

MANUEL SOMARRIVA UNDUERRAGA
Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile

356164
56937c
4981
2

DEL MISMO AUTOR:

OBRAS

De la Administración disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Obra premiada por el Colegio de Abogados 1928.
La Filación, 1931.
Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia, 1939.

APUNTES DE CLASE

Derecho de Familia, 1936.
De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, 1937.

TRATADO DE LAS CAUCIONES

I CAUCIONES PERSONALES

Cláusula penal
Solidaridad pasiva
Fianza

II CAUCIONES REALES

Prenda
Hipoteca

356164

UNIVERSIDAD DE CHILE - DERECHO



35601000638674

CONTABLE CHILENA LTDA EDITORES

SANTIAGO DE CHILE
1981

37. El derecho a pedir la reducción de la pena es irrenunciable.—Dada la finalidad que persigue el legislador al permitir que el deudor solicite la limitación de la pena al máximo fijado por la ley, resulta lógico que este derecho sea irrenunciable. Si fuera posible su renuncia, ésta pasaría a ser una cláusula de estilo en todos los contratos y se desvirtuaría la referida finalidad, la cual es de conveniencia pública, como han dicho nuestros tribunales (27).

Este carácter de irrenunciable está expresamente reconocido por el legislador en el artículo 2.º de la ley de 27 de noviembre de 1929, al decir: "Este derecho (de pedir la reducción) es irrenunciable y será nula toda estipulación en contrario". Además, en otro de los pocos casos en que nuestro legislador acepta la lesión, como es el de la compraventa de bienes raíces, también se establece el mismo principio de irrenunciabilidad (artículo 1,892).

38. El tribunal no puede decretar de oficio la reducción de la pena.—De la circunstancia de que sea irrenunciable el derecho de pedir la limitación de la pena no podemos deducir que el juez pueda proceder de oficio para decretarla. Tendría que solicitarla el deudor, ya que la justicia, salvo casos excepcionales, entre los cuales no se cuenta el presente, sólo puede actuar a requerimiento de parte. Por esta razón consideramos censurable una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que en presencia de un contrato de arrendamiento en el que se había estipulado una pena de \$ 200 diarios para el caso de que no se restituyera la propiedad a su vencimiento y habiendo alcanzado ella a \$ 28,000 en razón del tiempo transcurrido, la redujo de oficio a \$ 10,000 (28).

(27) Corte de Santiago, sentencias de 16 y 18 de junio de 1887, Gaceta de los Tribunales de 1887, sentencias N.ºs 1241 y 1271, págs. 741 y 759, respectivamente.

(28) Sentencia de 20 de julio de 1907, "Revista de Derecho y Jurisprudencia," segunda parte, sección primera, pág. 238. La sentencia contiene un voto disidente de don Luis Ignacio Silva que sienta la verdadera doctrina.

II. LA SOLIDARIDAD PASIVA

CAPÍTULO I DEFINICION Y REQUISITOS

39. Generalidades.—La solidaridad pasiva (29) constituye indiscutiblemente la más eficaz de todas las garantías personales, ya que el acreedor va a poder hacer efectivo el derecho de prenda general en tantos patrimonios cuantos sean los deudores solidarios, sin que a éstos les sea lícito oponer los beneficios de división y de excusión.

El carácter de garantía de la solidaridad aparece más claramente cuando la obligación se contrae por personas que no tienen interés en la deuda, sino que concurren a ella para garantizar su pago. El inciso 2.º del artículo 1,522 se pone precisamente en este caso, el que, como veremos, tiene importancia para determinar las relaciones de los deudores solidarios entre sí.

Como garantía, la solidaridad es más segura que la fianza, pues en ésta el deudor subsidiario puede oponer los beneficios de excusión y de división, que debilitan la posición del acreedor. Pero, como ya lo adelantamos y estudiaremos en su oportunidad, es perfectamente posible combinar ambas garantías, dándose nacimiento así a la fianza solidaria, que viene a constituir una caución intermedia (30).

Del artículo 1,511 se desprende que estamos en presencia de la solidaridad cuando, existiendo varios deudores de un mismo objeto

(29) En adelante sólo hablaremos de solidaridad, entendiéndose que nos referimos a la pasiva.

(30) Ver *infra* N.º 119.

divisible, el acreedor puede exigir, por el ministerio de la ley o por la convención, el total a cada uno de ellos, y el pago que haga cualquiera de los deudores extingue la obligación respecto de todos.

40. **Requisitos. Su enumeración.**—De lo dicho se infiere que para que exista solidaridad es necesario que concurren los siguientes requisitos: 1.º) pluralidad de deudores; 2.º) unidad de prestación de una cosa divisible, y 3.º) que se haya establecido en un acuerdo de las partes o en un texto legal.

41. 1.º **Pluralidad de deudores.**—La solidaridad presenta importancia cuando existe pluralidad de deudores, ya que su principal efecto es poder demandar el total a cada uno de ellos. Si sólo existe un deudor, no cabe hablar de solidaridad, aun cuando a él se le puede demandar el total de la obligación, a virtud de que en conformidad al artículo 1,591 el acreedor no está obligado a recibir el pago por parcialidades.

42. 2.º **Unidad de prestación de una cosa divisible.**—En las obligaciones solidarias la cosa debida debe ser una misma y divisible. Si se tratara de objetos indivisibles, la obligación tendría el carácter de indivisible, y este carácter puede presentarse independientemente de su naturaleza de solidario, como expresamente lo dispone el artículo 1,525. Y se requiere además que la cosa debida sea una misma pues si ellas fueren varias estaríamos en presencia de obligaciones conexas en las que existirán tantas obligaciones como objetos hubiere.

A virtud de no existir la unidad de prestación proclamada por el artículo 1,512, la Corte Suprema resolvió que si una persona se obligaba a entregar a otra tres películas y un tercero a pagar \$ 20,000 en caso de incumplimiento, para cuyo efecto se constituía en fador y co-deudor solidario, no existía solidaridad, ya que la cosa debida era distinta (31).

43. **En la solidaridad existen tantos vínculos cuantos sean los deudores. Aplicaciones que tiene este principio.**—Si bien se exige que haya unidad de prestación, la cosa puede deberse de distin-

(31) Sentencia de 13 de diciembre de 1934, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXIX, segunda parte, sección primera, pág. 188.

tas maneras, como dice el citado artículo 1,512. Ello se explica porque en la solidaridad hay tantos vínculos cuantos sean los deudores. Este principio fundamental es expuesto por Pothier en los siguientes términos: "Se dirá tal vez que repugna que una sola y misma obligación tenga cualidades opuestas; que sea pura y simple con relación a uno de los deudores y condicional respecto a otro. La respuesta dice que la obligación solidaria es en verdad, una, en relación a la cosa de que ella es objeto, el sujeto y la materia; mas está compuesta de tantos lazos cuantas sean las personas diferentes que la han contratado; y siendo estas personas diferentes entre sí, los lazos que las obligan son otros tantos lazos diferentes, que pueden por consiguiente tener cualidades diferentes". Y más adelante agrega: "La obligación es una con relación a su objeto, que es la cosa debida; mas, con relación a las personas que la han contratado, puede decirse que hay tantas obligaciones como personas obligadas" (32).

El principio enunciado tiene gran importancia, recibe muchas aplicaciones y nos servirá para resolver más de alguna dificultad con que nos encontramos en el desarrollo de la materia (33).

En virtud de la pluralidad de vínculos que existe en la solidaridad es posible, como decía Pothier y lo declara el artículo 1,512, que la obligación sea pura y simple, respecto de uno de los deudores y condicional o a plazo respecto de los otros; o que sea civil para uno y mercantil para otro (34); que puedan existir causas de nulidad que concurren en uno de los deudores y no en los demás, por ejemplo las derivadas de la incapacidad o de vicios del consentimiento (35); que sólo uno de los deudores otorgue una garantía, sea ella prenda, hipoteca o fianza, caso este último contemplado en el artículo 2,372; que los deudores tengan distintos domicilios (36); que si el acreedor demanda a uno de los deudores y éste no satisface la totalidad de la obligación, conserve íntegra su acción para dirigirse contra los otros, con-

(32) Tratado de las obligaciones, tomo I, N.º 263, pág. 215.

(33) Así por ejemplo, ver infra N.º 56, donde analizamos la cuestión del privilegio que el acreedor puede invocar contra los codueños solidarios, punto que se resuelve en nuestro concepto con este principio.

(34) Dalloz, o. c. sobre el artículo 1,201, N.º 3.º.

(35) Josephand, Cours de Droit Positif Français, tomo II, N.º 765, pág. 415; Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 286, pág. 287.

(36) Así lo han declarado la Corte de Talca y la Corte Suprema: sentencias de 7 de mayo de 1919 y 10 de julio de 1920, Gaceta de los Tribunales de 1919, 2.º semestre, N.º 1,289, pág. 979, y Gaceta de los Tribunales de 1920, N.º 2, pág. 12, respectivamente.

forme al artículo 1,515; que la acción del acreedor contra los deudores pueda tener distintos plazos de prescripción (37), y que la causa de la obligación de los deudores solidarios sea distinta (38).

44. 3.° La solidaridad debe estar establecida en la ley o en la convención. La sentencia judicial no es fuente de solidaridad.—La solidaridad no puede tener su origen sino en la voluntad de las partes, manifestada en el contrato o en el testamento, o en la del legislador. Estas son las dos fuentes de la solidaridad pasiva, como lo establece el artículo 1,511, a diferencia de la activa, la cual jamás emana de un texto legal.

Se desprende entonces que la sentencia judicial no puede originar la solidaridad. Nuestra Corte Suprema ha aplicado este principio en dos ocasiones. En uno de los casos se trataba de un acreedor que, para preparar la vía ejecutiva, citó a reconocer deuda a dos personas. Ninguna de ellas comparció y la deuda se dió por reconocida en rebeldía. Con posterioridad el acreedor pidió se despachara mandamiento de embargo contra una de ellas por el total. El juez accedió. Pero el ejecutado se exceptuó alegando que la obligación no era solidaria, sino conjunta, y que por ello no se le podía cobrar el total, sino la mitad, y este criterio fue acogido en definitiva por nuestro más alto tribunal (39). En el otro caso resolvió que si ambos cónyuges son condenados a dar alimentos a unos nietos y fallece la mujer, no puede perseguirse al marido la totalidad de ellos, pues la obligación no es solidaria ni indivisible (40).

45. La ley como fuente de la solidaridad. Casos en que está establecida en el Código Civil.—Al acoger el legislador en sus preceptos la solidaridad, lo hace guiado por diversas razones. Las más

(37) Así lo ha declarado la Corte de Concepción, al acoger la prescripción de cinco años del artículo 761 del Código de Comercio, opuesta por el socio de una sociedad colectiva mercantil al cual se le cobraba una letra emitida por la sociedad y que prescribía para ésta en cinco años, conforme al artículo 764 del mismo Código. Sentencia de 26 de noviembre de 1937, Gaceta de los Tribunales de 1937, 2.° semestre, N.° 190, pág. 733.

(38) Ver infra N.° 50, pág. 48.

(39) Sentencia de 17 de julio de 1932, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXIX, segunda parte, sección primera, pág. 480.

(40) Sentencia de 20 de julio de 1927, Gaceta de los Tribunales de 1927, 2.° semestre, N.° 9, pág. 32, y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXV, segunda parte, sección primera, pág. 264.

de las veces la estatuye como una sanción para aquellos que han violado la ley—por ejemplo en los artículos 201, 549, 927, 2,189 y 2,317,—o en su deseo de favorecer a los incapaces—como acontece en el caso de la pluralidad de curadores (artículo 419)—o tomando en consideración la voluntad de las partes o del testador—por ejemplo al declarar, en el artículo 1,281, solidaria la responsabilidad que afecta a los albaceas cuando hay pluralidad de ellos.

De los artículos 201, 419, 549, 927, 1,281, 2,189 y 2,317, que establecen casos de solidaridad, es interesante detenerse en los dos últimos.

El artículo 2,189, refiriéndose al comodato, establece que si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables. Pero no dice a qué alcanza esta solidaridad. En nuestro concepto, ella no puede referirse sino a la obligación que impone el artículo 2,178 de indemnizar al comodante de los perjuicios sufridos por la cosa. Pero la obligación de restituir la cosa—obligación que jamás puede faltar en el comodato y que es la única que emana del contrato mismo—no puede ser solidaria. A ella no se ha referido el artículo 2,189, ya que de acuerdo con el N.° 2.° del artículo 1,526 tiene el carácter de indivisible, y, en consecuencia, el comodatarlo que posee el objeto dado en comodato estaría obligado a entregarlo al comodante.

El caso del artículo 2,317, que proclama la responsabilidad solidaria por la indemnización de los perjuicios provenientes de un delito o cuasidelito cuando es cometido por varias personas, es sin duda el de más importancia entre los que establecen la solidaridad legal. Salta a la vista que en él la solidaridad se ha establecido como una sanción para los que cometen el acto ilícito y a la vez en el deseo de proteger a la víctima.

Es evidente que la responsabilidad será solidaria aun cuando el delito o cuasidelito sea civil y no penal. La disposición citada no distingue, y, aún más, ella está ubicada precisamente en el título de los delitos y cuasidelitos civiles. Esto no obstante, la Corte Suprema ha estimado que el artículo 2,317, al declarar solidaria la responsabilidad, se refiere únicamente a los delitos y cuasidelitos penales (41). El error manifiesto en que incurre nuestro más alto tribunal nos ahorra todo comentario.

(41) Sentencia de 13 de enero de 1937, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección primera, pág. 201.

Recalquemos, como lo hace el legislador, que para que se produzca la responsabilidad solidaria es necesario que las distintas personas sean autores o cómplices de un mismo delito (41 bis). Por consiguiente, ella no existiría si lo fueran de dos delitos distintos, como por ejemplo si a una persona un individuo le roba la cartera y otro le ocasiona lesiones en el mismo instante.

Excepcionalmente no existe esta responsabilidad solidaria, no obstante que varias personas cometen un acto ilícito, en los casos de los artículos 2,323 y 2,328. El primero de ellos se refiere a los daños que puede ocasionar la ruina de un edificio, y declara que si éste pertenece a dos o más personas proindiviso se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio. El segundo, ocupándose de los daños que se produzcan por arrojar o dejar caer alguna cosa de la parte superior de un edificio, dice que la indemnización se dividirá entre todas las personas que habitan en la misma parte del edificio, salvo que se pruebe que se debe al hecho de una sola, en cuyo caso ésta sola será responsable.

En el Código francés no existe una disposición semejante al artículo 2,317, por cuyo motivo algunos comentaristas declararían simplemente conjunta la responsabilidad que afecta a los que han cometido un delito o cuasidelito civil (42). Pero la mayoría, no obstante la falta de un texto legal, admite la solidaridad (43).

46. La indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. ¿Es solidaria?—Para resolver acertadamente la cues-

(41 bis) La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 2 de octubre de 1939, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección segunda, páj. 5, ha declarado que la responsabilidad de los cómplices, es igual a la de los autores, y, por lo tanto, solidaria.

(42) Toullier, o. c., tomo XI, N.º 161; Laurent, o. c., tomo XVIII, N.º 318 y siguientes, págs. 318 y siguientes.

(43) Entre los autores que aceptan la solidaridad hay una discrepancia. Algunos estiman que existiría solidaridad perfecta, por ejemplo Delvincourt (Cours de Code Civil, tomo II, páj. 498). En cambio, otros, como Baudry-Lacantiniere (o. c., tomo II, N.º 1301 y 1302), estiman que sólo habría solidaridad imperfecta. Según la doctrina, esta última solidaridad, como veremos más adelante (N.º 67), sólo produce el efecto principal—esto es, determinar el ítem de la obligación, pero no los secundarios. Jasseron (o. c., tomo II, N.º 785, páj. 427), funda la solidaridad en que la gravedad de los perjuicios puede atribuirse a la culpa de cualquiera de los autores del delito o del cuasidelito, de modo que entre cada culpa y la totalidad del daño hay una relación directa y necesaria.

tión propuesta es necesario distinguir entre el incumplimiento originado por el dolo o la culpa grave de parte de los deudores, de aquel en que éstos han incurrido en culpa leve o levisima.

En caso de incumplimiento doloso, en nuestro concepto la responsabilidad es solidaria, a virtud de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 2,317, que establece que todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce acción solidaria para indemnizar los perjuicios ocasionados. Este inciso no puede sino referirse a la responsabilidad contractual; interpretado de otra manera no tendría razón de ser, ya que en el inciso 1.º la disposición se ha ocupado de la responsabilidad extrcontractual que emana del dolo, estableciendo también la solidaridad.

A la misma conclusión debemos llegar si los deudores han incurrido en culpa grave, dado que en conformidad al inciso 2.º del artículo 44 esta especie de culpa, en materia civiles se equipara al dolo.

Distinta es la solución si el incumplimiento se debe a culpa leve o levisima, pues en este caso, de los artículos 1,533 y 1,521 se desprende que no existe acción solidaria contra los infractores de la obligación. En efecto, el primero establece que es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible y ninguno de los deudores está sujeto a ella sino en la parte que le quepa; pero si uno solo es el culpable, sólo él será responsable de los perjuicios. Y el segundo, agrega que si la cosa debida solidariamente perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios la acción de perjuicios no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso.

Sin embargo, no sería aventurado afirmar que en los Proyectos de Código la responsabilidad por los perjuicios derivados del incumplimiento culpable se establecía con el carácter de solidaria. En efecto, el N.º 3.º del artículo 1,526 del Código actual establece que "aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se haya hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor". Con razón se ha criticado el empleo de la expresión *solidariamente* que usa el artículo, pues, si hay un solo responsable, no puede existir solidaridad, ya que ella supone pluralidad de deudores. Pero esta expresión tiene una razón de ser histórica. En el artículo 1,704 del Proyecto inédito y del Proyecto de 1853, la disposición empezaba diciendo: "Aquellos de los herederos

"por cuyo hecho o culpa... etc.". Se establecía entonces una responsabilidad solidaria que afectaba a todos los herederos. Después se modificó el artículo, cambiándose la expresión "aquellos de los herederos" por "aquel de los codicuderos", y no se tuvo cuidado de suprimir la palabra "solidariamente", que con la nueva redacción carece de sentido.

En Francia, no obstante no existir un texto legal que declare la solidaridad por los perjuicios provenientes de la inyección del contrato, ella es aceptada por la jurisprudencia. Josseland se expresa en los siguientes términos: "La Corte de Casación admite la solidaridad entre deudores contractuales cuando la inyección del contrato sea imputable a todos y la culpa de cada uno de ellos sea suficiente para producir la integridad del daño, de suerte que las culpas cometidas sean indivisibles en sus resultados" (44).

47. La convención y el testamento como fuentes de la solidaridad.—El inciso 2.º del artículo 1,511 dice que la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. Lo que en otros términos significa que ella no se presume.

Para determinar la existencia de la solidaridad, la doctrina está de acuerdo en aplicar los siguientes principios: que para establecerla no se requieran términos sacramentales; que no debe quedar la menor duda de que la intención de las partes es pactar la solidaridad, y que en caso de duda debe darse por inexistente y reconocer el carácter de conjunta de la obligación. Por lo general en el contrato se dirá que las personas se obligan solidariamente o in solidum. Pero, como decimos, no es de rigor que se empleen dichas palabras; puede hacerse uso de frases semejantes que manifiesten la intención clara de las partes de estipular la solidaridad. Por ejemplo, decir que cada una se obliga por el total; que se obligan una por la otra; que se obligan conjuntamente con renuncia del beneficio de excusión y de división, etc.

No está reñido con la exigencia de que la solidaridad debe estar expresamente establecida lo dispuesto en el artículo 1,635, según el cual, para que haya novación por cambio de deudor, es necesario que el acreedor dé por libre al primitivo deudor, y si no lo hace se enten-

(44) O. c., tomo II, N.º 784, pág. 426. Sobre si el incumplimiento de la obligación solidaria da lugar a responsabilidad de la misma naturaleza, ver infra N.º 62 y nota 80

derá que el nuevo deudor es diputado para el pago o que se ha obligado solidaria o subsidiariamente con aquél, según aparezca del tenor o del espíritu del acto. En este caso la solidaridad se va a deducir de interpretar el contrato, lo que es perfectamente posible. Naturalmente para llegar a esta conclusión, no debe quedar la más leve duda de que la intención de los contratantes ha sido pactar solidaridad (45).

Determinar si en un contrato se ha estipulado o no solidaridad es cuestión de derecho; por lo tanto, lo que, sobre el particular, resuelvan los jueces de fondo queda sujeto a la revisión de la Corte Suprema. Así lo ha declarado este mismo tribunal (46).

48. Criterio de la jurisprudencia francesa para dar por establecida la solidaridad.—De lo expuesto anteriormente se desprende que a falta de un texto legal o de la intención clara de las partes que establezcan la solidaridad, debe entenderse que la obligación es simplemente conjunta. Este principio, que también debería regir en Francia, donde el legislador dice expresamente que la solidaridad no se presume, no ha sido sin embargo respetado por la jurisprudencia, la cual acepta casos de solidaridad fundados en la presunta intención de las partes o en la naturaleza de la obligación, principalmente cuando ésta es común a dos o más personas y resulta difícil asignarle a cada una de ellas una parte en la deuda. Así, se ha estimado que si un padre y una madre separados de bienes contratan un profesor para su hijo, son solidariamente responsables; y que también existe esta misma responsabilidad cuando los copropietarios de un inmueble encargan reparaciones a un tercero.

El espíritu de la jurisprudencia francesa, al apartarse claramente

(45) La Corte de Talea, en sentencia de 14 de enero de 1935, Gaceta de los Tribunales de 1935, N.º 83, pág. 145, dió por establecida la solidaridad aplicando este artículo en el siguiente caso: un señor se comprometió a pagar a un abogado determinada suma por la defensa que este hiciera de un hijo que había novación, ni diputación para el pago, ni fianza, pues el padre "se obligó a satisfacer la deuda de su hijo en concepto de principal deudor, salvo obligación en el considerando 15, aplica el artículo 2,144, diciendo que la obligación del padre no podía ser más gravosa que la que los hijos habían estipulado con el abogado. A primera vista ello aparece como un error, porque el artículo 2,344 se aplica en la fianza, pero no en la solidaridad.

(46) Sentencia de 14 de enero de 1916, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección primera, pág. 193. Los jueces de fondo dieron por establecida la solidaridad y la Corte Suprema declaró su inexistencia.

de la ley, es sin duda robustecer la responsabilidad de los contratantes (47).

49. La solidaridad puede establecerse en actos distintos.—Por regla general la solidaridad se estipulará en el mismo acto en que se contrae la obligación. Pero, en nuestro concepto, no habría inconveniente para pactarla con posterioridad, siendo si necesario para ello que el segundo contrato haga referencia expresa del primero. No bastaría, en consecuencia, que en una fecha Pedro se obligare a pagar a Juan \$ 1,000 y en una posterior Antonio formulare la misma promesa. En semejante caso habría dos obligaciones, o una obligación conjunta y todavía, de acuerdo con el artículo 1,635, podría existir novación por cambio de deudor si Juan diere por libre al primitivo deudor, es decir, a Pedro (48).

50. La solidaridad puede tener distinta causa para los deudores.—Los deudores pueden obligarse por causas distintas. Se confirma esta apreciación con el artículo 1,522, que se pone en el caso que la obligación solidaria sólo interese a uno o algunos de los deudores. Así por ejemplo, si a una persona le facilitan una cantidad de dinero en mutuo y otra se constituye responsable de su devolución, obligándose solidariamente con aquélla, la causa de su obligación para la primera es la entrega del dinero, y para al segunda, la mera liberalidad hacer un servicio o la prestación a que se obligue el deudor para con él a fin de que acceda a constituirse como codedor solidario.

(47) A pesar de este buen espíritu los autores clásicos critican esas decisiones, por ejemplo Laurent, o. c., como XVII, N.º 284, pág. 285.

(48) Entre los autores, el punto es materia de discusión. Laurent simplemente rechaza que pueda resultar la solidaridad de actos distintos (q. c., tomo XVII, N.º 275 y 277). Otros estiman que existiría solidaridad imperfecta. Finalmente, Duranton, Demolombe, Demante y Colmet de Saurer participan de nuestra opinión (citados por Dalloz, o. c. sobre el artículo 1,197 N.º 35 a 37). Nuestra jurisprudencia acepta tal solidaridad. Véase, por ejemplo, sentencia de la Corte de Concepción de 5 de junio de 1919 (Gaceta de los Tribunales de 1919, sentencia N.º 1289, pág. 9791), aún cuando ella da por sentado el punto sin dilucidarlo. En cambio, la Corte Suprema, en fallo de 24 de abril de 1929 (Gaceta de los Tribunales de 1929, 2.º semestre, sentencia N.º 18, pág. 88), sostiene abiertamente nuestra opinión, al decir en una parte del considerando 4.º: "... es necesario que estos dos contratos (se refiera a aquellos en que se contrae la obligación) queden unidos entre sí por una mutua correlación, formando uno solo, mediante la referencia del primero al segundo y del segundo al primero."

51. La prueba de la solidaridad se rige por las reglas generales.—No es forzoso que la solidaridad se establezca por escrito. No hay inconveniente para que se pacte en forma verbal y llegado el caso se acredite por los distintos medios probatorios establecidos por el legislador. Naturalmente, en este caso rigen las limitaciones de la prueba testimonial contenidas en los artículos 1,708 y siguientes, y, en consecuencia, no sería admisible la prueba de testigos si se tratara de un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de \$ 200, como tampoco si habiendo constancia en el contrato de que la obligación es simplemente conjunta, se pretendiere acreditar que se pactó solidaridad.

52. La solidaridad en materia mercantil.—En el Código de Comercio no se establecen reglas que modifiquen los principios del nacimiento de la solidaridad que contempla el artículo 1,511, y, por consiguiente, al igual que en materia civil, ella sólo existirá en virtud de un texto legal o del acuerdo expreso de las partes.

Los casos de solidaridad en materia comercial son abundantes, y ello se explica por la seguridad que requiere el comercio. Principalmente los encontramos en materia de letras de cambio y de sociedades (49).

En el Derecho francés se ha entendido que el precepto del artículo 1,702 del Código Civil, según el cual no se presume la solidaridad, no se aplica en materia mercantil. Se funda esta decisión en que las antiguas costumbres así lo establecían y que en el seno de la discusión de ese Código quedó en claro el espíritu de no innovar sobre el particular (50).

(49) Por vía de ejemplo pueden citarse los siguientes artículos del Código de Comercio que establecen responsabilidad solidaria: 290, 370, 386, 411, 464, 474, 477, 485, 501, 502, 663, 680, 687, 704 y 705.

(50) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1175, págs. 277. Asimismo, Laurent combate esta doctrina, o. c., tomo XVII, N.º 285, pág. 287.

si esta explicación es insuficiente y es necesario recurrir a otra. Pues bien, en el sentir de la mayoría de los autores semejante explicación no es satisfactoria; por el contrario, ellos ven el fundamento de estos efectos en el mandato tácito y recíproco que existe entre los deudores de la obligación solidaria.

La doctrina del mandato tácito y recíproco arranca su origen de muy antiguo. Hace alusión a ella Renusson en su obra "Tratado de la subrogación", aparecida en 1685. Desenvuella por Eustache Pilon en su "Ensayo de una teoría general de la representación en las obligaciones", acogida por Toullier en 1814, es después seguida sin variación por casi todos los autores, para finalmente recibir su consagración definitiva al ser aceptada sin reservas por la Corte de Casación francesa en sentencia de 15 de febrero de 1873 (51).

Esta teoría ha sufrido diversas variaciones.

Dumoulin, explicando los efectos que se producen por la pérdida de la cosa debida solidariamente, afirma que el mandato existe para conservar y perpetuar la obligación, pero no para aumentarla. Esto dió origen a una crítica. Se dijo que no era razonable presumir un mandato de esta naturaleza, ya que precisamente el interés de los deudores era extinguir el vínculo jurídico y no conservarlo. Como consecuencia de estos ataques, algunos autores modificaron en parte la doctrina: dijeron que cada deudor, mediante el mandato, podría mejorar la posición de los otros, pero no empeorarla (52).

Esta variación de la teoría no es aceptada por Baudry Lacantinerie, quien dice al respecto: "Esta concepción de un mandato que no es válido sino cuando el mandatario mejora la situación del mandante conduce a resultados inadmisibles, sobre todo en materia de cosa juzgada" (53).

Josserand, después de formular una objeción semejante a la de Baudry Lacantinerie, agrega una idea nueva que nos parece muy atinada. "En realidad—dice— el mandato interviene, no en interés de los codeudores, sino en el del acreedor: es lo que a veces parece olvidarse y es lo que Dumoulin, y después de él el Código Civil, han perdido de vista al limitar el pago de los perjuicios, en caso de cul-

(51) Datos sacados de Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1213, páe. 304.

(52) Larombière, citado por Baudry Lacantinerie, cita anterior.

(53) Cita anterior.

CAPITULO II

EFFECTOS DE LA SOLIDARIDAD

SECCION PRIMERA

EFFECTOS QUE SE PRODUCEN ENTRE LOS DEUDORES Y EL ACREEDOR

53. **Emanación y explicación de ellos.** Teoría del mandato recíproco.—El primer efecto de la solidaridad consiste en la facultad del acreedor para demandar de cualquiera de los deudores el total de la obligación, lo que se justifica porque en esta clase de obligaciones existe unidad de la prestación. Asimismo, la demanda dirigida por el acreedor contra uno de los deudores no extingue la acción contra los otros sino en la parte en que hubiere sido satisfecho por el demandado, conclusión lógica habida consideración a que, en la solidaridad—como vimos— existe pluralidad de vínculos.

Fuera de los enunciados, la solidaridad produce otros efectos, que podríamos llamar secundarios y que consisten en que interrumpe la prescripción; respecto de uno de los deudores también se interrumpe respecto de los otros (artículo 2,519); en que la mora y la culpa de uno de ellos afecta a los demás (artículo 1,521); en que la sentencia dictada contra uno de los codeudores produce cosa juzgada respecto a los otros; en que prorrogada la jurisdicción con relación a un deudor también se entiende prorrogada para los demás, etc., etc.

Fin presencia de estos efectos, cabe preguntarse si ellos se explican suficientemente, al igual que los anteriores, con la idea de la unidad de prestación y pluralidad de vínculos que existe en la solidaridad, o

"pa o de mora, al deudor culpable (el artículo 1,205 corresponde al 1,521 de nuestro Código). La verdadera fórmula sería aquella que diera a los co-deudores el poder de representarse los unos a los otros para salvaguardar los intereses legítimos del acreedor: la sociedad de co-deudores existe para el acreedor, no para los asociados". (54).

Nuestra jurisprudencia ha acogido sin reserva la doctrina del mandato tácito y reciproco. En sentencia de 8 de abril de 1919, la Corte Suprema dijo: "... el deudor representa por el ministerio de la ley a sus co-deudores solidarios". Después el mismo tribunal, en fallo de 10 de julio de 1920, considerando 2.º, manifestó: "Que las obligaciones solidarias producen diversos efectos que se encuentran determinados en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, conforme a los cuales los actos ejecutados por uno de los deudores favorecen o perjudican a los demás, estableciendo de este modo una representación reciproca entre ellos en sus relaciones con el acreedor, que ha de ejecutarse personalmente por los otros". Finalmente insistió en la misma idea al decir en el considerando 4.º de una sentencia de 24 de septiembre de 1929: "Que en el examen de esta cuestión procede observar desde luego que la solidaridad produce ciertos efectos secundarios como son los indicados en los artículos 1,521 y 2,519 del Código Civil, que no podrían explicarse satisfactoriamente sin admitir, como lo admite la doctrina y la jurisprudencia, una mutua representación entre los co-deudores". (55).

Algunos autores han estimado que nuestro Código no acoge la doctrina del mandato tácito y reciproco (56). Se basan, para así pensar, en las notas puestas por don Andrés Bello al margen del artículo 6.º del Título VIII del Libro de las obligaciones y de los contratos del Proyecto de 1841 a 1845 y del artículo 1,690 del Proyecto inédito, disposiciones que corresponden al inciso 2.º del actual artículo 1,513, según el cual la remisión, la compensación, la novación de la deuda que interviene entre el deudor y uno de los acreedores extingue la obliga-

(54) O. c., tomo II, N.º 419, pág. 769.

(55) Por el orden en que aparecen citadas: Gaceta de los Tribunales de 1919, sentencia N.º 4177, pág. 152; Gaceta de los Tribunales de 1920, 2.º semestre, sentencia N.º 2, pág. 12; Gaceta de los Tribunales de 1929, 2.º semestre, sentencia N.º 18, pág. 88 y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVII, segunda parte, sección primera, pág. 513.

(56) Arturo Alessandri R., "Teoría de las obligaciones", pág. 250.

ción respecto de los otros. La primera de las notas es del tenor siguiente: "En este punto hay diferencia entre el Derecho Romano y el adaptado 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 sus co-credores". En la segunda se dice: "El proyecto se separa aquí del Código francés y sigue al Derecho Romano. Véase Delvincourt N.º 7 a la página 140".

Consideramos que las notas transcritas no constituyen un antecedente suficiente para concluir que nuestro Código repudia la doctrina del mandato entre los deudores. Es necesario dar a ese antecedente histórico su debido alcance, sin generalizarlo. Lo que dicen las notas es que en materia de solidaridad de acreedores se sigue un sistema distinto al Código francés, al permitir que la remisión, novación o com-pensación operada entre el deudor y uno de los acreedores extinga la obligación respecto de todos. Pero de ello no puede concluirse que en la solidaridad pasiva aconezca otro tanto. La misma nota así lo indica, pues dice "en este punto", con lo que queda en claro que se refiere a un principio de aplicación restrictiva. Además, cabe observar que la forma como reglamentan el Código francés y el nuestro la solidaridad pasiva es muy semejante; sus disposiciones, salvo marcadas excepciones, son casi iguales. El propio Bello señala como fuente de mudanzas ellas el Código de Napoleón. Todo está indicando que ambos Códigos se inspiran en los mismos principios (57).

Habiendo visto ya como pretende la doctrina explicar los efectos de la solidaridad, pasemos a estudiar ahora cada uno de ellos en particular.

54. 1.º El acreedor puede demandar el total de la obligación de todos los deudores conjuntamente o de cualquiera de ellos en particular.—Este primer efecto de la solidaridad, sin duda

(57) Claro Solari, o. c., tomo X, N.º 473, pág. 422, no dice que nuestro Código repudie la teoría del mandato; pero, siguiendo a Laurent, cree que no hay necesidad de recurrir a ella para explicar los efectos de la solidaridad, para lo cual basta con el doble principio de unidad de la prestación y pluralidad de vínculos que existe en esta clase de obligaciones.