

PRESENTACION

MEDITACIONES SOBRE DIVISIBILIDAD
E INDIVISIBILIDAD DE LA OBLIGACION

Dr. Gastón Certad M.

*Profesor de Derecho Comercial y de Derecho
Privado en la U. de C.R. y en la U.A.C.A.*

Sumario:

- 1.—La divisibilidad y la indivisibilidad de la obligación como cualidades del objeto de la prestación y, en consecuencia, del interés del acreedor. Valoración crítica de la doctrina.
- 2.—Las llamadas indivisibilidad objetiva e indivisibilidad subjetiva, o convencional.
- 3.—Correcta aplicación de la posición propuesta sub 1) a ciertos casos concretos. Reexamen crítico de las conclusiones de la doctrina frente a dichas hipótesis: A) y B) del objeto —cosa en particular (obligaciones de traspasar la propiedad y de entregar); C) del objeto-hecho en particular (obligaciones de custodiar, de transportar y de ejecutar una obra).

1.—Partiendo del hecho indiscutible de que divisibilidad e indivisibilidad son nociones diametralmente opuestas, la divisibilidad y la indivisibilidad de la obligación se determinan, según se infiere del inciso 1º del artículo 662 C. C., en función de la indivisibilidad o divisibilidad del objeto de la obligación —más propiamente de la prestación¹—, esto es, de la cosa o del hecho debidos.

La divisibilidad e indivisibilidad del objeto de la prestación, según los principios que informan la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, y por su posible extensión a los hechos², se determinan por la posibilidad de que el objeto mismo, es decir, la cosa o el hecho, pueda ser fraccionado en partes. Son partes —en atención a los principios que informan la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, principios que pueden extenderse a los hechos porque estos tienen de común con las cosas el gozar de la naturaleza del bien, al que va dirigido el interés del acreedor— las porciones de la cosa o del hecho que conservan la función y, proporcionalmente, el valor del todo³: porciones idóneas, por ello, para ofrecer, proporcionalmente, las mismas utilidades que son ofrecidas por el objeto entero.

Tienen por objeto, cosas, las prestaciones de dar, es decir, aquellas que pretenden traspasar la propiedad o constituir o traspasar un derecho real especial, y las prestaciones de consignar o entregar, sea aquellas que pretenden procurar la posesión o la

1 Debemos ante todo tener bien presente la distinción entre prestación y objeto de la prestación, que no surge clara del texto del inciso 1º del artículo 662 C. C.: el objeto de la prestación, cosa o hecho, es a lo que está dirigido el interés del acreedor, es el bien (en sentido amplio) que satisface ese interés, (artículo 627 inciso b) C. C.); mientras que la prestación, contenido, parte integrante de la obligación, es el medio que, normalmente, permite al acreedor la consecución del bien (en sentido amplio) y, por ello, la realización del interés.

2 BIONDI, Biondo, "Los Bienes", Edit. Bosch, Barcelona, 1961, págs. 94 y ss.; Pérez, Víctor, "Objetos, cosas y bienes en sentido jurídico", en Revista Judicial Nº XV, San José, marzo de 1980, págs. 107 y 108; PUGLIATTI, Salvatore, "Beni e cose in senso giuridico", Guiffé Ed., Milano, 1962, pág. 212.

3 Los llamados criterios de la función y del valor.

simple tenencia⁴. Con el término "cosa" queremos designar, no la cosa en cuanto tal, sino la cosa en cuanto fuente de utilidad, comprendiendo además las utilidades mismas que de la cosa pueden obtenerse (tales como la utilidad de goce y de intercambio o una u otra) según la posición jurídica (derecho de propiedad, derecho real de goce o de garantía, posesión) que el cumplimiento de la obligación debe procurarle al acreedor.

Tienen por objeto hechos las prestaciones de hacer y las de no hacer⁵: tal objeto puede consistir en la cosa misma, en cuanto resultado de la actividad creativa del deudor (objeto, por ejemplo, de la prestación de construir una carretera); o encontrarse la cosa en el mismo estado en que se encontraba al momento de constituirse la relación (objeto, por ejemplo, de la prestación de custodiar); o en encontrarse la cosa en un lugar en vez de otro (objeto, por ejemplo, de la prestación de transportar); o bien en la no realización de un determinado hecho o acto (objeto de la prestación negativa); etc.

Vemos así como existe una distinta posición de los objetos frente a los distintos tipos de prestaciones: el objeto de las prestaciones de "dare" y "praestare" (cosa) no es el resultado de un comportamiento, como sí lo es el objeto de las prestaciones de hacer y no hacer (hecho). Ello no obstante, el objeto de la prestación tiene, en todas las hipótesis, idéntica posición y función frente al interés del acreedor: es siempre el objeto de este interés, el "bien" (aunque a veces inmaterial) que lo satisface.⁶

Pues bien; precisamente porque el objeto de la prestación (la cosa o el hecho) es lo que satisface el interés del acreedor (por ello el bien objeto del interés), la divisibilidad o la indivisibilidad del objeto de la prestación (y por consiguiente de la prestación y de la obligación y, también, de la deuda y del crédito) son, en último grado, la divisibilidad o indivisibilidad del interés del acreedor, esto es, la posibilidad o imposibilidad de satisfacción

4 BRENES CORDOBA, Alberto, "Tratado de las obligaciones", Ediciones Juricentro S. A., San José, 1977, pág. 16, números 14 y 15.

5 En las obligaciones negativas objeto de la prestación es el no verificarse un determinado hecho o acto.

6 CICALA, Raffaele, "Divisibilità e indivisibilità dell' obbligazione", en Saggi. L'arte tipografica, Napoli, 1969, págs. 7 y 8.

parcial del interés mismo. Mediante la referencia al interés (que se nos permite gracias a la mencionada relación objeto-interés) es posible alcanzar y definir el aspecto funcional del carácter de la indivisibilidad o divisibilidad de la relación jurídica: la obligación es divisible o indivisible según que el cumplimiento de cada una de las obligaciones que pudieren resultar de su fraccionamiento procure o no al acreedor, proporcionalmente, la misma utilidad que le hubiere brindado el cumplimiento de la entera obligación.

El anterior ámbito funcional, teleológico del carácter de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación encuentra su fundamento precisamente en la identificación de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación con la divisibilidad e indivisibilidad de la cosa o del hecho objeto de la prestación, porque es el objeto de la prestación así entendido, el bien que está destinado a satisfacer el interés del acreedor.

Esta conclusión a la que hemos llegado no tiene nada de novedoso y es hoy pacíficamente afirmada y acogida por la doctrina más moderna la cual, sin embargo, como tendremos oportunidad de examinar más adelante, no logra mantenerse coherente a la hora de efectuar sus aplicaciones prácticas, como es por el contrario perfectamente posible, según demostraremos, si no se pierden de vista sus elementos y los distintos momentos en que se descompone. Veremos entonces cómo muchas conclusiones doctrinarias sobre la divisibilidad e indivisibilidad de ciertas obligaciones, no corresponden a una valoración del objeto de la prestación, ni mucho menos del interés del acreedor según el criterio de la proporcionalidad de las utilidades, sino más bien, o a la valoración del objeto según otros criterios o a la valoración de entidades distintas al objeto. En cuanto a esta última afirmación es necesario recordar que se suele afirmar por algunos⁷ que la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación se identifica con la divisibilidad e indivisibilidad de la prestación, subrayando que es

7 BRANCA, Giuseppe, "Instituciones de Derecho Privado", Ed. Porrúa S. A., México 1978, pág. 264; PACCHIONI, Giovanni, "Delle Obbligazioni in Generale", CEDAM, Padova, 1935, págs. 279 y sgs; RUBINO, Domenico, "Delle obbligazioni (artt. 1285-1320)", en Commentario al Codice Civile, dirigido por A. Scialoja y G. Branca, Zanichelli S. A., Bologna, 1961, págs. 345 y sgs; SCUTO, C., "Teoria Generale delle obbligazioni", Jovene, Napoli, 1950, págs. 33; VON THUR, Andreas, "Tratado de las obligaciones". II, Ed. Reus S. A., Madrid, 1934, págs. 280 y sgs.

necesario atender a la prestación y no a su objeto. Pretenden estos autores justificar esta posición, abiertamente en contraste con nuestro texto legislativo (inciso 1º del artículo 662 C.C.), con el siguiente argumento que, dicho sea de paso, se traduce en una errónea aplicación de la premisa que intentan demostrar: puede suceder que el objeto de la prestación sea indivisible y que, sin embargo, la prestación (y también la obligación) sea divisible; y viceversa, que el objeto de la prestación sea divisible y, sin embargo, la prestación (y también la obligación) sea indivisible. Así, se dice, es divisible, por ejemplo, la prestación (y, en consecuencia, la obligación) de traspasar la propiedad de una cosa divisible, porque la propiedad es susceptible de dividirse en cuotas ideales; y viceversa, (la prestación, y por lo tanto) la obligación de ejecutar una obra es indivisible aun si la obra, considerada en sí misma, es divisible: verbigracia, la obligación de construir un edificio, hipótesis en que el edificio en sí considerado es, o por lo menos puede ser, divisible en pisos. Sin embargo, todas estas conclusiones, como veremos, no pueden ser condivididas por nosotros.

Por otro lado, no pocos escritores definen la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación refiriéndola a la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación⁸, sea reproduciendo casi literalmente la fórmula usada por nuestro legislador en el repetido inciso 1º del artículo 662 C. C. Pero esta corriente doctrinaria no afirma su propia autonomía frente a la posición antes comentada, que rechaza "expressi verbis" la referencia al objeto de la prestación: y en verdad, discurren sus seguidores indistintamente de prestación y de objeto de la prestación, siendo estos conceptos, como ya vimos, bien distintos⁹. Esta falta de autonomía queda claramente evidenciada frente al hecho de que, a la hora de aplicar

los postulados teóricos a ciertos casos concretos (obligación de traspasar la propiedad de una cosa indivisible, obligación de ejecutar una obra divisible, etc.) estos autores llegan a las mismas conclusiones, de por sí erráticas, que alcanzan los promotores de la otra teoría. Tenemos que la distinción entre estas dos formulaciones doctrinales del concepto en estudio, tiene un alcance meramente terminológico, y en medida alguna sustancial.

2.—El artículo 662 C. C. opera, en sus dos incisos, una distinción en tema de indivisibilidad que se ha optado en llamar, por la mejor doctrina, objetiva (inciso 1º), y subjetiva o convencional (inciso 2º)¹⁰, distinción que, según nuestro criterio, obedece tan sólo al momento genético de la indivisibilidad y no a su esencia, ni a su aspecto funcional.

Como sucede con otras cualidades de las cosas, tales como la infungibilidad y la inconsumibilidad¹¹, la imposibilidad de fraccionamiento en partes puede derivarse también de una especial voluntad del sujeto o sujetos, que haga indivisible una cosa que, por la función que normalmente está destinada a realizar, es divisible. El ordenamiento jurídico atribuye relevancia a esta intervención de la voluntad¹², operando una adecuación de la calificación jurídica al aspecto particular, bajo la cual esté concretamente considerada la cosa y prescindiendo de su normal función económico-social. La indivisibilidad llamada objetiva y la indivisibilidad llamada subjetiva se diferencian, entonces, en el particular modo en que se produce su génesis; pero no se diferencian en su

10 BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 52, número 108 y pág. 53, número 113.

11 BIONDI, Biondo, op. cit., págs. 82 y sgs. y 91 y sgs.; PEREZ V., Víctor, op. cit., págs. 105 y 106; PUGLIATTI, Salvatore, op. cit., pág. 212.

12 Que bien puede concretarse en una expresa declaración de las partes que establezca la indivisibilidad o bien resultar de la representación (que no permanezca en el ámbito de los motivos, de por sí irrelevantes para nuestro legislador, sino más bien que haya penetrado en el contenido del contrato) de un fin tal que no pueda realizarse sino con la totalidad. Esta última hipótesis es bastante frecuente: venta de una porción de terreno (divisible, véase Supra N° 3, sub A) sobre el cual se intenta construir un edificio; venta de la cantidad de madera, hierro, etc., que sea necesaria para realizar cierto trabajo, etc.).

Es pacífico en doctrina que la indivisibilidad llamada subjetiva puede derivarse también de un negocio jurídico unilateral como, por ejemplo, el testamento.

8 BARASSI, Lodovico, "Teoria Generale delle obbligazioni", I, Giuffrè, Milano, 1948, págs. 196 y sgs.; BARBERO, Domenico, "Sistema del Derecho Privado", III, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1967, pág. 29; BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 51, número 106; CARBONNIER, Jean, "Derecho Civil", Tomo II, Volumen III, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 217; GANGI, Calogero, "Le obbligazioni", Giuffrè, Milano, 1951, págs. 277 y sgs.; MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", IV, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, págs. 418 y ss.; siguen la tesis sustentada en el texto, CICALA, Raffaele, op. cit., págs. 3 y sgs.; TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones del Derecho Civil", II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1969, pág. 26.

9 Ver Infra, nota 1.

esencia, ni, consecuentemente, en su función. En realidad, la disciplina del comportamiento de la obligación indivisible en nuestro Código no distingue entre obligación objetivamente indivisible y obligación subjetivamente indivisible: ya sea que el objeto de la prestación es indivisible por su propia esencia o naturaleza, ya por una particular valoración de las partes, la indivisibilidad es siempre imposibilidad de fraccionamiento en partes, y en cuanto es, en todo caso, indivisibilidad del objeto de la prestación, la indivisibilidad es siempre objetiva. De ahí que la dicotomía indivisibilidad objetiva-indivisibilidad subjetiva sólo está referida al momento genético de la indivisibilidad misma, porque, considerados en su esencia y función, el objeto objetivamente indivisible y el objeto subjetivamente indivisible son equivalentes. Este limitado valor, que atiende a circunstancias poco relevantes para el Derecho, no justifica entonces la distinción que hace la norma del artículo 662.

3.—Muchas conclusiones de la doctrina sobre la divisibilidad de determinadas obligaciones resultan una estricta y correcta aplicación de la tesis hasta ahora expuesta que se centra sobre la valoración del objeto de la prestación, fundamentándose en el criterio según el cual hay divisibilidad e indivisibilidad según que las fracciones sean o no iguales al todo: verbigracia, es divisible la obligación de dar o entregar una cantidad de cosas fungibles; es divisible la obligación de ejecutar "obras fungibles", esto es, medidas con el número de los resultados (plantar 100 árboles); es divisible o indivisible la obligación negativa, según que el hecho negativo, el no verificarse un hecho (*latu sensu*), sea (como en la hipótesis de no vender 100 acciones de una sociedad anónima) o no sea (como en el caso de no impedir el paso) realizable o ejecutable por partes. Como puede apreciarse, las anteriores son todas conclusiones exactas que responden a una recta aplicación práctica del verdadero concepto teórico de divisibilidad e indivisibilidad de la obligación. Pero muchas otras conclusiones de la doctrina contemporánea, hasta el momento de casi pacífica aceptación, no responden, estrictamente, a la valoración de la cosa o del hecho ni, en consecuencia, del interés del acreedor, según el comentado criterio de la proporcionalidad de las utilidades, sino más bien a la valoración del objeto según otros criterios o, a veces, a la valoración de entidades que nada tienen que ver con el objeto.

A.—En relación con la obligación de dar, se considera corrientemente que la obligación de traspasar la propiedad es divisible, aun en el supuesto de que la cosa transferible sea indivisible, porque la propiedad es susceptible de dividirse en cuotas ideales¹³, de tal modo que, en casos de pluralidad de deudores y/o de acreedores no solidarios, la obligación de transmitir la propiedad se fraccionaría en obligaciones de transmitir cuotas de co-propiedad. Y dentro de este orden de ideas, generalizando, la doctrina sostiene que son divisibles o indivisibles las obligaciones de traspasar o constituir derechos, según que estos sean (por ejemplo, el usufructo) o no (como por ejemplo, según la opinión dominante, la servidumbre) divisibles en cuotas ideales¹⁴.

Esta afirmación, que está referida, cuando menos implícitamente, a hipótesis en las cuales el objeto de "dare" es un "corpus" y no una "quantitas", la hacen tanto los escritores que siguen la tesis según la cual para determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación es necesario poner atención en la prestación y no en su objeto, cuanto aquellos que definen la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación en función de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa o del hecho objeto de la prestación.

Sin embargo, la afirmación de la divisibilidad de la obligación de transmitir la propiedad (o en general, cualquier otro derecho divisible por cuotas) en obligaciones de transferir cuotas de co-propiedad (o de cualquier otro derecho divisible por cuotas) no puede justificarse, ni con la primera, ni con la segunda teoría: no con la primera porque (a parte del carácter a priori e infundado de la premisa según la cual es necesario referirse a la prestación y no a su objeto), prestación es el comportamiento del deudor, y no el derecho, cuya vicisitud es su efecto; tampoco con

¹³ BRANCA, Giuseppe, op. cit., pág. 264; COLIN, Ambrosio-CAPITANT Henri, "Curso Elemental de Derecho Civil", III, Ed. Reus, Madrid, 1943, pág. 434; ENNECERUS, Ludwig-KIPP, Theodor-WOLFF, Martín, "Tratado de Derecho Civil", Tomo II, Volumen I, Ed. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 21; GIORGIANNI, Michele, "Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e conesse: Lineamenti di un sistema", cit. por CICALA, Raffaele, op. cit., pág. 40, nota 37; MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 419; RUBINO, op. cit., págs. 348 y sigs.; VON THUR, Andreas, op. cit., pág. 280. Incurre en el mismo lamentable error, BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 52, número 108.

¹⁴ Ver nota anterior. BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 52, Nº 109.

la segunda porque la divisibilidad de las cosas se entiende, por los postulados doctrinarios que la informan, como divisibilidad real y no ideal o intelectual o por cuotas¹⁵.

A muy distintas conclusiones llegaremos si identificamos correctamente el objeto de la prestación y buscamos la divisibilidad e indivisibilidad a través de los índices de calificación de la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, es decir, siguiendo el criterio de la proporcionalidad de las utilidades.

Objeto de la prestación es la cosa, no el derecho cuya vicisitud es el efecto que el ordenamiento jurídico hace surgir de la prestación (y del concurrente comportamiento del acreedor). El objeto de la prestación es aquello que satisface (directamente) el interés del acreedor. El interés es a su vez un elemento que el ordenamiento jurídico toma de la realidad preexistente. El interés, por tanto, no puede ser satisfecho por entidades ontológicamente jurídicas, esencialmente formales, sino por entidades que, como el interés mismo, pertenecen a la realidad preexistente al ordenamiento jurídico (las cosas).

Por estas razones, debemos sostener que la obligación de transferir la propiedad es divisible e indivisible según que la cosa, de la que deba transferirse la propiedad, sea divisible o indivisible. Y porque, según los principios que rigen el argumento, la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas se determina en atención a la posibilidad o imposibilidad de que se fraccionen en porciones que conserven la función y, proporcionalmente, el valor del todo, esto es, en porciones cualitativamente iguales al todo, llamadas partes-posibilidad o imposibilidad, entonces, de fraccionamiento material, es decir, real o "in natura"—, la obligación de dar¹⁶, en nuestra opinión, no se divide en obligaciones de traspasar cuotas de copropiedad (o de otro derecho divisible en cuotas), sino que se divide más bien en obligaciones de transferir la propiedad (u otro derecho) sobre partes (reales) de la cosa, objeto de la prestación; conclusiones éstas que valen tanto frente a una "quantitas" (de

15 La divisibilidad en este otro sentido, al menos según las más connotadas enseñanzas no es cualidad o característica de las cosas, sino más bien de los derechos, como por ejemplo, el de propiedad.

16 Obviamente que en el texto discurrimos de "dar" en un sentido amplio, que comprende también, verbigracia, la obligación de vender.

cosas fungibles entre sí), y que como tal es divisible, como frente a un solo "corpus", que sea divisible ("in natura")¹⁷. De tal modo que, frente a hipótesis de divisibilidad de la cosa —y por lo tanto, de la obligación— a cada deudor (o al único) el acreedor (o cada uno de los acreedores) puede exigirle el traspaso de la propiedad de una parte de la cosa (correspondiente a su cuota de deuda o de crédito); por el contrario, frente a hipótesis de indivisibilidad de la cosa —y, por lo tanto de la obligación— a cada deudor (o al único) le puede ser exigido por el acreedor (o por cada uno de los acreedores) el traspaso de la propiedad de la totalidad de la cosa, como si la obligación fuere pasiva o activamente¹⁸ solidaria¹⁹.

En estricta aplicación del principio general que identifica la divisibilidad o la indivisibilidad de la obligación con la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación, es decir, de la cosa (y por ello de las utilidades que ésta representa en la relación a constituirse), en la hipótesis que estamos examinando hay divisibilidad de la obligación por partes de la cosa y no por cuotas del derecho. No ejercen entonces ninguna influencia, en lo tocante a la divisibilidad o no de la obligación, la divisibilidad o indivisibilidad entendidas como susceptibilidad o insusceptibilidad

17 La divisibilidad de una cosa no es algo distinto a la divisibilidad de una cantidad de cosas; ni tampoco existen en nuestra legislación datos positivos de los que pueda argumentarse una distinta relevancia entre una y otra. De modo que la divisibilidad de la "quantitas" y la divisibilidad de un solo "corpus", como gozan de una idéntica relevancia respecto al modo en que se realiza la disolución de la comunión (división "in natura", si hay divisibilidad), del mismo modo ejercen una idéntica influencia sobre la relación obligatoria, en cuanto una y otra determinan la divisibilidad de la obligación.

18 Muy presente tenemos que nuestro Código Civil, artículo 636, no admite la solidaridad entre acreedores; sin embargo, nos permitimos hablar en el texto de solidaridad activa porque simplemente no comulgamos con semejante tesis, hoy superada.

19 Por la facultad de exigir el "totum" a uno solo de los co-deudores de la obligación de dar indivisible (o solidaria), no obstante que el co-deudor (copropietario) no pueda transferir "plus iuris quam ipse habet", se pronuncian autores como CICALA, Raffaele, op. cit., pág. 26; Idem, "Concetto di divisibilità e d'indivisibilità dell' obbligazione", Jovene Ed., Napoli, 1953, pág. 23; REDENTI, Enrico, "Il giudizio civile con pluralità di parti", Milano, 1911, págs. 238 y sgs. Sin embargo, no pocos autores se inclinan hacia la tesis de que el acreedor debe accionar contra todos los deudores, pidiendo el contemporáneo traspaso de todas las cuotas: GANGI, Calogero, op. cit., pág. 292; GIORGIANNI, Michele, op. cit., págs. 133 y 138; RUBINO, Domenico, op. cit., pág. 349.

de comunión del derecho que debe ser traspasado o constituido. Tampoco tiene importancia la problemática que concierne la estructura de la co-propiedad y, en general, de la comunión del derecho subjetivo. Así, la idéntica o distinta naturaleza que pueda existir entre propiedad y co-propiedad —es decir, el ser o no el derecho del co-propietario derecho de propiedad— no nos conduce a concluir (como postula la doctrina dominante), ni tampoco a excluir (como ha sido sostenida por alguien²⁰), la divisibilidad de la obligación de traspasar la propiedad en obligaciones de transferir cuotas de co-propiedad: ningún dato de derecho positivo²¹ atribuye en esta materia relevancia a la llamada divisibilidad ideal²² (del derecho cuya vicisitud es efecto de la prestación), en el sentido de que es ésta, y no la divisibilidad del objeto de la prestación, la que determina la divisibilidad de la obligación de dar. Identificar la divisibilidad de la obligación de traspasar la propiedad, de constituir o traspasar el usufructo, etc., con la posibilidad de traspasar cuotas o de constituir por cuotas tales derechos, riñe con el concepto de divisibilidad de la obligación como posibilidad de que el cumplimiento parcial brinde al acreedor, proporcionalmente, la misma utilidad que le proporcionaría el cumplimiento de toda la obligación. En realidad de verdad —y es precisamente aquí en donde se admira en todo su esplendor la falsedad de la concepción tradicional— entre el traspaso de la propiedad (la constitución o el traspaso del usufructo, etc.) de una cosa y el traspaso de la co-propiedad (la constitución o el traspaso del usufructo, etc.) de la misma cosa, existe, respecto a las utilidades

20 ALLARA, Mario, *"Le nozioni fondamentali del Diritto Civile"*, I, Giappichelli, Torino, 1958, págs. 569 y ss.

21 Y no se crea que el dato positivo puede encontrarse en el inciso 2º del artículo 272 del Código Civil, pues dicha norma lo único que hace es pregonar un principio que nadie somete a discusión: la indivisibilidad de ciertas cosas o derechos, como los de servidumbre y los llamados reales de garantía.

22 No debemos confundir la divisibilidad ideal o por cuotas con la divisibilidad intelectual a que alude el inciso 1º del artículo 662 del Código Civil. Hay división material cuando una cosa se descompone orgánicamente en dos o más partes o porciones separadas y autónomas, que brindan la misma función y tienen, proporcionalmente, el mismo valor que el todo. Se dividen materialmente, por ejemplo, los líquidos, el papel, la tiza, etc.; hay división intelectual cuando una cosa, si bien no puede descomponerse orgánicamente en dos o más partes que resulten separadas y autónomas, es susceptible de dividirse en porciones que ofrecen la misma función y tienen, proporcionalmente, el mismo valor que el todo, como por ejemplo, un inmueble.

que uno y otro brindan, una diferencia cualitativa que es obra de los especiales límites inherentes al derecho en comunión²³; entre el traspaso de la propiedad (la constitución o el traspaso del usufructo, etc.) de una cosa y el traspaso de la propiedad (la constitución o el traspaso del usufructo, etc.) de una parte de la misma cosa, hay, por el contrario (y siempre respecto a las utilidades que uno y otro deparan), una diferencia tan sólo cuantitativa, gracias a la igualdad cualitativa de la parte al todo.

Podemos decir, entonces, que la solución aquí propuesta está respaldada por la incongruencia de medir y parangonar la divisibilidad de la obligación de dar con la divisibilidad (en cuotas) del derecho a traspasar o constituir, incongruencia que nos permite comprender y destacar la importancia, aun práctica, de referir toda la problemática, al través del objeto de la prestación, al interés del acreedor.

B.—Contrastantes posiciones encontramos en la doctrina en tema de obligación de entregar: se afirma su divisibilidad o indivisibilidad según que deba procurarse al acreedor la posesión o la simple tenencia, como consecuencia de la divisibilidad (por cuotas) de la posesión (y, por lo tanto, de la posibilidad de cumplimiento por cuotas de co-posesión) y, respectivamente, de la indivisibilidad de la tenencia; o bien la divisibilidad, en todo caso, basándola en la indivisibilidad del acto de la entrega²⁴. Todas estas afirmaciones hacen expresa o implícita referencia a la hipótesis en que el objeto del acto de entrega es una cosa simple individual, un solo "corpus", y no una "quantitas" de cosas fungibles: respecto a este último caso se afirma, generalmente, la divisibilidad de la obligación (en partes reales de la "quantitas").

Ahora bien; es nuestro deber recalcar que la vicisitud de la posesión o de la simple tenencia es un efecto jurídico de la presta-

23 La doctrina ha tenido ocasión de constatar que la suma de los valores de las llamadas "partes pro indiviso", por su menor amplitud y por su menor facilidad de goce (los inconvenientes a que da lugar la comunión, los gastos en que debe incurrirse para efectuar la división, etc.) es inferior al valor de la cosa entera.

24 La afirmación de la indivisibilidad de la obligación de entregar con fundamento la indivisibilidad del acto de la entrega ha sido sostenido últimamente por MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 420. En el mismo sentido, VON THUR, Andreas, op. cit., pág. 281.

ción²⁵; el acto de entrega es la prestación misma; objeto de la prestación es aquí, al igual que en la obligación de dar, la cosa: así, igual que la obligación de dar, la de entregar es divisible o indivisible según que la cosa objeto de la prestación sea o no divisible. Semejante solución vale para todas las especies de la obligación de entregar: sea que deba procurarse al acreedor la posesión o la simple tenencia; sea que deba entregarse una cantidad de cosas fungibles o una sola cosa²⁶.

C.—Se suele afirmar en doctrina, pacíficamente, la indivisibilidad de ciertas obligaciones de hacer en base a la constatación de que sólo la ejecución total de la prestación produce un resultado idóneo a satisfacer el interés del acreedor; mientras que los resultados singulares de los respectivos actos de ejecución tienen un valor subordinado el uno del otro y no independiente el uno del otro, es decir, que ellos sirven sólo para preparar el cumplimiento, que no se perfecciona hasta que no se produzca el resultado final. Dentro de ese orden de ideas se sostiene que son siempre indivisibles, por ejemplo, las obligaciones de custodiar, de transportar y de ejecutar una obra²⁷. Tampoco comulgamos con estas ideas.

Que existan prestaciones cuyo cumplimiento se perfeccione sólo con el resultado final —que constituye precisamente el hecho idóneo a satisfacer el interés del acreedor— es una constatación

25 Según FUNAIOLI, "La tradizione", CEDAM, Padova, 1942, pág. 204 y sgs., la "traditio" consiste en pasar de una posición de hecho a una posición jurídica de poseedor", por ello, aun el traspaso de la posesión es un efecto jurídico. En el mismo sentido DALMARTELLO, "La consegna della cosa", Giuffrè, Milano, 1950, págs. 181 y sgs. y 194 y sgs.

26 Respecto a la analogía existente entre la obligación de dar y la de consignar puede consultarse BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 16, números 14 y 17.

27 Respecto a la obligación de custodiar, ver FIORENTINO, "Del deposito", en Comentario del Cód. Civil, dirigido por Scialoja y Branca, Libro IV, (arts. 1754-1860), Zanichelli S.P.A., Bologna, 1959, pág. 77; respecto a la obligación de transportar, ver IANUZZI, "Del Transporte (art. 1678-1972)" ivi 1961, pág. 262; y en lo tocante a la obligación de construir una obra, ver BRANCA, Giuseppe, op. cit., pág. 264; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, op. cit., pág. 21; STOLFI, M., "Appalto-Transporto", en Trattato di Dir. Civile, dirigido por Grosso y Santoro-Passarelli, V, 4, Vallardi, Milano, 1961, pág. 41; VON THÜR, Andreas, op. cit., pág. 281. Acoge las conclusiones del texto sin entrar en muchas consideraciones, BRENES CORDOBA, Alberto, op. cit., pág. 52, números 107, para la obligación de transportar y N° 110 para la obligación de ejercitar una obra y pág. 54, N° 115.

pacífica y exacta. Pero sobre semejante constatación no puede fundamentarse la indivisibilidad de las obligaciones en examen, porque la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación está determinada, como hemos venido repitiendo hasta la saciedad, por la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación y no por la mencionada característica (la llamada "complejidad") de la prestación.

Cuando, para determinar si las obligaciones en examen son o no divisibles, hacemos referencia a uno o más actos aislados o momentos del comportamiento de custodia, a uno o más sectores del recorrido, a las porciones del edificio (cimientos, pisos, aposentos, etc.) que resulten de la ejecución (cuyo conjunto constituirá la "opus perfectum"), y afirmamos que hay indivisibilidad porque en estas fases de la actividad del deudor se obtienen resultados cualitativamente distintos al resultado prometido, hemos entonces considerado la prestación, valorándola en los momentos sucesivos de su ejecución, y no el objeto de la prestación bajo el ámbito de su divisibilidad o indivisibilidad. En realidad, el objeto de la prestación, que es lo que satisface el interés del acreedor, consiste, en cada una de las hipótesis en examen, en el resultado de la prestación (hecho): Y aquí, precisamente por el mencionado carácter de la prestación, no hay resultado, y por ende cumplimiento y satisfacción del interés, sino hasta el momento final de la actividad de ejecución. De ahí que la divisibilidad o la indivisibilidad del objeto de la prestación debamos buscarla en el hecho en sí, el hecho en cuanto tal, en cuanto resultado final y no en el "iter" formativo de ese resultado, es decir, en el "facere" (prestación) porque, así discurriendo, no representaríamos el objeto (resultado), sino la prestación (medio). Y debemos recordar que la división es una vicisitud de los objetos (y, por lo tanto, de las relaciones) que opera en un solo momento, es decir, en función del espacio, no del tiempo^{28, 29}.

28 Como resultado de las enseñanzas sobre la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas, y su posible extensión a los hechos, divisibilidad es la posibilidad de fraccionamiento en partes existentes contemporáneamente, sea que las cosas son consideradas en sus dimensiones espaciales y no también en las temporales, esto es, en la duración de la relación de que la cosa es objeto.

29 Resulta importante tener muy presente, en lo referente a este punto concreto, el cuadrinomio fundamental de la fenomenología jurídica de que nos habla Angelo FALZEA, "Efficacia Giuridica", en Enciclopedia del Diritto, XIV, Giuffrè Ed., Milano, 1965, págs. 467 y 468.

El hecho-objeto (o resultado) de la prestación de custodiar —encontrarse la cosa en el mismo estado en que estaba al momento de constituirse la relación—, en cuanto constituye un modo de ser la cosa, es divisible o indivisible, según que la cosa cuya vigilancia se impone sea divisible o indivisible: en el primer supuesto, y no en el segundo, puede realizarse por partes de la cosa, esto es, es fraccionable en porciones contemporáneas e iguales al todo, así por ejemplo, la obligación de custodiar cien quintales de arroz, salvo que resulte indivisible por expresa voluntad de las partes (artículo 662, inciso 2º C. C.), es divisible en dos (o más) obligaciones de custodiar cincuenta (o menos) quintales de arroz; la obligación de custodiar un vehículo es, por el contrario, indivisible. El hecho-objeto (o resultado) de la prestación de transportar —encontrarse la cosa en un lugar distinto al que se encontraba al momento de constituirse la relación—, en cuanto es un modo de ser de la cosa, es divisible según que la cosa que debe ser transportada sea divisible o indivisible: en el primer caso, no así en el segundo, puede realizarse por partes de la cosa, es decir, es fraccionable en porciones contemporáneas e iguales al todo; así por ejemplo, la obligación de transportar cien quintales de arroz, salvo que sea indivisible por expresa voluntad de las partes (art. 662, inciso 2º C. C.), es divisible en dos (o más) obligaciones de transportar cincuenta (o menos) quintales de arroz; la obligación de transportar un vehículo es, por el contrario, indivisible. El hecho-objeto (o resultado) de la prestación de ejecutar una obra, que consista, por ejemplo, en construir uno o varios edificios —esto es, el edificio o los edificios, en cuanto constituye la cosa misma, es divisible o indivisible según que la cosa-hecho pueda o no generarse en porciones contemporáneas o iguales al todo. Debemos notar la diferencia entre esta última hipótesis y las anteriores: en aquellas la cosa (que debe ser custodiada o transportada) existe antes que el hecho, que se concreta en un modo de ser de la cosa; en esta última hipótesis el hecho se concreta en la cosa misma. Pero notemos también que, respecto a las tres hipótesis, hay identidad en el modo de efectuar el análisis: en todas las hipótesis debemos previamente determinar si el hecho puede o no cumplirse en porciones que se originan contemporáneamente y, luego, si la solución fuere afirmativa, si tales porciones son iguales al todo.

En relación a la tercera hipótesis —en donde, a diferencia de las restantes, el hecho se concreta en la cosa misma— debemos

tener muy presente que la indivisibilidad de la cosa en cuanto hecho, esto es, en cuanto resultado de la actividad creativa del deudor, no debe coincidir necesariamente con la indivisibilidad de la cosa en cuanto objeto de la actividad dispositiva del deudor. Esto no lo toma en consideración la doctrina que considera el objeto en sí (el edificio en sí considerado)³⁰ y no el objeto en su posición respecto a la prestación, el objeto de la determinada prestación, que es prestación de hacer —el edificio en cuanto hecho—. También en esta hipótesis, la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación depende, como veremos, de la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación.

El edificio (un solo edificio) que debe ser construido no es un resultado que pueda ser fraccionado, como hecho, en porciones (resultados o hechos parciales) que tengan cumplimiento en el mismo momento (dentro del término del cumplimiento de la obligación), porque los cimientos existirán antes que el primer piso y éste después de los cimientos y antes que el segundo y éste después del primero pero antes que el tercero, etc. Por el contrario, el edificio mismo, en cuanto simplemente cosa, en cuanto objeto de una prestación de dar o de entregar, puede ser fraccionable en porciones (pisos o porciones de pisos) coexistentes e iguales, y por eso pueden ser divisibles —por partes (reales) del edificio y no por cuotas de co-propiedad— la obligación de dar y la de entregar un edificio. Ahora bien; en el primer supuesto —obligación de hacer—, es la misma imposibilidad de fraccionarlo en porciones existentes en un mismo momento lo que excluye, de un tajo, la divisibilidad, pues no siendo posible que las porciones del hecho vean la luz a un mismo tiempo, falta la contemporaneidad de las partes que es presupuesto de la divisibilidad. Esto nos obliga a concluir que estamos ante una obligación indivisible, aunque se dieran porciones con los mismos caracteres funcionales de todo.

Tomemos ahora como ejemplo la obligación de construir dos edificios: aquí el objeto de la prestación consiste en un hecho (o resultado) que puede ser cumplido en porciones (cada uno de los edificios) que surgen o se originan, a diferencia de los pisos

³⁰ RUBINO, Domenico, op. cit., págs. 345 y sgs.; idem, "Dell'appalto (art. 1655-1677)", en Comentario al Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961, págs. 24 y 30 y sgs.

de la hipótesis anterior, en un mismo momento. En este supuesto es necesario determinar si cada una de las porciones del hecho —cada uno de los edificios— es igual al todo —los dos edificios—, a fin de poderles dar el calificativo de partes. Si la respuesta fuera afirmativa, habrá divisibilidad del objeto de la prestación, y, por ende, de la obligación, como por ejemplo, en el caso de la obligación de construir dos o más edificios iguales, que no constituyen un único complejo arquitectónico (salvo, claro está, la contraria voluntad de las partes, esto es, la llamada indivisibilidad subjetiva, ex art. 662, inciso 2º C. C.).

Tenemos entonces que, según la "communis opinio", las obligaciones en examen son siempre indivisibles. Esta temeraria afirmación, a la cual respetables escritores se adhieren en base a la valoración del carácter "complejo" de la prestación, sin considerar la divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la prestación y por lo tanto sin valorar, o valorando en forma incompleta, el interés del acreedor —que es, como hemos repetido incansablemente, interés al objeto de la prestación, y no a la prestación en sí considerada—, comprende todas aquellas hipótesis en donde el cumplimiento de la obligación parcial le brindará al acreedor, proporcionalmente, una utilidad igual a la que le ofrecería el cumplimiento de la entera obligación. Estos últimos son, precisamente, los casos respecto de los cuales debe llegarse a la conclusión, sin desconocer el carácter complejo de la prestación, de que la obligación es divisible porque el objeto de la prestación es divisible: el hecho-objeto de las prestaciones de custodiar, de transportar y de ejecutar la obra, divisible en cuanto susceptible de satisfacción parcial, es el interés a tal objeto pertinente. En dichas hipótesis, el cumplimiento parcial de la obligación (custodiar cincuenta quintales de arroz, transportar cincuenta quintales de arroz, construir un solo edificio de dos edificios iguales que no constituyan un único complejo arquitectónico) ofrece proporcionalmente al acreedor —precisamente porque se perfecciona con el cumplimiento de una parte del hecho-objeto— una utilidad igual que la que le ofrecería el cumplimiento total de la obligación, es decir, custodiar cien quintales de arroz, transportar cien quintales de arroz o construir dos edificios iguales.

Conclusión: El concepto según el cual la divisibilidad de la obligación es la posibilidad de que el cumplimiento parcial de

la obligación le brinde al acreedor, proporcionalmente, la misma utilidad que le brindaría el cumplimiento total de la obligación, encuentra fundamento sólo determinando, en el objeto de la prestación, el elemento de la relación que conlleva a la divisibilidad de la relación misma y no es coherente, como parece postularlo la doctrina, con una distinta identificación de tal elemento.

BIBLIOGRAFIA

- ALLARA, Mario. "*Le nozioni fondamentali del Diritto Civile*", I, Giappichelli, Torino, 1958.
- BARASSI, Lodovico. "*Instituciones de Derecho Civil*", II, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.
- BARASSI, Lodovico. "*Teoria Generale delle obbligazioni*", I, Giuffré, Milano, 1948.
- BARBERO, Domenico. "*Sistema del Derecho Privado*", III, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1967.
- BIONDI, Biondo. "*Los Bienes*", Ed. Bosch, Barcelona, 1961.
- BRANCA, Giuseppe. "*Instituciones de Derecho Privado*", Ed. Porrúa, S. A., México, 1978.
- BRENES CORDOBA, Alberto, "*Tratado de las Obligaciones*", Ed. Juricentro, S. A., San José, 1977.
- CARBONNIER, Jean. "*Derecho Civil*", II, 3, Ed. Bosh, Barcelona, 1960.
- CICALA, Raffaele. "*Concetto di divisibilità e d'indivisibilità dell'obbligazione*", Jovene Ed., Napoli, 1953.
- CICALA, Raffaele. "*Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*", en Saggi, L'arte Tipografico, Napoli, 1969.
- COLIN AMBROSIO, CAPITANT, Henri. "*Curso Elemental de Derecho Civil*", III, Ed. Reus, Madrid, 1943.
- DALMRTELLO, Arturo, "*La Consegnà della cosa*", Giuffré, Milano, 1950.
- ENNECERUS, Ludwing, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín, "*Tratado de Derecho Civil*", II, 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1947.
- FALZEA, Angelo. "*Efficacia Giuridica*", en Enciclopedia del Diritto, XIV, Giuffré, Milano, 1965.
- FIORENTINO, "*Del deposito*", en comentario del Cód. Civ. dirigido por Scialoja y Branca, Libro IV (arts. 1754-1860). Zanichelli S.P.A., Bologna, 1959.

- FUNAIOLI, Carlo Alberto. "La Tradizione", CEDAM, Padova, 1942.
- GANGI, Calogero. "Le obbligazioni", Giuffrè, Milano, 1951.
- JANUZZI, Angelo. "Del trasporto (art. 1678-1972)", en Comentario del Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.
- MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial", IV, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.
- PACCHIONI, Giovanni. "Delle obbligazioni in generale", CEDAM, Padova, 1935.
- PEREZ, Víctor. "Objetos, Cosas y Bienes en sentido jurídico", en Revista Judicial N° XV, San José, marzo 1980, págs. 107 y 108.
- PUGLIATTI, Salvatore. "Beni e cose in senso giuridico", Giuffrè Ed., Milano, 1962.
- REDENTI, Enrico. "Il Giudizio Civile con pluralità di parti", Milano, 1911.
- RUBINO, Domenico. "Delle obbligazioni (art. 1285-1320)", en Comentario al Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.
- RUBINO, Domenico. "Dell' appalto (arts. 1655-1577)", en Comentario al Cód. Civ., dirigido por Scialoja y Branca, Zanichelli S.P.A., Bologna, 1961.
- SCUTO, C. "Teoria Generale delle obbligazioni", Jovene Ed., Napoli, 1950.
- STOLFI, M. "Appalto-Transporto", en Trattato di Diritto Civile dirigido por Grosso y Santoro-Pasarelli, V, 4, Vallardi, Milano, 1961.
- TRABUCCHI, Alberto. "Instituciones del Derecho Civil", II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.
- VON THUR, Andreas. "Tratado de las obligaciones", II, Ed. Reus S.A., Madrid, 1934.

LA CASACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ITALIANO*

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

* La primera parte (histórica) se publicó en el número anterior de esta revista (N° 41). La tercera y última unidad (sobre Costa Rica) se publicará en el N° 43. Se advierte que en las páginas 87 y 99 de la revista N° 41, líneas 19 y 15 se deben leer respectivamente, 1790 y 1799.