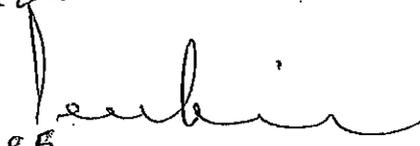


RENÉ RAMOS PAZOS

Para Enrique Bauer, estudiante
propia y muy exitoso colega,
con especial afecto

(acept - 26-4-2005) 

**DE LAS
OBLIGACIONES**

© 2004 René Ramos Pazos

Editorial LEXIS NEXIS Chile
Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile.
Teléfono: 600 700 8000
www.lexisnexus.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 141.609

I.S.B.N. 956 - 238 - 500 - 0

DE LAS OBLIGACIONES

1ª edición octubre 2004

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ADVERTENCIA

La ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

PRIMERA PARTE

1.- Derechos reales y derechos personales o créditos. El Código Civil en el artículo 576 expresa que “las cosas incorporales son derechos reales o personales” y, en las disposiciones siguientes, define el derecho real como aquel “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (art. 577), y el personal como el “que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...” (art. 578).

2.- Las nociones de derecho personal o crédito y obligación son correlativas. Representan las dos caras de una misma medalla. En efecto, no puede concebirse una sin la otra, de modo que, en definitiva, se hablará de derecho personal o de obligación, según la relación entre los sujetos se mire desde el punto de vista del acreedor (titular de un crédito) o del deudor (obligado en esa relación). Así lo deja en evidencia el artículo 578 al definir el derecho personal o crédito.

Lo recién dicho nos obliga a formular algunas precisiones, que iremos desarrollando en los puntos siguientes.

mora, no puede el acreedor demandar cosa alguna (artículo 1506, parte final). Si la cosa se destruye culpablemente, rige la regla del artículo 1672, es decir, la obligación del deudor subsiste pero varía de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

La pérdida de la cosa facultativamente debida, carece de trascendencia para el acreedor; significa únicamente que desaparece la facultad del deudor de pagar con una cosa diferente a la debida.

78.- Las obligaciones facultativas no se presumen. Así aparece del artículo 1507: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa".

79.- Algunas diferencias entre obligaciones alternativas y facultativas. Podemos anotar varias:

- a) en las obligaciones alternativas las cosas debidas son varias; en la facultativa una sola;
- b) en las obligaciones alternativas la elección puede ser del deudor o del acreedor; en las facultativas, sólo del deudor;
- c) en las obligaciones alternativas, cuando la elección es del acreedor, éste puede elegir cualquiera; en las facultativas el acreedor sólo puede demandar la única cosa debida;
- d) Hay diferencias en cuanto a los efectos de la pérdida de la cosa debida.

PÁRRAFO IX

OBLIGACIONES CON UNIDAD Y CON PLURALIDAD DE SUJETOS

80.- Concepto. Obligaciones con unidad de sujeto son aquellas en que existe un deudor y un acreedor. No merecen un comentario especial, pues nada tienen de particular.

Obligación con pluralidad de sujetos es aquella en que hay un acreedor y varios deudores (pluralidad pasiva); varios acreedores y un deudor (pluralidad activa); o varios acreedores y varios deudores (pluralidad mixta). Las autoriza expresamente el artículo 1438 del Código Civil: "cada parte puede ser una o muchas personas".

La pluralidad puede ser originaria o derivativa. Originaria, cuando la obligación nace con pluralidad de sujetos. Derivativa, cuando la obligación nace con unidad de sujetos y durante su vida se transforma en obligación plural, ej.: cuando fallece una de las partes y sus herederos son varios; cuando el acreedor cede sus derechos a varios sujetos, etc.

Las obligaciones que debemos estudiar son las con pluralidad de sujetos, que pueden revestir tres modalidades: a) simplemente conjuntas o mancomunadas; b) solidarias, y c) indivisibles.

Sección Primera

Obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas

81.- Concepto. Son aquellas en que existiendo pluralidad de acreedores o de deudores y recayendo sobre una cosa divisible, cada acreedor sólo puede exigir su cuota a cada deudor, que sólo está obligada a la suya. De manera que cada acreedor sólo es titular de su cuota en el crédito; y cada deudor es obligado únicamente a pagar la cuota que le corresponde. Constituyen la regla general, según los artículos 1511 y 1526. El primero lo dice así al tratar de las obligaciones solidarias y el 1526 al referirse a las obligaciones indivisibles.

En doctrina estas obligaciones tienen distintas denominaciones: obligaciones desunidas (Francia y Bélgica); obligaciones parciarias (Italia); obligaciones parciales o divididas (Alemania).

82.- Características de las obligaciones simplemente conjuntas.

- a) Constituyen la regla general, como lo dejan de manifiesto los artículos 1511 y 1526. En otros países, con el objeto de robustecer el crédito, esto no es así, presumiéndose la solidaridad (Italia y Alemania).
- b) Pluralidad de prestaciones y pluralidad de vínculos. Es decir, independencia absoluta entre los distintos vínculos. En buenas cuentas, se trata de distintas obligaciones. Ej.: Pedro presta \$ 2.000 a Pedro y a Juan. Ello significa dos obligaciones por \$ 1.000 cada una;
- c) Deben recaer las obligaciones sobre un objeto divisible (de manera que puedan cumplirse por parte) pues, en caso contrario, nos encontramos frente a las llamadas obligaciones indivisibles.
- d) La regla general es que la división se haga por partes viriles, o sea por partes iguales, a menos que la ley o el hombre establezcan otra proporcionalidad. Así lo establece el Código a propósito de la comunidad, 2307, inc. 2º: "si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales...". Así lo reitera, en la fianza, el artículo 2367 inc. 1º: "si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales...").

Una excepción en que se establece otra proporcionalidad, la encontramos en el artículo 1354, en el caso de los herederos que dividen las deudas hereditarias a prorrata de sus cuotas (luego no por partes iguales, sino en relación a su interés en la herencia): "Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus

cuotas" (inc. 1º). La misma idea está reiterada en el artículo 1526 N° 4. De aquí fluye que es importante saber si la mancomunidad es originaria o derivada.

83.- Efectos de las obligaciones simplemente conjuntas. Estos efectos son la consecuencia lógica de existir independencia entre los distintos vínculos;

- a) Cada acreedor puede cobrar su cuota; cada deudor sólo se obliga a la suya (1511 inc. 1º, 1526 inc. 1º);
- b) La extinción de la obligación respecto de un deudor no extingue la obligación respecto de los otros;
- c) La cuota del deudor insolvente no grava a los demás (1526 inc. 1º, parte final). El artículo 1355, sienta el mismo principio respecto de las deudas hereditarias: "La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros; excepto en los casos del artículo 1287, inciso segundo";
- d) La interrupción de la prescripción que opera en favor de un acreedor (uno de los acreedores demanda, por ej.), no favorece a los otros acreedores; y recíprocamente, la interrupción que afecta a un deudor, no perjudica a los otros (ej. se notifica la demanda a un solo deudor, sólo respecto de él se interrumpe la prescripción). Esto lo dice el artículo 2519: "La interrupción que obra en favor de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516";
- e) Si se declara la nulidad de la obligación respecto de uno de los obligados (o de uno de los acreedores), este efecto no alcanza a los otros, porque la nulidad es de efectos relativos. Así lo establece el artículo 1690: "Cuando dos o más

personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras”;

- f) La mora de un deudor, no coloca en mora a los otros. Ej. se notifica la demanda a uno de los deudores;
- g) Si uno de los deudores incumple su obligación y de ello se genera responsabilidad contractual (indemnización de perjuicios), ésta sólo afecta al incumplidor, no a los otros. Este principio lo sienta el Código en el artículo 1526 N° 3, en las obligaciones divisibles: “Aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor”. La misma idea está reiterada en el artículo 1540, a propósito de la cláusula penal, que es una forma de evaluar anticipadamente los perjuicios: “Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre pues en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido la obligación” (inciso 1°);
- h) Cada deudor demandado puede oponer a la demanda, las excepciones reales, o sea, aquellas que emanan de la naturaleza de la obligación, como el pago, nulidad absoluta, remisión, etc., y únicamente las excepciones personales suyas, ej.: incapacidad, nulidad relativa, etc.;
- i) La prórroga de la jurisdicción que opere en favor de uno de los deudores no afecta a los demás, y
- j) Finalmente, se ha sostenido que cuando en un contrato bilateral hay varios acreedores, el contratante cumplidor puede pedir por sí solo, sin necesidad de ponerse de acuerdo

con los demás, la resolución del contrato bilateral de objeto único. 95-96-97-98

El punto ha sido discutido, pues generalmente se estima que si hay varios acreedores, tienen que ponerse de acuerdo para elegir entre la acción de cumplimiento o la resolución. Alessandri dice que así aparecería del artículo 1526 N° 6 (98). Sentencia publicada en T. 57, sec. 1ª, pág. 253.

Sección Segunda *Obligaciones solidarias o in sólidum*

84.- Concepto. Son aquellas en que debiéndose un objeto divisible y habiendo pluralidad de acreedores o de deudores, o pluralidad de ambos, cada acreedor puede exigir la totalidad de la obligación a cualquiera de los codeudores y cada deudor está obligado a la totalidad de la deuda, de modo que cumplida así la obligación ella se extingue. Así lo dice el art. 1511.

85.- La solidaridad es excepcional y no se presume. Así aparece del artículo 1511 incisos 2° y 3°: “Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *“in sólidum”*”. “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establezca la ley”.

⁹⁵ VODANOVIC: ob. cit., N° 74, pág. 77.

⁹⁶ VICTORIO PESCIO: “La acción resolutoria ejercida por uno de los herederos del vendedor”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 49, Primera Parte, págs. 88-91.

⁹⁷ Luigi Mosco: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Dux Ediciones, Publicaciones S.A. Barcelona, pág. 234.

⁹⁸ Arturo Alessandri: *De la compraventa y promesa de venta*, T. II, N° 1748, págs. 781 y siguientes.

Del hecho de que sea excepcional fluyen varias consecuencias:

- 1.- Para que haya solidaridad tiene que haber una fuente de solidaridad: convención, testamento o ley. No cabe que se declare la solidaridad por sentencia judicial. Hasta antes de la ley N° 19.585, había una excepción –y muy dudosa– que se encontraba en el artículo 280 N° 5 inciso 3°, que esa ley derogó y que establecía que “Si varias personas hubieran consumado la violación de la madre, deberá el juez determinar cuál es el presunto padre del hijo que reclama alimentos. Si ello no fuere posible, podrá condenar solidariamente al pago de dichos alimentos a todos los autores de la violación”.
- 2.- La solidaridad es de derecho estricto y de interpretación restringida (Gaceta de los Tribunales, 1928, 1^{er} semestre, N° 173, pág. 753; T. 67, sec. 2^a, pág. 44). Por ello, si en un contrato bilateral, hay solidaridad para una de las partes, no puede entenderse que también la haya para la contraparte.
- 3.- La solidaridad no se presume; así lo ha dicho la Corte Suprema: “La solidaridad no se presume y debe ser declarada expresamente en el testamento o la convención, si no se halla establecida en la ley. Por tanto, no puede deducirse de antecedentes procesales que no son convención, testamento ni ley” (T. 33, sec. 1^a, pág. 193).
- 4.- Quien alegue la solidaridad debe probarla.

86.- Clases de solidaridad. La solidaridad admite distintas clasificaciones:

- a) Activa, pasiva o mixta, según haya pluralidad de acreedores, de deudores o de ambos.
Sin duda que la solidaridad realmente importante es la pasiva pues constituye una garantía muy eficaz, superior a la

fianza (pues no hay beneficio de excusión ni de división). Esa es la razón por la que Somarriva, la trata en su “Tratado de las Cauciones”. La solidaridad activa, en cambio, tiene poca utilidad práctica. Pensamos que puede tenerla para facilitar el cobro de documentos bancarios, ej. un vale vista en favor de dos personas. Sirve más al deudor que al acreedor, pues tiene más facilidad para pagar desde que puede hacerlo a distintas personas.

- b) Según su fuente, puede ser legal o voluntaria (convención o testamento). Ejemplos de solidaridad legal: el 2317, “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito...”. Otro caso: el artículo 174 de la ley N° 18.290 (Ley del Tránsito), según el cual el dueño de un vehículo es solidariamente responsable de los daños que causare el conductor, a menos que pruebe que le ha sido tomado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita.
- c) Perfecta, que es la que produce todos los efectos propios de la solidaridad; imperfecta la que sólo genera algunos efectos. Esta clasificación en Chile no tiene cabida. Fue creada en Francia por la doctrina (Mourlon y Aubry et Rau), para subsanar el inconveniente que se presentaba por no haber una norma que estableciera la responsabilidad solidaria por los ilícitos civiles, cuando son realizados por varias personas (no existe una disposición como nuestro artículo 2317). Para suplir este vacío, la doctrina supone que en los delitos civiles cometidos por varias personas existe una solidaridad, que sólo produce el efecto de que cualquiera de los deudores está obligado al pago del total; pero sin que se apliquen los demás efectos propios de la solidaridad pasiva. Como dice G. Marty, la explicación de esta solidaridad

creada por la doctrina al margen de la ley “se inspira en la teoría de la equivalencia de las condiciones; cuando varias culpas han sido, cada una, condición necesaria del daño sufrido por la víctima, cada una de las culpas se considera causa del daño junto con las demás; de ello resulta que se reúnen las condiciones de una responsabilidad íntegra, respecto de cada uno de los autores culpables; cada uno de ellos está obligado a la reparación *in sólido*”.⁹⁹

87.- Elementos de la solidaridad. Para que exista solidaridad es necesario:

- 1.- Pluralidad de acreedores o de deudores (artículos 1511, 1512). Si no hay pluralidad de deudores, cada deudor debe pagar la totalidad, porque el pago debe ser completo (1591);
- 2.- La cosa debida debe ser divisible pues, en caso contrario, la obligación será indivisible (art. 1524).
- 3.- La cosa debida debe ser la misma. Así lo dice el artículo 1512. Por esta razón se ha fallado que si una persona se obligó a entregar unos rollos de películas y otra, a pagar una indemnización si el primero no cumplía con esa obligación, no eran codeudores solidarios (T. 32, sec. 1ª, pág. 288). Se ha fallado también que en la solidaridad convencional no concurre prohibición alguna que impida a un deudor solidario acceder sólo a una parte de la obligación (34% en este caso). Este acuerdo no quebranta la unidad de la prestación, ya que ésta subsiste entre todos los deudores hasta el monto de lo acordado. En otros términos, hasta el 34% de la deuda hay unidad de prestación entre todos los deudores solida-

⁹⁹ G. MARTY: *Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones*, Vol. II, Editorial José M. Vajica JR. Puebla, México, pág. 145.

rios, pudiendo exigirse a cada uno de ellos la totalidad de este porcentaje, sin perjuicio de que los demás deudores solidarios, excluido aquel que limitó su responsabilidad, estén obligados por el total. (Corte de Santiago, 2 de junio de 2003, Gaceta Jurídica 276, pág. 124).

Si lo debido por los distintos deudores fueren cosas distintas, habrá pluralidad de obligaciones, tantas cuantos objetos hubiere.

- 4.- Fuente de la solidaridad. Este requisito lo exige el artículo 1511 inc. 2º: “Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores, el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in sólido*. Luego, la fuente puede ser la convención, el testamento o la ley (ej. art. 2317). La Corte Suprema ha dicho que “la sentencia judicial no es fuente de solidaridad. Si se cita a dos personas a reconocer una deuda que no es solidaria ni indivisible, debe entenderse que son deudores conjuntos y no solidarios” (T. 29, sec. 1ª, pág. 480). En otro fallo se resolvió que “Las únicas fuentes de la solidaridad son la convención, el testamento o la ley, sin que pueda emanar de un fallo judicial, pues las sentencias judiciales no crean obligaciones” (T. 59, sec. 2ª, pág. 43). También se ha fallado que “no existe inconveniente alguno en que ella—la solidaridad convencional—se encuentre referida a una parte de la obligación respecto de un deudor solidario y a la totalidad de la obligación respecto de otro. Dicha estipulación no contraviene lo previsto en el artículo 1512 del Código Civil...” (Corte de Santiago, 2 de junio de 2003, Gaceta Jurídica 276, pág. 124). En relación con la necesidad de que exista una fuente de la solidaridad, cabe mencionar un fallo de la Fiscalía Nacional Económica, según el cual “de acuerdo con la legislación y

reglamentación vigentes, los propietarios de bienes raíces son responsables del pago por consumos de agua potable generados en sus propiedades, en los mismos términos, en forma solidaria, que las personas que, a cualquier título los hubieren ocupado y, en consecuencia, hayan originado tales consumos..." (T. 86, sec. 6ª, pág. 81). Esta sentencia nos parece equivocada en cuanto a su fundamentación, por darle el carácter de solidaria a una obligación sin que ninguna fuente la haya establecido. La solidaridad no se puede presumir. Con mejor técnica pudo llegar al mismo resultado, recurriendo a la noción de obligación *propter rem*.¹⁰⁰

87 bis.- La solidaridad convencional, en principio, debe establecerse en un solo instrumento. En el caso en que la fuente de la solidaridad fuere la convención, lo normal será que se la establezca en el mismo instrumento en que se contrae la obligación. Sin embargo, la doctrina estima que no habría impedimento para que pudiera pactarse con posterioridad siempre que en el segundo instrumento se haga referencia expresa al primero. Así, Somarriva¹⁰¹. En el mismo sentido, sentencia de la Corte de Concepción de 12 de diciembre de 2003. Se trata de una causa en que no se había establecido la solidaridad en el contrato, pero cuando se pagó una de las cuotas de la obligación, se señaló en la carta de pago, que también firmó el deudor, que la cuota correspondía a una obligación solidaria. La Corte de Concepción rechazó la solidaridad en ese caso ("Inmobiliaria Cascadas de Villuco Ltda. con Sady Pincheira Oviedo y otra", causas acumuladas Roles N°s. 1.253-2002 y 3.927-2002).

¹⁰⁰ Sobre este punto véase *Repertorio Código Civil*, T. V, Edición 1997, pág. 193.

¹⁰¹ SOMARRIVA: *Tratado de las Cauciones*, N° 49, pág. 48.

88.- Unidad de prestación y pluralidad de vínculos. Si bien la cosa debida por los deudores es la misma, cada uno de ellos puede deberla de diferente manera. Los vínculos, pueden ser distintos. Así lo establece el artículo 1512: "La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros".

De este principio derivan importantes consecuencias:

- a) algunos de los vínculos pueden estar sujetos a modalidades. Ej. Pedro debe pura y simplemente; Juan bajo condición suspensiva; Diego a plazo. Respecto del primero la obligación es actualmente exigible, no respecto de los otros;
- b) la causa de las obligaciones puede ser diversa: ej. Pedro debe \$ 1.000.000 a título de mutuo; Juan como saldo de precio de una venta; Diego, por mera liberalidad (se obligó solidariamente para que le prestaran dinero a Juan);
- c) los plazos de prescripción pueden ser diversos, según la naturaleza del vínculo (Gaceta 1937, 2º Sem. N° 190, pág. 733);
- d) Puede ser válida la obligación respecto de uno y nula respecto de otro, ej. de tres deudores, Pedro, Juan y Diego, este último era menor de edad, o fue víctima de fuerza o dolo;
- e) Respecto de uno de los deudores puede existir título ejecutivo no respecto de los otros;
- f) El acreedor que tiene un crédito que goza de privilegio respecto de un deudor no puede invocarlo respecto a los bienes de un codeudor solidario. Así fue resuelto en sentencia publicada en T. 12, sec. 1ª, pág. 266. Sin embargo, posteriormente la Corte Suprema falló lo contrario al establecer que "el Fisco, como acreedor privilegiado, puede

hacer valer esa preferencia no sólo contra el deudor directo del impuesto, sino también contra el fiador, que se constituye deudor solidario" (T. 36, sec. 1ª, pág. 330).¹⁰²

89.- Solidaridad activa. Se caracteriza porque junto con existir varios acreedores de una obligación con objeto divisible, cualquiera de ellos puede exigir su pago total, de manera que, cumplida en esa forma, se extingue la obligación.

Los elementos de la solidaridad activa son:

- 1.- Pluralidad de acreedores;
- 2.- Cualquier acreedor puede demandar la totalidad de la obligación;
- 3.- Extinguida la obligación por un acreedor, se extingue respecto de todos. Dice el artículo 1513 inciso 1º: "El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante".

Lo anterior no ocurre sólo cuando la obligación se extingue por pago, sino cualquiera sea el modo de extinguir. Así lo aclara el artículo 1513 inciso 2º: "La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de éstos no haya demandado ya al deudor".

90.- Naturaleza jurídica de la solidaridad. ¿Cómo explicar que si se le paga a un acreedor, se extinga la obligación respecto de los

¹⁰² Sobre este punto véase: SOMARRIVA: "Las Obligaciones y contratos ante la Jurisprudencia", sentencia 447, pág. 339.

otros acreedores? Esto nos lleva a hablar de la naturaleza jurídica de la solidaridad.

Hay dos teorías para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad:

- a) La teoría romana, y
- b) La teoría francesa o del mandato tácito y recíproco.

Teoría romana. De acuerdo a ella, cada acreedor es mirado como propietario exclusivo de la totalidad del crédito. Eso explica que cada uno pueda cobrar el total o extinguir íntegramente la obligación por cualquier modo, oneroso o gratuito.

Teoría francesa o del mandato tácito y recíproco. Frente a la teoría romana, los juristas franceses elaboraron una nueva, que se denomina del mandato tácito y recíproco. Según ella, cada acreedor es dueño sólo de su cuota en el crédito, y respecto de las otras actúa como mandatario de los demás acreedores. El mandato es tácito, porque no lo establecen las partes y recíproco porque cada acreedor tiene un mandato de cada uno de los demás.

Esta teoría francesa fue elaborada hace muchos años, pues ya en una obra de Renusson, publicada en 1685, "Tratado de la subrogación", se hace referencia a ella. Posteriormente la desarrolló Pilon en su "Ensayo de una teoría general de la representación en las obligaciones"; la acoge Toullier y la consagra la Corte de Casación francesa, en sentencia del 15 de febrero de 1873.

No es indiferente que se siga una u otra, pues de adoptarse la primera, cada acreedor puede no sólo cobrar la deuda, sino también perdonarla; situación que no puede darse si se sigue la tesis del mandato tácito y recíproco, pues es obvio que no hay mandato tácito para condonar una deuda. No se puede suponer un mandato tácito en ese caso.

91.- Teoría seguida en Chile. No hay duda que en materia de solidaridad activa, se sigue la tesis romana. Así lo demuestran:

- a) El artículo 1513 inc. 2º, según el cual la condonación de la deuda de uno de los coacreedores, extingue la deuda respecto de los otros de la misma manera que el pago lo haría.
- b) Dos notas de Bello. Una puesta al margen del artículo 6º del Título VIII del Libro de las Obligaciones y de los Contratos del Proyecto 1841 a 1845; y, la otra al margen del artículo 1690 del Proyecto Inédito (que corresponde al actual artículo 1513 inc. 2º). La primera nota 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 co-acreedores". Y en la segunda nota señala: "El proyecto se separa aquí del Código francés y sigue al Derecho Romano. Véase Deilvincourt N° 7, a la pág. 140".¹⁰³

Somarriva dice que siendo cierto lo anterior, lo es únicamente en el caso de la solidaridad activa, no en la pasiva, respecto de la cual se ha seguido la teoría francesa. Razón: las notas dicen que se separa "en este punto", y más adelante "se separa aquí". Y el punto que se estaba tratando era el de la solidaridad activa exclusivamente.¹⁰⁴

Conclusión: nuestro legislador sigue en materia de solidaridad activa, la doctrina romana y en materia de solidaridad pasiva la del mandato tácito y recíproco. Creemos que esta es la opinión correcta.

¹⁰³⁻¹⁰⁴ SOMARRIVA: *Tratado de las Cauciones* N° 53, págs. 52-53.

No obstante produce dudas el art. 1521 según el cual "si la cosa perece por culpa o durante mora de uno de los codeudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpable o moroso", ¿es razonable pensar que en este caso los no culpables dieron un mandato al culpable para destruir la cosa?

Alessandri, en cambio, cree que rige la teoría francesa tanto para la solidaridad activa como para la pasiva¹⁰⁵. Lo mismo Vodanovic¹⁰⁶. La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente por la teoría del mandato tácito y recíproco en el caso de la solidaridad pasiva (T. 17, sec. 1ª, pág. 19; T. 19, sec. 1ª, pág. 171; T. 27, sec. 1ª, pág. 513).

Claro Solar, sin pronunciarse sobre el tema, siguiendo a Laurent, afirma que no hay necesidad de recurrir a la teoría francesa para explicar los efectos de la solidaridad, bastando con el doble principio de unidad de la prestación y pluralidad de vínculos que existe en esta clase de obligaciones (solidarias).¹⁰⁷

Tiene trascendencia el que en materia de solidaridad pasiva se siga la teoría del mandato tácito, porque si se demanda a un deudor y el acreedor pierde el juicio no podría demandar a otro, pues habría identidad legal de personas (representante y representado). También tendría utilidad en el caso de la prórroga de la jurisdicción, pues producida la prórroga respecto de un deudor, operaría respecto de todos, porque éste actuaría por sí y como mandatario de los otros aceptando la prórroga (T. 19, sec. 1ª, pág. 171).

92.- No hay solidaridad activa legal. Habría según algunos un solo caso, que sería el artículo 290 del Código de Comercio: "La comisión colectivamente conferida por muchos comitentes produ-

¹⁰⁵ ALESSANDRI: *Teoría de las Obligaciones*, pág. 228.

¹⁰⁶ VODANOVIC: ob. cit., N° 92, págs. 88-89.

¹⁰⁷ Claro Solar: ob. cit., T. X, N° 473, pág. 422.

ce en ellos obligaciones solidarias a favor del comisionista, del mismo modo que la aceptación colectiva de varios comisionistas produce obligación solidaria a favor del comitente". No nos parece. Creemos que es un caso de solidaridad pasiva. Nótese que los "comitentes", en la primera parte, y los "comisionistas" en la segunda, son los deudores. Luego, se trata de casos de solidaridad pasiva. No de solidaridad activa.

En resumen, no hay casos de solidaridad activa legal, por lo que su fuente sólo podrá ser el testamento o el acuerdo de las partes.

93.- Solidaridad activa tiene graves inconvenientes y pocas ventajas. Los inconvenientes: que el acreedor cobre y después caiga en insolvencia, con lo que sus coacreedores no tendrían forma de recuperar su parte.

Las ventajas son muy pocas: facilitar el cobro de un crédito, y facilitar al deudor el pago, pues puede elegir a quien pagar. Opera en las cuentas corrientes bipersonales en que puede girar cualquiera de los interesados. Pero, para lograr este resultado no es necesario recurrir a la solidaridad, bastaría con que los coacreedores se otorgaren poderes recíprocos.

94.- Efectos de la solidaridad activa. Tanto en la solidaridad activa como en la pasiva, deben distinguirse las relaciones externas y las internas.

Relaciones externas: son las existentes entre los coacreedores y el deudor. Las internas, son las que se producen entre los coacreedores entre sí.

95.- Relaciones externas:

- a) Cada acreedor puede demandar el total de la obligación (art. 1511 inc. 2);

- b) El deudor puede hacer el pago al acreedor que elija, a menos que ya estuviere demandado, pues en tal caso sólo puede pagar al demandante (1513 inc. 1°). Pagando de esta manera extingue la obligación respecto de todos los acreedores;
- c) Los otros modos de extinguir obligaciones que operen entre un acreedor y el deudor, extinguen la obligación respecto de todos, a menos que ya el deudor estuviere demandado por uno de ellos (artículo 1513 inc. 2°). El artículo 2461 sienta el mismo principio tratándose del contrato de transacción;
- d) La interrupción de la prescripción natural o civil que aprovecha a un acreedor solidario, beneficia a los otros. Así lo señala el artículo 2519 "La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516". Con respecto a la suspensión de la prescripción (recuérdese que es un beneficio que consiste en que no corra plazo de prescripción en contra de determinadas personas: artículos 2509 y 2520), regiría la regla general que no aproveche a los otros, por no haber dicho nada la ley. Pero en el fondo, da lo mismo, porque basta que uno de los acreedores pueda gozar del beneficio, para que el asunto se resuelva, cobrando el crédito él. Así Vodanovic¹⁰⁸, David Stitchkin¹⁰⁹, Luis Claro Solar,¹¹⁰
- e) La constitución en mora que hace un acreedor (demanda, por ejemplo), constituye en mora al deudor respecto de

¹⁰⁸ VODANOVIC: ob. cit., N° 97, pág. 90.

¹⁰⁹ STITCHKIN: ob. cit., N° 438, pág. 355.

¹¹⁰ CLARO SOLAR: ob. cit., T. X, N° 444, pág. 406.

todos los acreedores. No lo dice el Código, pero es obvio que es así por el efecto propio de la solidaridad;

- f) Las medidas precautorias en favor de un acreedor favorece a los otros. Igual que en el caso anterior, aunque la ley no lo dice en forma expresa.

96.- Relaciones internas. Extinguida la obligación, surgen las relaciones internas entre los coacreedores. El acreedor que cobró el total deberá reembolsar a los demás su respectiva cuota, a menos que haya algunos no interesados, caso en que nada les corresponde. Cada uno de los otros acreedores no podrá reclamar al que recibió el pago sino la porción que le corresponde, a prorrata de su cuota; pues la solidaridad sólo existe entre los acreedores solidarios y el deudor. Si obtuvo sólo una parte parcial del crédito deberá reembolsar a cada uno la parte correspondiente.

En el caso en que la obligación se haya declarado nula respecto a uno de los acreedores solidarios, cualquiera de los otros acreedores podría demandar el total deducida la cuota correspondiente a esa parte de la obligación. Pero si antes de declarada la nulidad, uno de los acreedores hubiere exigido el total y el deudor lo hubiere pagado, no podría después pedir restitución "fundándose en que la ha pagado indebidamente, porque el pago total que él ha hecho corresponde efectivamente a su deuda con respecto al acreedor a quien ha pagado, que se considera en sus relaciones con él como dueño de todo el crédito sin deducción alguna".¹¹¹

97.- Solidaridad pasiva. Ya sabemos que es aquella que recayendo sobre una cosa divisible, y en que hay varios deudores, el acreedor pueda demandar la totalidad de su crédito a cualquiera de los deudores, extinguiéndose la obligación respecto de todos.

¹¹¹ CLARO SOLAR: ob. cit., T. X N° 450, págs. 409-410.

98.- Característica de la solidaridad pasiva:

- 1.- Es una garantía para el acreedor, en cuanto puede dirigir su acción en contra del deudor que le parezca más solvente. Como garantía es mejor que la fianza porque no hay beneficio de excusión ni de división, que sí operan en el caso del fiador.

La Corte Suprema ha dicho que "la solidaridad pasiva constituye una eficaz garantía personal porque ella permite al acreedor hacer efectivo el derecho de prenda general sobre tantos patrimonios cuantos sean los deudores solidarios y en condiciones más ventajosas para el acreedor, ya que aquellos no pueden oponer los beneficios de división y de excusión como en el caso del fiador" (Fallos del Mes N° 419, sent. 5). Es corriente ver en la práctica que una persona se obliga como fiador y codeudor solidario. ¿Qué quiere decir esto? Esta fórmula es importante para quien se está obligando en esos términos, pues con ello se está demostrando que se trata de un codeudor solidario que no tiene interés en la obligación, lo que le va a beneficiar al momento de resolver las relaciones internas. Desde el punto de vista del acreedor no tiene significación porque simplemente lo va a perseguir como deudor solidario. Así se ha fallado. Una sentencia de la Corte de Santiago resolvió que "la fianza y codeuda solidaria constituye una caución personal surgida en el régimen contractual patrimonial y que resulta de la combinación de las cauciones denominadas "solidaridad pasiva" (artículos 1511 y siguientes del Código Civil) y "fianza" (artículos 2335 y siguientes del mismo Código), estimando la doctrina y la mayor parte de la jurisprudencia que las relaciones entre el fiador y codeudor solidario con el acreedor, deben regirse por las reglas de la solidaridad, conside-

rándose por tanto al primero como deudor directo”¹¹². En igual sentido¹¹³ (Corte Suprema 25 septiembre de 1996): “La circunstancia de que una persona se haya obligado como fiador y codeudor solidario determina que no pueden aplicársele las normas relativas a la extinción, relevo, retracción o prescripción de la fianza, sino los principios aplicables a la solidaridad pasiva, no afectando, por ende, su eficacia los hechos que extinguen o relevan la fianza. Tampoco puede regir en esta fianza y codeuda solidaria la caducidad contemplada en el artículo 1649 del Código Civil, puesto que se aplica exclusivamente a los fiadores”. Digamos de inmediato que no es lo mismo estar obligado como fiador y codeudor solidario, que como fiador solidario. Se habla de fiador solidario para referirse al caso en que habiendo varios fiadores éstos se han obligado solidariamente entre sí. Cada uno de ellos responde por el total, pero como fiador, esto es, subsidiariamente, con beneficio de división y de excusión.

- 2.- Tiene mucha aplicación en derecho mercantil. Así el avalista, responde en los mismos términos que el aceptante de una letra de cambio (art. 47 ley N° 18.092); todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes, quedan solidariamente obligados a pagar al portador el valor de la letra más los reajustes e intereses, en su caso (art. 79 ley N° 18.092).
- 3.- Presenta todos los caracteres que hemos visto para la solidaridad. Sus fuentes pueden ser la convención, el testamento o la ley (ej. de ley N° 2.317)

¹¹² Corte de Santiago, 25 septiembre 1995, *Gaceta Jurídica* 182, sent. 3, pág. 76.

¹¹³ Corte Suprema, 25 septiembre de 1996, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 93, sec. 1°, pág. 118.

- 4.- Ya hemos visto que, en general, se acepta que respecto de esta solidaridad se sigue la teoría francesa o del mandato tácito recíproco¹¹⁴, Stichkin, y Somarriva.¹¹⁵

99.- Efectos de la solidaridad pasiva. Tenemos que distinguir entre: a) relaciones externas (obligación a las deudas); y b) relaciones internas (contribución a las deudas).

100.- Relaciones externas. Obligación a la deuda. Mira a las relaciones del acreedor con los deudores.

- a) El acreedor puede dirigirse en contra de todos los deudores conjuntamente, o en contra de cualquiera de ellos por el total de la deuda sin que éste le pueda oponer el beneficio de división (artículos 1511 y 1514). La Corte de Santiago ha fallado que cuando se demanda a dos personas, a uno como deudor personal y a la otra como deudora solidaria, empece al actor emplazar a ambas o tan sólo a una (C. Santiago, 7 abril de 1999, *Gaceta Jurídica* 226, pág. 83).

Dos cosas importantes:

- 1) Si el juicio se sigue en contra de un deudor no se puede embargar bienes a otro. Así ha sido fallado: “La solidaridad por sí sola no puede despojar ipso facto a los demás deudores que no han sido demandados del derecho de representar sus intereses por mandatario legal y de hacer valer las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y también de las personas que pueden tener

¹¹⁴ STICHKIN: ob. cit., N° 370, pág. 300.

¹¹⁵ SOMARRIVA: *Tratado de las Cauciones*, N° 53, pág. 53.

contra el acreedor en conformidad a lo dispuesto por el artículo 1520 del Código Civil" (Corte Suprema, T. 18. sec. 1ª, pág. 482); y

- 2) El hecho de demandar a un codeudor no significa que no se pueda demandar a otro en juicio aparte, pues el art. 1514 dice que el acreedor puede dirigirse en contra de todos los deudores solidarios "conjuntamente", no dice que tengan que serlo en un mismo expediente, o por una misma cuerda¹¹⁶ y, además, porque el 1515 señala que la demanda intentada en contra de uno no extingue la acción solidaria en contra de los otros. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia: "La ley autoriza al acreedor de una obligación solidaria no sólo para dirigirse contra todos los deudores solidarios en un mismo juicio o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sino también para demandar simultáneamente a cada uno de los deudores por cuerda separada" (T. 28. sec. 1ª, pág. 762).

¿Significa lo anterior que el acreedor pueda demandar, en juicios separados y paralelos, a los diversos deudores por la totalidad de la deuda?

Somarriva afirma que "la circunstancia de que el acreedor demande a un deudor, estando el juicio pendiente, no es óbice para que pueda demandar a los otros. Según él, el artículo 1515 aleja toda duda al respecto al manifestar que la demanda dirigida contra uno de los co-deudores no extingue la obligación solidaria sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado"¹¹⁷. Este prin-

¹¹⁶ VODANOVIC: ob. cit., pág. 96.

¹¹⁷ SOMARRIVA: ob. cit., N° 54, pág. 55.

cipio, agrega Somarriva fue reconocido por la Corte Suprema en sentencia de 19 de agosto de 1931 (T. 28. sec. 1ª, pág. 762).

Un fallo español de 9 de mayo de 1973, da una respuesta diferente: "además de que el acreedor pueda dirigir su acción contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, con arreglo a la normativa que rige civilmente la solidaridad de las obligaciones, en forma alguna puede entenderse como equivalente a poder reclamar en procesos distintos la totalidad del crédito individualmente a cada uno de los mismos, pues tan sólo de no resultar cobrada la deuda, en el primero de los supuestos, podría dirigir la acción posteriormente contra los demás, cual prevé el artículo 1144 del Código Civil..."¹¹⁸. Si bien la letra del artículo 1144 del Código Civil español es diferente a nuestro artículo 1515, y da pie para la interpretación que ha hecho el tribunal español, esta sentencia nos invita a reflexionar sobre el punto, pues no deja de resultar violento admitir la posibilidad de que un acreedor pueda demandar en forma paralela la totalidad de la obligación a cada uno de los codeudores.

- b) Si el deudor demandado paga el total de la obligación o la extingue por cualquier modo, tal extinción opera respecto de todos los codeudores solidarios, sin perjuicio de sus relaciones internas. Así lo dice el 1519 en la novación; así aparece del 1668, en materia de confusión, desde que

¹¹⁸ Citado por Jorge CAFFARENA LAPORTA: "La solidaridad de los deudores", Edit. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1980, pág. 9.

autoriza al codeudor solidario para repetir por la parte o cuota que a los otros codeudores les correspondan en la deuda. En el caso de la compensación, el codeudor demandado puede oponer en compensación sus propios créditos (no los de los otros) (1520 inc. 1º a contrario sensu).

- c) Si el acreedor demanda a un deudor y no obtiene el pago total, podrá dirigirse en contra cualquiera de los otros, por el saldo. Así lo establece el artículo 1515: "La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado".
- d) El título ejecutivo contra el deudor principal, lo es también en contra del fiador y codeudor solidario. Así lo estima Somarriva. Afirma que la jurisprudencia y los autores franceses en su mayoría (Planiol y Ripert; Josserand, Baudry Lacantinerie) se inclinan por la afirmativa. Se funda en la existencia del mandato tácito y recíproco, lo que implica identidad legal de personas. Argumenta además que la cosa juzgada es una excepción real que, por la misma razón, pueden oponer todos y cada uno de los deudores solidarios.¹¹⁹

Un fallo de la Corte de Santiago de 2 de agosto de 1996, acoge esta tesis afirmando que "resulta fuera de toda duda que respecto de ese fiador y codeudor solidario, el título en el cual se fundamenta la demanda deducida a fs. 13, tiene también la misma fuerza ejecutiva que el fallo apelado reconoce en relación con el deudor principal". El mismo fallo agrega que "de diversas normas de derecho común

¹¹⁹ SOMARRIVA: ob. cit., N° 55, págs. 55-56.

aparece de manifiesto que las obligaciones que contrae el fiador y codeudor solidario se hallan forzosamente subordinadas a la naturaleza y características de aquellas de que debe responder el deudor principal".¹²⁰

La conclusión de la sentencia la encontramos discutible, si el problema se analiza desde el punto de vista de lo que es un título ejecutivo. Sabemos que el título ejecutivo debe bastarse a sí mismo, no aceptándose la "yuxtaposición de títulos", esto es, que se junten dos instrumentos, para configurar un título ejecutivo (T. 76, sec. 2ª, pág. 270; T. 30, sec. 1ª, pág. 286). No vemos cómo entonces, si en el título ejecutivo—sentencia p. ej., se condena a un codeudor solidario, con tal título pueda demandarse ejecutivamente a otro. Por otra parte, el artículo 1512 es muy claro en cuanto a que si bien la cosa debida por los distintos codeudores ha de ser una misma, puede deberse de diversos modos, por lo que, siguiendo esa línea de pensamiento, debe concluirse que el hecho de que exista título ejecutivo en contra de un deudor no significa que también lo haya en contra de los demás. Por estas razones, lo recomendable desde el punto de vista del acreedor, es que al pactarse la solidaridad, lo sea por todos los codeudores en un mismo instrumento.

- e) La sentencia dictada en contra de un codeudor produce cosa juzgada respecto de los otros. Razones:

- 1) hay identidad legal de personas, ya que, si se sigue la teoría del mandato tácito al demandarse a uno se demanda a todos;

¹²⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 93, sec. 2ª, pág. 98, considerandos 2º y 3º.

2) la cosa juzgada en una excepción real, que mira a la naturaleza de la obligación y tal obligación compete a todos los codeudores.¹²¹

f) La interrupción de la prescripción que opera en contra de uno de los deudores solidarios perjudica a los otros. Dice al efecto el artículo 2519: "La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516". Se ha fallado que hace excepción a esta regla el artículo 100 de la ley N° 18.092, puesto que en ese caso la interrupción de la prescripción que opera respecto de un codeudor solidario en un pagaré no perjudica ni afecta a los restantes, por cuanto esa norma establece que "La prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se notifica la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución" (Rev. Der. y Jurisprudencia T. 98, sec. 1ª, pág. 194, Cons. 5º y 6º).

En virtud del principio de la pluralidad de vínculos, puede la prescripción empezar a correr en momentos distintos, y la prescripción se contará, respecto de cada deudor, desde que su obligación se haga exigible.

No hay en la solidaridad pasiva, problema de suspensión de la prescripción, porque éste es un beneficio en favor del acreedor que aquí es uno solo.

g) Producida la mora respecto de un deudor, quedan también constituidos en mora los otros. No lo dice expresamente el

¹²¹ Sobre la extensión de la cosa juzgada en esta materia, puede consultarse Jorge CAFFARENA LAPORTA: ob. cit., N° 4, págs. 17 y siguientes.

Código, pero la doctrina lo desprende de la naturaleza propia de la obligación solidaria¹²² (en ese sentido: Somarriva; Vodanovic).¹²³

h) La pérdida de la especie o cuerpo cierto debida por culpa de uno de los codeudores genera responsabilidad para todos, respecto del pago del precio, pero no respecto de la indemnización de perjuicios que sólo debe pagar el culpable (1521). ¿Y si son dos o más los culpables? En ese caso, como la ley nada dice, señala Somarriva¹²⁴ cada deudor responderá de los perjuicios sólo por su cuota (a menos que haya habido dolo o culpa grave, pues entonces, en conformidad al inciso 2º del artículo 2317, habría responsabilidad solidaria). Stitchkin¹²⁵ tiene una opinión contraria que funda, entre otras, en las siguientes razones:

- 1.- Que frente a diferentes interpretaciones posibles se debe buscar la más útil y en este caso, siendo culpables todos los deudores, o estando en mora todos ellos, es más útil que la acción sea también solidaria; y
- 2.- Por lo dispuesto en el artículo 1526 N° 3: "Aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor".

Si hay cláusula penal —ha dicho la doctrina— no se aplica la regla del 1521 de que respecto de los perjuicios no hay solidaridad. Desde Pothier se ha estimado que puede demandarse el total de la cláusula penal a cualquiera. Dicho de otro

¹²² SOMARRIVA: ob. cit., N° 62, págs. 63-64

¹²³ VODANOVIC: ob. cit., N° 118, págs. 102-103.

¹²⁴ SOMARRIVA, ob. cit., N° 62, págs. 64-65.

¹²⁵ STITCHKIN: ob. cit., N° 393, págs. 314 y siguientes.

modo, agrega Somarriva, la solidaridad estipulada en el contrato alcanza y se hace extensiva a la pena¹²⁶. Esto nos parece bien, por el principio de lo accesorio. Pero si se piensa que la cláusula penal es una avaluación de perjuicios anticipada, y que el artículo 1521 dice que respecto de los perjuicios no hay solidaridad, la situación no la vemos tan clara.

- i) La prórroga de la jurisdicción respecto de un deudor, afecta a todos. Así lo ha dicho la Jurisprudencia, fundada en la existencia de un mandato tácito y recíproco (T. 19, sec. 1ª, pág. 171); y
- j) Si el acreedor cede su crédito a un tercero, no es necesario que notifique la cesión a todos o que todos tengan que aceptarla (1902). Basta que se notifique a cualquiera de los deudores. También ello es aplicación de la doctrina del mandato tácito y recíproco.

101.- Excepciones que puede oponer el deudor demandado. Digamos de partida que, en conformidad al artículo 1514, demandado un deudor no tiene beneficio de división. Así, por lo demás, se desprende del artículo 1511 inciso 2º.

La regla general es que el deudor solidario pueda oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y, además, las personales suyas. Así lo prescribe el artículo 1520 inciso 1º.

Las excepciones que miran a la naturaleza de la obligación se denominan excepciones reales (*rei coherentes*). Generalmente están referidas a los vicios de que adolece la fuente de la obligación solidaria y que generan nulidad absoluta: Ejs. falta de consentimiento, falta de objeto, falta de causa, objeto ilícito, causa ilícita, cosa juzgada, etc.

¹²⁶ SOMARRIVA: ob. cit., N° 63, pág. 66.

Excepciones personales (*personae coherentes*) son aquellas que sólo las puede oponer el deudor o deudores respecto de los cuales se reúnen las causas o circunstancias en que se funda: ej. nulidad relativa, incapacidad relativa; existencia a su respecto de plazo pendiente o de condición suspensiva pendiente, etc.

Se habla también de excepciones mixtas por reunir características tanto de las reales como de las personales. Así ocurre con la excepción de compensación, en razón de que en conformidad a los artículos 1520 y 1657 inc. final, el deudor sólo puede oponer en compensación su propio crédito, pero opuesta por el codeudor interesado, extingue la deuda respecto de todos. También es excepción mixta la remisión parcial de la deuda, pues si el acreedor remite la deuda a uno de los codeudores, los otros deudores pueden plantear como excepción que se rebaje de la deuda la cuota remitida (artículo 1518).

Se ha fallado que si se dirige una demanda en contra del deudor directo y del fiador y codeudor solidario pero este último no es notificado, la sentencia no le empece por no haber sido parte ni intervenido en forma alguna en dicha causa ejecutiva. Concluir lo contrario, sostiene el fallo, "sería injusto y significaría desconocer al deudor solidario su derecho a oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y además las personales suyas, como lo dispone el artículo 1520 del Código Civil" (Gaceta Jurídica 133, considerando 7º).

102.- ¿Entablado un juicio en contra de uno de los codeudores solidarios, podría otro intervenir en este juicio? La afirmativa nos parece evidente, pues si hemos aceptado que la sentencia que se dicte en ese juicio va producir cosa juzgada respecto de todos, no puede merecer duda que cada uno de ellos tiene un legítimo interés en el resultado del juicio, cumpliéndose de ese modo con la exigencia del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, para

intervenir como tercero coadyuvante. En el mismo sentido Caffarena Laporta.¹²⁷

103.- Relaciones internas. Contribución a las deudas. Extinguida la obligación respecto del acreedor, debe resolverse lo que ocurre entre los codeudores.

Las relaciones internas (contribución a las deudas) sólo se van a generar si el deudor extinguió la obligación por pago o por un modo equivalente al pago, esto es, que implique un sacrificio económico (artículo 1522). Luego si la deuda se extinguió por prescripción, por ejemplo, o por condonación de la deuda, no hay problema de relaciones internas.

Para el estudio de las relaciones internas, debe distinguirse:

- A. Si todos los codeudores tienen interés en la obligación; o
- B. Si sólo alguno de ellos tiene interés en la obligación.

En este segundo caso, debe subdistinguirse: a) si paga quien tiene interés o b) si paga quien no tiene interés.

- A. Si todos los deudores tienen interés en la obligación, el deudor que paga se subroga en el crédito, con todos sus privilegios y seguridades, y puede dirigirse en contra los demás codeudores, pero sólo por su cuota. No se subroga entonces en la solidaridad. Así lo dice el art. 1522 inc. 1º. De manera que el deudor que paga podrá dirigirse en contra de cada uno por su cuota (incluida la parte del deudor insolvente, en conformidad al artículo 1522 inciso final).
- El deudor que paga tiene además de la acción subrogatoria, una acción personal de reembolso, que emana del mandato

¹²⁷ CAFFARENA LAPORTA: ob. cit., N° 3, pág. 17.

tácito y recíproco (si aceptamos esa teoría), que le permitirá dirigirse en contra de los demás codeudores para que le reembolsen lo que pagó en representación de ellos. Y se afirma que esta acción de reembolso le puede convenir más porque le permite cobrar intereses corrientes, en conformidad al artículo 2158 N°4: "el mandante es obligado: 4º a pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes".

- B. Si sólo alguno de los deudores tienen interés en la obligación, los efectos serán distintos, según si pagó un interesado o un no interesado.
 - a) Si pagó un codeudor interesado, se subroga en la acción del acreedor a quien pagó y puede dirigirse en contra de cada uno de los demás codeudores interesados por su correspondiente cuota. No puede dirigirse en contra de los no interesados, porque sólo tienen la calidad de fiadores (1522 inc. 2º).
 - b) Si pagó un codeudor no interesado (la prueba de que no es interesado le corresponde a él) el artículo 1522, lo considera como fiador y, consecuencia de ello, es que se subroga en la acción del acreedor, incluso en la solidaridad, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2372, pudiendo demandar intereses y gastos (2370). Dice el art. 2372 "si hubiere muchos deudores principales y solidarios, el que los ha afianzado a todos podrá demandar a cada uno de ellos el total de la deuda, en los términos del artículo 2370...".

104.- Extinción de la solidaridad pasiva. Puede extinguirse:

- a) Conjuntamente con la obligación solidaria; o
- b) Extinguirse sólo la solidaridad.

Esto último ocurre, en los casos de muerte del deudor solidario y de renuncia de la solidaridad. Veamos cada caso por separado.

105.- Muerte del deudor solidario. Cuando muere el deudor solidario los herederos suceden en la obligación, pero no en la solidaridad (todos los herederos están obligados al pago total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria) (art. 1523). De manera que si fallece X y deja tres hijos (a, b y c), y X con 9 personas más estaba obligado solidariamente a una deuda de \$9.000.000, el acreedor de X, puede dirigirse en conjunto contra de a), b) y c) por el total de la deuda; o en contra de a), de b) o de c), por un tercio de la deuda total.

Sin embargo, la muerte del causante no extingue la solidaridad, cuando se ha convenido lo contrario. Las instituciones de crédito suelen establecer en los contratos una cláusula según la cual en el caso de que un codeudor fallezca, sus herederos responderán solidariamente. Ello está permitido, según se desprende de dos disposiciones:

- a) Del artículo 1526 N°4, inc. 2°; y
- b) Del artículo 549 del Código Civil (a propósito de la responsabilidad de los integrantes de una Corporación, que pueden obligarse solidariamente con ella, pero la solidaridad no pasa a los herederos a menos que los miembros de la Corporación los hayan obligado expresamente).

Esta cláusula tiene mucha eficacia y es muy usada por los Bancos.

106.- Renuncia de la solidaridad. El acreedor puede renunciar a la solidaridad, pues está establecida en su solo beneficio (artículo 12 del Código Civil).

La renuncia de la solidaridad consiste en el acto en cuya virtud el acreedor prescinde de su derecho a cobrar el total de la obligación sea respecto de todos los deudores (renuncia absoluta), sea respecto de alguno o algunos de los deudores (renuncia relativa).

Puede la renuncia revestir dos formas: 1. Expresa o 2. Tácita.

El art. 1516, señala que “el acreedor puede renunciar expresa y tácitamente a la solidaridad respecto de cada uno de los deudores solidarios o respecto de todos” (inc. 1°).

Se renuncia en forma expresa cuando se hace en términos formales y explícitos. No requiere de mayor explicación, pues no presenta problemas.

Se renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago (recibo de pago), sin reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva especial de sus derechos (art. 1516 inc. 2°).

La jurisprudencia ha dicho que “la acción judicial dirigida conjuntamente contra todos los deudores no hace presumir por sí sola la renuncia de la solidaridad. Del art. 1514 se desprende que la demanda contra todos los deudores conjuntamente o contra uno de ellos por separado no importa por sí sola la división de la deuda, o sea, la caducidad de la acción solidaria” (T. 19, sec. 1ª, pág. 171). También se ha fallado que “no hay renuncia tácita cuando sólo consta que el ejecutante ha aceptado los abonos que uno y otro deudor han hecho a la deuda, pero no que haya recibido a cada uno su parte o cuota en la deuda” (T. 37. sec. 1ª, pág. 18).

Efectos de la renuncia:

- 1.- Si la renuncia es parcial, el deudor liberado de la solidaridad sólo está obligado a pagar su cuota o parte en la deuda, continuando los demás obligados solidariamente al pago en la parte del crédito que no haya sido cubierta por el

deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad (art. 1516 inc. 3°).

Luego si el deudor liberado nada paga, los demás deudores cargan por entero con la deuda, sin perjuicio de sus relaciones internas.

- 2.- Si la renuncia es total: "Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda" (1516 inc. final). El efecto de esta renuncia total, entonces, es convertir a la obligación en simplemente conjunta o mancomunada.

Importante: se puede renunciar a la solidaridad cualquiera que sea su fuente, porque la ley no hace distinción alguna. De manera que la solidaridad legal es renunciable.

Renuncia de una pensión periódica. Esta materia la trata el 1517, señalando que esta renuncia, expresa o tácita, se limita a los pagos devengados. Para que se extienda a las pensiones futuras, tiene que expresarlo el acreedor (lo que es lógico porque las renunciaciones no se presumen, son de derecho estricto) ("*nemo iactare suas res praesumitur*": "no se presume que nadie perjudique sus cosas, sus intereses"). Luego, no hay renuncia futura tácita.

Sección Tercera

Obligaciones divisibles e indivisibles

107.- Concepto. La obligación es indivisible, si el objeto de la prestación (cosa o hecho) debe cumplirse por el todo y no por partes, sea por la naturaleza misma del objeto, sea por el modo que han tenido las partes para considerarlo¹²⁸. De acuerdo a este concepto,

¹²⁸ VODANOVIC: ob. cit., N° 165, pág. 155.

la obligación de conceder una servidumbre de tránsito es indivisible porque o se permite el paso o no se permite (no se puede permitir en cuotas). En cambio, la obligación de pagar una suma de dinero es divisible, porque el dinero lo es.

108.- La indivisibilidad de una obligación puede darse en obligaciones con sujetos únicos o plurales. Ello porque no mira a los sujetos, sino al objeto de la prestación. El artículo 1524 señala: "La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota" (inc. 1°).

Lo que ocurre, sin embargo, es que en las obligaciones en que hay sujetos únicos (un deudor y un acreedor), no tiene importancia la indivisibilidad porque el deudor tiene que pagar la totalidad al acreedor (el pago debe ser íntegro, según el artículo 1591 inc. 1°). La indivisibilidad sólo cobra importancia en las obligaciones con pluralidad de partes, pues, en ellas, de aplicarse la regla general, cada acreedor tiene derecho a exigir su cuota; y cada deudor cumple pagando la suya. Pero esta regla se revierte cuando el objeto es indivisible.

Porque la indivisibilidad tiene importancia en las obligaciones con pluralidad de sujetos, algunos autores las definen como "aquella en que, por su objeto, no es susceptible de división entre sus diversos sujetos activos o pasivos".¹²⁹

109.- La indivisibilidad, problema complejo. Esta es una materia extremadamente compleja, como lo demuestra la forma en que Dumolin --llamado "el príncipe de los jurisconsultos"-- titulara el libro que escribiera en el siglo 16 (año 1562). "Desenredo del laberinto de lo divisible e indivisible". Este autor usa para guiar al

¹²⁹ MARTY et RAYNAU, citado por VODANOVIC: ob. cit., pág. 156.

lector, diez llaves y 3 hilos para evitar el naufragio “en el piélagó más profundo y peligroso del turbulento océano del Derecho”.¹³⁰

Con posterioridad, Pothier resumió y simplificó algo las cosas, pasando en esos términos al Código francés y de allí al chileno.

Con estas advertencias, dejo formulada la invitación a navegar en este proceloso mar de la indivisibilidad, lo que iremos haciendo en los números siguientes.

110.- La indivisibilidad en el Código Civil. El artículo 1524 hace la distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles: “La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota”. “Así la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles, la de pagar una suma de dinero, divisible”.

111.- Indivisibilidad física e indivisibilidad intelectual o de cuota:

1.- Divisibilidad física o material. Una cosa es físicamente divisible cuando, sin destruirse, puede fraccionarse en parte homogéneas entre sí y con respecto al todo primitivo, no sufriendo menoscabo considerable el valor del conjunto de aquella en relación con el valor de éste. Un animal vivo, es una cosa indivisible, pues al dividirlo se le mata. Un brillante es también indivisible, en cuanto si se divide la suma del valor de todas las partes es muy inferior al valor del brillante antes de la división.

2.- Divisibilidad intelectual o de cuota. Una cosa es intelectualmente divisible cuando puede fraccionarse en partes idea-

¹³⁰ VODANOVIC: ob. cit., N° 167, pág. 156.

les, abstractas, imaginarias, aunque no lo pueda ser materialmente. Todas las cosas y derechos admiten este tipo de división, salvo que la ley lo impida, como ocurre con los derechos de servidumbre o con la propiedad fiduciaria (1317).

De acuerdo al artículo 1524, es indivisible la obligación cuyo objeto no puede dividirse ni física ni intelectualmente. Si admite división de cuota, ya no es indivisible sino que divisible.

112.- Fuente de la indivisibilidad. La indivisibilidad puede provenir de que la cosa debida, por su propia naturaleza, no pueda dividirse (indivisibilidad natural), o de que las partes acordaron que no se podía cumplir por partes (indivisibilidad convencional o de pago).

113.- A. Indivisibilidad natural. La indivisibilidad natural —que constituye la verdadera indivisibilidad— puede ser: a) absoluta o necesaria; o b) relativa.

a) indivisibilidad absoluta o necesaria: existe cuando el objeto de la obligación, la prestación, por su propia naturaleza, no se pueda cumplir por partes: ej. servidumbre de tránsito. Se permite o no se permite el paso, pero es inimaginable decir que se concede el derecho a transitar en un cuarto o un tercio del total. Otros ejemplos: obligación de no instalar un negocio determinado; obligación de entregar un caballo, etc.

b) Indivisibilidad relativa: Se habla de indivisibilidad relativa cuando ésta proviene del fin que las partes se propusieron al momento de contratar la obligación. Así, cuando varias personas se obligaron a construir una casa, si bien cada uno

de ellos podría cumplir una parte, de hacerse así, se desvirtuaría el fin que ha perseguido el acreedor al contratar, que consiste en que se le entregue totalmente la construcción estipulada.¹³¹

114.- B. Indivisibilidad convencional o de pago. En este caso, la indivisibilidad no proviene del objeto de la prestación, sino del acuerdo expreso de los contratantes en orden a que no se pueda cumplir por partes. Dicho de otra manera, el objeto de la prestación es divisible, física o intelectualmente, pero se conviene en que la obligación no pueda ser cumplida por partes, debiendo ejecutarse igual que si la obligación recayere sobre una cosa indivisible.

Tiene gran interés práctico, pues ofrece ventajas sobre la solidaridad. Ello porque en la solidaridad, si fallece uno de los deudores, la deuda se divide entre sus herederos, quedando cada uno de éstos obligado al total de la deuda, pero sólo en proporción a su interés en la herencia (el que hereda un cuarto, responde hasta de la cuarta parte de la deuda total). En cambio, si se conviene que la deuda no pueda cumplirse por partes ni aun por los herederos del deudor, estamos transformando la deuda en indivisible, y se aplica el artículo 1526 N° 4, inciso 2°.

115.- La divisibilidad en las obligaciones de dar, entregar, hacer y no hacer. La obligación de dar, es decir, aquellas que tienen por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real, son por lo general divisibles. Así los comuneros de una cosa pueden, por ejemplo, vender su cuota o hipotecar su cuota (artículo 2417). Por excepción, algunos derechos son indivisibles por expresa disposición legal (ej. servidumbres, arts. 826 y 827).

¹³¹ СТИЧКИН: ob. cit., N° 445, pág. 362.

La obligación de entregar será divisible, si la cosa que se debe entregar admite división física (ej. entregar 40 sacos de trigo); y será indivisible si se debe entregar una especie o cuerpo cierto.

La obligación de hacer es divisible o indivisible, según pueda o no cumplirse por partes el hecho debido. La obligación de construir una casa, es indivisible. En cambio será divisible, la obligación de podar 100 matas de rosas o de arar 10 hectáreas.

La Corte Suprema ha estimado como indivisible la obligación de varios abogados a los que se encomendó una defensa, sin especificarse la parte que cada uno debía hacer, fijándose una remuneración total. Un Ministro, don Gregorio Schepeler, tuvo un voto disidente, sosteniendo que en éstas —las relaciones de un cliente con sus abogados— regían las reglas del mandato, y por ello, los mandatarios al no tener prohibición, podían dividirse entre sí el encargo (T. 50, sec. 1ª, pág. 231).

La obligación de no hacer, puede ser divisible o indivisible según lo sea la cosa que no debe hacerse. No es divisible, por ejemplo, la obligación contraída por tres personas que venden un negocio obligándose a no abrir otro similar en la vecindad; es divisible, en cambio, la obligación contraída por varios arrendatarios de no cortar los árboles existentes en el predio arrendado. Esta última obligación es divisible por cuanto cualquiera de ellos puede contravenir parcialmente la obligación o cumplirla por su parte absteniéndose de ejecutar el hecho convenido.

En doctrina, hay quienes piensan que la teoría de la indivisibilidad no tiene cabida en estas obligaciones o la tiene en forma muy limitada, pues en caso de contravención, el acreedor sólo puede demandar indemnización de perjuicios¹³². Sin embargo, la generalidad de los autores afirman que las obligaciones de no hacer pueden

¹³² Jorge GIORGI: *Teoría de las Obligaciones*, Edit. Reus, Madrid, 1928, Vol. I, N° 285, págs. 265 y siguientes.

ser divisibles o no, según la naturaleza de la abstención. Así Pothier. Así, también la doctrina nacional.¹³³

El Código Civil español se pronuncia expresamente por la afirmativa al establecer que: "en las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular" (art. 1151, inciso final C. Civil español).

116.- Efectos de la indivisibilidad. Ya hemos señalado que el problema de la indivisibilidad cobra interés cuando los sujetos son varios. Fundado en ello, un autor señala que "la indivisibilidad es la modalidad de una obligación que existe a cargo de varios deudores o en provecho de varios acreedores, que hace que cada uno de ellos pueda ser constreñido a pagar el todo, o pueda exigir el pago del todo, porque el objeto debido no es susceptible de prestación fraccionada, sea por su naturaleza, sea por la voluntad de las partes."¹³⁴

Los efectos de la indivisibilidad debemos estudiarlos en relación con la indivisibilidad activa y pasiva.

117.- Efectos de la indivisibilidad activa:

- 1.- Cada acreedor puede exigir el total. Dice el artículo 1527: "Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total. Y puede exigirlo, no porque sea dueño de todo el crédito (como pasa en la solidaridad activa) sino por la naturaleza de la prestación que se le debe.

¹³³ СТИЦКИН: ob. cit., N° 451, pág. 366.

¹³⁴ Vodanovic: ob. cit., N° 173, pág. 160.

Por la misma razón, la indivisibilidad se transmite, a cada uno de los herederos del acreedor. Así lo dice el artículo 1528 en su parte final: "y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total".

- 2.- El pago efectuado por el deudor a cualquier acreedor extingue la obligación respecto de todos.
- 3.- Ninguno de los coacreedores puede, sin el consentimiento de los demás, "remitir la deuda o recibir el precio de la cosa debida, y si lo hiciere sus coacreedores podrán todavía demandar la cosa misma abonando al deudor la parte o cuota del acreedor que haya remitido la deuda o recibido el precio de la cosa" (art. 1532).
- 4.- La interrupción de la prescripción operada por uno de los acreedores aprovecha a los demás. No está dicho en forma general en el Código sino en el caso de las servidumbres, art. 886, pero el principio contenido allí puede extrapolarse. El artículo 886 señala que "Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno".
Respecto de la suspensión de la prescripción, es un beneficio personal que sólo debe aprovechar al acreedor en cuyo favor lo establece la ley. Sin embargo, Abeliuk¹³⁵, señala que en un caso —artículo 886 parte final— el legislador aplica el principio contrario, por lo que resulta dudosa la respuesta.
- 5.- El acreedor que recibe el pago de la obligación indivisible, debe dar a los otros la parte que le corresponde. Y si nada se dice sobre cuál es la parte de cada uno, se presume que todos tienen la misma cuota.

¹³⁵ АВЕЛИУК: ob. cit., N° 431, pág. 356.

118.- Efectos de la indivisibilidad pasiva. Al igual que tratándose de la solidaridad, podemos distinguir entre:

- a) relaciones externas (obligación a la deuda, relaciones entre el acreedor y los codeudores); y
- b) relaciones internas (contribución a la deuda, relaciones de los deudores entre sí).

119.- a) Relaciones externas.

- 1.- Cada uno de los deudores es obligado a cumplirla en el todo, aunque no se haya convenido solidaridad (artículo 1527). Se ha fallado que la obligación de cada uno de los vendedores de sanear al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida es indivisible, pues el objeto de ella no admite división, por lo que cada uno de los herederos del vendedor responde del saneamiento por el todo (T. 46, sec. 1ª, pág. 665).
- 2.- La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores, lo es igualmente respecto de los otros (artículo 1529).
- 3.- El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos. Así lo dice el artículo 1531: "El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos".
- 4.- Demandado uno de los deudores puede pedir un plazo para entenderse con los demás codeudores, a fin de cumplir entre todos. Es una excepción dilatoria, que no cabe si la obligación es de tal naturaleza que él sólo pueda cumplirla pues, en tal caso, puede ser condenado desde luego al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores, para la indemnización que le deban (artículo 1530).

120.- b) Relaciones internas (contribución a las deudas): Cuando un deudor paga, como la prestación es una sola, la obligación se extingue respecto de todos (artículo 1531). Pero, el problema no termina aquí pues producido el pago, entran a operar las relaciones internas. El que pagó tiene derecho a que los demás le paguen la indemnización correspondiente. Dice el artículo 1530: "Demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla entre todos; a menos que la obligación sea de tal naturaleza que él solo pueda cumplirla, pues en tal caso podrá ser condenado, desde luego, al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores para la indemnización que le deban". Nótese, que sólo puede reclamar la indemnización, pues como pagó una cosa indivisible no puede pretender que le devuelvan una parte de esa cosa.

121.- De la indivisibilidad de pago. Obligaciones indivisibles en cuanto al pago son aquéllas cuyo objeto es perfectamente divisible, física o intelectualmente, pero que no pueden ejecutarse por parcialidades en virtud de la voluntad de las partes o de la ley que presume esa voluntad. Negando la posibilidad de cumplimiento parcial se estima resguardado el interés del acreedor¹³⁶. Se habla de indivisibilidad de pago, porque la cosa debida admite división, pero las partes o la ley interpretando la voluntad de ellas, han alterado esa situación estableciendo que la obligación debe ser cumplida por cada deudor por el total. La indivisibilidad de pago sólo aparece en el momento del pago y de allí su nombre.

En definitiva se trata de excepciones a la divisibilidad de las obligaciones, y así aparece expresado en el artículo 1526, que en su primera parte señala la regla general (divisibilidad) y después establece 6 numerandos con excepciones.

¹³⁶ VODANOVIC: ob. cit., N° 177, pág. 165.

122.- Casos del artículo 1526.

Dos prevenciones importantes:

- a) Todos estos casos corresponden a indivisibilidades de pago pasivas. Véanse los distintos numerandos del 1526, que habla de deudores, codeudores, etc. Y el 1526 N° 4°, inc. 3°; y el 1526 N° 5, inc. 2°, confirman este aserto.
- b) Los casos del art. 1526, son taxativos, no ejemplares, por ser excepcionales. Así Fueyo.¹³⁷

123.- Artículo 1526 N° 1. La acción hipotecaria o prendaria (1526 N° 1). Esto es consecuencia del hecho de que la prenda e hipoteca sean indivisibles desde distintos puntos de vista:

- a) En cuanto al objeto, pues la hipoteca o prenda grava toda la cosa, por lo que si ésta se divide, la hipoteca o prenda queda gravando cada una de las partes. Así lo dice el art. 2408 “la hipoteca es indivisible”. “En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.”;
- b) En cuanto al crédito garantizado, pues mientras no se satisfaga íntegramente el crédito, no puede pedirse el alzamiento de parte de la hipoteca o devolución de parte de la prenda. Así lo dice el artículo 1526 N° 1, inc. 2°, y
- c) En cuanto al legitimado pasivo de la acción de prenda o hipoteca, que lo es el que posea en todo o en parte la cosa empeñada o hipotecada.

Es importante tener en cuenta que cuando existe una obligación caucionada con prenda o hipoteca, el acreedor tiene dos acciones:

¹³⁷ FUEYO: *Derecho Civil, Obligaciones*, T. I, N° 194, pág. 217.

- a) una personal para hacer efectivo su crédito en el patrimonio del deudor, y
- b) una acción real, la hipotecaria o prendaria, destinada a hacer efectivo el crédito en la cosa dada en prenda o hipoteca, quienquiera sea su dueño.

La indivisibilidad está referida exclusivamente a la acción prendaria o hipotecaria, no a la personal que es divisible, salvo que las partes hayan acordado también su indivisibilidad.

La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada, artículo 1526 N° 1, inc. 1°: “La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada”.

Como las acciones hipotecaria y prendaria son reales se ejercen sobre la cosa objeto de la prenda o hipoteca. Se demanda a quien está poseyendo la cosa, por el total de la deuda y no por la parte o cuota que en la obligación corresponda al deudor. Si se interpone la acción personal de cobro, ésta es divisible por lo que a cada deudor se le debe demandar únicamente por su cuota.

Si la cosa dada en prenda o hipoteca se encuentra en poder de varios de los deudores, la acción real debe dirigirse en contra de todos ellos (T. 14, sec. 1ª, pág. 302).

124.- Artículo 1526 N° 2. Deuda de una especie o cuerpo cierto. Dice el artículo 1526 N° 2: “Exceptuáanse los casos siguientes: 2°: Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo”. Cuando esta norma habla de la “entrega”, se refiere a la entrega material de la cosa, no a la jurídica que importa transferencia de dominio o constitución de un derecho real y que es divisible.

Como es un caso de indivisibilidad de pago pasiva, no estamos en esta situación si, por ejemplo, llegan dos pasajeros a un hotel y dejan

un cofre en custodia y pretende después reclamarlo uno sólo (indivisibilidad activa). El hotelero debe exigir la presencia de ambos.¹³⁸

125.- Artículo 1526 N° 3. Indemnización de perjuicios por incumplimiento de un codeudor. Dice el 1526 N° 3: Exceptúanse los casos siguientes: 3° Aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor". Esta norma está repetida en el art. 1533 inc. 2°.

Cuando esta disposición emplea la expresión "exclusiva y solidariamente responsable", la voz "solidariamente", no está tomada en sentido técnico sino para significar que responde el solo por la totalidad de los perjuicios.

126.- Artículo 1526 N° 4° Pago total de una deuda impuesta a un heredero; e indivisibilidad estipulada por el causante. Dice el artículo 1526 N° 4: "Exceptúanse los casos siguientes: 4°: Cuando por testamento o por convención entre los herederos, o por partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor podrá dirigirse o contra este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata" (inc. 1°).

En esta norma se tratan dos situaciones diferentes:

- a) pago de una deuda impuesta a un heredero: (1526 N° 4, inc. 1°). Las deudas del causante se reparten entre los herederos a prorrata de su interés en la herencia (artículo 1354). Lo dispuesto por el causante o lo acordado por los herederos en el sentido de hacer una división diferente, no obliga a los acreedores, por lo que éstos pueden, a su elección, dirigirse

¹³⁸ VODANOVIC: ob. cit., N° 180, pág. 167.

por el total en contra de la persona que señaló el causante (o acordaron los herederos, o se estableció en el acto particional), o bien, hacerlo en contra de cada heredero por la cuota que le corresponde en conformidad al artículo 1354.

La norma es perfectamente lógica, porque el acreedor (del causante) no ha intervenido, en modo alguno, en el cambio del deudor, por lo que lo actuado por el testador, por los herederos o en la partición, le son a él actos inoponibles. Por la misma razón, si el cambio le favorece puede aceptarlo.

- b) Indivisibilidad estipulada con el causante. 1526 N° 4, inc. 2° prescribe que "Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento". El inciso 3°, deja en claro que no cabe la indivisibilidad de pago activa: "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".

Esta última norma es curiosa, porque fallecido el causante los créditos que éste tenía contra terceros, pasan a integrar el as hereditario por lo que debe entenderse que ninguno de los herederos pasa a ser dueño del crédito ni de una cuota del mismo, hasta mientras no se haga la partición. Ello, en virtud del efecto declarativo de la partición, artículo 1344. Y, sin embargo, esta disposición, interpretada a contrario sensu, nos está diciendo que cada heredero podría cobrar su cuota en el crédito, esto es, como si hubieren adquirido el dominio de esa cuota en el crédito al momento de la delación de la herencia. Ello crea un problema, pues existe una evidente contradicción entre los artículos 1526 N° 4° inc. 3°, por una parte y 1344 por la otra.

Alessandri¹³⁹ sostiene que no es posible que un heredero pueda demandar su cuota en el crédito antes de la partición. Se funda en el efecto declarativo de partición (artículo 1344. Así también algunos fallos, T. 15, sec. 1ª, pág. 277, T. 5, sec. 1ª, pág. 282).

En cambio, Luis Claro Solar¹⁴⁰, Gonzalo Barriga¹⁴¹ y Manuel Somarriva¹⁴² sostienen que los herederos pueden demandar desde la delación de la herencia, su cuota en el crédito, sin esperar la partición, pues la división de los créditos se producen de pleno derecho, sin esperar partición (T. 30, sec. 1ª, pág. 425). Estos autores concilian los artículos 1526 N° 4, con el art. 1344, diciendo que tienen esferas de aplicación distintas: el 1526, rige las relaciones heredero-deudor; y el 1344, las relaciones entre los coherederos. En resumen, el heredero puede cobrar su cuota del crédito, pero si posteriormente, al hacerse la partición, no se le adjudica el crédito, deberá reembolsar lo percibido al respectivo adjudicatario.¹⁴³

127.- 1526 N° 5º: Pago de una cosa indeterminada. El artículo 1526 N° 5 establece. "Exceptúanse los casos siguientes: 5º Si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el

¹³⁹ ALESSANDRI: Nota al fallo publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30, sec. 1ª, pág. 425.

¹⁴⁰ CLARO SOLAR: ob. cit., T. 17, N°s. 2596 a 2603, págs. 202 y ss.

¹⁴¹ GONZALO BARRIGA, en nota a sentencia publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30, sec. 1ª, pág. 425.

¹⁴² SOMARRIVA: *Indivisión y Partición*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª Edic., 1956, N° 552, págs. 340-341, y *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*, sent. 466, pág. 356.

¹⁴³ CLARO SOLAR: ob. cit., T. XVII, pág. 208.

pago de la cosa entera, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los otros". El inciso 2º, reitera el principio de que no hay solidaridad de pago activa: "Pero los herederos del acreedor no podrán exigir el pago de la cosa entera sino intentando conjuntamente su acción".

Esta disposición—dice Claro Solar—ha sido tomada de la doctrina de Dumoulin, expuesta por Pothier. Según éste "si el difunto debía indeterminadamente cierta medida de terreno, uno de sus herederos no es admitido a ofrecer al acreedor la mitad de un retazo dado, hasta que el otro heredero dé también en pago de su cuota la otra mitad, porque de otro modo resultaría un perjuicio al acreedor a quien se le debe un terreno de cierta superficie completo y que tiene interés de tener el terreno en cuerpo y no en dos mitades de dos terrenos diferentes". Y más adelante agrega que "la deuda, aunque dividida entre los herederos del deudor, no debe satisfacerse por partes, cuando sin que haya convención, resulta de la naturaleza del compromiso, o de la cosa que es objeto de él, o del fin que las partes se han propuesto en el contrato, que el espíritu de los contratantes ha sido efectivamente que la deuda no pudiese cumplirse por partes. Esto se presume fácilmente, si la cosa que es objeto de la convención es susceptible, en verdad, de partes intelectuales, y es, por consiguiente, divisible; pero no puede ser divida en partes reales. Se presume con respecto a cosas que pueden dividirse en partes reales, cuando no pueden serlo sin que resulte un perjuicio al acreedor...".¹⁴⁴

La Corte Suprema ha aclarado que este N° 5 y el N° 2 del art. 1526, se refieren a cosas corporales, no a cosas incorpóreas. (T. 49, sec. 1ª, pág. 165).

128.- Obligaciones alternativas (art. 1526 N° 6º). El artículo 1526 N° 6, establece que "Exceptúanse los casos siguientes: 6º "Cuando

¡!

¹⁴⁴ CLARO SOLAR: ob. cit., T. X, N° 542, págs. 490-491.

la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla de consuno; y si de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos”.

En relación con el artículo 1526 N° 6, se presenta un problema muy interesante en el caso del art. 1489, que da al contratante que cumple un contrato bilateral, acción para pedir el cumplimiento o la resolución de un contrato, con indemnización de perjuicios. Algunos dicen que en ese caso habría una obligación alternativa, y aplicando este artículo 1526 N° 6, concluyen que si los acreedores son varios tienen que ponerse de acuerdo si piden el cumplimiento o la resolución (T. 57, sec. 1ª, pág. 253). Desarrollaremos este problema al tratar las características de la acción resolutoria (ver N° 211).

129.- Paralelo entre solidaridad e indivisibilidad. La solidaridad y la indivisibilidad son instituciones diferentes. Sin embargo, pueden constatarse semejanzas y diferencias importantes.

Semejanzas:

- 1.- Ambos casos constituyen excepción al principio de la división de las deudas cuando hay pluralidad de sujetos;
- 2.- En ambas cada acreedor puede exigir el total y cada uno está obligado a cumplir íntegramente la obligación;
- 3.- En ambos casos, el pago hecho por un deudor extingue la obligación respecto de todos.

Diferencias:

- 1.- La indivisibilidad se explica porque el objeto es indivisible. Emana de la naturaleza del objeto debido, que no es divisible ni física ni intelectualmente. En cambio, es requisito de la solidaridad que la cosa debida sea divisible.

- 2.- La solidaridad puede renunciarse, la indivisibilidad no.
- 3.- En las obligaciones solidarias, el acreedor puede exigir al pago total a cualquier deudor, que está obligado a pagar la totalidad; en las indivisibles, el deudor puede pedir plazo para entenderse con sus codeudores (1526 N° 4 inc. 2°).
- 4.- La solidaridad no se transmite a los herederos (artículo 1523); la indivisibilidad es transmisible (artículo 1528).

130.- El ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible. Así lo dice el art. 1525: “El ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible”.

PÁRRAFO X

OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

131.- Concepto. Del artículo 1442, que clasifica los contratos en principales y accesorios, podemos inferir que obligaciones principales son aquellas que pueden subsistir por sí solas, sin necesidad de otras; y que son obligaciones accesorias las que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no puede subsistir sin ella. Por ej. la obligación del mutuario de restituir o la del comprador de pagar el precio, son obligaciones principales. En cambio, son accesorias, las que derivan de una caución (prenda, fianza, hipoteca, cláusula penal, etc.).

132.- Importancia de la distinción. Tiene importancia esta distinción por cuanto lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Y ello es relevante, porque si se extingue la obligación principal se extingue la obligación accesorias por vía de consecuencia. Aplicación de este principio es el artículo 1536, según el cual “la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal...”.

También importa la distinción, para los efectos de la prescripción, pues la obligación accesorias prescribe junto con la obligación