

dose de deudores conjuntos, la interrupción de la prescripción que se opera en uno de ellos no perjudica a los otros, principio general consignado en el artículo 2,519, el cual también contiene la excepción para el caso en que exista solidaridad y no se haya renunciado (73 bis).

En el Proyecto de Código aprobado por las Cámaras, el artículo 1,513 constaba de un tercer inciso en el que se establecía que la interrupción de la prescripción perjudicaba a todos los codeudores solidarios. Al hacer la edición auténtica y exenta de errores que se le encargó, don Andres Bello suprimió dicho inciso, porque la regla que él contenía ya estaba dada en el artículo 2,519.

La interrupción de la prescripción que se opera con respecto a uno de los deudores solidarios perjudica a los otros, ya sea ella civil o natural. El artículo 2,519 no distingue. De manera que la interrupción afectará a los codeudores sea que ella emane de la acción judicial decidida por el acreedor o del reconocimiento efectuado por uno de aquéllos. Naturalmente que este reconocimiento debe verificarse antes de cumplirse el plazo de prescripción, porque formulado después habría una renuncia a la prescripción, y esa renuncia no obligaría a los otros codeudores solidarios, aplicando por analogía lo que dispone el artículo 2,496 (74).

También son susceptibles de interrumpirse las prescripciones de corto tiempo enumeradas en los artículos 2,521 y 2,522, pero el efecto de esta interrupción consiste en transformar dichas prescripciones en prescripciones de largo tiempo. Ello quiere decir que tratándose de codeudores solidarios, a virtud de la interrupción que se opere con respecto a uno la prescripción pasa a ser de largo tiempo con respecto a todos.

59. Suspensión de la prescripción.—La suspensión de la prescripción en la solidaridad pasiva no constituye ningún problema. Consiste ella en un beneficio otorgado por el legislador a las personas enumeradas en el artículo 2,509. Beneficia al acreedor, ya que no obs-

(73 bis) La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 11 de mayo de 1917, "Recurso de Denegación y Jurisprudencia", tomo XXXVIII, segunda parte, sección segunda, pág. 31, aplica esta disposición al declarar que si hay varios inculcados de un delito, y uno fallece, por lo cual se le sobrese, la prescripción de la acción criminal contra los otros, interrumpe la prescripción respecto a los herederos de aquél.

(74) Claro Solar, o. c., tomo X, N.º 486, pág. 434.

tanse transcurrir el tiempo y permanecer él en la inacción, no corre sin embargo en su contra la prescripción. Por eso decimos que no hay problema de ninguna especie. Si el acreedor, por ejemplo, fuere una persona sometida a curaduría, se suspendería la prescripción con respecto a todos los deudores solidarios, y por lo tanto ninguno de ellos podría empezar a prescribir, ni menos llegar a liberarse de la obligación, mientras el acreedor no deje de ser pupilo (75).

60. Desde cuándo empieza a contarse la prescripción que favorece a los deudores.—Si la obligación se hace exigible para todos los deudores en el mismo momento, no hay duda de que la prescripción comienza a correr para todos desde ese instante. Pero dada la pluralidad de vínculos que existe en la solidaridad, es perfectamente posible, como también lo reconoce el artículo 1,512— que la exigibilidad de la obligación se produzca en épocas distintas. Tal acontecerá si uno de los deudores se obliga simplemente, el otro a plazo y un tercero bajo condición. En este caso, ¿será necesario esperar que la obligación sea exigible respecto de todos para comenzar a contar el plazo de prescripción, o el plazo correrá desde que se hace exigible para el primero? La respuesta a ambas preguntas es negativa. El plazo de prescripción de cada deudor se comenzará a contar independientemente, desde que su obligación se haga exigible (76) y (77).

61. 4.º) Producida la mora con respecto a uno de los deudores, quedan los otros colocados en el mismo estado.—Que la mora de uno de los deudores afecta a los otros, es un efecto de la solidaridad que reconocen todos los autores y que recibe aplicación en el artículo 1,521, del cual luego nos ocuparemos. Sin embargo, para que

(75) Es frecuente ver que los autores se planteen el problema de la suspensión de la prescripción en la solidaridad pasiva —por ejemplo Claro Solar (o. c., tomo X, N.º 486, pág. 433)—, pero para referirse a algo muy distinto, a saber, desde cuándo se cuenta la prescripción cuando la obligación se hace exigible para los deudores en distintas épocas. Hay, pues, una evidente impropiedad del lenguaje.

(76) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1223, pág. 314.

(77) Relacionado con la exigibilidad de la obligación se presenta el problema de saber si, producida la caducidad del plazo con respecto a uno de los deudores, también se produce con respecto a los demás. La mayoría de los autores resuelven la negativa (Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1039, pág. 187; Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 214, pág. 227; Aubry et Rau, o. c., tomo IV, pág. 142, nota 20).

se produzca esta situación, es necesario que la obligación de los deudores solidarios sea exigible. De manera que si la obligación de uno de ellos es condicional o de plazo pendiente, no quedaría el colocado en mora por el hecho de que los otros estuvieren en dicho estado.

La mora puede producirse en los tres casos indicados en el artículo 1,521. Es evidente que si la obligación ha debido darse o ejecutarse dentro de cierto lapso de tiempo que transcurra sin que ella se cumpla, a virtud de la unidad de prestación que existe en la solidaridad quedan todos los deudores solidarios colocados en mora. Lo mismo sucederá cuando la mora de uno de los deudores se ha producido por requerimiento judicial. Pero si con respecto a uno de los deudores se ha estipulado un plazo y con respecto a los otros no, ¿basta que transcurra ese plazo para que el estado de mora sea general? A pesar de que el caso puede ofrecer duda, creemos que sí, pues es lógico presumir que los deudores cuya obligación no tiene un plazo estipulado conocen el pactado con el otro deudor.

62. 5.º) Perdida la cosa debida por culpa o durante la mora de uno de los deudores, todos son solidariamente obligados al precio.—Si la pérdida de la cosa debida es fortuita, se extingue la obligación respecto a la totalidad de los deudores. Pero si aquella se produce por culpa o durante la mora de uno de éstos, conforme al artículo 1,521 todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva su acción contra el culpable o moroso; pero la acción de perjuicios sólo se puede intentar contra este último.

La distinción que hace el legislador entre el precio de la cosa y la indemnización de perjuicios, conservando la solidaridad con relación al primero y no conservándola en cuanto a los segundos, es sin duda ilógica. Si se estimó que la culpa o mora de uno de los deudores afectaba a los otros, para ser consecuente con el principio debió haberse declarado solidaria la responsabilidad tanto para el pago del precio como para la indemnización de los perjuicios.

La doctrina contenida en el artículo 1,521, que es la misma que acepta el Código francés en su artículo 1,205, se debe a Pothier y a Dumoulin y está basada en una interpretación errónea del Derecho Romano efectuada por este último jurconsulto. En ese Derecho se distinguía entre la mora y la culpa de los codeudores. Cuando la cosa perecía por culpa de uno, se hacía responsable a todos; pero si la pér-

dida se producía durante la mora de uno, ella sólo afectaba al deudor moroso. Para hacer esta diferencia, se estimaba —y no sin razón— que al acreedor le era fácil colocar en mora a todos los deudores, mientras que en cambio le era muy difícil, por no decir imposible, prevenir los actos culpables de ellos. Esta distinción no fué captada por Dumoulin, que creyó se distinguía entre el precio y los perjuicios, conservándose la solidaridad sólo con respecto al primero. Sin embargo, es curioso observar que la solución de este autor, si bien jurídicamente no es aceptada, desde el punto de vista de la equidad no merece repro (78).

Al aceptarse que en caso de culpa o mora de uno de los deudores pueda reclamarse el precio del deudor inocente, se hace una excepción a la regla general, cual es que el acto de un tercero constituye caso fortuito o fuerza mayor que, exime de responsabilidad. Es ésta una regla propia de la solidaridad y que los autores basan en la teoría del mandato tácito y recíproco que une a los deudores (79).

A diferencia del precio, los perjuicios sólo se pueden demandar contra el deudor culpable o moroso y no contra los otros. Sin embargo, podrían demandarse de éstos cuando así se hubiere estipulado expresamente (80).

El Código no se pone en el caso en que sean culpables dos o más de los deudores. En este evento, ¿podría demandarse el total de los perjuicios de cada uno de los culpables, o sólo la cuota? La cuestión es discutible. Ciertamente que la indemnización de perjuicios viene a reemplazar el cumplimiento de la obligación, y que si el deudor estaba obligado al total de ella, la infringiría en su totalidad, lo que nos conduciría a la conclusión de que sería posible demandar el total. Pero pesa más en nuestro ánimo la circunstancia de que la solidaridad es excepcional, que requiere un texto legal para que exista, texto que no encontramos, y que, por el contrario, los artículos 1,521 y 1,533 parecen excluirla, todo lo cual nos mueve a decidir que de cada deudor culpable o moroso sólo puede demandarse la cuota en la totalidad de los perjuicios.

(78) Baudry-Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1224, pág. 313.

(79) Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 311, pág. 309.

(80) El problema de los perjuicios en las obligaciones solidarias puede presentarse no tan sólo a consecuencia de la pérdida de la cosa debida, sino también por incumplimiento de la obligación. Sin embargo, ambos casos deben regirse por las mismas reglas.

Distinta es la situación si de parte de dos o más deudores ha existido dolo o culpa grave, pues entonces, en conformidad al inciso 2.º del artículo 2,317, a que nos referimos en otra oportunidad, existiría entre ellos responsabilidad solidaria (81).

63. Caso en que se haya estipulado una cláusula penal.—El legislador no soluciona expresamente la cuestión de saber a quién puede demandarse la cláusula penal estipulada por todos los deudores cuando se pierde la cosa o hay incumplimiento de la obligación. Sin embargo, desde los tiempos de Pothier los autores estiman que podría pedirse la totalidad de cualquiera de los deudores, quedando a salvo naturalmente la acción de repetición contra el culpable o moroso. Aubry et Rau se preguntan por qué con la cláusula penal se sigue un criterio distinto al que se adopta con respecto a los perjuicios, y dan como razón que la obligación de pagar los perjuicios es una obligación nueva, cuya causa se encuentra únicamente en la contravención del deudor; en cambio, la de pagar la pena es una obligación condicional, preexistente, estipulada como accesoria de la obligación principal (82). En otros términos, según estos autores la solidaridad estipulada en el contrato alcanza y se hace extensiva al pago de la pena.

64. 6.º) Prorrogada la jurisdicción con respecto a un deudor; se entiende prorrogada con respecto a los demás.—El principio según el cual la prórroga de la jurisdicción que se opera con respecto a uno de los deudores afecta a los otros, ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia. Así lo han declarado la Corte de Apelaciones de Talca y la Corte Suprema, confirmando ésta la sentencia de aquélla (83). Fundan esta decisión en el mandato tácito y recíproco que une a los deudores en la solidaridad.

65. 7.º) Para que se perfeccione la cesión de créditos, basta con la notificación o aceptación de uno de los deudores.—De

(81) Ver supra N.º 46.

(82) O. c., tomo IV, pág. 46, nota 29. En términos semejantes a estos autores se expresa Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 312, pág. 311.

(83) Sentencia de 7 de mayo de 1919 (Gaceta de los Tribunales de 1919, sentencia N.º 1289, pág. 979) y de 10 de julio de 1920 (Gaceta de los Tribunales de 1920, 2.º semestre, sentencia N.º 2, pág. 12). En el mismo sentido afirma Manuel E. Ballesteros, al comentar el artículo 219 de la Ley Orgánica de los Tribunales, en su obra "La Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Chile", tomo II, pág. 296.

acuerdo con el artículo 1,902, para que se perfeccione la cesión de créditos es necesario que se notifique al deudor o que éste la acepte. Pues bien, tratándose de un crédito en que existan varios deudores solidarios, bastaría con que se produjera cualquiera de esas circunstancias en uno solo de ellos para que la cesión se entendiera perfeccionada con respecto a todos. Ello como una consecuencia del mandato que existe entre los deudores (84).

66. Las partes pueden limitar los efectos de la solidaridad.—No cabe duda de que sería lícita una estipulación entre el acreedor y los deudores mediante la cual limitáremos los efectos de la solidaridad. Como vimos, fuera del efecto principal, de la esencia, de la solidaridad —cual es que el acreedor pueda demandar el total de cada uno de los deudores— existen los otros que hemos estudiado y que en comparación con él hemos denominado secundarios. Nada obstaría a que se limitaran estos últimos, acordando por ejemplo que la interrupción de la prescripción que se operara en uno de los deudores no perjudicase a los otros. Esta conclusión se ve abonada con el hecho de que, siendo posible la renuncia de la solidaridad, con mayor razón será posible atenuar sus efectos, en virtud del conocido aforismo jurídico de que quien puede lo más puede también lo menos.

Sin embargo, la limitación no podría llegar hasta suprimir el derecho del acreedor para demandar el total a cada uno de los deudores, porque, como decimos, él es de la esencia de la solidaridad, no puede faltar; su ausencia transformaría la obligación solidaria en simplemente conjunta.

67. La solidaridad imperfecta.—Relacionada con los efectos de la solidaridad nació en Francia una doctrina que distingue dos clases de solidaridad: la perfecta y la imperfecta. De acuerdo con esta distinción, la primera produce todos los efectos de la solidaridad, la segunda únicamente el principal de poder demandar el total a cada deudor, pero no los secundarios.

(84) Josserrand, o. c., tomo II, N.º 768, pág. 418; Aubry et Rau, o. c., tomo V, pág. 203, nota 6; Aubry Lacournerie, o. c., ("de la venta"), N.º 772. En contra, Laurent, o. c., tomo XVI N.º 503; Alejandro Silva Bascuñán, "De la cesión de derechos", N.º 163, pág. 132. Los autores de la primera doctrina sostienen sin embargo como válido el pago hecho de buena fe al cedente por el deudor que no ha sido notificado.

La doctrina de la solidaridad imperfecta se debe a Mourlon (85) y a Aubry et Rau (86). Para ellos, la solidaridad convencional es siempre perfecta; en cambio, la legal sólo tendría este carácter cuando fuere declarativa de la voluntad de las partes, cuando las personas se conocieren y tuvieran vínculos entre sí, pero no cuando estuviere establecida por la ley con miras al orden público o cuando los deudores ni siquiera se conociesen: en estos casos se produciría únicamente la solidaridad imperfecta.

Justificando la distinción entre ambas clases de solidaridad, Aubry et Rau invocan el Derecho Romano, cuando dicen: "La distinción que indicamos entre las obligaciones solidarias (obligatio *co-realis*) y los casos de responsabilidad solidaria (obligatio *in solidum*) era admitida en el Derecho Romano" (87).

La doctrina de la solidaridad imperfecta ha tenido cierto éxito en la responsabilidad que a falta de un texto expreso establecen los autores y la jurisprudencia francesa en materia de delitos y cuasidelitos. A muchos, como vimos (nota 43), se les hace duro establecer esta solidaridad no contemplada por el legislador, y para mitigar sus consecuencias declaran que en ella sólo se produce el efecto principal de la solidaridad, más no los secundarios.

Pero, en general, esta doctrina no ha tenido acogida entre los tratadistas. Josseland la repudia (88), y, combatiendo el argumento según el cual es necesario aceptarla porque el mandato tácito y recíproco no puede existir cuando la solidaridad está establecida sin la voluntad de los deudores, dice que el descanso sobre una concepción falsa de dicho mandato, ya que no es la convención de las partes la que lo establece, sino el legislador. Agrega que el Código en parte alguna distingue entre ambas clases de solidaridad y que no es efectivo el fundamento que se le atribuye en el Derecho Romano. Laurent (89) y Baudry Lacantinerie (90) también la rechazan.

Fuera de estas críticas, cabe observar que desde su nacimiento esta doctrina ha sido defectuosa, ya que sus propios expositores no están de acuerdo acerca de los casos en que ella existe, y además, mientras

(85) Répertoire écries sur le Code Civil, tomo II, págs. 564 y 565.

(86) O. c., tomo IV, págs. 24 a 30.

(87) O. c., tomo IV, nota 6, págs. 50.

(88) O. c., tomo II, N.º 771, págs. 430.

(89) O. c., tomo XVII, N.º 313 a 317, págs. 311 a 318.

(90) O. c., tomo II, N.º 1292 y siguientes, págs. 376 y siguientes.

para Mourlon el carácter de imperfecta de la solidaridad es indeleble, en cambio para Aubry et Rau no lo es.

68. Excepciones que puede oponer el deudor demandado al acreedor. Clasificación en reales, personales y mixtas.—De los artículos 1,520 y 2,354 se deduce la clasificación de las excepciones en reales y personales. Las reales, como las denomina el artículo 2,354, o las que resultan de la naturaleza de la obligación, como las llama el artículo 1,520, son aquéllas que dicen relación con la obligación misma, sin tomarse en consideración la situación de las partes. Las personales, por el contrario, se relacionan con la situación o calidad particular que tiene el deudor en la obligación. Nuestro Código ha considerado dentro de las excepciones reales tanto las que emanan de la naturaleza de la obligación, como las comunes que señala el Código francés, entre las cuales se comprenden aquéllas que se producen con posterioridad al nacimiento de la obligación y que pueden ser alegadas por cualquier deudor.

De estas excepciones, el deudor demandado puede alegar las reales y las personales que le sean propias; pero no las personales de los otros deudores. La remisión y la compensación se encuentran en situación especial, y por eso se acostumbra denominarlas mixtas.

69. Excepciones reales, comunes o que emanan de la naturaleza de la obligación.—Son excepciones reales las causales de nulidad absoluta, las modalidades que afectan a toda la obligación, la cosa juzgada y la generalidad de los modos de extinguir las obligaciones (91). Ocupémonos de cada una de ellas.

Si la causal de nulidad absoluta que se invoca es el objeto ilícito, forzosamente incidirá en todos y cada uno de los deudores, dado que la solidaridad presupone unidad en la prestación. En consecuencia, por derecho propio cualquiera de ellos podría invocarla. Pero si la causal alegada fuere la falta de solemnidades, la causa ilícita o la incapacidad absoluta, puede acontecer, a virtud de la pluralidad de

(91) También sería real la "exceptio non adimpleti contractus", consagrada en el artículo 1552. En consecuencia, el deudor podría oponer la excepción de no encontrarse en mora a virtud de que el acreedor no ha cumplido el contrato. Así lo ha declarado la Corte de Concepción en sentencia de 15 de noviembre de 1921 (Gaceta de los Tribunales de 1921, 2.º semestre, sentencia N.º 288, págs. 1167).

vínculos que existe en la solidaridad, que ellas se presentaren sólo con respecto a uno de los deudores, y no con respecto a los otros. En este caso, ¿será lícito a los deudores cuya obligación sea válida alegar la nulidad? La respuesta afirmativa nos la da el hecho de que conforme al artículo 1,683 la nulidad absoluta puede ser alegada por cualquiera que tenga interés, y el interés de los deudores es evidente. Ya que así se verán libre de la obligación. Por eso la nulidad absoluta va a ser siempre una excepción común, sea que la causal incida en el deudor demandado o en cualquiera de los otros. En este último caso, consideramos que no sería obstáculo para alegar la nulidad la circunstancia de que el acto lo hubiere celebrado el deudor sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Ya que el que alega la nulidad no es el contratante, ni invoca la calidad de tal, sino el interés que tiene en hacerla valer (92).

También constituyen excepción real las modalidades que afectan a toda la obligación. Pero si sólo la obligación de algunos estuviere sujeta a modalidades, éstas ya no tendrían dicho carácter, pues entonces pasarían a ser excepción personal, que únicamente aquéllos podrían alegar.

Conforme al artículo 2,354, también constituye excepción real la cosa juzgada, lo que viene a corroborar nuestro aserto de que la sentencia que se dicta contra uno de los deudores produce cosa juzgada con respecto a los otros.

En cuanto a los modos de extinguir las obligaciones, tienen también el carácter de excepciones reales si ellos afectan a la obligación en sí misma. Así, el deudor podrá oponer como defensa la extinción de la obligación por pago, dación en pago, novación, reconciliación, confusión, imposibilidad en la ejecución, etc.

La prescripción es asimismo una excepción real. Si el plazo de prescripción se ha cumplido para todos los deudores, es indudable que cada uno puede invocarla. Pero vimos en su oportunidad que la obligación podía hacerse exigible con respecto a los distintos deudores en épocas diversas, y entonces puede darse el caso de que en un momento determinado la obligación de uno de los deudores se halle prescrita y la de los otros no. Y en este evento, ¿cuál que situación queda el deudor que aun no completa el plazo de prescripción? Baudry Lacantini-

(92) Sin embargo, llevando hasta sus extremos el hecho de que exista entre los deudores un mandato, podría discutirse esta solución.

nerie (93) estima que, ante la demanda del acreedor, podría el deudor oponer la prescripción cumplida por los otros, lo mismo que podría oponer el pago, ya que la prescripción se basa en una presunción de pago. Esta doctrina, que nos parece la buena, es repudiada por Laurent (94), quien, aplicando por analogía el artículo 1,518, que se refiere a la remisión, cree que se podría perseguir al deudor que no ha enterado el plazo de prescripción, pero deduciendo de la demanda las cuotas de aquéllos que lo hubieren completado.

Otros modos de extinguir las obligaciones pueden ser tanto excepciones reales como personales. Tal acontece con el evento de la condición resolutoria y el término extintivo, que constituirían excepción real si afectaren a toda la obligación, pero personal si se refirieren a la obligación de algunos de los deudores. Finalmente, la transacción, a pesar de ser un modo de extinguir las obligaciones como veremos a continuación es una excepción personal.

70. Excepciones personales.—Son excepciones personales la condición y el plazo —suspensivo o resolutorio—, cuando no afectan a todos los deudores; la cesión de bienes, el beneficio de competencia, la incapacidad relativa, la transacción y los vicios del consentimiento. Estas dos últimas requieren un comentario especial.

Como ya lo vimos (95), el artículo 2,461 proclama el carácter de excepción personal que tiene la transacción, al decir que ella produce efecto únicamente entre los contratantes, salvo que lleve envuelta una novación, pues entonces sería una excepción real.

Influenciado el legislador por la idea de que la transacción es un contrato intuito persona, no reparó en que era inconsecuente al darle el carácter de excepción personal, por cuanto en el artículo 2,461 le atribuye el efecto de cosa juzgada en última instancia y a la cosa juzgada la considera excepción real. Así mismo, el criterio seguido por el legislador en materia de transacción significa un desconocimiento del mandato que liga a los deudores, pues, respetando este principio, lo lógico habría sido establecer que la transacción concluida por uno de los deudores solidarios afectaba también a los otros.

Los vicios del consentimiento es decir, el error, la fuerza y el do-

(93) O. c., tomo II, N.º 1252, pág. 319.

(94) O. c., tomo XVII, N.º 335, pág. 136.

(95) Ver supra N.º 57.

lo, son del mismo modo excepciones personales, que sólo puede alegar el que ha sido víctima de ellos. Con esta premisa se critica a nuestro legislador el que haya señalado en el artículo 2,354 a la violencia y al dolo como excepciones reales (96). Pero esta crítica es completamente injustificada. Porque lo que el Código dice es que en la fianza los vicios del consentimiento son excepciones reales, por lo que en consecuencia puede alegarlas el fiador. Y ello con justa razón, porque si la obligación principal es nula, no sería lógico ni equitativo que a pesar de ello pagare el fiador, ya que la nulidad de la obligación principal trae consigo la extinción de la fianza. Pero el legislador no ha dicho que los vicios del consentimiento sean excepciones reales en la solidaridad: el artículo 2,354 se refiere únicamente a la fianza. En la solidaridad, los vicios del consentimiento constituyen una excepción personal, porque, dada la pluralidad de vínculos, es perfectamente posible que la obligación, no obstante ser nula para alguno de los deudores, sea válida para los otros. En suma, la razón de por qué los vicios del consentimiento sean excepciones reales en la fianza y personales en la solidaridad, estriba en que la fianza, como obligación accesoría, no puede subsistir si es nula la obligación principal, en tanto que en la solidaridad las obligaciones de cada uno de los obligados son independientes entre sí.

71. **Excepciones mixtas: remisión y compensación.**—Si la remisión se hace a todos los deudores, constituye una excepción real, que puede oponerse por cada uno de ellos. Esto ni siquiera necesitó decirlo expresamente el legislador. Pero, por las dudas que podían presentarse, en el artículo 1,518 contempla el caso en que la remisión se haga a alguno de los deudores, estableciendo que el acreedor conserva su acción contra los otros deudores, pero con deducción de la cuota que en la deuda corresponde al deudor remitido. De manera que si a pesar de la remisión el acreedor demandare el total, el demandado podría excepcionarse alegando que debe hacerse la rebaja aludida.

De la redacción del artículo citado se desprende que la cuota que se rebaja es la que realmente le corresponde al deudor remitido, y no la cuota viril. Dichas cuotas, como veremos al estudiar el artículo 1,522, pueden ser distintas.

(96) Arturo Alessandri R., "Teoría de las Obligaciones", pág. 260.

La Corte de Concepción tuvo oportunidad de aplicar estos principios en el caso en que un Banco condonó al aceptante de una letra de cambio el 70% de su valor, que ascendía a \$ 28,000. Al momento de la remisión el Banco declaró que la hacía sin perjuicio de hacer efectivo el total a los demás obligados al pago de la letra. Y así lo pretendió demandando al girador. Pero la declaración formulada no impedía aplicar el artículo 1,518, y la Corte resolvió que debiendo considerarse iguales las cuotas que tenían en la deuda el girador y el aceptante de la letra, sólo se podía demandar al primero la mitad de la deuda solidaria, es decir, \$ 14,000 (97).

Bien puede presentarse el caso de una remisión no voluntaria, sino forzada, como la que se produce en el caso de convenio. De acuerdo con el artículo 146 de la Ley de Quiebras, éste puede versar sobre una remisión parcial de la deuda. Tratándose de un deudor solidario, ¿aprovechará esta remisión a los otros? El artículo 161 de la misma ley soluciona la cuestión en términos afirmativos, pero siempre que el acreedor haya concurrido, con su voto a la aprobación del convenio.

La otra excepción que se encuentra en situación especial es la de compensación. Es curioso anotar como el legislador, antes de llegar a las soluciones contenidas en los artículos 1,657 y 1,520, vaciló y ensayó otras en los distintos Proyectos de Código. En los Proyectos publicados en "El Araucano", el deudor que no fuere acreedor del acreedor común no podía oponer la compensación por el total, sino hasta la parte del deudor que tuviere el carácter de acreedor. Con esta solución seguía al juriconsulto Delvincourt. En el Proyecto de 1853 cambió radicalmente de criterio: negó al deudor que no es acreedor el derecho a oponer la compensación, ni aun en parte, salvo que el deudor que fuere acreedor le hubiere subrogado en sus derechos. Finalmente, en el Código actual, inciso 2.º del artículo 1,520, aceptó la misma doctrina, pero corrigiendo la impropiedad que contenía aquél al hablar de subrogación y manifestando en su lugar "si el codeudor solidario no le "ha cedido su derecho" (98).

La disposición citada, que se repite en el inciso final del artículo 1,657 y que es la misma adoptada por el Código francés, no se jus-

(97) Sentencia de 20 de marzo de 1939, Gaceta de los Tribunales de 1939, 1.ª semana, sentencia 98, pág. 459.

(98) Artículo 10, Título VII del Libro de las obligaciones del Proyecto de 1841 a 1846 y artículo 1840 del Proyecto de 1853.

nifica en el terreno de los principios. La compensación es un doble pago que opera por el ministerio de la ley. Por lo tanto, se habría sido más consecuente con este precepto si se hubiese permitido a cualquiera de los deudores alegar en compensación el crédito que otro de ellos tuviera contra el acreedor. La razón que se aduce contra esta solución es, que los demás deudores se entrometerían en los negocios del deudor con el acreedor si se les admitiera alegar dicha compensación—es en verdad un justificativo que no convence a nadie.

Lo dicho anteriormente es sobre la base de que el deudor que es acreedor del acreedor común no haya personalmente opuesto la compensación, porque desde el momento en que la opone ésta pasa a ser una excepción real, y entonces cualquiera de los deudores podría alegar la extinción de la obligación. En suma, mientras la compensación no es alegada por el deudor, no pueden oponerla los otros deudores, no es alegada por el deudor, no pueden oponerla los otros deudores, salvo que aquél les cediere el derecho; pero, una vez alegada, se entiende extinguida la obligación y cualquiera puede hacerla valer en su favor.

SECCION SEGUNDA

EFFECTOS QUE SE PRODUCEN ENTRE LOS DEUDORES

72. Principio general. Distinción según que la obligación interese a todos los deudores o a uno solo de ellos.—Si la obligación solidaria se ha extinguido por algún medio que no signifique un empobrecimiento, un sacrificio pecuniario para los deudores —como ser por remisión total, prescripción o imposibilidad en la ejecución—, carece de importancia el estudio de los efectos de la solidaridad entre los deudores. En tal caso, los efectos de la solidaridad cesan definitivamente, tanto con respecto al acreedor como a los deudores entre sí. Distinta es la situación si uno de los deudores ha extinguido la obligación por el pago o un medio equivalente a él. En este caso en que uno solo de ellos ha soportado el peso de la extinción de la obligación, sufriendo de este modo una disminución de su patrimonio, lógicamente tienen que nacer relaciones internas con los demás deudores. La situación es muy semejante a la que se presenta con relación al pasivo de la sociedad conyugal. Esta, frente al derecho de persecución

de los acreedores, está obligada a solventar las obligaciones que sean comunes o de cargo de uno de los cónyuges; pero después vienen las relaciones internas entre éstos y la sociedad para determinar quién va a soportar en definitiva el pago. Lo mismo pasa en la solidaridad: el acreedor puede perseguir a cualquiera de los deudores, pero, una vez extinguida la obligación por uno de ellos, nacen las relaciones de éste con los otros tendientes a determinar quién va a cargar a la postre con la extinción.

El artículo 1,522, que reglamenta los efectos que produce la solidaridad entre los deudores, hace un distingo según que ella interese a todos los deudores —es decir, que se haya contratado en beneficio de todos— o que sólo interese a alguno o algunos de ellos. Esto último es, perfectamente posible, porque bien puede acontecer que una persona se haya obligado como codeudor solidario sin tener interés en la obligación, sólo para otorgar una garantía. Y es precisamente en este caso cuando aparece con más nitidez el carácter de garantía que tiene la solidaridad.

73. 1.º) Todos los deudores solidarios tienen interés en la obligación. El que paga se subroga al acreedor. Características de esta subrogación.—Si la obligación solidaria se ha contratado en beneficio de todos los deudores y uno de ellos la ha extinguido por el pago o un medio equivalente a él, el artículo 1,522 establece en su inciso 1.º que el deudor "queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los deudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda".

La subrogación que se produce en favor del deudor en los derechos del acreedor, que nuestro Código también consagra en el N.º 3 del artículo 1,610, no siempre ha existido con el carácter de legal. En el Derecho Romano el deudor sólo tenía facultad para solicitar del acreedor que lo subrogara voluntariamente.

Es interesante advertir que esta subrogación presenta características que la diferencian de la subrogación ordinaria. Por de pronto, esta última se opera en favor de un tercero que paga la deuda, es decir, de un extraño a la obligación; en cambio, en la solidaridad el beneficio de la subrogación alcanza al deudor solidario, el cual, lejos

de ser un extraño, está precisamente ligado por un vínculo jurídico con el acreedor. En seguida, mediante esta subrogación que se produce en la solidaridad el deudor no va a poder demandar a cada uno de los deudores el total de lo pagado—lo que sería posible aplicando las reglas generales de la subrogación—, sino únicamente la parte o cuota en la deuda que a cada uno corresponde. Quizás si esta derogación de los principios fue lo que indujo al legislador a establecer nuevamente esta subrogación en el artículo 1,522, cuando ya lo había dicho en el artículo 1,610.

La limitación de que el deudor sólo puede dirigir su acción contra los otros por la parte o cuota que les quepa, es una solución que se ha impuesto por razones de conveniencia práctica. Con ella se quiere evitar el circuito de acciones que se produciría si fuera posible la demanda por el total, pues repitiéndose por el todo contra uno de los deudores, éste a su vez procedería en igual forma contra los otros, y sería cuestión de nunca terminar. Sin embargo, este criterio de limitación no ha sido siempre aceptado. Dumoulin pensaba que el deudor que pagaba podía repetir por el total, pero con deducción de su cuota. Esta doctrina de Dumoulin, que Bello aceptaba en el Proyecto publicado en "El Arcaísmo" (99) y que después abandonó, no ha tenido éxito en la doctrina ni en la legislación positiva.

La subrogación del deudor que paga se produce aún en caso de pago parcial y no obstante que lo pagado sea inferior a la cuota que le corresponde en la deuda. Pero en este evento, conforme al inciso 2.º del artículo 1,612, el acreedor goza de preferencia para pagarse del saldo (100).

74. ¿Podría el deudor que paga cobrar el total de la deuda mediante la subrogación convencional?—No obstante que se opere la subrogación por el ministerio de la ley, nada impide que al mismo tiempo se produzca la subrogación convencional (101). Y entonces

(99) Artículo XVI, del Título VIII, del libro de los contratos y obligaciones.

(100) Excepcionalmente no habría acción de repetición siendo parcial el pago en el caso contemplado por el artículo 115 de la Ley de Quiebras, esto es, cuando en la quiebra de los distintos deudores *creditoris* se pagare parte del crédito.

(101) Así lo ha reconocido nuestra Corte Suprema en sentencia de 4 de diciembre de 1933, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXI, segunda parte, sección primera, págs. 131.

ces, si el acreedor subroga en sus derechos al deudor que le paga, ¿podría éste, en virtud de esta subrogación convencional, demandar el total de cada uno de los deudores? La negativa es sostenida por todos los autores, en razón de que en conformidad al artículo 1,612 son unos mismos los efectos que producen ambas clases de subrogación (102).

75. ¿Qué debe entenderse por parte o cuota en la deuda.—

Al hablar el Código en el artículo 1,522 de la parte o cuota en la deuda de cada deudor, se refiere, no a la cuota vital, sino a la que efectivamente le cabe a cada deudor. Esta diferencia, de interés en la solidaridad, es perfectamente posible, porque si por ejemplo a dos personas se les facilita en mutuo \$ 1,000, constituyéndose solidariamente responsable de su devolución, puede ser que esa cantidad no la recibían por iguales partes, sino dos tercios una y un tercio la otra. Y si la que ha recibido dos tercios es la que paga, sólo podría repetir contra la otra por el tercio restante.

Pero lo normal será que todos los deudores tengan el mismo interés en la deuda, y en consecuencia el deudor que ha pagado puede demandar la cuota vital del otro deudor, con la sola circunstancia de acreditar el pago y sin necesidad de probar que la cuota es igual (103). Al demandado que pretendiera que su parte en la deuda es menor le correspondería producir la prueba, para lo cual no podría valerse de la declaración de testigos, si la deuda fuere mayor de \$ 200 (104).

De manera que en la solidaridad convencional es el contrato el que determina la cuota o parte que a cada uno de los deudores corresponde en la deuda. Pero en la solidaridad legal, ¿cómo se hace esta

(102) Baudry Lacaninierre, o. c., tomo II, N.º 1259, págs. 314; Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 360, págs. 362; Aubry et Rau, o. c., tomo IV, págs. 50, nota 40.

(103) Así lo han declarado nuestros tribunales. La Corte de Talca, en sentencia de 3 de octubre de 1904 (Gaceta de los Tribunales de 1904, sentencia N.º 1497, págs. 567), dijo en su considerando 2.º: "Que contraída esta obligación por ambos deudores en conjunto sin otra explicación, dada la propia naturaleza de las cosas, debe entenderse que los grava de igual modo o sea por mitad". La misma doctrina, aunque indirectamente, acepta la Corte de Concepción en sentencia de 20 de marzo de 1939 (Gaceta de los Tribunales de 1939, 1.º semestre, sentencia N.º 98, págs. 489). La Corte de Santiago, en sentencia de 28 de marzo de 1896 (Gaceta de los Tribunales de 1896, 1.º semestre, sentencia N.º 421, págs. 314), erradamente sostiene la doctrina contraria.

(104) Baudry Lacaninierre, o. c., tomo II, nota a la págs. 342.

determinación? Creemos que lo más justo es que, a falta de una regla especial, se consideren iguales las cuotas de cada uno de los deudores. Cualquiera otra solución sería arbitraria y sin base legal. Esta cuestión se ha presentado principalmente tratándose de la responsabilidad solidaria que afecta a los autores de un delito o cuasidelito, y se han verificado muchas opiniones al respecto. Unos estiman que el que paga carecería de acción para repetir contra los demás; otros, que el juez tendría facultad para distribuir la indemnización (105). Pero repetimos: en nuestro concepto debe aceptarse lisa y llanamente que la cuota de los culpables sea la misma (106):

76. Caso en que el deudor solidario que paga puede repetir por el total contra los otros obligados.—Una marcada excepción al principio del artículo 1,522, según el cual el deudor que paga no puede repetir contra los otros sino por la parte o cuota, constituye lo dispuesto en el artículo 704 del Código de Comercio. Según él, si una letra de cambio es pagada por un endosante, puede el pagador exigir, a su elección, de cualquiera de los demás codendosantes solidarios el reembolso de su importe y gastos. La doctrina ha entendido que esta repetición sólo podría hacerse de los endosantes anteriores al que paga y no de los posteriores, por la garantía que debe el endosante al endosatario.

La razón de la derogación de los principios generales contenida en el citado artículo 704 se encuentra en el carácter de acto abstracto que tiene la letra de cambio, que vale por la firma, como documento en sí, independientemente de las relaciones jurídicas que unan a las partes que figuran en ella.

77. Fuera de la acción subrogatoria, el deudor que paga goza también de una acción personal para reembolsarse.—Hemos visto que el deudor que paga la obligación o que la extingue por un medio equivalente al pago, se subroga al acreedor en sus derechos, con la sola limitación de que no puede perseguir a los otros deudores sino por la parte o cuota que tengan en la deuda. En lo demás queda

(105) Ver Dalloz, D. C., sobre el artículo 1214, N.º 8 n.º 27.

(106) Esta es también la opinión sustentada por el profesor don Arturo Alessandri R., en su Curso de Derecho Civil Comparado sobre la responsabilidad extracontractual.

colocado en la misma situación del acreedor, gozando, como dice el artículo 1,522, de los privilegios y seguridades que tuviere éste (107).

Pero, fuera de esta acción, ¿no tiene el deudor otra que hacer valer contra sus codendosantes y que emane de las relaciones que con ellos lo liga? Para contestarnos a esta pregunta, es preciso recordar que en los distintos casos de subrogación legal del artículo 1,610, el tercero que paga goza además de una acción personal, emanada del vínculo que lo una con el deudor. Así por ejemplo, el tercero que paga con el consentimiento del deudor goza de la acción derivada del mandato, por haber un verdadero mandato; el fiador que paga goza de la acción emanada de la fianza, establecida en el artículo 2,370; el que se subroga en el caso del N.º 6 del artículo 1,610 goza de las acciones derivadas del mutuo para obtener la restitución de lo prestado.

Con estos antecedentes es fácil concluir que el deudor que paga está también preunido de la acción personal derivada del mandato —la acción mandati— que, como sabemos, une a los deudores en la solidaridad. La existencia de esta acción aparece más clara en el Código francés que en el nuestro. En éste, los artículos 1,610 y 1,522 se refieren a la acción subrogatoria; en cambio, en aquél se refiere a ella el 1,251, y el 1,214 dice por su parte que el deudor que ha pagado la totalidad no puede repetir contra los otros sino por la parte o porción de cada uno. Vemos que esta última disposición no se refiere exclusivamente a la acción subrogatoria, sino que en sus términos amplios cabe también la acción personal.

El hecho de que el deudor que paga goce de las acciones personal y subrogatoria nos ayuda a resolver un problema planteado entre los autores, referente a si el deudor puede cobrar de los otros los intereses de la suma pagada. Baudry Lacantinerie y Laurent resuelven la afirmativa (108). Pero esta opinión, en la forma general en que las vierten, no nos parece exacta. Porque si el deudor invoca los derechos del acreedor en que se ha subrogado y la deuda no producía intereses, es inconscuso que no podría cobrarlos. Por el contrario, haciendo

(107) Un punto muy interesante y que estudiaremos más adelante es el de saber si el plazo de prescripción de la acción subrogatoria que puede ejercitar el deudor se cuenta desde que era exigible en manos del acreedor o desde el pago (ver infra N.º 184).

(108) Os, C., tomo II, N.º 1266, págs. 350 y tomo XVII, N.º 361, págs. 362, respectivamente.

do uso de la acción de mandato, háyase o no estipulado intereses con el acreedor, podría cobrarse, y, aun más, los corrientes, de acuerdo con el artículo 2,158. Esta idea la expresan con mucha exactitud Aubry et Rau, al decir: "Por la acto mandati está autorizado a reclamar (se refiere al deudor que ha pagado) no solamente lo que ha pagado al acreedor en capital, intereses y gastos más allá de su parte personal, sino también los intereses de este excedente, sea que el crédito por el pagado fuera o no productivo de interés. La subrogación, al contrario, no autoriza al subrogado a reclamar intereses que el acreedor mismo no habría podido exigir" (109).

78. 2.) La obligación solidaria sólo interesa a alguno de los deudores.—Puede darse el caso, de que la solidaridad no interese a todos los deudores, si alguno de ellos ha contraído la obligación con el sólo fin de garantizar su cumplimiento por el verdadero deudor. Poniéndose en este caso —que revela el carácter de garantía, de caución que tiene la solidaridad pasiva—, dice el inciso 2.º del artículo 1,522: "Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codenudores serán considerados como fadores".

① Según esto va a ser necesario distinguir quién ha hecho el pago. Si es alguno de los deudores a quienes concernía el negocio, podrá repetir contra los que se encuentran en su misma situación, pero no contra aquellos que no tienen interés en la obligación. Por el contrario, si el que paga es uno de éstos, podrá exigir el reembolso de los otros haciendo valer las mismas acciones que tiene el fador.

Naturalmente que, de acuerdo con los principios de la prueba, será al deudor que dice no tener interés en la obligación a quien corresponda acreditar tal hecho. Por lo general, la prueba de esta circunstancia

(109) O. c., como IV, págs. 49-50. La Ley de Quiebras dice en el artículo 116, que cuando uno de los deudores ha sido declarado en quiebra, el deudor que ha pagado la deuda puede verificar el crédito por la cantidad que exceda a la parte que le correspondía soportar en la deuda con los intereses a que haya lugar hasta la fecha de la declaración de quiebra. En armonía con lo dicho, interpretamos la expresión "intereses a que haya lugar" en el sentido, de que ellos pueden emanar de la acción subrogatoria, si el crédito producía intereses para el acreedor, o de la acción de mandato, en el caso contrario.

cia va a aparecer del propio contrato del cual nace la solidaridad. Se acostumbra decir que fulano "se obliga como fador y codenudor solidarios", con lo cual se deja constancia que esa persona no tiene interés en la deuda y que sólo ha accedido a ella para constituir una garantía. Pero el hecho de que no haya prueba preconstituída de este carácter no impide que pueda probarse por los diversos medios probatorios, pero con las limitaciones que rigen para la prueba testimonial.

Es digno de subrayar que el legislador mira como fador al deudor que no tiene interés en la obligación sólo en las relaciones internas de los codenudores, porque con respecto al acreedor es tan deudor directo como los demás (110).

79. Consecuencias que se derivan del hecho de que el deudor a quien no concierne la obligación solidaria se le mire como fador.—Además de no poder repetir contra el deudor solidario que no tiene interés en la deuda, son varias las consecuencias que se siguen para el deudor a quien concierne el negocio y que paga al acreedor, por el hecho de que el legislador lo mire como fador. Por de pronto, para reembolarse de lo pagado, fuera de las acciones en que se subroga al acreedor, va a disponer también de la acción personal emanada de la fianza, contemplada en el artículo 2,370. Y ello tiene suma importancia, porque en conformidad al artículo 2,372 puede ejercitar esta acción por el total contra cada uno de los deudores a quienes concierne el negocio —y no únicamente por la parte o cuota que a cada uno correspondía (111). En segunda, puede intentar contra los deudores interesados el derecho que le otorga al fador el artículo 2,369, para solicitar de ellos, en los casos que el artículo indica, que le obren el relevo de la fianza, le caucionen sus resúltas o le consignan medios de pago (112).

80. Como se reparte la cuota del deudor insolvente.—Puede suceder que con posterioridad al pago que haga uno de los deudores alguno o algunos de los otros caigan en insolvencia. En esta situación, ¿quién va a cargar con la cuota del insolvente? El inciso final del ar-

(110) Súl., al fador y codenudor solidario, véase nota N.º 120.

(111) Véase nota N.º 170.

(112) Así lo ha declarado la Corte de la Suprema, en sentencia de 16 de octubre de 1869 (Gaceta de los Tribunales de 1869, sentencia N.º 2722, págs. 1082).

cículo 1,522 soluciona la cuestión, estableciendo que dicha cuota se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquéllos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad. Además está decir que la cuota del insolvente también grava al deudor que ha cancelado la deuda.

La regla que venimos de formular constituye una excepción al principio de que en las obligaciones conjuntas la insolvencia de uno de los deudores no grava a los otros. Y decimos que es una excepción porque la solidaridad desaparece una vez extinguida la obligación, pasando a ser conjunta en las relaciones particulares de los deudores. Pero si el legislador abandonó este principio, fué porque de seguro se habría producido una injusticia totalmente reñida con la equidad, al hacer cargar con la parte del insolvente únicamente al deudor que extinguió la obligación.

También debe soportar la cuota del insolvente, en proporción, a la suya, aquel deudor a quien el acreedor ha exonerado de la solidaridad. Sienta el legislador esta regla porque la exoneración o remisión parcial de la solidaridad es un acto que tiene lugar entre el acreedor y el deudor, en el cual no han tenido ingerencia alguna los otros deudores. Y en consecuencia, él no puede producir efectos respecto de ellos.

En relación con la cuota de la insolvencia que corresponde al deudor exonerado de la solidaridad, algunos comentaristas del Código francés han sostenido, traicionando abiertamente la letra del artículo 1,215, que ella no debe soportarla el deudor exonerado, sino el acreedor, el cual, en consecuencia, al demandar al deudor, debe descontar de la demanda la cuota del insolvente que correspondería a aquél a quien ha liberado de la solidaridad. Pero esta doctrina, acogida por Aubry et Rau en la cuarta edición de su *Curso de Derecho Civil* (113) y luego abandonado en la edición siguiente (114), es repudiada por la casi unanimidad de los autores (115).

Resumiendo, tenemos que la cuota del deudor insolvente se reparte entre todos los codenudores solidarios, incluyendo al que hizo el pago y a aquél a quien se exoneró de la solidaridad. Pero para ello es necesario que la insolvencia haya existido al momento en que el deudor

(113) *U. y. Com. IV*, págs. 35, nota 43.
(114) *U. y. Com. IV*, págs. 30 y 31, nota 10.
(115) Aubry, *loc. cit.*, tomo II, N.º 1261 y 1262; Laurent, *op. cit.*, XVII, N.º 165, págs. 364.

efectuó la cancelación, pues si ella se produce con posterioridad sólo debe soportarla el que extinguió la obligación, pagando así su negligencia al no haber repetido contra el deudor insolvente antes que cayera en este estado (116).

Por el contrario, no están obligados a cargar con la cuota del insolvente el deudor que no tiene interés en la obligación y aquél a quien el acreedor ha remitido su parte en la deuda. El primero, porque el artículo 1,522 dice que la cuota del insolvente se reparte entre los otros a prorrata de sus cuotas, y como aquél no tiene parte alguna en la deuda, hay que concluir que tampoco debe soportar la del insolvente. Y el segundo, porque al remitirse la deuda se ve el deseo del acreedor de liberarlo de la obligación solidaria, y en consecuencia la parte o cuota del insolvente que le habría correspondido, debe soportarla el acreedor, deduciéndola de la demanda. Pero esta solución debe entenderse sin perjuicio de que el acreedor haya limitado la remisión únicamente a la cuota que personalmente correspondía al deudor en la deuda, como asimismo de que pueda alegar que por no tener conocimiento de la insolvencia al momento de la remisión, no quiso comprender en ésta la responsabilidad que al deudor remitido le afectaba con motivo de la insolvencia.

(116) Larenbier y Demolombe, *citados por Dalloz*, *op. cit.*, sobre el artículo 1,214, N.º 54.

dor de cada uno de los herederos puede perseguir la parte que a éste corresponda en el total de la deuda, y no, como podría creerse, la parte de la cuota que en definitiva correspondería al causante. Así por ejemplo, si hay tres deudores, que supongamos tienen el mismo interés en la deuda, ascendente a \$ 3,000, y fallece uno de ellos dejando dos herederos, el acreedor puede perseguir de cada uno de éstos \$ 1,500, y no únicamente \$ 500.

Acabamos de ver que el fallecimiento de uno de los deudores no impide que la solidaridad subsista con respecto a los otros deudores, como asimismo que todos los herederos del deudor fallecido representen a éste. Pues bien, es interesante tener presente estos principios para analizar los efectos de la solidaridad. Porque si el acreedor demanda a uno de los deudores sobrevivientes, esta demanda surtiría el efecto de interrumpir la prescripción aún respecto de los herederos del deudor fallecido. A su vez, si el acreedor acciona contra éstos conjuntamente, se interrumpiría la prescripción para los deudores que subsisten. Pero por el contrario, si el acreedor sólo demanda a uno o alguno de los herederos, pero no a todos, la interrupción de la prescripción se operaría sólo con respecto a los demandados y continuaría corriendo en favor de los otros herederos y demás deudores (117).

Si bien la solidaridad no pasa de pleno derecho a los herederos, no hay inconveniente para que así se estipule. El propio Código, en el inciso 3.º del artículo 549, acepta un pacto semejante al permitir que pueda estipularse que los miembros de una persona jurídica sean solidariamente responsables con ella y que esta responsabilidad pase con el carácter de solidaridad a los herederos.

83. 2.º) **Renuncia del acreedor.** Esta puede ser total o parcial, expresa o tácita.—La solidaridad está establecida en beneficio del acreedor. De aquí que sea renunciable, conclusión a la que habríamos llegado aun cuando no lo hubiera dicho el artículo 1,516, aplicando la regla general contenida en el artículo 12. Esta renunciabilidad es posible ya sea que se trate de solidaridad convencional, testamentaria o legal, pues el citado artículo 1,516 no distingue.

Conforme al inciso 1.º de esta disposición el acreedor puede re-

CAPITULO III

EXTINCION DE LA SOLIDARIDAD

81. **Generalidades.**—Extinguida la obligación solidaria, es evidente que con ella también cesa la solidaridad. Pero también ésta puede extinguirse no obstante que subsista la obligación, lo que acontece en dos casos: por muerte de alguno de los deudores o por la renuncia que el acreedor haga de la solidaridad. La primera forma de extinción no presenta dificultades, y el legislador no la ha reglamentado expresamente, en tanto que a la segunda la contempla en los artículos 1,523, 1,516 y 1,517, a cuyo estudio nos avocamos.

82. 1.º) **Muerte de uno de los deudores.**—El artículo 1,523, que se refiere a esta materia, establece: "Los herederos de cada uno de los deudores solidarios son entre todos obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota posición transcrita y de las reglas generales que rigen la solidaridad. Se desprende que fallecido uno de los deudores, el acreedor puede ejercitar su acción de tres maneras: contra cualquiera de los deudores sobrevivientes por el total de la obligación, ya que respecto a ellos subsiste la solidaridad; contra los herederos del deudor fallecido por el total si los demanda conjuntamente, y finalmente, contra cada uno de los herederos, limitando su acción a la parte de la deuda que a éste corresponda por su cuota hereditaria. Dejemos en claro que el acree-

(117) Claro Solar, o. c., tomo X, N.º 487, pág. 434.

nunciar a la solidaridad expresa o tácitamente, respecto de uno de los deudores o respecto de todos. De aquí se desprende que la renuncia, en cuanto a la forma de hacerse, puede ser expresa o tácita, y en cuanto a su amplitud, total o absoluta y parcial o relativa.

La renuncia expresa y total no presenta mayores dificultades. Será expresa cuando se haga en términos formales y explícitos, y total, como dice el inciso final del artículo 1,516, cuando el acreedor consienta en la división de la deuda, lo que en otros términos significa que la obligación, de solidaridad que era, se transforma en conjunta. Si la renuncia es parcial, la obligación no toma este nuevo carácter, pues la solidaridad continúa respecto de los deudores no exonerados de ella.

84. La renuncia tácita y parcial. Cuándo se produce.—A diferencia de la expresa y total, la renuncia tácita y parcial presenta algunas dificultades, lo que ha movido al legislador a reglamentarla especialmente, diciendo en el inciso 2.º del artículo 1,516 que ella existe cuando el acreedor exige o reconoce a un deudor el pago de su parte o cuota en la deuda, expresándolo así en la demanda o carta de pago, y sin hacer reserva especial de la solidaridad o general de sus derechos.

Es necesario, en primer término, que el acreedor exija o reciba del deudor su parte o cuota en la deuda. No se precisa que se empleen las palabras parte o cuota: el acreedor puede valerse de expresiones semejantes. Pero no se presumiría la renuncia si se cobrara a un deudor en pesos una suma igual a su cuota en la deuda. El Código francés lo dice expresamente; el nuestro consideró innecesario decirlo.

En segunda lugar, se requiere que se deje constancia en la demanda o en la carta de pago o recibo que se ha exigido o recibido del deudor su parte o cuota en la deuda. La ley quiere, tratándose de la renuncia de un derecho, que exista una prueba preconstituida de los antecedentes sobre los que descansa la presunción de renuncia.

Finalmente, es preciso que, concurriendo los dos requisitos anteriores, el acreedor no haya reserva especial de la solidaridad o general de sus derechos. Ello por una razón muy simple: el legislador presume la renuncia por la concurrencia de los requisitos anotados; pero si el acreedor manifiesta intención contraria, es lógico que cese la presunción.

Reunidos los requisitos estudiados, se produce la renuncia de la

solidaridad. Nos parece inconcuso que al acreedor no se le admitiría alegar que, no obstante concurrir estas circunstancias, no ha tenido la intención de renunciar. El silencio del legislador nos hace llegar a esta conclusión, pues cuando éste quiere que pueda destruirse una presunción, de remisión de un derecho, lo dice expresamente, como acontece por ejemplo en el artículo 1,654.

Un punto de solución bastante dudoso es el de considerar si el acreedor que demanda al deudor por su parte o cuota puede arrepentirse y demandarlo por el total. En el Código francés es indudable que sí, porque de acuerdo con su artículo 1,211 la remisión no se produce, mientras el deudor no acepta la demanda o no se haya dictado sentencia condenatoria. Baudry Lacaninerie (118) dice: "Mientras cualquiera de estas dos circunstancias no se produzca, la oferta de remisión no ha sido aceptada y ella puede ser retirada. Tal es el motivo de esta disposición". En nuestro Código, a pesar de que el artículo 1,516 no contiene estas exigencias, creemos que la cuestión debe resolverse en el mismo sentido, y ello por una razón histórica: don Andrés Bello tomó el inciso 2.º del artículo 1,516 de Pothier —así consta de la nota puesta al margen del artículo 1,697 del Proyecto de 1853—, y este juriconsulto sostenía la misma tesis que el Código francés, expresándose en los siguientes términos: "En tanto que el deudor no se haya adherido a esa demanda, y ofrecido por consiguiente pagar su parte, esta demanda no puede hacer adquirir al deudor derecho alguno, ni eximirle de la solidaridad, ni por consiguiente impedir al acreedor aumentar sus conclusiones contra él y pedirle el total de la deuda" (119).

No obstante la renuncia parcial de la solidaridad, el acreedor conserva su acción solidaria contra los otros deudores y en conformidad al inciso 3.º del artículo 1,516 puede perseguir de ellos la parte o cuota del crédito no solventada por el deudor respecto del cual renunció a la solidaridad. Nuestro Código se apartó en este punto del francés que en su artículo 1,210 priva al acreedor del derecho de cobrar a los otros deudores la parte del deudor exonerado de la solidaridad aún cuando éste no pague su cuota. Consideramos preferible el criterio seguido por el legislador chileno, por ser más equitativo.

(118) O. c., tomo II, N.º 1284, págs. 570

(119) O. c., tomo I, N.º 277, págs. 233, que es la una hecha por Bello

85. *Renuncia de la solidaridad en las pensiones periódicas.*—El artículo 1,517 establece que la renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa. La disposición es casi innecesaria, porque a la misma conclusión se podría haber llegado sin ella, habida consideración a que las renunciaciones deben interpretarse restrictivamente.

Don Andrés Bello señala como fuente del artículo 1,517 el 1,212 del Código francés; pero siguió esa disposición sólo en parte, porque ella establece además que si durante diez años se recibe la cuota de los intereses o pensiones, se entiende renunciada la solidaridad por las pensiones o intereses futuros y por el capital. Como puede verse, el autor de nuestro Código no reprodujo esta última parte del artículo 1,212 del Código francés, y que era la que precisamente tenía interés.

III. LA FIANZA

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

86. *Definición.*—La fianza está tratada en nuestro Código en el título XXXVI del libro IV, artículos 2,335 y siguientes. El primero se encarga de definirla, diciendo que "La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplir en todo o parte, si el deudor principal no la cumple".

La definición transcrita presenta la impropiedad de decir que la fianza es una obligación, cuando en realidad es un contrato, que, como tal, para su nacimiento exige acuerdo de voluntades. Esta impropiedad resulta más grave porque da pie para sostener el carácter de acto unilateral que algunos atribuyen a la fianza (120). Pero ésta es siempre un contrato. Y si el artículo 2,336 dice que la fianza puede ser convencional, legal o judicial, es que se está refiriendo a la obligación de rendirla, obligación que puede emanar de un acuerdo de las partes, de la ley o de una resolución judicial. Por lo demás, el carácter de contrato que tiene la fianza es reconocido por la mayoría de los autores. Así, Baudry Lacantinerie dice: "Pero la fianza no es un acto unilateral; como constituye un contrato y no se forma por la simple oferta del fiador; esta oferta puede ser retractada mientras que el acre-

(120) Ricci, citado por Victorio Pescio "La Fianza", N.º 44, pág. 38.