

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

Doctor de Derecho (U. Complutense de Madrid)

Profesor titular de Derecho Civil

U. de Concepción

U.C. de la Stma. Concepción

OBLIGACIONES

TEORIA GENERAL Y CLASIFICACIONES
LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

© DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 137.039, año 2003
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de diciembre de 2003

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1511-0



"Con el tiempo, todos te olvidarán.
Te olvidarán tus parientes, tus vecinos,
tus amigos y hasta tus enemigos.
Pero nunca tu acreedor".

ABREVIATURAS

art., arts.	artículo, artículos
CC	Código Civil
C. de A.	Código de Aguas
C. de C.	Código de Comercio
C. de M.	Código de Minería
C. del T.	Código del Trabajo
cons.	considerando
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
COT	Código Orgánico de Tribunales
C. Pol.	Constitución Política
CPP	Código de Procedimiento Penal
D.	Derecho
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
D.O.	Diario Oficial
DS	Decreto Supremo
edic.	edición
Edit.	Editorial
F. del M.	Revista Fallos del Mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales
inc., incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
p., pp.	página, páginas
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia

ABREVIATURAS

Regl.	Reglamento
Repert.	Repertorio
Rev.	Revista
secc.	sección
sem.	semestre
sent.	sentencia
sgts.	siguientes
T.	tomo
tít., títs.	título, títulos
trad.	traducción, traductor
Univ.	Universidad
v.	ver o véase
vol.	volumen

PRIMERA PARTE

TEORIA GENERAL

EN CUANTO A LOS SUJETOS

12. DE SUJETOS UNICOS Y CON PLURALIDAD DE SUJETOS

El art. 1438 advierte que cada parte puede estar compuesta por una o muchas personas.

Lo normal en la relación obligatoria es la unidad de sujetos; una persona el acreedor y una el deudor. Pero en cada extremo puede haber pluralidad de sujetos.

Según la posición en que se presenta la pluralidad, se distinguen tres categorías: pluralidad activa (varios acreedores); pluralidad pasiva (varios deudores); pluralidad mixta (varios acreedores y varios deudores). Además, al relacionar la pluralidad con la prestación, se configuran otras tres categorías: simplemente conjuntas o mancomunadas, solidarias e indivisibles (por cierto, ambas clasificaciones pueden superponerse).

I. *Obligaciones simplemente conjuntas (o mancomunadas)*

Son aquellas que teniendo pluralidad de sujetos y objeto divisible, cada deudor debe una parte (o cuota) de la prestación y cada acreedor tiene derecho a una parte (o cuota) de ella.³⁶³

El Código no destinó un título o párrafo especial a esta categoría, pero dispuso algunas reglas, principalmente en los arts. 1511 y 1526.

³⁶³ En algunos ordenamientos, como en el español, estas obligaciones son denominadas "parciarias", y llaman "mancomunadas" (o "en mano común") a aquellas en que la prestación debe ser cumplida por todos los deudores (por el consorcio o conjunto) y debe ser reclamada por el conjunto de acreedores.

Con esos textos y algunos otros presentan las siguientes *características*:

1°. Tienen pluralidad de sujetos (y vínculos) y unidad de prestación.

La pluralidad de sujetos (en cualquier extremo o en ambos, como se dijo) es rasgo común a las tres categorías, que la distingue de las que tienen unidad subjetiva, pero, al igual que las solidarias, las mancomunadas tienen un objeto divisible. La prestación es sólo una (porque si son varias, hay varias obligaciones), aunque esa única prestación puede estar compuesta por varios individuos, pero ella ha de ser de cosa divisible (art. 1511); si la prestación es indivisible, la obligación es indivisible (aplicándose el estatuto especialmente destinado al efecto).

Estas dos características confluyentes, de una sola prestación y varios sujetos obligados cada uno a su cuota, tipifican a esta categoría y la dejan en una permanente tensión, por el énfasis que se puede imprimir, ya a la primera ya a la segunda (que implica pluralidad de vínculos), al punto de que entre los comentaristas se oscila entre una obligación con pluralidad de sujetos y simplemente varias obligaciones.³⁶⁴

2°. Constituyen la regla general. Habiendo pluralidad de sujetos, el Código chileno exige fuente expresa para la solidaridad (art. 1511) y para casos de indivisibilidad convencional (art. 1526 N° 4). Entonces, habiendo pluralidad de sujetos, quien alegue que la obligación es solidaria o indivisible debe probarlo; y los textos que las establecen debe interpretarse restrictiva o, a lo más, declarativamente.

3°. Pueden surgir originaria o derivativamente.

Es originaria la que surge al contraerse la obligación (por ej. varios compran conjuntamente una cosa y quedan obligados a pagar el precio). En la práctica exhibe alguna declinación; especial-

mente cuando hay varios deudores, el acreedor (por ej., el banco) exige solidaridad.

La derivativa tiene lugar por acto entre vivos o por causa de muerte. Por acto entre vivos, cuando un acreedor transfiere su derecho a varios (y, si se admite la transferencia de deudas, cuando un deudor transfiere su deuda a varios). Por sucesión por causa de muerte, cuando fallece uno de los sujetos (acreedor o deudor), sea el único o uno de los solidarios.

El origen por causa de muerte requiere de una referencia especial. En nuestro derecho, habiendo dos o más herederos, las *deudas* hereditarias se dividen entre los herederos, a prorrata de sus cuotas hereditarias (art. 1354); esa división se produce de pleno derecho, es decir, por el solo hecho del fallecimiento; por tanto, desde ese instante, cada heredero (del deudor) es deudor, no más ni menos, de una cuota en la deuda del causante (así se produce una mancomunidad derivativa pasiva).

Pero no existe una norma que, con la misma claridad, se pronuncie sobre la situación de los *créditos*. Y ante este silencio está discutido si, al igual que las deudas, se dividen de pleno derecho a prorrata de las cuotas hereditarias,³⁶⁵ o se mantienen indivisos, en comunidad, al igual que los demás bienes, hasta la partición (sin perjuicio de la retroactividad de ésta).³⁶⁶ Un gran argumento para sostener la división ipso jure es el art. 1526 N° 4, inc. final, el cual, más aún, parece resolver el problema. Luego de referirse a la muerte del deudor, dispone: "Pero los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas". Si bien este texto parece disponer la división de los créditos, tiende a predominar la tesis de que se mantienen indivisos, considerando que los créditos son bienes (cosas incorpóreas) y que la regla es que los bienes se mantienen en comunidad hasta la partición; y el citado art. 1526 N° 4 trataría solamente la relación entre los herederos (nuevos acreedores) y el deudor (para el cobro; cada uno podría cobrar sólo una cuota), pero —se estima— obtenido el pago, el producto ingresaría a la masa indivisa.

³⁶⁴ Por ej., se llega a decir que hay "igual número de obligaciones, que son múltiples, desapareciendo toda relevancia de unidad primitiva" (Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. T. IV, vol. I, N° 162, p. 182; también Hernández Gil, Antonio. Ob. cit. D. de obligaciones, p. 95; en un estudio sobre la solidaridad, que se citará más adelante, el mismo autor expresa que "es sólo una circunstancia económicamente relevante la que hace que los varios sujetos sean concebidos como parte de una unidad..."). Más aún, hasta se exponen con cierta contradicción: "Por eso, podemos decir que en la obligación simplemente conjunta hay tantas obligaciones, sean deudas o créditos, cuantas sean las personas que en ellas intervienen" (Alessandri, Arturo. Ob. cit., p. 213). V. al respecto, el art. 691 del CC argentino.

³⁶⁵ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. VIII, N° 2602, p. 208; Barriaga, Gonzalo, en nota a la sentencia que sigue; *RDJ*, T. 30, secc. 1ª, pp. 425 y sgts.

³⁶⁶ En este sentido: Alessandri, Arturo, en nota a la sentencia de *RDJ*, T. 30, secc. 1ª, pp. 425 y sgts.; *RDJ*, T. 5, secc. 1ª, p. 282; T. 15, secc. 1ª, p. 277; *G.T.* de 1912, T. I, N° 417, p. 614; *G.T.* de 1912, T. I, N° 481, p. 749.

Como se ve, para nuestro tema la discusión no es mayormente relevante, porque, aunque se sostenga la comunidad de los créditos, lo cierto es que, por norma expresa (art. 1526 N° 4), ante el deudor, cada heredero del acreedor sólo puede cobrar su cuota (con mayor razón sólo puede cobrar su cuota si se sostiene la división) (así se produce una mancomunidad derivativa activa).

Con lo dicho puede concluirse: la mancomunidad derivativa *mortis causa* surge cuando fallece el deudor o uno de ellos y deja dos o más herederos (mancomunidad pasiva) o fallece el acreedor o uno de ellos y deja dos o más herederos (mancomunidad activa).

4°. La división es generalmente igualitaria. Pero convienen algunas precisiones.

– En la originaria, debe estarse en primer lugar a lo que se estipule. Si no hay estipulación, generalmente se ha concluido que el reparto es igualitario, estimándose que es lo natural, agregándose la aplicación por analogía de una regla de la comunidad (art. 2307 inc. 2°).³⁶⁷ También se ha propuesto otra solución: atenderse al interés; el reparto debe efectuarse en proporción al interés de cada uno, para lo cual se aplica por analogía otra norma ubicada en la solidaridad (el art. 1522 inc. 2°);³⁶⁸ y habría que añadir que si no se puede determinar la proporción del interés, se les tendrá a todos por igualmente interesados.

Por nuestra parte, a ambas alternativas les encontramos objeción. El reparto igualitario no parece equitativo habiendo sujetos que puedan demostrar diverso interés. Y el simple reparto conforme al interés presenta un inconveniente práctico, muy patente en la mancomunidad pasiva: deja al acreedor en la incierta situación de determinar el interés que tienen, a su interior, los varios deudores (ante su demanda por cierta cuota, que él plantea según su averiguación, muy probablemente el demandado le reprochará que no es ésa la magnitud del interés que él tiene en la deuda). Entonces, preferimos una solución que parece al tiempo ecuánime y factible. Procediendo con un método semejante al de la solidaridad, ante el acreedor, no habiendo estipulación (ni norma), las cuotas se presumen iguales (con la analogía del art. 2307, inc. 2°) y luego de extinguida la obligación, el deudor que –según él– pagó más de lo que le corresponde, puede demandar al otro u otros, con-

forme al diverso grado de interés (con la analogía de los arts. 1522 inc. 2°) y con las pruebas que se aporten se decidirá. La prueba del diverso interés y de su magnitud, por cierto, es del que así lo afirma.³⁶⁹

– En la derivativa por acto entre vivos, se aplica lo dicho.

– En la derivativa *mortis causa* hay norma especial: los arts. 1354 y 1526 N° 4 inc. 3°. Conforme a esos textos, el reparto no es igualitario, sino en proporción a la cuota de cada heredero en la herencia.

Estas obligaciones producen los siguientes efectos.

1°. En cuanto al pago de la deuda, es donde aparece el rasgo fundamental. Cada deudor está obligado sólo al pago de su cuota. Si paga más, en el exceso el pago es indebido. Si el pago excesivo lo efectuó por error, puede pedir restitución al acreedor (arts. 2295 y sgts.); si lo hizo a sabiendas, se aplican las reglas del pago efectuado por un tercero (art. 1572 y sgts.). Y cada acreedor no puede exigir sino su cuota en el crédito. Si recibe más, el deudor se mantiene obligado a pagar las cuotas a los demás acreedores, y puede pedir la restitución a aquel acreedor a quien le pagó en exceso (salvo, por supuesto, que éste haya estado encargado de recibir el pago –diputado para recibir el pago– por los demás acreedores).

2°. En cuanto a otros modos de extinguir las obligaciones, se aplica lo dicho para el pago. Respecto del modo nulidad, suele citarse el art. 1690 como un texto que consagra para ese modo expresamente lo expuesto, pero la regla más bien parece explicarse por el efecto relativo de las sentencias, las cuales no pueden afectar sino a los que intervinieron en el litigio (art. 3° del CC).

3°. La interrupción de la prescripción que beneficia a uno de los acreedores no aprovecha a los otros, y la que perjudica a uno de los deudores no perjudica a los otros (art. 2519). Atendida la naturaleza de estas obligaciones, para la suspensión no puede aplicarse sino la misma regla.

4°. La constitución en mora a uno de los deudores no deja en mora a los otros y la constitución efectuada por uno de los acreedores no aprovecha a los otros; la pluralidad de vínculos existente explica la conclusión.³⁷⁰

De dos o más sujetos cumplidores, ¿puede independientemente cualquiera de ellos pedir la resolución por incumplimiento o

³⁶⁷ Así, por ej., Abeliuk, René. Ob. cit. T. I. p. 325.

³⁶⁸ En este sentido Stichkin, David. Ob. cit., p. 283.

³⁶⁹ Entendemos que el interés es el pecuniario.

³⁷⁰ Así, por ej., Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. T. IV, vol. I, N° 163, p. 183. El art. 697 del CC argentino lo dispone expresamente.

debe esperarse el acuerdo y ejercitarla todos? Está discutido. Se ha sostenido que cuando hay incumplimiento la obligación se convierte en alternativa (porque se puede pedir el cumplimiento o la resolución), y conforme a las reglas de esas obligaciones, la elección debe efectuarse de consuno.³⁷¹ En contra, negándose el cambio de naturaleza de la obligación por la circunstancia del incumplimiento, se ha estimado lo contrario.³⁷²

5°. La culpa de cada uno no alcanza a los demás; no está dispuesto, pero es lo que se deriva de su naturaleza.

6°. La cuota del deudor insolvente no grava a los otros (art. 1526). Excepcionalmente la grava en las relaciones entre codeudores solidarios una vez extinguida la deuda (art. 1522 inc. 3°, en que la obligación ya es conjunta y se expresa que la insolvencia de uno grava a los otros); también en la confianza (art. 2367).

7°. Si se convino cláusula penal, la pena será también mancomunada. La mancomunidad es la regla general; es aplicable el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y al regular la cláusula penal, el art. 1540 inc. 1° lo dispone expresamente respecto de los herederos del deudor, norma que puede aplicarse por analogía al caso en que la deuda es originariamente mancomunada.³⁷³⁻³⁷⁴

³⁷¹ En este sentido, por ej., Alessandri, Arturo: *De la compraventa y de la promesa de venta*. Soc. Imprenta-Litografía Barcelona. Santiago, 1917. T. II, N° 1748 pp. 781 y sgts. (analiza separadamente las situaciones del vendedor y del comprador); G.T. de 1896, T. II, N° 2484, p. 12; G.T. de 1907, T. II, N° 1025, p. 633; RDJ, T. 57, secc. 1°, p. 253.

³⁷² Así, por ej., Pescio, Victorio: "La acción resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor", en RDJ, T. 49, 1° Parte, pp. 88 y sgts.; estima que los créditos se dividen ipso jure y, de ese modo, cada cuota es un crédito autónomo y por él, cada comunero puede pedir, solo, la resolución; Mosco, Luigi: *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Trad. de la 1° edic. ital. por la Redacción Dux, Ediciones y Publicaciones S.A. Barcelona, s.f., N° 75, p. 234; RDJ, T. 11, secc. 1°, pp. 522 y sgts. Lo estimamos también así.

³⁷³ En este sentido, Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 215. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. *Obligaciones*. T. III, N° 204, p. 135; Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. T. IV, vol. I, N° 163, p. 184.

El CC argentino dispone expresamente la individualidad para la mora y la culpa (art. 697).

³⁷⁴ De este texto también se ha derivado que, como se dijo, en las obligaciones mancomunadas la culpa de uno de los deudores no perjudica a los otros y sólo autoriza al acreedor para demandar perjuicios al deudor culpable. Así, por ej., Meza Barros, Ramón. Ob. cit., p. 154.

II. Obligaciones solidarias

El Código dedicó un título especial a esta categoría (tít. IX del libro IV; arts. 1511 y sgts.).

Obligación solidaria es aquella en la cual, debiéndose una cosa divisible y existiendo pluralidad de acreedores, de deudores o de ambos, cada acreedor puede demandar el total de la deuda y cada deudor puede ser demandado por el total.

Conforme a este concepto, según la clase de sujetos en la que hay pluralidad, se distingue entre solidaridad activa, pasiva y mixta. Atendiendo a la fuente de donde emerge, se distingue entre solidaridad convencional, legal, testamentaria. Y según la expresión de la fuente de donde surge, suele distinguirse entre solidaridad perfecta e imperfecta (se examinarán más adelante).

En la constitución de la solidaridad aparece un *interés común* de todos los sujetos (acreedores o deudores) en la ejecución de la prestación, de modo que la finalidad, su función jurídico-económica, es lograr la mejor consecución de ese interés común. En términos más concretos, sintéticos y considerando las dos categorías, la solidaridad es un instrumento para facilitar el pago (en la activa) o facilitar el cobro (en la pasiva).

También del concepto se desprende que en la solidaridad *se requiere* de: pluralidad de sujetos, objeto divisible, unidad de prestación y pluralidad de vínculos y una fuente expresa.

1. La pluralidad de sujetos no requiere de mayor análisis. Sólo merece recordarse que los sujetos pueden ser personas naturales o jurídicas (de una clase o de ambas en cada extremo del vínculo); y que la pluralidad de acreedores es muy infrecuente con origen en la ley (solidaridad activa legal).

2. Es indispensable que el objeto sea divisible. Si es indivisible, se impone el estatuto de las obligaciones indivisibles. Como se verá, allí también cualquier acreedor puede exigir el total a cualquier deudor, pero es así por la indivisibilidad del objeto.³⁷⁵

³⁷⁵ En teoría, no se ve inconveniente en convenir expresamente la solidaridad al contraerse por varios sujetos una obligación indivisible. Hay autores que lo consideran (por ej., Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 81 p. 88, quien cita a Demolombe). Pero, entre nosotros, esa expresión de solidaridad no podría desplazar al estatuto de la indivisibilidad; nuestro art. 1511 concibe la solidaridad con el requisito de la prestación divisible; así, si la prestación es indivisible, se regirá por el estatuto de esta especie de obligaciones. Aunque hay que admitir que podrían formularse estas dos observaciones: Una, que el citado texto se refiere a la prestación divisible en el inc. 1°, al referirse a las mancomunadas, en tanto que es en el inc. 2° en don-

3. La unidad de prestación y la pluralidad de vínculos son caracteres fundamentales.³⁷⁶

La unidad de prestación está expresada en la ley (art. 1512); si son varias las prestaciones, entonces hay varias obligaciones. Reflexionando en la pasiva, esta unidad de objeto debe entenderse en su significado jurídico más que material; no se trata de que cada uno deba su prestación, que resulta idéntica a la de los otros; simplemente todos deben lo mismo.

Pero si bien hay unidad de prestación, se entiende que hay pluralidad de vínculos; tantos como sujetos hay. Se trata de vínculos jurídicos, vectores que parten (por ejemplo) del acreedor, atraviesan la única prestación y llegan, cada uno a cada deudor (ya lo insinúa el citado art. 1512, cuando dispone "aunque se deba de diversos modos"). Con todo, advertimos que en la doctrina esta pluralidad de vínculos forma parte de la amplia discusión desatada sobre la naturaleza de la solidaridad (que se verá pronto).

Aceptada (entre nosotros sobre todo por el art. 1512) la pluralidad de vínculos, ella genera variadas *consecuencias* (algunas de las cuales —como se verá— hacen difícil admitir que se trate de una sola obligación):

a) Algunos de los vínculos pueden estar sometidos a modalidades (art. 1512; por ej., el deudor 1 debe el objeto pura o simplemente, el 2 lo debe a cierto plazo, el 3 a otro plazo y el 4 a condición).

b) Dicho en términos generales, cada vínculo puede tener su propia causa. Se desprende del art. 1522 (por ej., si tres se obligan soli-

da de la solidaridad. Y la otra, que, si bien podría aceptarse que siendo la prestación indivisible ha de regirse en primer lugar por las normas de la indivisibilidad, en lo no previsto por esas reglas, podrían aplicarse las de la solidaridad (en lugar de las reglas de la mancomunidad); para eso serviría el pacto.

³⁷⁶ Si se revisan los textos de doctrina más difundidos, es posible percatarse que esta característica de la pluralidad de vínculos es planteada como un verdadero axioma. Pero en el orden histórico, al menos algunos intérpretes de los textos romanos han intentado una distinción entre correalidad y simple solidaridad (particularmente entre autores alemanes del S. XIX); la primera se concibe con vínculo único y la segunda con pluralidad. Aunque en el derecho moderno la distinción parece estar abandonada, conviene retenerla para comprender mejor las distintas proposiciones doctrinarias sobre la naturaleza de la solidaridad (que se tratará más adelante), y algunas otras distinciones postuladas con base en códigos actuales. Más antecedentes, en Hernández Gil, Antonio: "La solidaridad en las obligaciones", en *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1946, pp. 397 y sgts.

dariamente a restituir un mutuo, puede ser que el primer deudor sea quien efectivamente lo recibió, y allí está su causa, y los otros dos se obligaron por mera liberalidad para caucionar la restitución, con lo cual el acreedor accedió a otorgar el mutuo; eso en un sentido mediato, porque en un sentido inmediato, próximo, frente al acreedor, se entiende que todos acceden por el interés del negocio).³⁷⁷

c) El plazo de prescripción extintiva puede completarse en distintas fechas (si se otorgaron distintos plazos para hacer exigible la obligación). Además (admitiendo la duda), debido a la pluralidad de vínculos pueden surgir plazos de prescripción distintos (por ej., si Pedro debe honorarios profesionales y Juan se obliga junto a él como solidario; el plazo de liberación para Pedro sería el de corto tiempo —2 años conforme al art. 2521— y el de Juan sería el común, de 5 años).³⁷⁸

d) La obligación puede ser nula respecto de uno de los sujetos y válida respecto de los otros (por ej., uno de los deudores es menor adulto que contrajo la obligación sin autorización de su representante legal).

4. Las fuentes de la solidaridad

Ya se dijo que, conforme al art. 1511, las fuentes son la convención, el testamento y la ley. La declaración expresa está exigida en el mismo texto (inc. final). Se insiste, pues, en que, existiendo pluralidad de sujetos, la mancomunidad es la regla general. La solidaridad no se subentiende ni puede aplicarse por analogía. Por lo mismo, quien alegue que hay solidaridad debe demostrarlo (señalando la expresión en algunas de las fuentes mencionadas). Y las normas que la establezcan deben interpretarse restrictiva o, a lo más, declarativamente;³⁷⁹ si la convención o disposición testamentaria no la impone claramente, la solidaridad debe excluirse.³⁸⁰ En

³⁷⁷ Más adelante se volverá sobre este punto, al tratar de la naturaleza jurídica de la solidaridad. Además, desde luego debe advertirse que si se profundiza en este punto surgirá la relación con las diversas concepciones de la causa. También en otro capítulo se efectuará una referencia a las obligaciones "*in solidum*" y allí se verá que en ellas la causa es distinta para cada uno, incluso en sentido próximo.

³⁷⁸ V. C.T. de 1937, 2º sem., N° 190, p. 733.

³⁷⁹ V. al respecto, *RDJ*, T. 70, secc. 4ª, p. 65 (la ley impone la solidaridad al "dueño" del vehículo; no puede incluirse a quien tiene el vehículo a su disposición material, como lo es un arrendatario).

³⁸⁰ En la práctica bancaria el pacto expreso de solidaridad es lo habitual. Si espontáneamente son dos o más los que acuden en busca de financiamiento, el acreedor no pierde la ocasión de imponerlo. Y cuando no, pide otros deudores como una de las alternativas de garantía.

todo caso, no existe una fórmula sacramental (podrá emplearse el adverbio "solidariamente" o "*in solidum*", o aun el efecto principal "y cada acreedor puede exigir el total" o "cada deudor es obligado al total", etc.; el conflicto puede presentarse en redacciones no terminantes, debido a los arts. 1560 en la solidaridad convencional y 1069 inc. 2º en la testamentaria).³⁸¹

En todo caso, al parecer en términos predominantes, se estima que es posible pactar la solidaridad en acto separado, luego de constituida la obligación.³⁸²

Estimamos que, al menos en nuestro medio, al que puede llamarse "principio de no presunción de la solidaridad" se le ha tenido por más sólido e indiscutido de como se le concibe en doctrina y legislaciones extranjeras. Al respecto, y tal como ha quedado dicho, puede mantenerse que tal noción predomina, pero los matices que pueden agregarse llegan a conmovirlo. En resumen, con fundamento en los intereses del tráfico y en la propia voluntad de las partes, se le introducen limitaciones cada vez de mayor envergadura, hasta culminar en la imposición de la regla inversa: que en las obligaciones con pluralidad de sujetos se presume la solidaridad. Las limitaciones se dirigen a eximir de la regla de no presunción a ciertas materias, a directamente presumir la solidaridad en otras, o a atenuar el rigor eliminando la necesidad de expresarla permitiendo que el juez la deduzca considerando una voluntad tácita.³⁸³ Con influencias de una Novela de Justi-

³⁸¹ De este modo, y recordando que no es necesaria una expresión sacramental, la posibilidad de interpretación no puede excluirse.

³⁸² En este sentido Somarriva, Manuel: *Tratado de las cauciones*. Contable Chilena Ltda., editores. Santiago, 1981, N° 49, p. 48, con cita de autores discrepantes y fallos nacionales que la aceptan (se volverá sobre este punto).

La situación del pacto de solidaridad sin obligación previa se tratará más adelante.

³⁸³ En el examen histórico, la no presunción de solidaridad es aprobada sin unanimidad. Ante la muy divulgada afirmación de su raíz romana, se han alzado respetables opiniones discrepantes, para sostener que en el derecho romano clásico el principio era el contrario y que el cambio se produjo más tarde, en el derecho justinianeo. El derecho germánico, que en sus comienzos ignoraba la solidaridad, disponía de una versión equivalente, emparentada con su concepción de la comunidad: las obligaciones "en mano común", penetrando allí la solidaridad en la época de la recepción del derecho romano, acogiéndose, como es explicable, con la regla de no presunción. En el antiguo derecho francés la regla se asienta con marcada influencia de la Novela 99 de Justiniano, y se difunde a través de las obras de Cujas, Dumoulin, Domat y Pothier y se consagra en el Código de 1804 (arts. 1202 y 1197), desde donde se disemina. El derecho español antiguo no permaneció uniforme, pero el Código consagra la regla dominante. V. para más ante-

niano se recoge por el antiguo derecho francés y se consagra en el Código francés, desde donde se disemina a los códigos de su influencia, en Europa y Latinoamérica (entre ellos el nuestro).

En dos de los más destacados códigos del siglo XX se ha llegado a imponer la regla inversa (existiendo pluralidad de sujetos, la ley decide que hay solidaridad, salvo expresión en contrario): los códigos alemán (art. 427, aunque debe tenerse en cuenta también el art. 420, pero con varias excepciones, como las de los arts. 830, 2058, etc.) e italiano (arts. 1294 y 1317). Los otros códigos del siglo XX no han adoptado esta marcada nueva actitud, pero, simpatizando con la tendencia, varios debilitan la rigidez de la tradicional. Así, el CC suizo de las obligaciones (arts. 70 y 143), el mejicano (arts. 1988 y 2006); el portugués (art. 513, que en la convencional exige que conste solamente en "la voluntad de las partes"); el paraguayo (art. 510, que pide que resulte de términos "inequívocos").³⁸⁴ Los nuevos códigos de Bolivia (art. 435) y Perú (art. 1183) mantienen la exigencia de pacto expreso (también el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado, de 1998; art. 752).

Con estos antecedentes, no somos partidarios de un vuelco hacia la presunción contraria, pero sí de la conveniencia de modificar nuestros textos en el sentido de permitir que el juez pueda tenerla por convenida tácitamente, por la vía de la interpretación de actos y contratos y con prueba suficiente (o, al menos, introducir la mínima flexibilidad de tenerla por convenida si se desprende de manera "inequívoca", entendido este concepto como un breve paso más allá del acuerdo "expreso").

Se ha resuelto que determinar si existe o no solidaridad es cuestión de derecho (y, por tanto, revisable en casación).³⁸⁵ Esta afirmación merece ser matizada. Si la duda surge en torno a una norma

cedentes históricos, y legislativos hasta su tiempo, Hernández Gil, Antonio: "El principio de la no presunción de la solidaridad", en *Rev. de D. Privado*, Madrid, 1947, pp. 81 y sgts. También Sancho Rebullida, Francisco: "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos". En *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*. Edics. Univ. de Navarra. Pamplona, 1969, T. III, pp. 565 y sgts. En lugar de no presunción de solidaridad, el autor prefiere plantearlo como de regla general con excepción.

³⁸⁴ En el estudio de Hernández Gil, Antonio, citado, se consigna jurisprudencia francesa y española en esta dirección. En el mismo sentido Sancho Rebullida, Francisco. Ob. cit. T. cit., pp. 565 y sgts.

³⁸⁵ *RDJ*, T. 33, secc. 1ª, p. 193.

legal, se tratará de discrepancia de interpretación de la ley, cuestión jurídica, por lo cual la casación es procedente. Pero si surge alrededor de una convención, una disposición testamentaria o, incluso, una sentencia (cuando el juez puede imponerla, según se dirá), la procedencia de la casación es más discutible, considerando que se trata de interpretar un contrato o un acto jurídico.³⁸⁶

En cuanto a la ley, entre nosotros no se conocen situaciones de solidaridad activa legal. En cambio, en el Código y en leyes especiales hay numerosas situaciones de solidaridad pasiva. Está consagrada, por ej., en el CC, en los arts. 201, 328, 413, 419, 421, 549, 927, 1281, 1283, 1365, 1521, 1526 N° 3, 1635 (con colaboración del juez), 2189, 2317,³⁸⁷ 2372; en el C. de C., en el art. 370 (para los socios de la sociedad colectiva mercantil); en el art. 79 de la Ley 18.092 (sobre letra de cambio y pagaré) (en la materia mercantil en general la solidaridad es ampliamente aplicada).³⁸⁸

³⁸⁶ Y debe recordarse que hay fallos que han resuelto que interpretar un contrato es cuestión de hecho, en tanto que calificarlo es materia de derecho. El punto se torna más complejo cuando se involucran como supuestamente violados el art. 1545 y las normas legales sobre interpretación de los contratos (contenidas en los arts. 1560 y sgts.) y del testamento. El análisis desborda este trabajo.

³⁸⁷ El examen de la importante situación de la solidaridad en el hecho ilícito "cometido" por dos o más personas (principio bastante universal) pertenece más propiamente a un estudio sobre la responsabilidad. V. al respecto, Mazeaud, Henri y Léon, y Tunc, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*. Trad. de la 5ª edic., por Luis Alcalá-Zamora. Edics. Jur. Europa-América, Buenos Aires, 1977, T. II, vol. II, N°s 1938 y sgts., pp. 560 y sgts., con referencia a derechos extranjeros en N° 1944, nota 1. V. también, en actitud de tesis, Galli, Enrique: *El problema de la solidaridad en los delitos civiles y en los cuasidelitos* (Anales). Impr. de la Universidad. Buenos Aires, 1934; y Alessandri, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Impr. Universitaria. Santiago, 1943, N° 402 y sgts., pp. 486 y sgts. V. también *F. del M.* N° 445, p. 1770.

³⁸⁸ Suelen mencionarse algunas explicaciones por las cuales las leyes establecen solidaridad pasiva (no siempre muy convincentes): *creyendo la ley interpretar la voluntad de las partes* (y se señalan los casos de la responsabilidad solidaria de los socios en la sociedad colectiva, de los varios comodatarios del art. 2189); *como una sanción* (en los casos de la indemnización de los perjuicios por la incertidumbre de la paternidad al pasar la mujer a otras nupcias antes de tiempo entre la mujer y su nuevo marido del art. 201, de la responsabilidad por hechos ilícitos cometidos por dos o más sujetos del art. 2317); en la decisión de *conferir una garantía al acreedor* (como en los casos de varios guardadores cuya cuenta deja un saldo al pupilo según el art. 419, en el de pluralidad de albaceas del art. 1281) (v., por ej., Contreras, Leticia: *De las obligaciones solidarias*, Concepción, 1943, N° 22, p. 30). En el mismo sentido Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. III, p. 138, nota 1, citando a De Buen y Batlle en sus anotaciones al Curso de Colin y Capitant.

En todo caso, lo más probable es que el efecto de garantía estará siempre presente en el legislador.

Respecto del testamento, ella aparecerá en las disposiciones testamentarias (por ej., en solidaridad pasiva: el testador deja un legado—deuda testamentaria— a alguien, imponiendo que lo pagarán sus herederos solidariamente; en solidaridad activa: dispone que su heredero pagará cierto legado a dos o más personas, y que cualquiera de ellas podrá exigirlo en su totalidad).

Tratándose de la convención, a lo dicho sólo resta agregar que lo habitual es que se convenga al contraerse la obligación; está discutida la posibilidad de que se establezca en acto separado, aunque predomina la afirmativa.³⁸⁹ Tampoco es necesaria la escrituración, aunque surgirá el inconveniente de la prueba, porque al faltar la constancia escrita (tratándose de una prestación de valor superior a dos U.T.M.) se incurrirá en la inadmisibilidad de la prueba de testigos (entre nosotros, por los arts. 1708 y sgts.).³⁹⁰

³⁸⁹ Es predominante la postura de no exigir la denominada "unidad del acto" (V., por ej., Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 92, p. 94 para la activa, y N° 141, p. 131 para la pasiva, con cita de otros; da cuenta también de solución distinta en épocas de derecho romano, explicable por el rigor de la *stipulatio*).

Entre nosotros se ha sostenido que no hay inconveniente, opinión que compartimos (Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 49 p. 48, con cita de opinantes encontrados y jurisprudencia).

Pero esta libertad de tiempo y lugar en nada altera la exigencia del concurso de la voluntad de todos los que resulten comprometidos (como lo puntualiza el citado Giorgi). Así, en la activa, si después que Pedro quedó como acreedor de Diego, apareciere Juan conviniendo con Diego que Juan será un segundo acreedor solidario, sería necesaria la voluntad de Pedro, porque la llegada de un segundo acreedor le afectaría (si Pedro acepta o anticipadamente la aceptó al contraerse la obligación, no hay inconveniente). Y en la pasiva, si Juan queda como deudor de Pedro, y más tarde aparece Diego como segundo deudor acordándolo así con Pedro, sería necesaria la aceptación de Juan (si Juan acepta o anticipadamente la aceptó al contraerse la obligación, no hay inconveniente). Se podría pretender objetar esta última situación sobre la base de que un tercero puede pagar por el deudor y, por lo mismo, puede prometer pagar y, por tanto, no sería necesaria la voluntad del primer deudor; pero esa pretensión confunde la solidaridad con la ad promisión. Podrá quedar obligado el segundo deudor al pago de la misma prestación, y el pago de uno extingue la deuda respecto de todos, pero no habrá solidaridad, porque falta la voluntad del primer deudor. Y se justifica no tenerlo por solidario sin la voluntad del primer deudor, porque (como se verá pronto) al quedar como solidario puede adoptar algunas actitudes que podrían perjudicar al otro deudor (por ej., el nuevo deudor podría ejecutar un hecho que implique interrupción de la prescripción y esa interrupción afectaría a todos los deudores).

³⁹⁰ V. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 127, p. 117.

Si todo el acto se convino verbalmente y en él se habría convenido la solidaridad, todo cae en la inadmisibilidad de prueba testifical. Si el acto se pactó por escrito y se sostiene que luego se convino la solidaridad verbalmente, este pacto verbal de solidaridad caería en la inadmisibilidad por lo advertido en el inc. 2°

Conforme a lo dicho y, en especial, conforme al tenor del art. 1511, entre nosotros la sentencia no es fuente de solidaridad; no puede el juez imponerla donde no haya surgido por alguna de las fuentes mencionadas;³⁹¹ salvo la particular situación del art. 1635³⁹² (además, existió una situación que era señalada como de origen judicial: la del art. 280, N° 5, inc. 3°, con la redacción que le dio al texto la Ley 10.271, hasta la reforma de la filiación por la Ley 19.585; era calificada de solidaridad proveniente de la sentencia, porque la ley no la imponía directamente, sino que facultaba al juez para imponerla).³⁹³

del art. 1709. Por lo demás, la conclusión es razonable, considerando el fundamento de estos textos y la trascendencia que puede llegar a tener el disponer solidaridad en lugar de mancomunidad.

³⁹¹ V., por ej., *RDJ*, T. 25, secc. 1°, p. 264; T. 29, secc. 1°, p. 480; T. 59, secc. 2°, p. 43; T. 84, secc. 3°, p. 92.

³⁹² En la doctrina se ha planteado el tema que podemos denominar "de la conjunción de fuentes", que en la práctica puede promover dudas y que los códigos generalmente no regulan (hay quienes lo tratan a propósito de la causa en la solidaridad, presentándolo dentro de la acepción de causa eficiente). Se trata de resolver si es posible la solidaridad entre vínculos (u obligaciones) de distinto origen. Ya se dijo que no es necesaria la unidad de tiempo y lugar para que se vinculen los varios acreedores o deudores, pero allí se supone que, aunque lo hacen en diversos momentos o lugares, acuden a un mismo negocio. En ese sentido no se exige unidad del acto. Pero ahora se trata de determinar si substantivamente el acto debe ser el mismo. O es que es aceptable que surja de distintos actos dentro de una misma fuente y, aun, de actos o hechos de distinta fuente. El supuesto es de ocurrencia difícil. El problema está vinculado también a las concepciones de la solidaridad, con unidad o pluralidad de vínculos (u obligaciones), que se tratará más adelante. Admitiéndose la diversidad, se ha estimado que los diversos actos deben ser al menos de la misma naturaleza; así se vincularían por la causa (por ej., dos contratos de compraventa); incluso entre dos contratos de contenido jurídico distinto, pero vinculados también en alguna medida por la causa (como entre dos contratos onerosos). Pero no entre contratos con mayor diferencia (como entre una compraventa y una donación; tampoco por responsabilidad contractual con extracontractual) (v. Hernández Gil, Antonio. *La solidaridad en las...* cit., p. 411. Este autor agrega que la jurisprudencia francesa, atrevidamente, ha aceptado la solidaridad de las más diversas procedencias y que la alemana la ha admitido entre obligaciones de responsabilidad contractual con extracontractual y de concurrencia de culpa con responsabilidad por riesgo).

³⁹³ Así Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 395, p. 332; Somarriva, Manuel: *Derecho de familia*. Ediar Editores Ltda. Santiago, 1983. T. II, N° 574, p. 550. En esta última obra se cita a De la Maza y Larraín como opinando que sería solidaridad legal, pero estos autores sólo observan que la norma es consecuencia del principio de que cuando dos o más cometen un ilícito, deben responder solidariamente como lo expresa el art. 2317 (De la Maza, Lorenzo y Larraín, Hernán: *Reformas*

Con lo expuesto puede desprenderse el carácter de *modalidad* del acto jurídico que tiene la solidaridad. Cuando tiene su origen en la voluntad, aparece como una alteración de los efectos normales del acto, pues, como ya se ha dicho, habiendo pluralidad de sujetos, cosa divisible y unidad de prestación, lo normal es la mancomunidad.

- NATURALEZA JURÍDICA

Se trata aquí de explicar (jurídicamente) su *estructura* y, con ella, la *propagación de efectos*, es decir, esa característica inusual de que existiendo varios sujetos y prestación divisible, un solo acreedor pueda demandar el total y no sólo su cuota, o un solo deudor pueda ser compelido a pagar el total y no sólo su cuota, más otras consecuencias que se irán viendo (y como explicación que pretende ser, renuncia a acudir al puro arbitrio o poderío de la ley: porque la ley lo dispone).

Tal como se sugirió en una nota precedente, conviene iniciar este tema con una -aunque sea breve- referencia histórica. Y en esta, a su vez, debe partirse con las dos siguientes advertencias:

a) Está reconocido que los textos romanos son oscuros y aun contradictorios. Y con esa característica, algunos romanistas (fundamentalmente alemanes y en el siglo XIX), al parecer en minoría, han pretendido distinguir dos categorías de solidaridad (con base, señaladamente, en textos del *Digesto*):³⁹⁴ la *correalidad o solidaridad propiamente dicha*, caracterizada por la unidad del vínculo obli-

introducidas al Código Civil por la Ley 10.271. Edit. del Pacífico S.A., Santiago, 1953, N° 122, p. 203).

Por nuestra parte, y aunque se trata de determinar la fuente de la pura solidaridad y no de una obligación, observamos una vez más el realismo y la utilidad de la clasificación de fuentes de Hernández Gil; empleando aquí más bien su método, podemos concluir que la solidaridad emerge de la sentencia con la cooperación o el respaldo de la ley (y siguiendo esta misma concepción, en las llamadas fuentes "convención" y "testamento", diríamos que emerge de la voluntad con la cooperación o el respaldo de la ley).

³⁹⁴ Con antecedentes en Fabro, se atribuye a Keller el haber rehabilitado y formulado esta postura, y más tarde Savigny y Windscheid, con la autoridad de que disfrutaban, la consagran y difunden. V. en general sobre este tema, Hernández Gil, Antonio: *La solidaridad...*, citada, pp. 397 y sgts.

Entre nosotros, Guzmán reconoce la falta de claridad de los textos romanos, sobre todo respecto del punto de la unidad o pluralidad de obligaciones (Guzmán Brito, Alejandro: *Derecho privado romano*, cit. T. II, p. 73).

gatorio (obligación única), no obstante la concurrencia de varios sujetos; y la *simple solidaridad*, concebida como una pluralidad de vínculos (pluralidad de obligaciones), correspondidos con la pluralidad de sujetos. Esta distinción no ha prevalecido en el derecho moderno, pero en la doctrina general ha constituido un punto de referencia para el debate sobre la estructura actual de la solidaridad y, en la francesa, de arranque para elaborar la denominada solidaridad imperfecta (que se tratará al final).

b) En este tema (como en otros), en el extenso período romano hubo importantes evoluciones. Dentro de ellas debe destacarse que, hasta Justiniano, el principio de la unidad de la obligación era llevado hasta el extremo de la unidad de acción, de modo que si el acreedor se dirigía en contra de un deudor y éste resultaba insolvente, ya había agotado su acción y no podía dirigirse en contra de otro;³⁹⁵ esa actitud fue modificada por Justiniano y desde entonces se pudo renovar la persecución a otro de los deudores, lo que, ciertamente, modificaba la concepción del instituto.

Ahora bien, sobre la base de que aquella pretendida distinción —si es que existió— no se mantiene y de que tanto en la doctrina dominante como en los códigos modernos la solidaridad es una sola, la interrogante persiste, aunque transformada: ¿cuál es la que ha prevalecido? (la correalidad o la simple solidaridad); ¿hay unidad o pluralidad de obligaciones? Esta única, en cuanto no admite categorías, en su estructura ¿es una obligación o está compuesta por varias obligaciones? (tantas cuantos sean los sujetos activos o pasivos); en otros términos (neutros y dirigidos a las consecuencias): ¿cómo se explica la propagación de efectos al grupo?

En cuanto a la estructura propiamente, parece predominar la idea de una pluralidad. Algunos autores lo plantean expresamente como de pluralidad de obligaciones,³⁹⁶ en tanto que otros, al parecer la mayoría, sin llegar a esa expresión, al menos manifiestan que la conciben con pluralidad de vínculos, independientes entre sí, y unificados sólo ante el acreedor o deudor en el terreno objetivo de la idéntica prestación.

Pero estos pronunciamientos no han bastado a la doctrina y, sobre todo para explicar el fundamento y las consecuencias o efec-

³⁹⁵ Operando lo que se ha denominado "el efecto consuntivo de la *litis contestatio*".

³⁹⁶ Por ej., Messineo, Francesco. Ob. cit. T. IV, N° 129, p. 408.

tos, se han agregado otros, con frecuencia acudiendo a otras instituciones.

Conviene dejar constancia de que las explicaciones que se han propuesto son numerosas.³⁹⁷

Entre nosotros, desde un comienzo la atención se ha centrado en una referencia al derecho romano y a una de las proposiciones modernas. La fijación en ellas parece deberse, al menos en buena parte, a dos notas del redactor del Código, en las cuales las alude, circunstancia a la que se asoció la influencia que el Código y la doctrina franceses tuvieron en nuestro medio. Con esos factores, la jurisprudencia chilena también se ha contraído a ellas, de modo que se han ido sobreponiendo razones para seguir las considerando como las más dignas de exposición (y así se procederá aquí).

La denominada *doctrina romana* aparece entre nosotros resumiendo en las famosas notas del señor Bello, en las que alude al derecho romano. La primera está consignada al margen del art. 6° del Tít. VIII del Libro de las Obligaciones y los Contratos del Proyecto de 1841-1845 y dice: "En este punto hay diferencia entre el derecho romano y el adoptado por los franceses. Entre los romanos, cada acreedor solidario era mirado respecto del deudor como propietario único de la deuda. Entre los franceses cada acreedor no es, ni aun respecto del deudor, propietario del crédito, sino relativamente a su parte, y en lo demás no se le mira sino como un mero mandatario de los coacreedores" (la segunda se mencionará más adelante).

Considerando lo que ya se ha dicho sobre la correalidad y simple solidaridad y sobre la oscuridad de los textos, no está clara la concepción que se llegó a tener en Roma acerca de la unidad o

³⁹⁷ Debe retenerse esta constatación, porque en la doctrina chilena, antigua y actual, el relato se ha reducido a dos (reducción que en ocasiones puede ser explicable por la necesidad de síntesis) y tan repetidamente, que deja la impresión de que sólo existen esas.

Con las más difundidas puede desplegarse el siguiente cuadro de proposiciones: 1°) Las que se atienen circunscribidas al análisis y composición de los elementos que integran la solidaridad. 2°) Las que acuden a otras instituciones jurídicas (alguna de las cuales quedaría configurada al surgir la solidaridad) o a alguna otra construcción técnica.

Entre las primeras se cuentan la doctrina de la unidad (hay sólo una obligación), la de la pluralidad (hay varias obligaciones) y luego aparecen fórmulas que pueden llamarse conciliadoras. Entre las segundas se enrolan las que acuden a la fianza, al mandato tácito y recíproco, a las obligaciones alternativas, a la distinción entre débito y responsabilidad.

gatorio (obligación única), no obstante la concurrencia de varios sujetos; y la *simple solidaridad*, concebida como una pluralidad de vínculos (pluralidad de obligaciones), correspondidos con la pluralidad de sujetos. Esta distinción no ha prevalecido en el derecho moderno, pero en la doctrina general ha constituido un punto de referencia para el debate sobre la estructura actual de la solidaridad y, en la francesa, de arranque para elaborar la denominada solidaridad imperfecta (que se tratará al final).

b) En este tema (como en otros), en el extenso período romano hubo importantes evoluciones. Dentro de ellas debe destacarse que, hasta Justiniano, el principio de la unidad de la obligación era llevado hasta el extremo de la unidad de acción, de modo que si el acreedor se dirigía en contra de un deudor y éste resultaba insolvente, ya había agotado su acción y no podía dirigirse en contra de otro;³⁹⁵ esa actitud fue modificada por Justiniano y desde entonces se pudo renovar la persecución a otro de los deudores, lo que, ciertamente, modificaba la concepción del instituto.

Ahora bien, sobre la base de que aquella pretendida distinción —si es que existió— no se mantiene y de que tanto en la doctrina dominante como en los códigos modernos la solidaridad es una sola, la interrogante persiste, aunque transformada: ¿cuál es la que ha prevalecido? (la correalidad o la simple solidaridad); ¿hay unidad o pluralidad de obligaciones? Esta única, en cuanto no admite categorías, en su estructura ¿es una obligación o está compuesta por varias obligaciones? (tantas cuantos sean los sujetos activos o pasivos); en otros términos (neutros y dirigidos a las consecuencias): ¿cómo se explica la propagación de efectos al grupo?

En cuanto a la estructura propiamente, parece predominar la idea de una pluralidad. Algunos autores lo plantean expresamente como de pluralidad de obligaciones,³⁹⁶ en tanto que otros, al parecer la mayoría, sin llegar a esa expresión, al menos manifiestan que la conciben con pluralidad de vínculos, independientes entre sí, y unificados sólo ante el acreedor o deudor en el terreno objetivo de la idéntica prestación.

Pero estos pronunciamientos no han bastado a la doctrina y, sobre todo para explicar el fundamento y las consecuencias o efectos,

se han agregado otros, con frecuencia acudiendo a otras instituciones.

Conviene dejar constancia de que las explicaciones que se han propuesto son numerosas.³⁹⁷

Entre nosotros, desde un comienzo la atención se ha centrado en una referencia al derecho romano y a una de las proposiciones modernas. La fijación en ellas parece deberse, al menos en buena parte, a dos notas del redactor del Código, en las cuales alude, circunstancia a la que se asoció la influencia que el Código y la doctrina franceses tuvieron en nuestro medio. Con esos factores, la jurisprudencia chilena también se ha contraído a ellas, de modo que se han ido sobreponiendo razones para seguir las considerando como las más dignas de exposición (y así se procederá aquí).

La denominada *doctrina romana* aparece entre nosotros resumida en las famosas notas del señor Bello, en las que alude al derecho romano. La primera está consignada al margen del art. 6° del Tít. VIII del Libro de las Obligaciones y los Contratos del Proyecto de 1841-1845 y dice: "En este punto hay diferencia entre el derecho romano y el adoptado por los franceses. Entre los romanos, cada acreedor solidario era mirado respecto del deudor como propietario único de la deuda. Entre los franceses cada acreedor no es, ni aun respecto del deudor, propietario del crédito, sino relativamente a su parte, y en lo demás no se le mira sino como un mero mandatario de los coacreedores" (la segunda se mencionará más adelante).

Considerando lo que ya se ha dicho sobre la correalidad y simple solidaridad y sobre la oscuridad de los textos, no está clara la concepción que se llegó a tener en Roma acerca de la unidad o

³⁹⁷ Debe retenerse esta constatación, porque en la doctrina chilena, antigua y actual, el relato se ha reducido a dos (reducción que en ocasiones puede ser explicable por la necesidad de síntesis) y tan repetidamente, que deja la impresión de que sólo existen esas.

Con las más difundidas puede desplegarse el siguiente cuadro de proposiciones: 1°) Las que se atienen circunscribientemente al análisis y composición de los elementos que integran la solidaridad. 2°) Las que acuden a otras instituciones jurídicas (alguna de las cuales quedaría configurada al surgir la solidaridad) o a alguna otra construcción técnica.

Entre las primeras se cuentan la doctrina de la unidad (hay sólo una obligación), la de la pluralidad (hay varias obligaciones) y luego aparecen fórmulas que pueden llamarse conciliadoras. Entre las segundas se enroscan las que acuden a la fianza, al mandato tácito y recíproco, a las obligaciones alternativas, a la distinción entre débito y responsabilidad.

³⁹⁵ Operando lo que se ha denominado "el efecto consuntivo de la *litis contestatio*".

³⁹⁶ Por ej., Messineo, Francesco. Ob. cit. T. IV, N° 129, p. 408.

pluralidad de obligaciones. Y (siguiendo la nota del señor Bello en el Proyecto de 1841-1845), agreguemos que llegó a considerarse que en la activa cada acreedor puede disponer del total del crédito, porque es dueño de él³⁹⁸ (puede verse que con esta concepción, aunque así no se postule, resulta que, en definitiva, se produce una pluralidad de derechos de dominio sin comunidad; varios son dueños del todo, sin admitirse la cuota).³⁹⁹ En la solidaridad pasiva, se estimaba que cada deudor es deudor del total y, por tanto, puede ser demandado por el total y puede actuar respecto de la obligación como único deudor, aun cuando así perjudique a los demás deudores.⁴⁰⁰

La llamada *doctrina francesa* acude a la noción de representación.⁴⁰¹ Negando que exista dominio total por parte de cada sujeto, entiende que en la activa cada acreedor es dueño de su cuota en el crédito, y en la pasiva cada deudor es sujeto pasivo de su cuota en la deuda, pero que entre todos los sujetos de la misma parte (acreedores o deudores) existe un mandato tácito y recíproco. En la activa, esta representación permite a cualquier acreedor actuar, más allá de su cuota, por los demás acreedores y en la pasiva, a cualquier deudor para que, más allá de su cuota en la deuda, actúe por los demás y se le tenga por

³⁹⁸ Así se lee también en Aubry, C., et Rau, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Edit. Impr. et Librairie, 5ª edic. Paris, 1902. T. IV, párr. 298 bis, p. 20 (con cita de textos romanos); y en Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 122, p. 113.

³⁹⁹ Los comentaristas observan que en esta concepción influyó la circunstancia de que, por la característica de inmutabilidad de la obligación, era inadmisibles la cesión de créditos, creándose para lograr ese efecto un ensamble de mandatos para cobrar, más la solidaridad. El mandatario lo era sólo en apariencia; en realidad, era el actual único dueño del crédito. Entonces, había dos dueños del crédito, pero uno era aparente (el mandante y en verdad cedente) y el otro real (el mandatario y en verdad cesionario).

⁴⁰⁰ Puede verse que cuando esta doctrina afirma que "cada deudor es deudor del todo" parece no dar una auténtica explicación de la solidaridad pasiva, que es lo perseguido; pero queda algo más explicada por contraste, al exponerse —como se hará a continuación en el texto— la doctrina siguiente.

⁴⁰¹ Baudry-Lacantinerie et Barde relatan que la formulación inicial corresponde a Renusson, en su *Tratado de la subrogación* (1685). Fue desenvuelta por Eustache Pilon en su *Ensayo de una teoría general de la representación en las obligaciones* (1897), acogida por la generalidad de los exégetas franceses y admitida por la Corte de Casación de ese país (desde 1891) (Baudry-Lacantinerie, G., et Barde, J.). Ob. cit. Des obligations. T. II (13), N° 1213, pp. 324 y sgts.) Posteriormente, autores destacados como Planiol y Josserand han adherido a ella, aunque con algunas enmiendas. Fuera de Francia cuenta también con partidarios, como Brinz en Alemania, Lomonaco en Italia, Sánchez Román, Valverde y De Diego en España. Pero en diversas épocas, ha tenido importantes detractores (como se dirá).

legitimado para ser emplazado en nombre de todos. El mandato es tácito, porque no se expresa, y recíproco, porque cada uno es mandatario de los demás (siendo, por tanto, simultáneamente mandante y mandatario). En la solidaridad legal, donde la idea de mandato es más difícil de aceptar, se prefiere entenderla como pura representación.⁴⁰² Para comprender apropiadamente este planteamiento (especialmente en la pasiva), estimamos conveniente insistir en que la idea de representación no está alejada de la realidad, en cuanto, si bien al interior de los deudores frecuentemente hay diversidad de intereses, perceptible al originarse la obligación, frente a la contraparte hay un real interés comunitario, que es la base de donde se hace emerger esta explicación técnica de la representación.

La objeción de que en la solidaridad legal no es concebible que los obligados se hayan otorgado mandato es respondida recordando que también existe la representación legal.⁴⁰³

En la solidaridad activa puede verse una consecuencia práctica entre las dos concepciones, en cuanto en la romana, como cada acreedor es dueño del total, puede disponer del crédito aun perjudicando a los otros, en tanto que estimando la existencia del mandato, sólo podría actuar en beneficio de los demás, porque se supone que no se ha convenido un mandato para perjudicar al mandante. Vsuale agregarse el complemento de que el mandato que se confiere entre los deudores es para actuar en beneficio del acreedor.

Pero en ese punto como en algunos otros derivados de la aplicación de las normas del contrato de mandato y, dicho en térmi-

⁴⁰² La doctrina actual insiste en la noción de representación más que en la de mandato, aun en la solidaridad que no es legal. Es preferible, porque es más verosímil; además, aunque sea por cercanía terminológica, referirse aquí al mandato evoca y, más todavía, conduce, a la aplicación de toda la estructura y efectos de ese contrato, que en los textos siempre está meticulosamente regulado; y esa aplicación a esta materia —como se verá pronto por lo demás— provoca numerosas dificultades.

El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) dispone decididamente que "se considera que cada uno de los deudores, en la solidaridad pasiva, y cada uno de los acreedores, en la solidaridad activa, representa a los demás en los actos que realiza como tal" (art. 753).

⁴⁰³ En la misma dirección, se añade que la representación no siempre se funda en la voluntad expresa o presunta de las partes, sino a veces en los intereses de terceros o en el orden público (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 189, p. 170).

Desde otro punto de vista, se ha llegado a profundizar esta idea de representación, considerando a cada sujeto un "representante y órgano" de la comunidad activa o pasiva frente a los terceros (v. De Ruggiero, Roberto. Ob. cit. T. II, p. 87).

nos generales, en cuanto al *alcance* de esta representación, no existe unanimidad entre los autores.⁴⁰⁴ Hay otra discrepancia específica destacable, asimismo de alcance: muchos autores emplean la noción de representación para explicar sólo los denominados efectos secundarios de la solidaridad (la constitución en mora, la interrupción de la prescripción, la confusión, la autoridad de cosa juzgada, etc.), dando por explicados los efectos principales (en la pasiva: el acreedor puede exigir el pago a cualquiera y hecho el pago por un deudor quedan liberados todos) por la circunstancia de que hay "unidad de prestación y pluralidad de vínculos"; otros, en tanto, estiman que la representación los explica todos.⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶

En todo caso, son muchos los autores, antiguos y modernos, que desdennan esta explicación de la representación, manteniéndose en el estado actual de la doctrina un amplio debate sobre la materia.⁴⁰⁷

Relacionado con el tema de la naturaleza de la solidaridad, se presenta también el de la causa. La concepción que se tenga en cuanto a concebir en la solidaridad unidad o pluralidad de obligaciones tiene influencia en el punto. En efecto, si se postula la unidad de obligación, ella implica unidad de causa; en cambio, si se

⁴⁰⁴ V., por ej., Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N°s 180 y 181, pp. 164-5. Rechazando la tendencia a aceptar la representación sólo en lo que beneficia y no en lo que perjudica a los deudores, este autor revela su apreciación general de que "la solidaridad es una institución en beneficio por completo del acreedor".

⁴⁰⁵ V. Mazeaud, Henri, Léon y Jean. Ob. cit. Parte II, vol. III, p. 316.

⁴⁰⁶ Por la circunstancia de la recepción del derecho romano, el CC alemán no ha dado cabida a la doctrina de la representación, y allí los efectos secundarios solamente confieren excepciones personales (art. 425). Pero es posible mediante convención agregar la representación. El CC suizo adopta decisiones semejantes (art. 145).

⁴⁰⁷ Aparte de las tesis que acuden a otras instituciones jurídicas para justificar los efectos de la solidaridad, ya advertidos al citarse el trabajo de Hernández Gil entre los que discrepan puede mencionarse al propio Hernández Gil (en su *La solidaridad en las obligaciones*, cit., p. 406); Laurent, F.: *Principes de droit civil français*. Edit. Bruylant. Bruxelles. 1887. Edit. Libr. A. Marescq. Paris, 1887, 4ª edic. T. XVII, N° 294, p. 293 observa, que el Código francés no la aplica siempre; Ripert, Georges, y Boulanger, Jean: *Tratado de Derecho Civil*. Según el Tratado de Planiol. Trad. de Delia García. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1965, T. V, N° 1829 p. 534, justifican la representación recíproca sólo cuando hay comunidad de intereses, y con limitaciones, como la de -con base histórica- no agravar la obligación, y añaden que el Proyecto franco-italiano de las obligaciones -arts. 134-136- abandona esta doctrina. Marty, Gabriel, et Reynaud, Pierre: *Droit civil*. Sirey. Paris, 1962, T. II, 1º vol. Les obligations, N°s 785, p. 787, y 792, p. 794, citan detractores, pero ellos mismos junto con reprocharla (por incierta y peligrosa) le reconocen mérito explicativo. Una síntesis de la opinión de autores españoles más actuales, adversos a la idea de representación, puede verse en Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. 3, p. 137.

la concibe con pluralidad de obligaciones, o al menos, con pluralidad de vínculos, entonces se ha de concebir que cada obligación (o cada vínculo) obedecerá a su propia causa. En todo caso, aunque exista pluralidad de obligaciones (o de vínculos) y, por tanto, pluralidad de causas, en términos inmediatos no debe olvidarse que (en la pasiva) todos se obligan en base a un fin común, cual es la mejor ejecución de la prestación respectiva. Y se aprecia que esa unidad en el fin está determinada por la unidad del objeto.⁴⁰⁸

Tocante a la doctrina adoptada por el Código chileno, en cuanto a la disyuntiva de unidad o pluralidad, parece haber acuerdo en la fórmula de "pluralidad de vínculos" (sin llegarse a la expresión pluralidad de obligaciones) destacadamente debido al art. 1512 y a algunos efectos que (como se irá viendo) ensamban bien al concebirla así.

El debate se ha centrado más bien en la explicación de los efectos. Y al respecto debe distinguirse entre la activa y la pasiva. En la activa existe acuerdo en que se adoptó la concepción romana (fundamentalmente debido a la segunda nota del redactor del Código, a la que se aludirá pronto). En la pasiva hay discusión.

- Se ha sostenido que se adoptó la doctrina romana tanto en la activa como en la pasiva, con los siguientes argumentos: a) El art. 1513 inc. 2º, el cual permite a cada acreedor remitir, novar y compensar el crédito, es decir, permite disponer de él en su propio beneficio, lo cual demuestra que se le tiene por dueño, como lo propone esa tesis (y se contrasta esa solución con la opuesta que dispone el Código francés, en su art. 1198); b) En una nota al margen del art. 1690 del Proyecto inédito, equivalente al actual 1513, el redactor manifestó: "El proyecto se separa aquí del Código Francés i sigue el derecho romano. Véase Delvincourt, n. 7, a la página 140".⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Giorgi es uno de los pocos autores que llega a mencionar el punto de la causa y, sin extenderse, niega la necesidad de unidad de causa (y critica por esto a Demolombe), sin relacionarla con las concepciones de la solidaridad (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 143, p. 133). Hernández Gil alude a la unidad de fin, para luego referirse a la unidad o pluralidad de "causas de nacimiento", que implica más bien dirigirse a la conjunción de fuentes, razón por la cual nosotros recogemos sus explicaciones a ese propósito.

Por cierto, el panorama se complica recordando las diversas concepciones de causa que se han propuesto en la doctrina.

⁴⁰⁹ En este sentido, Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 225; Ramírez Frías, Tomás: "Las obligaciones en el derecho civil chileno". Apuntes de sus clases por Francisco de la Carrera. Santiago, 1914, N° 9, pp. 68 y sgts.; Correa Euzenaldia, Guillermo: *Teoría de las obligaciones*. Santiago, 1933, pp. 279 y sgts. Suele citarse también en este sentido a Claro Solar, pero este autor no es terminante;

- Pero también se ha estimado que para estos efectos debe distinguirse entre la solidaridad activa y la pasiva. Para la primera, se conviene en que se siguió la noción romana, pero no en la pasiva; en ésta las soluciones que establece la ley en diversos puntos específicos se conforman a la doctrina francesa. El art. 1513 inc. 2° como argumento sólo sirve para la activa. Y otro tanto acontece con el argumento histórico; literalmente, la citada nota estaría limitada a la activa, junto a cuya norma se implantó (se separa "aquí"...).⁴¹⁰

La jurisprudencia, refiriéndose a situaciones de solidaridad pasiva, se ha pronunciado en favor de la doctrina del mandato tácito y recíproco.⁴¹¹

- SOLIDARIDAD ACTIVA

En Roma tuvo frecuente aplicación como medio de obtener efectos equivalentes a la cesión de derechos y al mandato, que allí estaban (según la época) excluidos o muy limitados.⁴¹²

En la actualidad, estando permitida ampliamente la cesión de créditos, tiene muy escasa aplicación (aunque en la banca suele re-

para el derecho nacional, en la activa claramente niega la doctrina francesa y abraza la romana; pero en la pasiva, negando también la francesa, no se pronuncia categóricamente por la romana, y se limita a citar a Laurent, quien estima que los efectos se explican más bien por el principio de unidad de prestación y pluralidad de vínculos (Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 409, p. 385, para la activa, y N° 456, p. 413, para la pasiva).

El profesor Alessandri agrega que la nota de Delvincourt (a la que alude Bello) es de un contenido casi idéntico a otra nota que el redactor de nuestro Código consignó en el Proyecto de 1841-1845 para explicar las diferencias entre ambas concepciones.

⁴¹⁰ Así, Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 53, p. 50; Fueyo, Fernando: *Derecho civil*, cit. T. I, N° 171, p. 191; Contreras, Leticia. Ob. cit., N° 26, p. 45, quien postula que la doctrina francesa está acogida incluso en la activa, salvo en los efectos relativos a novación, compensación y remisión entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores, en los cuales sí se habría seguido la romana.

En todo caso, es dudosa la armonía de nuestro art. 1521 con esta tesis.

⁴¹¹ G.T. de 1930, 2° sem., N° 118, p. 444; *RDJ*, T. 17, secc. 1°, p. 19; T. 19, secc. 1°, p. 171; T. 27, secc. 1°, p. 513.

⁴¹² Si Pedro quería ceder su crédito a Juan, al no estar permitida la cesión (que implicaba un cambio en la estructura de la obligación, implicaba cambiar al acreedor), se acudía ya a la novación por cambio de acreedor (lo que significaba la extinción de la obligación anterior y el nacimiento de una nueva) ya a la solidaridad; se convenía que también sería acreedor Diego (a quien se quería en verdad ceder el crédito) y lo sería solidariamente con Pedro.

aparecer, con los depósitos y cuentas de giro alternativo y cajas de seguridad para dos o más personas). En su mismo fin práctico, facilitar el cobro del crédito, presenta el riesgo de que cualquier acreedor puede disponer del crédito aun en perjuicio de los demás (puede remitirlo, compensarlo, novarlo) y al cobrarlo, pudiera negarse a compartirlo con los demás (si en la realidad fuere lo procedente). Hay quienes agregan el peligro que significa la transmisión de la solidaridad activa: cuando fallece un acreedor y deja más de un heredero, cada uno de ellos puede demandar el total.⁴¹³

Para aliviar estas dificultades se propone que todos los acreedores den poder a uno de ellos o a un tercero para que administre el crédito y lo cobre; ahora, como mandatario, tiene las obligaciones de cumplir fielmente el encargo y de rendir cuenta a sus mandantes. Pero no debe olvidarse que, conforme a las reglas del mandato y de la capacidad, cuando se confiere poder, esa circunstancia no impide que el mandante ejecute por sí mismo el acto encomendado (a menos que en una situación como ésta, por ser varios los que efectuaron el encargo, se estime que abdicaron de esa posibilidad).

- EFECTOS

Para el examen de los efectos debe tenerse presente que, al menos entre nosotros (recuérdese la nota del señor Bello en orden a seguir aquí la doctrina romana), se entiende que cada acreedor es dueño del total del crédito.

a) Entre los acreedores y el deudor:

1. Cada acreedor puede exigir el cumplimiento total de la obligación. El deudor puede pagar a cualquiera. Y cumplida a uno se entiende cumplida a todos; se extingue respecto de todos.

Pero si uno de los acreedores ha demandado al deudor, entonces deberá pagarle a éste (art. 1513 inc. 1°). Esta limitación que tie-

⁴¹³ En los textos más difundidos de obligaciones en nuestro medio se repite esta conclusión como una verdad indiscutible (v. por ej., Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 220; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 398, p. 335; y aun Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 402, p. 382, aunque no es del todo inequívoco. Estimamos admisible la duda. Entre nosotros desde luego el punto está relacionado con la divisibilidad de los créditos al morir el acreedor, lo cual está abiertamente discutido; e incluso sin ese escollo la transmisión de la solidaridad activa (que equivale a una verdadera multiplicación) a los herederos es discutible. Sobre la base de una divisibilidad de los créditos, Giorgi predica que no pasa a los herederos (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 91, p. 94).

ne el deudor (llamada por algunos "prevención") se explica por que al existir ya juicio en su contra, si paga a otro, como puede ocurrir que la sentencia sea condenatoria, entonces o tendría que pagar dos veces o se tendría que dejar un fallo sin cumplir (se trata, pues, de evitar ambas inaceptables situaciones; y si al pagar a otro se dispusiere que el litigio en curso se detenga, entonces se estaría coartando la posibilidad de cobrar que, como todos, tiene el acreedor demandante, lo cual tampoco es aceptable). Con lo dicho, se justifica que la limitación la tenga el deudor sólo desde que es notificado.⁴¹⁴⁻⁴¹⁵

2. Lo dicho respecto del pago se aplica a los demás modos de extinguir (art. 1513 inc. 2º; para la confusión hay una norma especial, el art. 1668, que se verá pronto).

3. La interrupción de la prescripción que beneficia a uno de los acreedores aprovecha a todos (art. 2519). Se tiene entendido que la suspensión de la prescripción que beneficia a uno de los acreedores no beneficia a los otros, respecto de los cuales la prescripción sigue corriendo, por ser éste un beneficio establecido solamente en favor de las personas enumeradas en la ley (principalmente en el art. 2509 en relación con el art. 2520). Pero hay que observar que indirectamente sí les puede aprovechar. En efecto, como no aprovecha a los otros, si uno de los acreedores demanda, el deudor podrá oponerle la prescripción extintiva de la deuda; pero si más tarde demanda aquel a cuyo favor estaba suspendida y respecto del cual aún no se cumple el plazo, le tendrá que pagar. Y luego que este acreedor obtiene el pago, es natural que deba compartir lo obtenido con sus coacreedores; la acción de los otros para demandarlo pidiendo que comparta no ha prescrito; ella se hace exigible (y, por tanto, comienza a prescribir) sólo desde ahora, desde que el coacreedor obtuvo el pago. Así, pues, si bien no les beneficia en el sentido de que ellos directamente no podrán demandar, sí les beneficia indirectamente la suspensión a favor del que goza del beneficio, en cuanto habiendo éste cobrado, pueden pedir distribución.

4. Constituido el deudor en mora por uno de los acreedores, queda en mora respecto de todos. No hay norma que lo exprese así, pero la conclusión, que compartimos, se funda en el principio

⁴¹⁴ En este sentido, Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., N° 868, p. 308.

⁴¹⁵ También se ha estimado que las medidas conservativas impetradas por uno benefician a los otros (Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 223; Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. T. IV, vol. I, N° 173, p. 193).

que inspira esta solidaridad (recuérdese que entre nosotros aquí se ha adoptado la concepción romana y no la de la representación), por el cual los actos de cada acreedor afectan a los demás, sean útiles o perjudiciales, y más todavía en este caso en que el acto de constitución en mora es beneficioso para los otros (por lo demás, la misma regla se ha adoptado en otros extremos, como en la extinción de la obligación, interrupción de la prescripción).⁴¹⁶

Estando comprometida la responsabilidad del deudor, aplicando principios generales y lo que se dirá respecto de la solidaridad pasiva, lo razonable parece ser que la indemnización de perjuicios puede ser exigida en el total por cualquiera de los acreedores; pero eso debe entenderse en los perjuicios comunes; los particulares que pueda haber sufrido uno de ellos sólo podrían ser demandados por la víctima; los otros carecen de acción,⁴¹⁷ porque no han padecido daño; se les podría objetar un enriquecimiento injustificado.

b) Entre los acreedores ya extinguida la deuda:

El Código no contiene normas al respecto.

En la doctrina del mandato tácito y recíproco es claro que después que un acreedor recibe el pago, debe rendir cuenta a sus mandantes, compartiendo el contenido de la prestación recibida. En la romana no queda claro; considerando el origen de esta doctrina, en la realidad cada uno es dueño solamente de una cuota; el planteamiento de que cada uno es dueño absoluto del total se establece sólo para las relaciones con el deudor; de modo que asimismo debe compartir el pago recibido; de no hacerlo, podría ser demandado de restitución por enriquecimiento sin causa.⁴¹⁸ Pero cada uno de los otros podría demandar sólo por su cuota, pues la solidaridad ya ha terminado. A menos que en el caso concreto quedare demostrado que el único real dueño del crédito hubiere sido el que recibió el pago (o lo fuere otro, en cuyo caso ese otro podría demandar la restitución del total). De manera semejante habría que proceder si un acree-

⁴¹⁶ En este sentido, Stitckin, David. Ob. cit., N° 439, p. 356; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 400, p. 335. Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. T. IV, vol. I, N° 173, p. 193; Vodanovic, Antonio. Ob. cit., N° 98, p. 91. Los fundamentos son del primero. También Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., N° 874, p. 311, quien extiende lo mismo a la mora de uno de los acreedores (mora de recibir); implica mora de todos. El citado Vodanovic propone la misma solución para las medidas conservativas; decretadas a favor de uno de los acreedores, aprovechan a los otros (N° 99, p. 91).

⁴¹⁷ Así Llambías, Jorge y otros. Ob. cit., N° 875, p. 311.

⁴¹⁸ Planteándose, entre nosotros, el problema de su admisión como fuente de obligaciones (v. el cap. de las fuentes).

dor, en lugar de recibir el pago, remitió, compensó, etc. (notablemente, para la específica situación de la confusión el Código dispuso un texto expreso en este sentido, el art. 1668 inc. 2°).

Si un acreedor logró el pago de una parte, no se ve inconveniente en que los otros puedan desde luego pedir reparto de lo obtenido, sin perjuicio de persistir en el cobro del saldo.

En cuanto a la proporción del reparto, al igual que en la pasiva, según se verá, lo razonable es atenerse a lo pactado y, a falta de pacto, al interés de cada uno en el crédito; si se carece de interés, no se tendrá derecho a la distribución; a falta de pacto, el interés ha de presumirse igual para todos; quien alegue que alguno carece de interés, o que es distinto al igualitario, deberá probarlo.

– EXTINCIÓN

En general, se aplican los principios y reglas de la extinción de la solidaridad pasiva (que se verán pronto). Sólo convienen algunas observaciones.

Siguiendo la noción de que cada uno es dueño de todo el crédito, se tiene entendido que cualquier acreedor puede renunciar a la solidaridad respecto de todos, lo cual se aplica, por ej., respecto de la remisión, que es más trascendente que la sola renuncia a la solidaridad.⁴¹⁹

En cuanto a la muerte de uno de los acreedores, que ha dejado varios herederos, se suele aplicar lo establecido en el punto para la solidaridad pasiva (que se verá pronto).⁴²⁰ Por nuestra parte, estimamos discutible esa aplicación a la activa. En efecto, en primer lugar debe repararse en que mientras en la pasiva los herederos heredan una deuda, aquí heredan un crédito. Luego, en la pasiva la solidaridad no se multiplica en los herederos del deudor en virtud de norma expresa, el art. 1523; en la activa no hay regla y la duda parece admisible. Y, por último, mientras en la pasiva la citada regla del art. 1523 coincide con la que en general rige la suerte de las deudas al morir el deudor (la del art. 1354, conforme a la cual las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas), en la activa aquella falta de norma en la solidaridad se confabula con un problema respecto de los créditos en general: en Chile está discutida la suerte de los créditos al morir el acreedor (créditos hereditarios): si se dividen o no entre los herederos (como ya se dijo).

⁴¹⁹ Así, Stitichkin, David. Ob. cit., N° 441, p. 358.

⁴²⁰ Así, Stitichkin, David. Ob. cit., N° 441, p. 358.

– SOLIDARIDAD PASIVA

Su frecuente aplicación es debida en buena parte a su carácter de garantía.⁴²¹ Al igual que la fianza, es una caución personal; para cobrar su crédito el acreedor dispone de tantos patrimonios como deudores hay.

Las cauciones reales tienen la ventaja de que la cosa que constituye la caución está a disposición del acreedor en manos de quien se encuentre (sigue afecta con la "realidad" propia del derecho real), pero sólo tienen ese bien y el resto del patrimonio del solo deudor. Las cauciones personales (como la fianza y la solidaridad) tienen en cambio más de un patrimonio afecto, pero sin realidad (de modo que antes del embargo el deudor puede enajenar bienes y disminuir su solvencia sin límites, sin perjuicio de acciones que evitan fraudes, como la pauliana, la nulidad por simulación, etc.). Y la solidaridad pasiva aparece como una garantía mejor que la fianza, porque mientras en aquella el acreedor puede demandar la prestación a cualquiera de los deudores que elija, en ésta debe dirigirse primero contra el principal deudor y, si de él no logra obtener el pago, puede demandar al fiador (si el fiador es demandado en primer lugar, puede oponer el denominado beneficio de excusión, por el cual exige que se actúe primero contra el deudor principal; es un deudor subsidiario). La solidaridad mejora aun más su calidad como garantía ante la fianza, recordando que si los fiadores son dos o más, gozan del denominado beneficio de división, conforme al cual entre ellos se divide la deuda, de modo que el acreedor sólo puede demandar a cada uno su cuota.

El carácter de garantía aparece especialmente cuando uno o más de los codeudores carecen de interés en la deuda; han consentido nada más que por conferir al acreedor más posibilidades de cumplimiento.

⁴²¹ Para evitar objeción de términos, téngase presente que hay autores que entre garantía y caución establecen una relación de género a especie. Denominan garantía a todo instrumento de seguridad para el cumplimiento de una obligación, en tanto que cuando esa seguridad se obtiene mediante la creación de una obligación, autónoma, distinta de la asegurada, la llaman caución; esta actitud la fundan en la definición que códigos como el nuestro dan del término caución (art. 46).

Hay quienes usan los términos indistintamente (por ej., Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 222, p. 141).

- EFECTOS

A) Entre acreedor y deudores

1. La demanda del acreedor

La norma básica es el art. 1514. Puede demandar a todos conjuntamente o a cualquiera el total. El acreedor elige. Al demandar conjuntamente (en un solo proceso) debe cuidarse la redacción de la demanda para evitar la renuncia de la solidaridad (tégase en cuenta que el art. 1516 inc. 2º entiende que hay renuncia tácita de la solidaridad si se demanda la cuota de un deudor, expresándose así, sin hacerse reserva de la solidaridad).

A este respecto, los tribunales han emitido solución a algunos puntos específicos no resueltos en la ley. Por ej., que prorrogada la competencia por uno de los deudores demandados, la prórroga afecta a todos.⁴²² Y que la solidaridad se comunica a todas las acciones del acreedor que afecten a todos los deudores, como es el caso de la acción resolutoria que el acreedor puede interponer en contra de cualquiera de los deudores, lo cual por lo demás es evidente.⁴²³

Si demandado un deudor el acreedor no obtiene el pago íntegro puede demandar por el saldo a cualquiera de los otros, y nuevamente a otro si es necesario, hasta lograr el pago íntegro (art. 1515).⁴²⁴⁻⁴²⁵

También se ha discutido (con base en los arts. 1511, 1514 y 1515) si el acreedor puede demandar, en litigios separados y simultáneos a dos o más de los deudores solidarios pidiendo a cada uno el total de la prestación (la controversia incluye las posibilidades de la litispendencia y de la excepción del N° 7 del art. 464 del CPC).⁴²⁶

⁴²² *RDJ*, T. 19, secc. 1ª, p. 171.

⁴²³ Si se incumplió la obligación, es lógico que el acreedor tiene la opción del art. 1489 en los mismos términos del art. 1514. *RDJ*, T. 50, secc. 1ª, p. 57.

⁴²⁴ V. a este respecto *RDJ*, T. 28, secc. 1ª, p. 762. Este fallo agrega que el acreedor podría también demandar a otros codeudores estando pendiente el juicio contra el primer demandado, como se dirá pronto.

⁴²⁵ Este es el punto en el cual se aprecia –según ya se dijo– una interesante evolución en el derecho romano, respecto del efecto extintivo (“consuntivo”) de la *litis contestatio*.

⁴²⁶ En el fallo de G.T. de 1930, 2º sem., N° 118, p. 444, se rechazó la simultaneidad; rechazó también la excepción de litispendencia porque no hay identidad de personas, pero en cambio acogió la excepción de faltarle al título un requisito para que tenga fuerza ejecutiva (N° 7 del art. 464 del CPC). En el fallo de *RDJ*, T. 28, secc. 1ª, p. 762, la Corte de Concepción también rechazó la simultaneidad interpretando el art. 1514 en el sentido de que puede demandar a cualquiera o a todos conjuntamente, pero no en forma simultánea, salvo que renuncie a la soli-

A propósito de estas normas se han presentado problemas relativos a la cosa juzgada y a los créditos privilegiados.

– Si se demanda a uno de los deudores, la sentencia recaída en ese juicio ¿produce cosa juzgada respecto de los otros? La cosa juzgada de ese fallo, ¿se extiende a los otros deudores?

Es muy discutido. Se han propuesto diversas alternativas: que sí, que no, que hay que distinguir según el resultado del litigio, y que hay que distinguir según la naturaleza de las excepciones debatidas.

a) Se ha sostenido que hay cosa juzgada. Así se cumple el fin de la solidaridad (concretado en el art. 1514). Se estima que cuando demanda a uno, el acreedor debe quedar en la misma situación en que quedaría de haber demandado a todos, destacándose que la deuda es una sola. La doctrina del mandato tácito y recíproco también conduce categóricamente a esa conclusión, de modo que, debido a él, jurídicamente todos han sido emplazados.⁴²⁷

b) Se ha propuesto que no se produce cosa juzgada. Se parte de la afirmación de que el mandato tácito y recíproco existe sólo en las materias específicas en que el Código dispone una solución que se explica debido a él⁴²⁸ (como en interrupción de la prescripción, pérdida de la cosa debida, etc.), y no existiendo solución legal en cuanto a la cosa juzgada, no debe acudir a dicho mandato; procesalmente los codeudores son extraños, distinto un sujeto de los otros; por tanto, la sentencia dictada respecto de uno no favorece ni perjudica a los otros. Pero se observa que si bien hay pluralidad de vínculos, hay unidad de prestación, de modo que a los

daridad y demande a cualquiera su cuota; pero la Corte Suprema casó la sentencia y resolvió que el citado texto admite la simultaneidad y por tanto rechazó la excepción del N° 7 del art. 464 del CPC. En el mismo sentido, Stutchkin, David. Ob. cit., p. 305.

También se ha resuelto que la quiebra de un deudor (una sociedad) no impide que otro solidario (un socio) sea demandado (*Fallos del Mes* N° 296, p. 361). V. el equivalente al antiguo art. 114 de la Ley de Quiebras.

El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) admite expresamente la simultaneidad (art. 757).

⁴²⁷ En este sentido, aunque sin acudir a la doctrina del mandato tácito y recíproco, Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 489, p. 437. Agrega que el principio favorable a la cosa juzgada contenido en las leyes de Partidas no habría sido posteriormente alterado.

⁴²⁸ Laurent, F. Ob. cit. T. XX, N° 120, pp. 149 y sgts.; también Demante, A. M. et Colmet de Santerre, E.: *Cours analytique de Code Civil*. Edit. E. Plon et Cie., 2ª ed., Paris, 1883. T. V, N° 328 bis XXIV, pp. 615 y sgts.

codeudores no puede tenerseles por extraños, absolutamente independientes entre sí.

c) Se ha estimado que los deudores pueden alegar en su favor la excepción de cosa juzgada cuando el fallo dictado en el juicio entre el acreedor y uno de los deudores haya sido favorable. Pero si ese fallo ha sido adverso, no les perjudica. Esta solución se funda en dos postulados: en que existe el mandato tácito y recíproco entre los deudores, y que ese mandato es para actos que favorecen a los demás, pero no para los que les perjudican. Esta solución ha sido calificada de arbitraria e injusta. Arbitraria, por limitar el mandato a lo favorable y no a lo perjudicial; injusta, porque deja al acreedor en un estado de inferioridad frente a los deudores, sin justificación.

d) Según otra opinión, depende de la excepción debatida. Si el fallo resolvió conociendo una excepción común a todos los deudores, produce cosa juzgada, y no, en cambio, si se ventiló una excepción personal del deudor demandado. Por ej., si se acogió la excepción de pago total, ese fallo producirá cosa juzgada respecto de todos. En cambio, si el fallo acogió o rechazó la excepción de nulidad relativa por un vicio del consentimiento que opuso el demandado, no produce cosa juzgada respecto de los otros.⁴²⁹

Entre nosotros se ha sostenido que esta solución es la más acertada ante nuestros textos: el art. 1514 permite demandar la prestación a todos en conjunto o separadamente, de manera simultánea o sucesiva, lo que parece indicar que el legislador entiende que al acreedor se le producirán los mismos efectos cualquiera sea la forma de exigir el pago; de modo que tratándose del pago, que es una excepción común, al acreedor le es indiferente demandar a uno o a

⁴²⁹ Para estas últimas proposiciones puede verse a Aubry et Rau. Ob. cit. T. IV, párr. 298 bis y ter, pp. 16 y sgts.; Duranton: *Cours de Droit civil français*. Alex-Goblet éd., Paris, 1834, T. XIII, N° 519, p. 556; Planiol, Marcelo y Ripert, Georges. Ob. cit. T. VII, N° 1086, p. 458. Estos últimos resumen la jurisprudencia hasta su tiempo en términos de aceptación de la cosa juzgada como principio general, salvando la posibilidad de debatir excepciones personales, la prueba de colusión, un agravamiento de la obligación y la demostración de que por esa vía se esté creando una obligación nueva.

Conviene dejar constancia que el examen comparativo de algunas opiniones conduce a observar una diferencia de planteamiento más bien formal. Algunos se presentan formulando una distinción: depende —dicen— de la excepción debatida (personal o real), agregando algunas salvedades; en tanto otros afirman la regla de que hay cosa juzgada, añadiendo varias salvedades, destacadamente las de las excepciones personales.

todos, pues la sentencia valdrá respecto de todos. Y armoniza también claramente con el art. 1520. Se ha agregado que el art. 2354 (para la fianza) califica a la cosa juzgada de excepción real, de modo que puede oponerla cualquiera de los demandados, y si pueden oponerla para defenderse, es lógico que produzca efectos también en su contra; y en la solidaridad debe aplicarse el mismo criterio.⁴³⁰

En general, compartimos la última alternativa, pero le agregamos algunos matices.

1°) Para que proceda siquiera discutir la extensión de la cosa juzgada a otros deudores solidarios, debe estar fehacientemente establecida la existencia de tales otros. Es el supuesto de hecho; se aplicaría la cosa juzgada "a quienes sean" codeudores. Así, la discusión acerca de si un demandado *es o no* codeudor, estará siempre abierta (salvo, claro, que esa declaración de codeudor ya esté establecida en otro fallo). Y con esto no estamos limitando la aplicación de la cosa juzgada; simplemente estamos exigiendo constatar el supuesto. Si no está discutida la calidad de codeudor solidario del demandado, entonces procede tratar el tema de si la cosa juzgada de un fallo dictado en un litigio entre el acreedor y uno de los codeudores, se extiende o no a los otros.⁴³¹

2°) Aquella solución padece de un punto vulnerable: puede ocurrir que el demandado esté coludido con el acreedor, para no defenderse o defenderse inadecuadamente; además, estando de buena fe podría defenderse erróneamente; y sería injusto someter las consecuencias a los otros deudores. Advirtiéndola, el planteamiento replica que los otros deudores no demandados pueden también tomar la iniciativa de acudir al pleito como terceros coadyuvantes, mejorando así la defensa.⁴³² Pero advertimos que así será si llegan a saber del litigio; y puede ocurrir que lo ignoren o lo sepan cuando ya se encuentra en una etapa en la que su participación puede ser estéril. También puede ocurrir que no se ventile ninguna excepción del demandado, sea porque no opuso ninguna o porque el juicio se siguió en su rebeldía.

⁴³⁰ Así Stitckin, David. Ob. cit., N° 415, p. 336; Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 55, p. 56. Este último añade el argumento de nuestro art. 2354. Ya se citó en otra posición a don Luis Claro Solar.

⁴³¹ V., al respecto, Caffarena Laporta, Jorge: *La solidaridad de deudores*. Edit. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1980, pp. 17 y sgts. Ahí se expone con amplitud el debate.

⁴³² Así, Stitckin, David. Ob. cit., N° 415, p. 336.

3º) En apreciación general, en la respuesta influye la aceptación o el rechazo de la tesis del mandato tácito y recíproco y el alcance que se le atribuya si se le acepta. Por eso es que quienes rechazan para nuestro derecho la doctrina del mandato tácito y recíproco, repudian asimismo la cosa juzgada.⁴³³ En cambio, admitiéndose la tesis del mandato, se sostiene que, conforme a ella, la conclusión es que se produce, puesto que los demás estaban representados en el juicio por el deudor demandado.⁴³⁴ Estimamos que aunque se admita la doctrina del mandato, la extensión de la cosa juzgada sigue discutible; depende del alcance que se dé a dicha tesis; si alcanza sólo a las materias substantivas (por ej., al efecto principal de pagar toda la deuda y a los secundarios, como a la mora, a la prescripción), o también a las actuaciones procesales, lo que parece más difícil de aceptar. Los inconvenientes que presenta la aplicación de la tesis del mandato al ámbito procesal se demuestran precisamente aquí, cuando ella empuja la extensión de la cosa juzgada a los demás deudores y por la fuerza de la razón surge la necesidad de tener que excluir de esa extensión la discusión de las excepciones personales. Además, debe reservarse el derecho a los deudores no demandados de probar más tarde una eventual colusión.

4º) Aparte de esas salvedades, quienes postulan la extensión de la cosa juzgada fundados en la tesis del mandato se ven en la necesidad de reconocer otra excepción: que el acreedor tampoco podría ejecutar el fallo contra uno de los deudores y embargar bienes de otro, ya que —siguiendo un principio elemental— el embargo debe recaer en bienes del ejecutado⁴³⁵ (en circunstancias de que, estrictamente, aquí también podría decirse que el otro deudor está representado en la ejecución y que, por tanto, podrían embargarse bienes).

La aplicación concreta de la cosa juzgada permite percibir mejor las dificultades.

Para la excepción habrá que distinguir quién obtuvo en un primer litigio (entre el acreedor y uno de los deudores). Si obtuvo el acreedor, la excepción funcionará cuando después otro de los deu-

dores pretendiere discutir nuevamente la misma materia; el acreedor le opondrá la excepción de cosa juzgada. Si obtuvo el deudor, la excepción funcionará cuando el acreedor (vencido) pretendiere demandar a otro deudor; ahora será este deudor el que la opondrá.

La acción de cosa juzgada funcionará así: en un juicio entre el acreedor y uno de los deudores el primero obtuvo sentencia declarativa y posteriormente con ese título ejecutivo demanda ejecutivamente a otro de los deudores.

En la aplicación de la excepción de cosa juzgada aparece la limitación por la oposición de excepciones personales y otras que ya se vieron al describir el debate doctrinario. En la aplicación de la acción de cosa juzgada (además de la misma limitación por las excepciones personales) queda patente que, para que sea posible, es necesario que el otro deudor (a quien se pretende ejecutar con el primer fallo) aparezca individualizado en la sentencia declarativa y, más aún, será necesario que en la sentencia este otro deudor a quien se quiere ahora ejecutar aparezca también como condenado; aparezca declarado deudor, lo cual es muy difícil si no ha sido litigante.⁴³⁶ En otros términos, aparece aquí la cuestión que es previa a la extensión de la cosa juzgada, cual es la determinación del supuesto de hecho (el establecimiento fehaciente de la calidad de deudor solidario).

En suma, y ya cumplido aquel supuesto, estimamos que como punto de partida o débil principio puede admitirse la extensión de la cosa juzgada a los demás deudores con, a lo menos, estas *salvedades*: las excepciones personales, la prueba de colusión, el agravamiento de la obligación inicialmente contraída, y la falta de defensa (por rebeldía) o defensa claramente insuficiente. Conociendo estas prevenciones, puede comprenderse una *síntesis* aun más contraída: la extensión de la cosa juzgada a los codeudores procede salvo que se proponga un debate que no ha sido efectivamente conocido y resuelto.

⁴³³ Así, Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, p. 143.

⁴³⁴ Así, por ej., Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 409, p. 341.

⁴³⁵ Así, Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 409, p. 341. La jurisprudencia, sin optar por un planteamiento teórico, ha resuelto esa imposibilidad de embargar bienes de un deudor al que no se está ejecutando (RDJ, T. 18, secc. 1ª, p. 482).

⁴³⁶ Si no aparece condenado en el fallo declarativo, la posibilidad de ejecutarlo con el fallo condenatorio dictado contra el otro codeudor podría tal vez presentarse cuando respecto de él ya existe también otro fallo condenatorio, y en algunos casos de solidaridad legal, como en los de varios guardadores o albaceas (y siempre que esté muy indubitadamente establecida la respectiva calidad, que es el supuesto de la codeuda); y en estas últimas situaciones siempre queda la limitación por la discusión de las excepciones personales, que conducen a la duda de si ellas imponen necesariamente un nuevo juicio declarativo o bastaría la sede del juicio ejecutivo.

Por cierto, la garantía constitucional al debido proceso está permanentemente al acecho.

Teniendo presente aquellas objeciones y conjeturas o, al menos, intuyéndolas, hay fallos que no han admitido la acción de cosa juzgada en codeudores no emplazados.⁴³⁷

Finalmente —y aunque esto parezca un empeño en mortificar al lector— advertimos que si indiscriminadamente huimos del fantasma de la extensión de la cosa juzgada, aumentan las posibilidades de que caigamos en brazos de otro: el de las sentencias contradictorias.

— Se ha discutido también la situación de que el acreedor con uno de los deudores sometan el conflicto a un arbitraje. ¿Obliga a los otros? Dando un amplio alcance a la noción del mandato tácito y recíproco, se ha estimado que sí.⁴³⁸ Un fallo resolvió que no obliga a los otros, porque la jurisdicción arbitral es voluntaria y no obliga a quienes no han adherido al compromiso.⁴³⁹

— Si el crédito es privilegiado respecto de todos los deudores (por ej., el pupilo tiene un crédito en contra de sus varios guardadores), no se presenta problema. Pero (debido a la pluralidad de vínculos) puede ocurrir que el crédito sea privilegiado respecto de uno y respecto de los otros no tenga norma que directamente establezca el privilegio (por ej., un tercero se constituye en codeudor solidario con el guardador para caucionar la deuda de

⁴³⁷ *RDJ*, T. 40, secc. 1ª, p. 249 (el título ejecutivo contra uno no permite ejecutar a otro que no ha sido oído); T. 65, secc. 1ª, p. 321 (una sentencia de alimentos no puede ejecutarse en otro solidario, como la concubina del alimentante o los que obstruyeren el cumplimiento de la obligación de alimentar).

Suelen citarse dos fallos antiguos como que resolvieron en favor de la extensión de la cosa juzgada (*G.T.* de 1886, N° 2794, p. 1767, y *RDJ*, T. XI, p. 158). Examinados, no los calificamos en tal sentido. En el primero no se trata propiamente de una extensión de la cosa juzgada, sino sólo de una declaración de que dos mandados son codeudores solidarios (en todo caso, y como puede verse, el fallo es anterior al CPC y dictado conforme a las Partidas —cita ley 20, tít. 22, part. 3ª— las cuales se inclinaban por aplicación de la cosa juzgada). En el segundo, simplemente no se desprende aquella conclusión.

Ya se dijo que el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) proclama la representación (art. 753); entonces, es explicable que luego, aunque con matices, disponga la extensión de la cosa juzgada (art. 756).

⁴³⁸ Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 55, p. 56. Agrega este autor que si los tribunales han aceptado que la prórroga de competencia aceptada por uno obliga a los otros, debería aquí procederse del mismo modo, ya que son situaciones semejantes.

⁴³⁹ *G.T.* de 1899, N° 403, p. 337.

este). En tal situación, el privilegio que favorece al acreedor (pupilo) ¿alcanza también a este deudor? Se estima que el privilegio es inherente al crédito respectivo, por lo que no se comunica a los demás sujetos que se obliguen junto a aquel en contra de cuyo patrimonio hay privilegio.⁴⁴⁰ Por nuestra parte estimamos que aquella afirmación de que el privilegio es inherente al crédito puede utilizarse también para la conclusión contraria; como es inherente al crédito —podría decirse—, todo sujeto que se obligue a pagarlo lo asumirá con esa característica. Un fallo resolvió en este último sentido.⁴⁴¹ En definitiva, la respuesta surge de la concepción que se tenga de la solidaridad (a que ya se hizo referencia), como una o varias obligaciones. Como entre nosotros ha ido imponiéndose esa fórmula intermedia de “unidad de prestación y pluralidad de vínculos”, con ella la respuesta a esta interrogante sobre el privilegio queda dudosa.

2. La extinción de la deuda

Ya ha quedado dicho que extinguida la deuda por uno de los deudores, queda extinguida para todos. Lo dicho se aplica al pago y a los demás modos de extinguir.

Pero algunos presentan particularidades.

— La novación tiene una norma especial (el art. 1519), que se explica porque con la novación la antigua deuda se extingue, de modo que los demás deudores (que no novaron) deben quedar liberados (en concordancia con el art. 1645).⁴⁴²

En la novación se consignan también algunas disposiciones conforme a las cuales ciertas modificaciones (menores) de la obligación no constituyen novación. En apreciación general, existiendo codeudores solidarios, cuando se convienen entre el acreedor y uno

⁴⁴⁰ En este sentido, Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 56, p. 57; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 410, p. 342.

⁴⁴¹ *RDJ*, T. 36, secc. 1ª, p. 330. En el caso un tercero se obligó con la llamada “fianza solidaria” (que se verá pronto) a favor del Fisco, junto a un deudor de impuestos de importación (derechos de aduana). El Fisco tiene crédito privilegiado. La Corte consideró también con privilegio el crédito contra el fiador solidario. Somarriva critica adversamente el fallo, especialmente porque —manifiesta— la fianza solidaria sigue siendo fianza, es decir, obligación accesoria, y, como tal, no pasa a ella el privilegio que se tiene respecto de la principal (Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 56, p. 57).

⁴⁴² El Código también prevé que el acreedor haya accedido a novar con la condición de que consientan los otros deudores solidarios; siendo así, si no consienten, no hay novación (art. 1651).

de los deudores, esas modificaciones no afectan a los otros que no concurrieron a la reforma (arts. 1646, 1650).⁴⁴³

La misma solución se estima aplicable a la dación en pago.⁴⁴⁴

– La imposibilidad de cumplimiento también tiene una regla especial. Si la cosa perece por caso fortuito, sin culpa de los deudores ni estando en mora, simplemente se extingue la obligación. Pero “si la cosa perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpable o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso” (art. 1521).

El texto sugiere al menos las siguientes observaciones:

a) Tras esta norma (seguidora del art. 1205 del Código francés) hay un extenso debate doctrinario, partiendo de los textos romanos y sus comentaristas y desarrollado por los exégetas, para objetar o justificar la diferencia de solución entre el precio de la cosa y la indemnización.⁴⁴⁵

⁴⁴³ La solución del art. 1646 implica que si la estipulación es beneficiosa, ese beneficio aprovecha a los que no concurrieron. De ahí que cuando el art. 1649 dispone que la ampliación del plazo no constituye novación y guarda silencio respecto de si esa ampliación beneficia a los solidarios que no concurrieron, por analogía podría concluirse que sí.

⁴⁴⁴ Así, Abeliuk, René. Ob. cit., N° 411, p. 342, dice: “Si uno de los deudores por un acuerdo con el acreedor le entrega una cosa diversa a la debida, la obligación se extingue”.

Esta aplicación del art. 1519 a la dación en pago requiere de mayor precisión sobre todo porque no actúa como un acto o contrato real (recuérdese que constituye un título traslativo de dominio, de modo que un acuerdo precede a la entrega, al cumplimiento). Cuando se examina la naturaleza jurídica de la dación en pago, surgen diversas proposiciones doctrinarias: que es una compraventa ayudada de una compensación, una novación por cambio de objeto, una modalidad del pago. Pues bien, parece ser que la tesis que más ensambla con esta aplicación del art. 1519 a la dación en pago es justamente la que la concibe como una novación. Se supone que el acreedor conviene con uno de los deudores solidarios que éste pagará con una cosa distinta de la debida. Pero luego vendrá el cumplimiento de ese acuerdo. Si el deudor no cumple, el acreedor no podría demandar el nuevo objeto a otro deudor solidario. Para los demás ya la primitiva deuda se extinguió y nació una nueva (la dación en pago configura novación), a la cual no han accedido, de modo que el acreedor sólo tiene un deudor; aquel con quien convino la dación en pago. En estos términos resulta natural –y no es obvio sólo por la existencia de aquella discusión sobre la naturaleza jurídica– aplicar el art. 1519 a la dación en pago.

⁴⁴⁵ El relato, con el extremo de eventuales errores de adaptación de los textos romanos, puede verse, por ej., en Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 148, p. 139. Entre nosotros, lo consigna Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 480, pp. 429 y sgts. incluyendo opiniones que distinguen entre la mora y la culpa.

En nuestro medio se ha sostenido que la distinción entre precio e indemnización es teóricamente criticable porque, conforme a la doctrina del mandato tácito y recíproco, en todo deberían ser solidariamente responsables y que el mantenimiento de la solidaridad sólo para el precio se justificaría por equidad.⁴⁴⁶ Por nuestra parte estimamos que, aun en el plano teórico la crítica es controvertible, porque depende del a su vez discutible carácter que se atribuya a este particular mandato que se estima incluido en la solidaridad; la duda es especialmente válida respecto de la culpa: en este mandato el mandante ha de responder o no por la culpa del mandatario.

b) Se ha transcrito que en cuanto a la solidaridad respecto del precio, el precepto deja a salvo “la acción de los codeudores contra el culpable o moroso”. Pues bien, como el precio está *reemplazando* a la cosa (que pereció), el derecho de los inocentes a repetir debe cotejarse con el capítulo de las relaciones internas entre los deudores después de extinguida la obligación (que se verá pronto); ahí se verá si en definitiva podrá o no repetir (dependerá quién pagó; si quien pagó era o no el culpable o moroso y si era o no interesado en la deuda).

c) En cuanto a la indemnización, conforme al art. 1521, no hay solidaridad (salvo que se estipule); el acreedor sólo puede demandarla al culpable o moroso. Pero puede ocurrir que haya dos o más culpables o morosos. En tal situación está discutido si ellos son o no solidariamente responsables. Se ha sostenido que quedarían obligados sólo conjuntamente, porque no hay texto que establezca la solidaridad y, además, porque hay disposiciones, como los arts. 1521 y 1533, que “parecen excluirla”,⁴⁴⁷ e incluso el art. 1526 N° 3. Estimamos que hay solidaridad. Primero, con frecuencia la indemnización tiene más importancia que el valor de la cosa y, por

⁴⁴⁶ Así Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 411, p. 343; Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 62, p. 64, quien la califica de ilógica y hace presente que si la mora y la culpa de uno afectan a los otros, debió seguirse la misma regla para la responsabilidad. Agrega que al poder demandarse el precio a un codeudor inocente, se introduce una excepción a la regla de que el hecho de un tercero es caso fortuito o fuerza mayor, que exime de responsabilidad, y se explica –citando autores– por la doctrina del mandato tácito y recíproco. Claro Solar, sin criticarla, la justifica por equidad (Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 484, p. 433).

⁴⁴⁷ Así, Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 228; Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 62, p. 65. Pero este último admite que es discutible; más aún, previene que en caso de dolo o culpa grave sí habría responsabilidad solidaria; citando el art. 2317 inc. 2° (p. 66).

ende, al pactarse la solidaridad es plausible que el acreedor ha querido protegerse de todo riesgo, lo que se logra con la solidaridad de todos los culpables o morosos para el pago de la indemnización y es lo que la ley debe también procurar, de modo que ella debe entenderse en ese sentido, con lo que resulta útil sin ser injusta. Segundo, el art. 1526 N° 3 constituye el texto legal que haría falta; es cierto que se pone en el caso de que sea uno el culpable, pero no hay razón para no aplicarlo al caso de que sean dos o más; incluso, es ahí cuando se justificaría la expresión "solidariamente" que emplea (no vale la objeción de que es un texto de obligaciones indivisibles; está ubicado en ese título, pero trata de la indivisibilidad de pago, en la cual la obligación es divisible, como se dirá más adelante). Tercero, según se verá pronto, la mora de uno afecta a los otros; pues bien, si se trata de obligación de dinero, desde ese día comienzan a devengarse intereses contra cada uno de los deudores, pues todos están en mora, y acontece que los intereses son la indemnización de los perjuicios tratándose de las obligaciones dinerarias, con lo cual, si se niega la solidaridad en el caso que se comenta, resultaría que cuando la deuda es de dinero, la indemnización es solidaria, y cuando lo debido es otra cosa, no, lo cual no es coherente (por decir lo menos).⁴⁴⁸

— La transacción asimismo tiene reglas particulares. De la definición (art. 2446), y sobre todo del art. 2456, se desprende que es un acto *intuitu personae*. Por ello, el art. 2461, enfatizando aquí especialmente el efecto relativo de los contratos, dispone que la transacción sólo produce efectos entre los contratantes. Esta insistencia adquiere relevancia en la solidaridad, en la cual, como hay varios interesados, puede ocurrir que uno o más transijan; no todos. Entonces, la convenida por uno o algunos no beneficia ni perjudica a los otros solidarios. Pero el texto agrega "salvos, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad". Esta salvedad se explica porque dentro del contrato de transacción, en el que se pueden celebrar variados pactos para arribar a ella, puede llegarse a configurarse una novación; puede novarse alguna de las obligaciones

⁴⁴⁸ En este sentido, Stitchkin, David. Ob. cit., p. 315. Este autor predica sobre la base de que "todos" hayan sido culpables de la pérdida de la cosa, pero la argumentación es la misma para cuando lo son algunos.

A las situaciones de culpa ordinaria debe agregarse la de culpa grave o dolo, en la cual el profesor Somarriva cita el art. 2317 inc. 2°, según ya se dijo en una nota precedente.

nes involucradas; y en tal caso, cobra aplicación el art. 1519, por el cual la novación libera a los obligados que no consintieron en ella (el codeudor que no participó en la transacción en la cual la obligación fue novada, queda libre). En suma, la transacción en general no alcanza (ni para bien ni para mal) a los demás codeudores, pero si hay novación, en ese punto, en lo novado les alcanza (para bien); quedan libres (una vez más puede verse cuán difusos son los extremos del mandato tácito y recíproco).

— Tratándose de la remisión, hay también una regla especial: el art. 1518. Si condona (remite) la deuda a uno, a los demás puede demandarlos, pero con rebaja de la cuota del remitido; ya no puede demandar a los otros por el total (por eso es que, como se verá pronto, la remisión es una excepción calificada de mixta).

Al parecer, más tarde no puede demandar al beneficiado con la remisión (y así parece entenderlo la generalidad de la doctrina nacional, aunque no plantean expresamente el punto). Sin embargo, estimamos que la negativa no es tan categórica, porque el acreedor podría pretender demandarlo sosteniendo que como le condonó su cuota, podría demandarlo por el resto. La redacción del art. 1518 no ayuda a dirimir.⁴⁴⁹ Los términos de la condonación influirán en la decisión final (en cuanto esos términos pueden influir para resolver si su intención fue sólo liberarlo de su cuota o, completamente, de toda la deuda).

— Tratándose de la confusión, hay también una regla especial (art. 1668). Por ej., el acreedor muere y ha legado el crédito a uno de los deudores solidarios; la obligación se extingue por confusión, sin perjuicio de que el deudor con quien se produjo la confusión puede repetir por sus cuotas en contra de los demás.

— Y respecto de la compensación, puede acontecer que uno de los deudores sea a su vez acreedor del acreedor común. Si éste demanda al primero y éste le opone la compensación, la obligación se extingue, pero luego el demandado podrá demandar, si es del caso, a los demás codeudores para el reintegro, conforme a las normas que rigen las relaciones posteriores internas, entre los codeudores (que se verán pronto). Pero si el acreedor demanda a otro de los codeudores (que no es a su vez acreedor del de-

⁴⁴⁹ La situación podría pretenderse cuando, después de la condonación, el beneficiado es el único solvente o los demás llegan a quedar en posición difícil de perseguirlos.

mandante), el demandado no puede oponer en compensación el crédito de su codeudor, a menos que éste le haya cedido dicho crédito (arts. 1520 inc. 2º y 1657 incs. 1º y 4º). Por esto es que como se dirá, la compensación es también calificada de excepción mixta.

3. Interrupción y suspensión de la prescripción y mora

Interrumpida la prescripción a uno de los deudores solidarios, queda interrumpida respecto de todos (art. 2519). Estimamos que esta regla se aplica cuando se trata de la misma acción (entonces si, por ej., uno de los deudores solidarios agregó una hipoteca y el acreedor ejercita la acción hipotecaria, esa demanda no interrumpe la prescripción de la acción personal que tiene el acreedor contra cada uno de los deudores).

Cuando se suspende la prescripción a favor del acreedor respecto de uno de los deudores, la suspensión respecto de todos ha sido muy discutida.⁴⁵⁰

No hay norma acerca de si, una vez cumplida, la renuncia a la prescripción efectuada por uno de los deudores afecta o no a los otros. Tratándose de la fianza, el art. 2496 dispone que "el fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor". Compartimos la solución de aplicar la misma regla. En primer lugar, el art. 12 permite renunciar los derechos propios (no los ajenos) y cada deudor tiene el derecho de hacer valer la prescripción. En segundo, varios textos impiden que los actos perjudiciales de un deudor afecten a los otros (por ej., los arts. 1646, 1648, 1650). Y, en tercer lugar, tal como se dirá pronto, el deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación (además de las personales suyas) (art. 1520); y una de aquellas es la excepción de prescripción.⁴⁵¹

Tampoco hay norma que resuelva si puesto en mora uno quedan o no en mora todos (todos aquellos a los cuales a ese momento les era exigible la obligación). La generalidad de la doctrina

⁴⁵⁰ La situación puede presentarse, por ej., cuando el acreedor llega a ser conyuge de uno de los deudores.

Entre los clásicos, Laurent y Demolombe aparecen como dos notables adversarios. Entre nosotros, puede verse Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, Nº 488, pp. 435-6.

⁴⁵¹ V. Stitckin, David. Ob. cit., p. 313. V. también Copello, Ernesto: "Obligaciones solidarias", en *RDJ*, T. 16, 1ª Parte, p. 227; esa renuncia de un deudor se dice allí, es "*res inter alios*".

nacional estima que sí.⁴⁵² Lo estimamos del mismo modo. Se desprende de la naturaleza de la obligación solidaria y del art. 1521, el cual dispone directamente que la mora de uno deja a todos con el riesgo de la cosa, pero eso puede aplicarse a los demás efectos de la mora (por ej., en cuanto al derecho de pedir la resolución por incumplimiento) (salvo en materia de indemnización, en la cual el mismo texto dispone la solución distinta, como se ha dicho).

Estimamos asimismo que si el acreedor no coopera para que uno de los deudores pueda cumplir (mora del acreedor), queda en tal situación respecto de todos. Así como el efecto liberatorio del pago efectuado por uno opera respecto de todos, los beneficios más limitados que produce un intento de pago, el cual se frustra por culpa del acreedor, deben también alcanzar a todos.

4. Hay muchas otras situaciones que podrían requerir aclaración por la circunstancia de ser solidaria la obligación. Entre ellas:

— Si se pactó cláusula penal para el caso de incumplimiento, no hay norma expresa.

Se ha propuesto que siendo la cláusula penal una avaluación convencional de los perjuicios, debe procederse como lo prescribe el art. 1521, más la regla del art. 1537, y esto implica distinguir entre la pena compensatoria y la moratoria; si es compensatoria, que es el equivalente de la prestación, la deben solidariamente todos; y si es moratoria, por el simple retardo (y no se ha estipulado que se deba solidariamente), sólo la debe aquel por cuyo hecho o culpa se produjo el retardo (aplicando por analogía el art. 1521).⁴⁵³ Sin aquella distinción, otra opinión estima que al deudor infractor se le puede

⁴⁵² Abeliuk sólo relata que así opina uniformemente la doctrina, sin pronunciarse él, a menos que su falta de discrepancia se considere anuencia (Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, Nº 412, p. 344). Lo manifiestan expresamente, por ej., Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, p. 146; Stitckin, David. Ob. cit., p. 317; Vodanovic, Antonio. Ob. cit., Nº 118, p. 102; Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., Nº 61, p. 63. Este último autor añade que si la obligación era pura y simple para uno y a plazo (dentro de) para otro, admitiendo la duda estima que transcurrido ese plazo todos quedan automáticamente en mora (quiere decir, aplicándose a todos el art. 1551 Nº 1, sin necesidad de requerimiento judicial para los otros), porque los demás conocían la estipulación del plazo convenida con aquél (p. 64). Insistimos en lo que advierte: es dudoso.

⁴⁵³ Así, Stitckin, David. Ob. cit., p. 318. Este autor agrega que si el retardo se debe a hecho o culpa de todos los deudores (agreguemos, o de varios), entre ellos son solidarios a la pena moratoria; en tal extremo es coherente con lo que él sostiene, según se ha dicho, para la indemnización por pérdida de la cosa debida (interpretando el art. 1521), punto en el cual coincidimos, según también se dijo.

exigir toda la pena y a los demás sólo su cuota "correspondiente" (sin precisar cuál es; habrá que entender que se refiere a la proporción de su interés en la deuda), citándose el art. 1540.⁴⁵⁴ En fin, también se ha dado una respuesta simple: que toda la pena puede demandarse a cualquiera de los deudores solidarios (y si el demandado es un inocente, le queda a salvo su acción de repetición en contra del culpable o moroso).⁴⁵⁵

— Conforme al art. 1902, para que la transferencia de un crédito sea oponible al deudor y a terceros, es necesario que el deudor acepte o le sea notificada la transferencia. Pues bien, si la obligación (contrapartida del crédito) es solidaria, aceptándose la doctrina del mandato se ha derivado que basta que uno de los deudores acepte o que uno sea notificado (en ella, cualquiera representa a todos).⁴⁵⁶ Pero quienes la niegan para nuestro derecho concluyen lo contrario (es necesario notificar a todos; a quien no se notifica que la cesión le sería inoponible).⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Así, Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 228. A este autor (en la versión de sus clases, que no debe confundirse con el *Curso de Obligaciones* de Alessandri, Somarriva y Vodanovic), se le ha llegado a citar como que participa de la solución de que simplemente puede demandarse toda la pena a cualquiera de los deudores; no es así, según puede leerse en la mencionada página de la citada obra.

Como se dice en el cuerpo, el profesor Alessandri cita en su apoyo el art. 1540 en tales términos que da la impresión de que el problema no existe, porque está resuelto claramente en la citada regla, pero debe observarse que ese texto se refiere al caso en que un (único) deudor que convino cláusula penal muere, deja varios herederos y uno infringe; en tanto que lo que aquí se está tratando es la situación de varios deudores solidarios y uno infringe.

⁴⁵⁵ Así, en Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 63, p. 66. Conforme a la redacción del pasaje respectivo, el autor no se pronuncia expresamente. Se limita a dejar constancia de que "desde los tiempos de Pothier los autores estiman..."

De entre quienes dan esa solución, hay quienes se han hecho cargo de explicar una diferencia: se ha visto que en la pérdida de la cosa por culpa o durante la mora de uno de los deudores, todos están solidariamente obligados al precio y sólo el culpable o moroso responde por los perjuicios. Aquí, no obstante ser la cláusula penal una evaluación convencional de los perjuicios, no distinguen (entre pena compensatoria, que reemplaza al precio y pena moratoria, por los perjuicios debido al retardo) y proponen simplemente solidaridad para la pena. Aducen que la diferencia se justifica porque en la primera situación nace una nueva obligación que tiene su fuente en la infracción (y en ella no habría solidaridad) en tanto que la pena es una obligación condicional preexistente, estipulada como accesoria de la principal y por tanto las partes han querido que sea solidaria como ella (así, por ej., Aubry, C., et Rau, G. Ob. cit. T. IV, p. 46, nota 29; Laurent, F. Ob. cit. T. XVII, N° 312, p. 311).

⁴⁵⁶ Así, por ej., Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 413, p. 344.

⁴⁵⁷ Así, por ej., Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 232, p. 147.

— Se ha planteado también el punto del incumplimiento doloso. Antes se examinó la imposibilidad de cumplimiento (tratada en nuestro Código con la indebidamente limitada expresión "pérdida de la cosa que se debe") debido a culpa o durante la mora de uno de los deudores (incluso —en nota— con la eventualidad de culpa grave o dolo). Ahora se trata de un *incumplimiento* con dolo o culpa grave (que por el art. 44 en materias civiles equivale al dolo) sin que haya imposibilidad de cumplir. En general, compartimos la solución de que responden todos solidariamente, tanto por los principios anteriores como por lo dispuesto en el inc. 2° del art. 2317, el cual se ha de aplicar a la responsabilidad contractual, porque para la extracontractual ya está el inc. 1°.⁴⁵⁸ Hemos dicho "en general", porque estimamos también razonable mitigar la conclusión en términos de que la responsabilidad ordinaria recae en todos solidariamente; pero el incremento que según los textos (art. 1558) se impone por incumplirse con dolo o culpa grave ha de recaer sólo sobre el personal autor de esa conducta.⁴⁵⁹

En fin, en estas como en muchas otras situaciones,⁴⁶⁰ en el conflicto influye el *alcance* que ha de conferirse al postulado de que entre los codeudores existe el tal mandato tácito y recíproco, que en ocasiones resulta muy discutible (como en los casos en que un demandado solidario acepta la demanda, confiesa, etc.). Incluso, se ha propuesto también otra noción que requiere pronunciamiento: de que, a juzgar por diversas disposiciones (que aquí ya se han tratado), nuestro Código habría considerado ese mandato entre los codeudores para actos que favorecen a los demás, pero no para los que les perjudican.⁴⁶¹

Finalmente, compartimos el postulado de que los efectos denominados secundarios de la solidaridad pueden ser limitados por la convención de las partes (por ej., que la mora de uno no dejará en mora a los otros). Si se puede renunciar a la solidaridad, con mayor razón se podrían limitar estos efectos (es evidente que el efecto fun-

⁴⁵⁸ Así, Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 46, pp. 44 y sgts., quien confronta con el derecho francés y agrega antecedentes de los proyectos de nuestro Código Civil.

⁴⁵⁹ Así, Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., N° 886, p. 316.

⁴⁶⁰ Por ej., una sentencia ha resuelto que la prórroga de jurisdicción pactada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, afecta a todos (RDJ, T. 19, p. 171), solución que, por cierto, es bien discutible.

⁴⁶¹ Así, por ej., Stitckin, David. Ob. cit., N° 396, p. 319.

damental, poder cobrarle a cualquiera el total, no puede ser eliminado, porque entonces es la solidaridad la que desaparece).⁴⁶²

— Las excepciones que puede oponer el deudor demandado.

Como se sabe, las excepciones pueden ser dilatorias o perentorias. Las primeras denuncian un defecto de procedimiento (falta de personería del demandante, incompetencia del tribunal, ineptitud del libelo) y las segundas atacan el fondo de la acción deducida.

Por su naturaleza, es claro que las dilatorias pueden ser opuestas por cualquier deudor solidario demandado, si las detecta en la demanda que se interpone en su contra.

Los arts. 1520 y 2354 se refieren a las excepciones perentorias que puede oponer el deudor solidario demandado y, conforme a esos textos, pueden agruparse en las que la doctrina nacional ha denominado reales, personales y mixtas.

a) Son excepciones reales (o comunes) las que resultan de la naturaleza de la obligación (art. 1520), o inherentes a la obligación (art. 2354). Por lo mismo, puede oponerlas cualquiera de los deudores solidarios.

Entre ellas: la nulidad absoluta (la cual, más ampliamente conforme al art. 1683, la puede oponer todo el que tenga interés); los modos de extinguir obligaciones que las afectan en sí, sin consideración de los sujetos, como el pago, la novación, la prescripción, la pérdida fortuita de la cosa; la cosa juzgada (art. 2354);⁴⁶³ las modalidades que afectan a todos los vínculos jurídicos, como el plazo que fue establecido para todos y que aún no se cumple; la excepción de contrato no cumplido, si el contrato es bilateral y el demandante no ha cumplido por su parte (art. 1552).⁴⁶⁴

La nulidad absoluta generalmente es mencionada como una excepción real simplemente, pero nos merece una observación especial. Hay causales de nulidad absoluta en las que es claro que pueden alegarla todos (como la falta de solemnidad legal del acto, el objeto ilícito considerando la unidad de prestación que hay en la solidaridad, etc.). Pero otras, como la falta de consentimiento de uno de los deudores, la falta de causa o causa ilícita (en la cual si se adopta una tesis subjetiva de la causa, la excepción pudiera corresponder sólo a uno), la incapacidad absoluta de uno de los

deudores, tienen una respuesta más discutible. Puede concluirse que, atendida la pluralidad de vínculos, le corresponde al respectivo deudor (por ej., si uno de ellos alega que no consintió en la obligación, él podría alegar la excepción, pero no los otros, los cuales consintieron y respecto de los cuales el acto es válido). Y en contra, podría estimarse que igualmente son excepciones reales, porque, por último, al ser causales de nulidad absoluta, los otros pueden alegarla porque "tienen interés" en la nulidad, que es lo que exige el art. 1683.⁴⁶⁵ En fin, para resolver estas interrogantes, el carácter que aparece como influyente o al menos como digno de recordar, es el de que en la solidaridad hay unidad de prestación y pluralidad de vínculos.⁴⁶⁶

Se ha discutido la situación de la prescripción. Se ha dicho que, por la pluralidad de vínculos, para uno la obligación puede estar prescrita y para otros no (debido a que se comenzaron a hacer exigibles en distintas épocas o que a uno le afectó una causal de suspensión). Si respecto del demandado la obligación está vigente y respecto de otro ya prescribió, puede el demandado oponer la prescripción? Se ha sostenido que sí, que puede oponerla, como el pago, considerando que la prescripción se basa en una presunción de pago (pero, al menos entre nosotros, se entiende que las presuntivas de pago sólo son las de corto tiempo). También se ha propuesto que no y que el demandado debe pagar, sólo que descontando la cuota de aquel respecto del cual el plazo de prescripción ya está cumplido (aplicando por analogía las reglas de la remisión).⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Todavía podría replicarse que si bien puede alegar la nulidad, sería la nulidad del vínculo del que no consintió, pero el vínculo suyo sigue válido y debe pagarse y, más aún, respecto de la nulidad de aquel otro vínculo, el alegante carecería de interés.

⁴⁶⁶ Más todavía, en ciertas situaciones a ese ingrediente hay que añadir el omnipotente del mandato tácito y recíproco, como acontece para solucionar los casos en que uno de los deudores celebró el acto sabiendo o debiendo saber el vicio invalidante y los otros no. ¿Podrían los otros alegar la nulidad por cierta causal, estando privado de la acción el primero debido a ese conocimiento del vicio? Por ej., uno sabía que el acto tenía causa ilícita (y supóngase la tesis subjetiva, personal, de la causa); él no podría alegar la nulidad, pero ¿podrían alegarla los otros? Esa sanción es personal, pero todos tienen mandato entre sí; alcanza a tanto el mandato como para contaminar la situación de los otros? Al fondo (y siempre dando por supuesto que se ha seguido la concepción del mandato tácito y recíproco) en el caso emergería otro elemento incidente: el de la naturaleza jurídica de la representación, con su consabida interrogante de quién contrata, si es el representante o el representado...

⁴⁶⁷ V. Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 69, p. 70, con citas de Baudry-Lacantinerie y de Laurent.

⁴⁶² Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 66, p. 67.

⁴⁶³ Con las observaciones que anteriormente se formularon y advirtiendo que el art. 2354 es regla de la fianza (y —tal como se ha dicho y lo dispone el Código— sólo los deudores solidarios no interesados son considerados fiadores).

⁴⁶⁴ V., en este sentido, G.T. de 1921, 2° sem., N° 288, p. 1167.

b) Son excepciones personales las que, debido a determinadas circunstancias, sólo puede invocar cierto deudor (art. 1520).

Pueden mencionarse las siguientes: las causales de nulidad relativa (como la incapacidad relativa, los vicios del consentimiento)⁴⁶⁸ (recuérdese que conforme a las reglas pertinentes la nulidad relativa sólo puede hacerse valer por aquel en cuyo beneficio lo han establecido las leyes, o sus herederos o cesionarios);⁴⁶⁹ las modalidades, cuando afectan a cierto vínculo (a cierto deudor) y no a todos; la cesión de bienes (arts. 1614 y sgts.);⁴⁷⁰ el beneficio de competencia (arts. 1625 y sgts.); la transacción (salvo, como se dijo, en cuanto incluya una novación).

c) Excepciones mixtas son las que participan de características de las reales y de las personales; nominativamente, son la remisión y la compensación.

⁴⁶⁸ El art. 2354 califica al dolo y la fuerza como excepciones reales. La regla está ubicada en la fianza. Esa sola circunstancia no es suficiente para olvidarla aquí, por lo demás, otras declaraciones, como la definición de excepciones reales y la calificación de tal de la cosa juzgada, aparecen en esta misma regla y se han aplicado a la solidaridad no obstante su ubicación.

Abeliuk justifica el no aplicarla "por el principio de la independencia de los vínculos". Y agrega que "En la fianza, en cambio, existe una mayor dependencia de la obligación accesoria a la principal, y de ahí la distinta solución que da el legislador" (Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 416, p. 345, nota 408).

Estimamos que, técnicamente, la inaplicabilidad a las obligaciones solidarias se explica por la independencia de los vínculos que se concibe en la solidaridad. Pero, en general, considerando los conceptos de excepciones reales y personales, estimamos impropio calificar al dolo y la fuerza de excepciones reales (aun para los solos efectos de la fianza); son defectos subjetivos (aunque deban evaluarse objetivamente), individuales, que padece cierta persona, de modo que en rigor son netamente excepciones personales. En este sentido, si el art. 2354 quiere permitir que la fuerza o dolo sufrido por el principal los pueda oponer el fiador, basta que lo ordene y se entendería que se debe a otras explicaciones, que superan a la calificación.

Si en la solidaridad (o en la fianza) el dolo o la fuerza afectan a todos los deudores, estas excepciones siguen siendo personales; si de hecho todos pueden alegarlas, es porque cada uno sufrió el vicio.

⁴⁶⁹ Puede acontecer que, declarada la nulidad relativa a favor de uno de los deudores, el acreedor demande a otro; ¿éste responderá por el total o con deducción de la cuota del primero? Podría estimarse que con deducción, considerando que más tarde el que pagó no podrá repetir contra el primero por su cuota en la deuda (suponiendo que le correspondiera, según su interés). En contra podría postularse que teniendo solidaridad, el acreedor puede demandar a cualquiera el total, y se entiende que habiéndose obligado cada uno al total, cada uno asume el riesgo de no poder repetir en contra de alguno, de varios o de todos. Estimamos que esta última es la solución. Y podría aplicarse el criterio adoptado para la insolvencia.

⁴⁷⁰ V. al respecto, *F. del M.* N° 383, p. 586.

Si la remisión es total, constituye una excepción real; si la deuda se remite a uno de los deudores, es personal, porque la puede invocar sólo el favorecido, pero es real en cuanto los demás deudores se aprovechan de ella al pedir la rebaja de la cuota del favorecido (art. 1518).

La compensación es personal del deudor, que a su vez es acreedor del acreedor común, pero una vez que él la opone (o ha cedido sus derechos a los demás codeudores), ellos pueden también oponerla (porque al oponerla el primero, se extinguió la deuda).⁴⁷¹

Como puede verse, se trata de situaciones en las que se ha producido una *disminución del objeto* de la obligación; como en estas obligaciones hay unidad de objeto, producida la disminución con alguno de los deudores, es natural que aproveche a todos.

B) Entre los codeudores extinguida la deuda

Las relaciones entre el acreedor y los deudores son tratadas con la denominación de "obligación a la deuda", que indica quiénes y en qué términos están "obligados" ante el acreedor. Y luego, una vez extinguida esa deuda, pueden surgir, y, generalmente surgen, relaciones entre los codeudores, que son conocidas con la denominación de "contribución a la deuda", que indica el tema relativo a quién o quiénes efectiva y definitivamente soportarán el valor de la obligación.

En el derecho civil esta dualidad de situaciones se configura en varias oportunidades; por ej., al disolverse la sociedad conyugal, en el pago de deudas hereditarias y aquí, en la solidaridad pasiva.

Para determinar la contribución a la deuda en la solidaridad es necesario distinguir la naturaleza del modo de extinguir que operó con el acreedor, el efectivo interés que cada deudor tenía en la deuda y quién fue el deudor que la extinguió.

Estas distinciones se comprenden con las siguientes explicaciones previas.

En cuanto a la naturaleza de los modos de extinguir las obligaciones, puede apreciarse que algunos satisfacen el crédito del modo normal (pago) o de modo equivalente (dación en pago, compensación, novación, confusión) (art. 1522), de manera que, en todo caso, significan un sacrificio económico para el deudor. Otros, en cambio, no satisfacen el crédito y, por lo mismo, no importan un

⁴⁷¹ V. *RDJ*, T. 32, secc. 1ª, p. 155.

sacrificio económico para el deudor (remisión, prescripción extintiva, imposibilidad de cumplimiento, plazo extintivo, etc.).

En cuanto al interés, es posible que todos los deudores tengan un interés en la deuda, o sólo uno o varios lo tengan; y, por otra parte, cuando varios o todos lo tienen, ese interés puede ser de igual o de diferente magnitud. Estas diferencias en el interés son posibles debido a la noción de pluralidad de vínculos; y la circunstancia de obligarse no obstante la falta de interés se explica por la voluntad de acudir solamente para garantizar la obligación de otro interesado, confirmando al acreedor más patrimonios en los cuales poder cobrar (a su vez, esa decisión de obligarse sin tener interés no implica necesariamente ánimo de liberalidad; puede ser así, o puede explicarse por otro compromiso, pretérito o futuro, de algún interesado en favor de éste que aquí se obliga sin tener interés).

a. Si operó un modo no satisfactorio de la obligación, es decir, si nadie desplegó un sacrificio, cesan los efectos de la solidaridad y no hay relaciones posteriores entre los que fueron deudores.

b. Pero si operó un modo satisfactorio del crédito y, por tanto, alguien desplegó sacrificio económico, entonces la situación debe relacionarse con el interés.

b1. Si la deuda interesaba a todos los codeudores, el que pagó se subroga para lograr que todos compartan la carga (art. 1522; esta subrogación está repetida en el art. 1610 N° 3 y aplicada a la particular situación de la confusión en el art. 1668) (además, si se acude a la doctrina del mandato tácito y recíproco, tendría también la acción personal del mandato, en cuanto el mandatario tiene derecho al reembolso de lo que gaste en beneficio del mandante al ejecutar el encargo, conforme al art. 2158 N° 2).

Cuando se produce subrogación (aquí como en otros casos de subrogación, los cuales en su modalidad de subrogación legal están contemplados principalmente en el art. 1610), suele decirse que el sujeto tiene la "acción subrogatoria". Esa expresión es equívoca, porque provoca la creencia de que la subrogación crea una acción especial (que se llamaría "acción subrogatoria"). No es así; no hay una nueva acción; lo que ocurre es que, como en la subrogación personal quien dice subrogar dice reemplazar, el que se subroga tiene la acción del acreedor pagado. Aplicando lo dicho a la situación que comentamos, el que pagó tiene ahora la acción del acreedor (con todos sus accesorios) en contra de sus codeudores, para compartir la carga (limitada a sus cuotas).

Las particularidades de esta subrogación residen en que: habitualmente el subrogado es un tercero y aquí es uno de los deudores; habitualmente la subrogación se aplica al pago y aquí se extiende a otros modos de extinguir (como la dación en pago, la novación, la compensación, la confusión); y habitualmente la subrogación importa que el que se subroga recibe la acción en los mismos términos en que la tenía el acreedor, con todos sus accesorios, entre ellos la solidaridad si la había, en tanto que aquí se excluye la solidaridad; se limita a la cuota de cada uno de los otros; la obligación queda como conjunta (art. 1522). Por cierto, la explicación es evitar que la solidaridad continúe eternamente.⁴⁷²

Se tiene entendido que no hay inconveniente en que, sin perjuicio de la legal, entre el acreedor que es pagado y el deudor que paga se efectúe una subrogación convencional,⁴⁷³ pero sin que eso signifique que por tal circunstancia el deudor subrogado pueda volver a cobrar el total a cualquiera de sus codeudores; podrá o no según su interés.⁴⁷⁴

La cuota de cada uno será la que hayan pactado; si no hay pacto, está determinada por el interés de cada uno en la deuda. El interés (y por tanto las cuotas) se presume igual; quien alegue que es distinto deberá probarlo.

b2. Si la deuda interesaba sólo a uno o algunos de los deudores, conforme al art. 1522, debe distinguirse quién pagó.

Si pagó el único interesado, él soporta la deuda y no hay relaciones posteriores.⁴⁷⁵ Si pagó uno de los varios interesados, se aplica lo dicho anteriormente; se subroga en los derechos del acreedor, pero sólo respecto de los otros interesados y por sus cuotas según su interés; el Código califica a los no interesados como fiadores y, siguiendo esa calificación, cuando el deudor principal paga, el fiador queda simplemente liberado. En fin, si pagó uno de los no interesados, se subroga en los derechos del acreedor.

⁴⁷² Otra alternativa, contemplada en algunos proyectos del Código, es que la solidaridad continuara en contra de los deudores restantes, descontada la cuota del que paga, hasta el último de los deudores.

⁴⁷³ Así se ha resuelto: *RDJ*, T. 31, secc. 1ª, p. 131.

⁴⁷⁴ Así Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 74, p. 76; Baudry-Lacantinerie et Barde. *Ob. cit. Des obligations* (II) N° 1259, p. 370; Laurent, F. *Ob. cit.* (4ª éd.) T. XVII, N° 360, p. 362.

⁴⁷⁵ Y así se ha resuelto. *RDJ*, T. 35, secc. 1ª, p. 50.

Esta última situación requiere algunas precisiones. Algunos textos nacionales (sobre obligaciones en general) no aclaran en contra de quién o quiénes se subroga, y otros especifican que solamente se subroga en contra de los deudores interesados (o en contra del único, si es el caso).⁴⁷⁶ Desde luego, se subroga en contra de los otros deudores interesados, por el total, incluso con solidaridad (esta subrogación la dispone el art. 1610 N° 3, y puede también apoyarse en el inc. 1° del art. 1522, con la salvedad de que es por el total, y el art. 2372 inc. 1°); tiene además, en contra de esos mismos interesados, una acción propia, personal, la de reembolso, porque es considerado fiador (arts. 1522 y 2370); y si se acude a la doctrina del mandato tácito y recíproco, tendría la acción del mandato, antes mencionada. Pero, discrepando, estimamos que si hay otros no interesados también tendría acción en contra de ellos, porque, al ser ellos considerados fiadores, debemos traer a aplicación las reglas de la cofianza, y conforme al art. 2378, "el fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores". Alguna objeción que pudiere formularse derivada de la exacta literalidad de este texto la estimamos menor considerando lo razonable, ecuaníme, que resulta aplicarla; al codeudor que pagó sin tener interés debe concederse la posibilidad de compartir su suerte con quienes se obligaron en las mismas circunstancias que él (la situación se presentará cuando los interesados, en contra de quienes tiene más y mejores acciones, son insolventes, de complicado acceso o presentan otras dificultades frustrantes de su pretensión).⁴⁷⁷

Por último, debe advertirse que en las oportunidades en que dispone (o podría disponer) de las acciones personales (la de reembolso derivada de la fianza y la del mandatario) además de la acción del acreedor debido a la subrogación, conviene examinar las características del caso para definir cuál se empleará; hay factores influyentes como la producción de intereses, la dotación de cauciones, etc. (por ej., podría acontecer que el derecho del acreedor

en el cual el que paga se subroga, tenga caución, pero se haya pactado sin intereses o con un interés de tasa baja, y se cotejará con la del mandato, que —generalmente— carecerá de caución y devenga intereses corrientes...).

Según se ha dicho, cuando un deudor paga, se subroga. Si la deuda constaba en título ejecutivo, ese mismo título podrá servirle para ejecutar a los otros deudores por sus cuotas, porque por el ministerio de la ley está subrogado (de modo que donde aparece el nombre del acreedor, debe entenderse que está el de él). Pero aquí surgen algunas complicaciones. Desde luego, en ese cobro ejecutivo, junto al título tendrá que acompañar la constancia de que pagó; aquí ya puede surgirle una dificultad si el ejecutado le objeta que la obligación no aparece toda en el título, que el título es insuficiente, porque requiere de la constancia (se traerá a relato la idea de "unidad del título" ejecutivo, conforme a la cual él debe bastarse a sí mismo, debe estar completo para poder ejecutar). Y luego vendrá el punto de la determinación de la cuota. Si las cuotas por las que responderán en definitiva en sus relaciones internas están determinadas en el título (que será poco frecuente), estará a salvo de este problema. Si no están determinadas, al pretender ejecutar él tendrá que afirmar cuál es la cuota, la cual fija el monto por el cual ejecuta, y entonces el ejecutado le podrá objetar esa cuota (sosteniendo que es otra la magnitud de su interés o que carece de él). Ahora será más lo que está fuera del título: la constancia del pago, la afirmación de que el ejecutado tiene interés, y la afirmación de la magnitud de ese interés. Así, probablemente tendrá que aclarar estos puntos previamente mediante un juicio declarativo (en el cual tomará la precaución de emplazar de una vez a todos los que, según él, deben compartir la deuda pagada).⁴⁷⁸

— Insolencia de alguno de los deudores

La situación está regulada en el art. 1522. La insolencia de uno grava a los otros, a diferencia de lo que acontece en la obligación conjunta. Como se ha dicho, en las relaciones entre los codeudores después de extinguida la deuda, en general se extingue la solidaridad y, por tanto, la obligación queda entre ellos como conjunta. Sin embargo, haciendo excepción a lo que ocurre en esta clase de obligaciones, se mantiene la regla de que la insolencia de uno gra-

⁴⁷⁶ Así, por ej., Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 236, p. 151.

⁴⁷⁷ Y es discutible si podría acudir a la doctrina del mandato tácito y recíproco, para disponer de la acción del mandato, en contra de los otros no interesados, que serían sus mandantes. Por una parte, se dirá que si se acepta en general debe aplicarse también aquí; y en contra, que como el Código los considera fiadores, esa calificación excluiría, al menos desde el pago, las de mandantes y mandatario.

⁴⁷⁸ V. a este respecto, G.T. de 1878, sent. 2255, p. 927.

va a los otros. Es razonable, porque así se evita que quien extinguió la deuda tuviera que cargar con esa insolvencia.

También es justo que a solventar esa cuota deba concurrir incluso aquel que fue eximido de la solidaridad por el acreedor, porque ese acuerdo entre él y el deudor favorecido no debe perjudicar a los demás deudores que no participaron en ese acuerdo (por lo demás, fue exonerado de la solidaridad, no de la obligación).

En cuanto al deudor que carecía de interés en la deuda, tampoco ha de contribuir a la cuota del insolvente; el art. 1522 dispone que la cuota del insolvente se reparte entre los otros a prorrata de sus cuotas y el que carece de interés no tiene parte (cuota) alguna en la deuda.⁴⁷⁹

En cuanto al deudor a quien el acreedor ha remitido (condonado) su cuota en la deuda, es evidente que nada debe reembolsar al deudor subrogado, sobre todo teniendo presente que éste, al pagar, ha deducido la cuota condonada. Pero no hay norma que decida si debe o no responder por la cuota del insolvente. Está discutido. Se ha sostenido que sí, porque la ley no lo ha excluido expresamente.⁴⁸⁰ En contra se ha propuesto que con ella debe cargar el acreedor; al remitirle se ve el deseo del acreedor de liberarle enteramente de modo que él (el acreedor) la asume.⁴⁸¹ Estimamos preferible la primera solución, porque, además de no estar excluido expresamente, aquella remisión, liberalidad del acreedor para con el deudor remitido, no puede afectar a los otros deudores, que tendrían que sostener la cuota del insolvente con alguien que (extinguida la deuda) ya no cuenta entre ellos. Es el deudor remitido, compañero original en la carga, el que debe cooperar en la cuota del insolvente, en proporción a la cuota que tenía en la deuda y que le fue remitida (él verá si a continuación se decide a su vez intentar recuperarla de su generoso acreedor).

En fin, se ha entendido que la insolvencia debe existir "al momento" en que el deudor efectuó el pago, de modo que si fue más tarde que otro de los deudores cayó en insolvencia, el que pagó debe soportar su negligencia de no haber demandado pronto el

reembolso.⁴⁸² Siendo la negligencia el fundamento, estimamos que la insolvencia producida dentro de un tiempo razonable después de que el deudor pagó, también conduce a gravar a los otros; no puede pretenderse que el que pagó tenga que demandar "de inmediato" a los demás; transcurrido ese término razonable (que el juez determinará en cada caso), puede concluirse que el deudor que pagó fue negligente en demandar el reembolso y por tanto él debe asumir la insolvencia de quien caiga en ese estado.⁴⁸³

Puede ocurrir que un deudor efectúe un pago parcial (aceptado por el acreedor). Entonces, ¿puede demandar a sus compañeros para que compartan? Estimamos que depende del monto pagado en relación a su interés. Si lo que pagó no supera su interés, nada puede pedir, pues pagó aquello a lo que efectivamente estaba obligado (aquello en lo que debía contribuir). Pero si pagó más allá de ese monto, el exceso puede cobrarlo a los codeudores, en proporción al interés de cada uno.⁴⁸⁴

Hay quienes estiman que en caso de solidaridad por delitos o cuasidelitos, el deudor que paga carece de acción para repetir en contra de los demás solidarios, aduciendo la regla del "*nemo auditur...*".⁴⁸⁵ No lo estimamos suficiente; de procederse así, el adagio estaría beneficiando a los otros a los cuales también les pesa.⁴⁸⁶

— La convención de solidaridad o solidaridad en blanco

En la práctica se ha planteado la posibilidad de que un sujeto convenga con un potencial acreedor que las obligaciones que un tercero contraiga con él obligarán solidariamente al primero.

Se trata, pues, de una convención de solidaridad sin una obligación actual en la que recaiga. Por cierto, en los textos no está admitida ni repudiada. Puede estimarse que la situación no es tan extraña, desde que se conoce aplicada a otras garantías, como la hipoteca, para caucionar obligación futura y la modalidad deno-

⁴⁷⁹ Así, Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 80, p. 83; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 422, p. 349.

⁴⁸⁰ Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 234; Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. T. IV, vol. I, N° 179, p. 200; Vodanovic, Antonio. Ob. cit. N° 128 p. 113.

⁴⁸¹ Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 80, p. 81.

⁴⁸² Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 80, p. 82.

⁴⁸³ El interesante tema de la insolvencia en las materias civiles, que parte con la construcción del concepto, excede este estudio.

⁴⁸⁴ Así también Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 507, p. 456.

⁴⁸⁵ Llambrías, Jorge, y otros. Ob. cit., N° 897, p. 321.

⁴⁸⁶ El supuesto para demandar a los demás deudores es que "ha pagado" (art. 1522). No puede, pues, aunque ya esté demandado, pretender que le cooperen "para pagar". Pero, en el evento de que ya se le haya notificado demanda de cobro, parece aceptable que pueda impetrar medidas precautorias para proteger su futuro y demostrado derecho a contribución, en la medida en que puede hacerlo un acreedor condicional.

minada cláusula de garantía general hipotecaria. No la estimamos admisible, fundamentalmente porque un compromiso anticipado de todo el patrimonio, sin límite en naturaleza y monto, con desconocimiento de su concreción, nos parece inconveniente para la vida en comunidad, en términos que el sujeto abdica del poder de su voluntad para obligarse. Se dirá que eso ya está permitido por el derecho al estar universalmente aceptado el mandato general. Pero en el mandato el mandante mantiene algún control a través de la rendición de cuentas. Con lo dicho estamos manifestando que un procedimiento aceptable sería un mandato en el cual se autorice al mandatario para obligar solidariamente al mandante.

Distinta es la situación de una convención de solidaridad envolvente o indefinida —que tampoco está expresamente admitida ni prohibida— por la cual un sujeto declara ante un acreedor que él se obliga solidariamente para con cierto deudor en todas las obligaciones que tiene para con dicho acreedor (sin individualizarlas). Aquí las obligaciones ya existen y su límite está justamente en esa existencia, hasta el instante en que se convino esta solidaridad. Puede suponerse que si el nuevo deudor así lo acepta, es porque examinó (o debió examinar) dichas obligaciones y, por lo mismo, asume las que no quiso o no pudo examinar. Recuérdese, para el efecto, que no hay inconveniente en que la solidaridad se establezca en un acto separado de la obligación garantizada. Pero si incluye obligaciones futuras, resulta más discutible, por lo recién dicho.⁴⁸⁷

— Dos expresiones prácticas: fiador solidario; fiador y codeudor solidario

Suelen emplearse estas expresiones, que han motivado discusión sobre su alcance.

a) En cuanto al “fiador solidario”, algunas sentencias simplemente lo han asimilado al codeudor solidario. En cambio, otros fallos y varios autores le mantienen el carácter de fiador, sólo que con las características de que carece de los beneficios de excusión y de división (si son varios los fiadores). Al considerársele un fiador (sin beneficios de excusión ni división), se asimila al codeudor solidario sólo en que el acreedor puede cobrarle el total, pero no se le aplican los demás efectos de la solidaridad; así, por ej., siguiendo las reglas de la fianza, no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor (limitación que no

⁴⁸⁷ V. a este respecto, *F. del M.* N° 419, p. 820. Con algunas obligaciones ya contraídas, el fallo admite la solidaridad indefinida, al parecer incluyendo futuras.

existiría si se le considera codeudor solidario); gozaría de la excepción de subrogación (del art. 2355), la que no rige si se le considera codeudor solidario; no le afectaría la prórroga de jurisdicción que existiera respecto del deudor, y sí le afectaría si se le considerara codeudor solidario. La jurisprudencia no ha sido terminante.⁴⁸⁸

b) En cuanto al “fiador y codeudor solidario”, considerando las expresiones, en la doctrina y jurisprudencia predomina la solución de que, ante el acreedor, se trata de un codeudor solidario, se le aplican las reglas de la solidaridad y la expresión “fiador” produce el efecto de dejar desde luego una constancia de que se trata de un codeudor no interesado, que sólo garantiza la deuda, para los efectos de las posteriores relaciones internas entre los codeudores una vez extinguida la obligación.⁴⁸⁹

— EXTINCIÓN DE LA SOLIDARIDAD

Puede terminar por vía principal o consecucional.

Termina por vía principal cuando la obligación subsiste, de modo que termina, total o parcialmente, sólo la modalidad llamada solidaridad (el carácter solidario). Tal acontece con la renuncia de la solidaridad y la muerte del deudor solidario.

Termina por vía consecucional cuando se extingue la obligación solidaria (sin perjuicio de las relaciones posteriores que se han expuesto).

a) En cuanto a la renuncia:

Conforme al art. 12, las reglas generales es que los derechos pueden renunciarse; el acreedor puede renunciar al crédito, con mayor razón puede renunciar a la sola solidaridad (que es lo menos). La contempla expresamente y la regula el art. 1516. Puede ser general o individual; expresa o tácita (debe tenerse presente también el art. 1522 inc. final). Y el art. 1517 dispone una norma especial para cuando se trata de pensiones periódicas.

Nótese que, según sus términos, el art. 1516 ha descrito específicamente los actos que constituyen renuncia tácita, de modo que,

⁴⁸⁸ V. más antecedentes en Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 119, pp. 124 y sgts., quien cita fallos y autores (destacadamente, a Pescio, Victorio: *La fianza*, Valparaíso, 1928). V. también *RDJ*, T. 76, secc. 2°, p. 195.

⁴⁸⁹ V. Somarriva, Manuel. *Tratado...*, cit., N° 120, pp. 129 y sgts.; Contreras, Leticia. Ob. cit., N° 36, p. 56. V. también, *F. del M.* N° 350, p. 974; *RDJ*, T. 82, secc. 2°, p. 123; T. 93, secc. 1°, p. 118.

a diferencia de otras manifestaciones tácitas de voluntad, no puede el juez deducirla de otros hechos.

La renuncia total, respecto de todos los solidarios, conforme al inc. final del art. 1516, en definitiva es siempre expresa; supone un acto posterior en el que aparezca la voluntad del acreedor de dividir la deuda.⁴⁹⁰ La tácita (art. 1516 inc. 2º) es parcial; beneficia sólo al que se le exige o reconoce el pago de su cuota; si el acreedor efectúa reserva, podría más tarde cobrar el saldo a este mismo deudor.

b) En cuanto a la muerte de un deudor solidario:

La situación está tratada en el art. 1523. Con este texto, la doctrina nacional repite que "la solidaridad no se transmite" (nos parece más revelador expresar que "no se multiplica"). Aquí aparece una diferencia importante con la indivisibilidad, como se verá (en ésta cualquiera de los herederos de uno de los deudores puede ser demandado por el total, lo cual se explica por la circunstancia de que aquí la prestación es indivisible).

Entonces, si muere uno de los deudores, el acreedor puede cobrar el total a alguno de los sobrevivientes o dirigirse contra los herederos del deudor fallecido; y al dirigirse en contra de éstos, a su vez puede demandarlos a todos en conjunto por el total de la deuda o demandar a cada uno, separadamente, por su cuota. Por su cuota en el total de la deuda, y en proporción a su cuota hereditaria, es decir, la cuota de cada heredero se determina por la cuota que tiene en la herencia (si se demanda a un heredero que es heredero de un tercio, se le demandará por un tercio de la deuda); el precepto coincide con la gran regla sobre el pago de deudas hereditarias, el art. 1354).⁴⁹¹

La doctrina nacional estima que si bien la solidaridad no se multiplica de pleno derecho en los herederos, no hay inconveniente en que se estipule (y suele citarse como argumento el

art. 549 inc. 2º).⁴⁹² Pero esa estipulación podría afectar a las legítimas y, entonces, su eficacia podría motivar controversia con lo dispuesto en el art. 1192.⁴⁹³

Ya se ha dicho que cuando paga un codeudor (y él no es el único interesado), se subroga en los derechos del acreedor, sólo que sin la solidaridad. Es decir, la obligación se mantiene, con el cambio de acreedor (y con una reforma en el monto, porque ahora demanda a los otros excluyendo su cuota). Entonces esta situación también podría considerarse como otra en que hay extinción de la solidaridad sin extinguirse la obligación.

Además, téngase en cuenta que cuando es un tercero el que paga por los deudores solidarios (y se encuadra en alguno de los casos de subrogación legal, por ej., si paga con el consentimiento expreso o tácito de los deudores, conforme al art. 1610 N° 5, o se estipula subrogación convencional), este tercero se subroga con solidaridad, porque la excepción que implica el art. 1522 al art. 1612 está sólo para cuando paga un deudor, no un tercero; cuando éste se subroga rige simplemente el art. 1612, y, por ende, se subroga con solidaridad.⁴⁹⁴

— SOLIDARIDAD IMPERFECTA

Con antecedentes de derecho romano (recuérdese la discutida distinción entre correalidad y simple solidaridad), algunos autores (especialmente comentaristas del Código francés y generalizadamente hasta Demolombe) han desenvuelto la denominada "solidaridad imperfecta", aquella que genera el principal efecto de la solidaridad pasiva (que el acreedor puede demandar el total de la deuda a cualquiera de los deudores) pero no los restantes. Sin embargo, se ob-

⁴⁹⁰ Aplicando principios generales del acto de renuncia, estimamos que para su perfeccionamiento este acto unilateral no requiere de la aceptación del beneficiado; por lo mismo, una vez formulada, es irrevocable, salvo error de hecho.

⁴⁹¹ V. a este respecto, G.T. de 1883, sent. 2499, p. 1387. En el fallo de *RDJ*, T. 91, secc. 2ª, p. 106, se resolvió que de lo dispuesto en el art. 1523 se desprende que la solidaridad pasiva se extingue por la muerte del codeudor y no se transmite a sus herederos y, por ende, la notificación que hace el acreedor a uno de los codeudores no interrumpe la prescripción respecto de los herederos del causante.

⁴⁹² En este sentido, por ej., Fuyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. T. IV, vol. I, N° 181, p. 202; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 425, p. 351. En apoyo de la posibilidad también se cita el art. 1526 N° 4 inc. 2º, que la contempla como estipulación de indivisibilidad de pago.

⁴⁹³ En Contreras, Leticia. Ob. cit., N° 105, p. 132. Aparte de la cita de autores que lo admiten, se menciona, por el rechazo de este pacto, a Colmet de Santerre y Boileaux (pero sin precisar la fuente).

⁴⁹⁴ Tal vez por esta posibilidad de discutir la validez, los acreedores (generalmente bancos) suelen imponer el pacto (intentando mayor clausura), estableciendo que, al fallecimiento, la obligación se tendrá para los herederos como solidaria e indivisible.

⁴⁹⁵ ⁴⁹⁴ Para la situación de quiebra puede verse Gómez Balmaceda, Rafael: "La solidaridad en la quiebra". En *Gaceta Jurídica* N° 213 (1998), pp. 16 y sgts.

servan variadas discusiones sobre su existencia y justificación, y, aun entre los que la aceptan, en la determinación de las situaciones en que ella se aplica (y es en la aplicación en donde puede encontrarse la justificación de concebirla). A este respecto, puede apreciarse que son dos las más notorias motivaciones de su elaboración: en general, lo difícil que resulta en ciertas situaciones admitir la existencia de un mandato entre los codeudores (sea porque no se conocen y entonces no se han concertado para obligarse, sea porque el objeto de la obligación tiene un carácter ilícito que anularía cualquier mandato que se propusiere) y, en particular, la ausencia de una norma en el Código francés que expresamente disponga la solidaridad para cuando dos o más sujetos cometen un hecho ilícito.⁴⁹⁵

Se ha propuesto que la solidaridad perfecta surge de la convención, en que los codeudores se asocian y voluntariamente deciden obligarse cada uno al todo; también surgiría de la ley, en aquellos casos en los que entre los varios que según la ley están obligados al todo hay un vínculo que los une o relaciona, hay un interés común, por lo cual puede considerarse que allí la ley establece solidaridad suponiendo esa voluntad de ellos (como en el caso de varios tutores o albaceas, los comodatarios de una misma cosa). Pero en aquellos casos en que la ley declara a varios obligados al todo sin que entre ellos exista relación alguna, se está en presencia de la solidaridad imperfecta, en la cual el único efecto es que los obligados al todo, pero no se producen los restantes efectos propios del estatuto de la solidaridad.⁴⁹⁶ Así, al no producirse los efectos secundarios, quedaría salvado el inconveniente que en la legal (o en ciertos casos de la legal) no es aceptable suponer un mandato entre los deudores; en tales casos no hay solidaridad perfecta, el efecto principal se produce simplemente porque la ley lo impone y los efectos secundarios no se producirían.

⁴⁹⁵ Una exposición ampliada del tema, en la cual se ha basado principalmente lo que en el cuerpo se resume, con referencia histórica (romana), cita de autores y jurisprudencia francesa, con la que demuestra variedad de opiniones y de soluciones a casos hasta el desconcierto, puede verse en Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I., N°s 182 y sgts., pp. 165 y sgts.

También puede verse un relato con cita de autores en Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N°s 397 y sgts., pp. 377 y sgts.

⁴⁹⁶ Aquí el citado Giorgi menciona a Moulon entre los precursores; y a Aubry y Rau siguiéndolo, con algunas diferencias: en la calificación de algunos casos legales y en la conversión de la imperfecta en perfecta después de que una sentencia condenatoria la declara, que propician los últimos.

En contra, sosteniéndose que sólo hay una solidaridad, la llamada perfecta, se ha rechazado aquel planteamiento. Se llega a precisar que incurre en el doble error de restringir la vigencia de la ley al privarle de los demás efectos a algunos casos de solidaridad legal, y de bautizar como solidaridad –agregándole el apelativo de imperfecta– a situaciones en las que simplemente no hay solidaridad, sino pura obligación de cada uno de varios deudores a pagar toda una prestación (que no sería lo mismo). Y en esta última situación concibe toda una modalidad nueva. Entiende que en ciertos casos varios sujetos están obligados, cada uno, a toda una prestación; están obligados al todo, *in solidum*, de modo que un solo pago libera a todos (como sería el caso de varios autores de un hecho ilícito). No se trata de una obligación solidaria, sino de una obligación similar a ella, pero que no puede llamarse solidaria ni es una solidaridad imperfecta la esencia jurídica que la informa. Son simplemente obligaciones *in solidum*.⁴⁹⁷

Destacando la diferencia entre las obligaciones *in solidum* (que también suelen llamarse “concurrentes”) y las solidarias se ha agregado que en las primeras, aunque el objeto debido es el mismo, la causa de cada uno (incluso en sentido próximo) es distinta (por lo que más bien parecen obligaciones distintas; se citan como ejemplos: la de varios alimentantes –los abuelos– para con el alimentado; el hechor y la aseguradora para con el dañado). Incluso, en las *in solidum* “el todo” podría no ser el mismo (de la misma magnitud) para todos los deudores (como es el caso de los varios alimentados, en que cada uno debe alimentar, pero el monto va a depender de las facultades de cada uno). Como en las solidarias, el pago de uno libera a los otros, pero los llamados efectos secundarios en ellas no se producen.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Es Demolombe el autor de la crítica y el proponente de la modalidad (v. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N°s 182 y sgts., pp. 377 y sgts.).

⁴⁹⁸ Se estima que la prescripción funciona independientemente, la culpa y la mora no se propagan, y aunque al pago no sigue el efecto de la contribución (dejando la posibilidad para algunas situaciones en que pueda justificarse, preferimos consignarlo con el adverbio generalmente).

También se ha llegado a puntualizar una diferencia en el vigor del efecto liberatorio que tiene para los demás la extinción de la obligación acaecida con uno. Es más débil en las *in solidum*. Se llega a estimar que en principio la extinción con un deudor (o, si se prefiere, la extinción de una obligación) no influye en las demás; pero si el pago agota el derecho del acreedor, puede dejar sin causa a las otras deudas concurrentes, pues el acreedor no puede pretender un doble pago. En cambio, si el acreedor no queda efectivamente satisfecho, como en la