segunda, que nada expresa al respecto, habrá de aplicarse a la divisible. Ahora bien, es la segunda la que establece la expresión "solidariamente". Si se estimare que ese adverbio implica solidaridad aplicable al caso de dos o más hechores o culpables (y no como un simple énfasis), entonces así ha de procederse en el caso de obligación divisible (1526 N° 3); no cuando la obligación es indivisible, pues ahí se aplica el art. 1533, el cual no hace alusión alguna a solidaridad.⁵⁹¹

4º. Las deudas hereditarias

Si al fallecer un sujeto quedan dos o más herederos, mientras en el activo hereditario se produce entre ellos una comunidad (que más tarde habrá de partirse), el pasivo, sin esperarse la partición, queda de pleno derecho dividido. Y la división se produce en proporción a sus cuotas hereditarias (fijadas por el testador o la ley), no necesariamente por iguales partes (art. 1354). Así, no el conjunto, sino cada deuda que haya tenido el causante, queda dividida; y en esa proporción: a prorrata de las cuotas hereditarias.⁵⁹²

Por tanto, habiendo pluralidad de herederos, cada deuda pasa a ser simplemente conjunta o mancomunada. Y si ya era conjunta entre el causante y otros deudores, continúa la conjunción, ahora aumentada porque la cuota del causante a su vez pasa a dividirse entre sus herederos en los términos ya dichos (a prorrata de sus cuotas hereditarias).

⁵⁹¹ El punto de la distinción entre hecho y culpa pertenece a otro capítulo.

⁵⁹² Las deudas testamentarias (legados) son reguladas en otras normas, pero de contenido semejante (arts. 1360 y 1373). Aquí manda el testamento. Si en él sólo se crea la deuda, pero no se precisa quién la soporta, es carga común y se distribuye entre los herederos a prorrata de las cuotas hereditarias. Si por acuerdo entre los herederos o por fallo particional se establece un reparto distinto, no queda obligado el acreedor; pero puede someterse a

Pero todo esto en el supuesto de deudas divisibles. Tal como se dijo en un acápite anterior, si la deuda es una obligación indivisible, continúa así y cada heredero de cualquiera de los deudores que fallezca es obligado al todo. Incluso, si el causante era único deudor y la prestación era indivisible (salvo que pudiese haber existido indivisibilidad activa), la obligación no era indivisible (sería con unidad de sujetos o activamente indivisible) porque faltaba la pluralidad de deudores, pero si fallece y deja varios herederos, se configurará de inmediato una obligación indivisible en indivisibilidad pasiva (o mixta, si ya era indivisible en indivisibilidad activa), porque ahora habrá prestación indivisible y pluralidad de deudores.

Sentada la regla fundamental en el art. 1354, los arts. 1358 a 1360 y 1526 N° 4 tratan la posibilidad de una división distinta.

a) Esa regla de división conforme a cuota hereditaria puede ser alterada por el testador, los herederos o el partidor. Los arts. 1358 y 1359 lo permiten en general (pueden alterarla de cualquier forma); el art. 1526 N° 4 inc. 1º, en términos más estrechos, porque se ocupa de la indivisibilidad de pago, la refiere a que la impongan a uno solo de los herederos. En todo caso, el efecto es el mismo: al acreedor le nace una opción. Puede someterse a la ley o a la alteración. Puede seguir la división legal (art. 1354) prescindiendo de la alteración, o la alteración (consistente en división distinta o imposición de pago a uno solo).⁵⁹³ La excepción a la divisibilidad (indivisibilidad de pago) surge cuando, siguiendo la alteración, pide todo a aquel a quien se le impuso el total.⁵⁹⁴

Si el acreedor opta por la distribución legal (cobrando a cada uno su cuota), los herederos perjudicados pueden repetir en contra de los que según la alteración debían responder (art. 1358).

b) El inc. 2º del art. 1526 N° 4 contempla la situación del pacto de indivisibilidad (con el acreedor). Este precepto merece las siguientes observaciones:

— La redacción es objetable. Dispone que si se hubiere pactado que el pago no puede hacerse por partes "ni aun por los here-

⁵⁹³ Como habitualmente acontece con las opciones, pueden surgir con ella algunas interrogantes. Por ej., si siguiendo la alteración optó por demandar al único a quien se impuso la prestación y no logró el pago total, ¿podrá regresar y demandar a otro por su cuota? (lo mismo en la situación inversa).

⁵⁹⁴ Por cierto, alguna explicación habrá para que se haya alterado la división del art. 1354; hay que buscarla en la voluntad del testador, en el acuerdo particional en la sentencia de partición; en estos últimos actos suelen producirse distribuciones y compensaciones variadas en las cuales, para ensamblar una solución general, se acude a distribuir deudas de otro modo que la división legal.

deros del deudor"; esa prevención es en parte inoficiosa; por las reglas del pago (art. 1591) el acreedor no está obligado a aceptar el pago por partes, de modo que para que el pago por el deudor se efectúe de una vez, no se necesita pacto. Por tanto, la regla debió decir que si se hubiere pactado con el difunto "que el pago no pudiese hacerse por partes por los herederos del deudor..."

– La estipulación es muy frecuente en la práctica bancaria.

– Al final (del inciso) se deja a salvo el ajuste de cuentas (con relación a la deuda); así se habría concluido aun sin que se expresara.

– Las situaciones que contempla el art. 1526 y que se están examinando son, como se ha dicho, de indivisibilidad de pago por ley. Esta es fundamentalmente por voluntad de las partes (convencional).⁵⁹⁵

– El texto no deja claro si ante la demanda el deudor queda o no en la misma situación que el art. 1530 contempla para el demandado en las obligaciones propiamente indivisibles.⁵⁹⁶

– Ya se dijo que estas situaciones son de indivisibilidad de pago, por lo mismo, pasiva. Al final de este N° 4 se agrega una regla respecto de los herederos del acreedor, que, por tanto, se refiere al tema de la suerte de los créditos al morir el acreedor (que no corresponde tratar aquí).⁵⁹⁷

5°. La cosa cuya división cause grave perjuicio

El ejemplo del terreno debe entenderse referido a una obliga-

⁵⁹⁵ Decimos "fundamentalmente" porque algo añade la ley; celebrado el pacto y muerto el deudor, agrega para el acreedor esa alternativa semejante a la del efecto propio de las obligaciones indivisibles que antes había consignado (art. 1530) de obligar al demandado a "entenderse con los otros" o a pagar él.

⁵⁹⁶ Las redacciones son distintas. Substancialmente, el art. 1530 está construido con base en la naturaleza de la prestación y su influencia en la posibilidad de ejecutarla un solo deudor; y formalmente parte en una regla general de facultad del deudor (de pedir plazo), salvo que no se justifique. Aquí, en cambio, se confiere simplemente una disyuntiva, que implica una opción. Entonces, no queda claro si el cambio de redacción carece de importancia y la solución es la misma (la del art. 1530), o es que tiene importancia y aquí se debe respetar la opción como una potestad absoluta; en esta última solución debe darse el paso siguiente: quién opta. En todo caso, la alternativa de entenderse con los otros implica darle un plazo; y no puede ser sino el juez quien lo fije; frente al riguroso art. 1494 inc. 2° hay que entender que el juez está facultado para fijarlo, estimando, por la fuerza de la situación, que es un caso en que la ley "lo designa", aunque no lo expresa.

⁵⁹⁷ Ya se dijo que al morir el causante las deudas hereditarias se dividen entre los herederos. La suerte de los créditos en la misma eventualidad (si por la muerte del acreedor quedan o no divididos entre los herederos) ha constituido en el derecho chileno una ardua discusión, que permanece. Por cierto, el problema mencionado en el cuerpo es uno de los preceptos que intervienen en el debate.

ción genérica. La de un inmueble como especie ya fue tratada por el N° 2. Aquí se trata de una deuda consistente en un terreno determinado sólo por su ubicación general y su cabida (por ej., cuatro sujetos se obligan a entregar cuatro hectáreas de terreno, y cada uno de ellos tiene un fundo).

Los autores justifican el precepto en cuanto normalmente cada deudor podría ser obligado a entregar sólo su parte (en el ejemplo, cada uno podría ser demandado sólo por una hectárea, de modo que el acreedor recibiría cuatro parcelas, desconectadas entre ellas, de una hectárea cada una); entonces –agregan– el legislador, interpretando la voluntad de las partes, impuso la indivisibilidad de pago.⁵⁹⁸

Por nuestra parte, matizamos esa observación. En primer lugar, no queda claro si el ejemplo del terreno que proporciona el texto está indicado axiomáticamente como que siempre su entrega por partes causa perjuicio, o lo refiere a los casos específicos en que, por la naturaleza de la situación, lo cause. Estimamos preferible entenderlo de este último modo, porque es perfectamente concebible que en ocasiones la sola entrega por partes no cause perjuicio al acreedor; de modo que dependerá de su preferencia y, más bien, del destino que pretende dar al terreno, lo cual ya puede detectarse del contenido del contrato que se haya celebrado como título de la adquisición. En segundo, como se está refiriendo a cosas (determinadas genéricamente) cuya división cause perjuicio al acreedor, entonces, al menos ante cierta concepción de lo que es obligación indivisible (que considera el fin de la obligación), aquí se estaría ante un caso de una obligación indivisible, de modo que no se justificaba tratarla como indivisibilidad de pago. Al estar tratada, pues, como indivisibilidad de pago surgen dos observaciones alternativas: o bien reconociendo la ley que podría dudarse de si se trata o no de una obligación indivisible, prefirió evitar debate al menos al importante momento del cumplimiento y la estableció como indivisibilidad de pago; o bien, retroalimentando el concepto de lo que es obligación indivisible, podría decirse que, al establecer esta situación como de indivisibilidad de pago, el legislador entiende que el fin de la obligación no debe ser considerado para calificarla de indivisible y por eso es que la deuda de una cosa divisible cuya división causa perjuicio al acreedor es establecida como indivisible en su pago.

⁵⁹⁸ Así, por ej., Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 363.

Por otra parte, nótese que para quedar incluido en esta situación, en el caso no bastará demostrar perjuicio; debe agregarse algún elemento de convicción de que es grave; el juez lo evaluará.

En otro sentido, nuevamente aquí aparece la disyuntiva a la que se enfrenta el demandado (de entenderse con los otros o pagarla él mismo) y la interrogante que provoca (y que ya se denunció al comentar el inc. 2° del N° 4).

Pero hay algo más que distingue esta situación de la del N° 2. En cuanto al alcance, la del N° 2 se refiere a la entrega física. Esta se refiere ampliamente a toda deuda: sea de transferencia jurídica y entrega material o sea solamente de una de ellas. Esa es la conclusión observando que aquí "se debe" un terreno o cualquiera otra cosa indeterminada; y cada uno de los deudores puede ser obligado a entenderse con los otros para el "pago" o a "pagarla" él mismo.

El inc. final de este número viene a constituir una reiteración de que el inc. anterior es aplicable sólo a la indivisibilidad pasiva.

6°. La elección en la obligación alternativa

Esta situación ya fue examinada al tratar esa clase de obligaciones.

Aquí debemos agregar que, como puede verse, no se trata propiamente de una obligación que siendo divisible se imponga la indivisibilidad de su pago. La indivisibilidad es sólo de la opción; la prestación tiene su propia naturaleza y habrá de cumplirse después, conforme a ella.⁵⁹⁹

Por otra parte, con la indivisibilidad de la opción lo que se evita es que el acreedor tenga que recibir una parte de cada una de las cosas que alternativamente le deben, y de que, a su turno, pueda exigir una parte de cada cosa de las que alternativamente le deben.

⁵⁹⁹ Las frecuentes referencias que a propósito de este N° 6 se efectúan a la alternativa que confiere el art. 1489 son más pertinentes en los temas del cumplimiento de las obligaciones y de la condición resolutoria tácita.