

5692
1981
2

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

DEL MISMO AUTOR:

OBRAS

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

AFUNTES 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

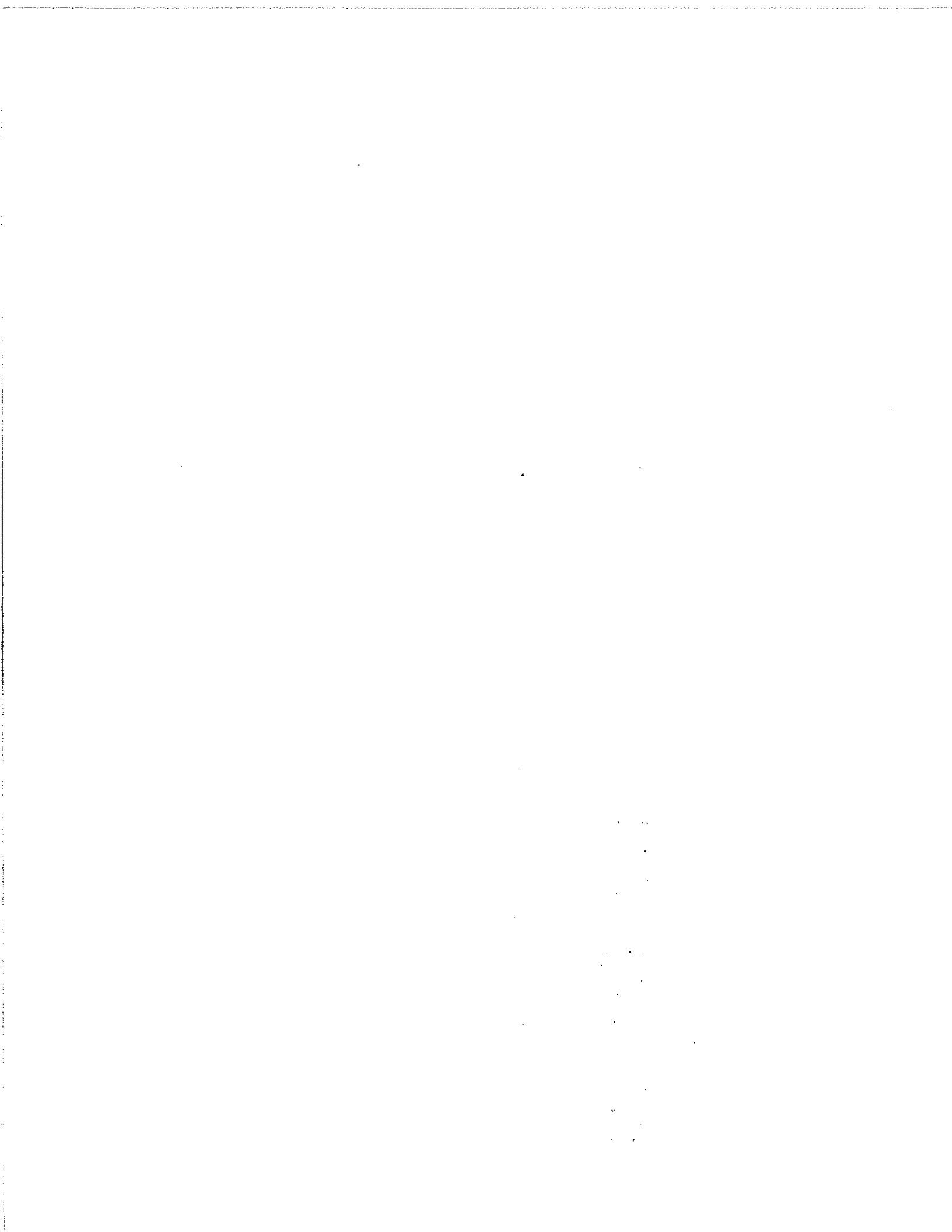
II CAUCIONES REALES

Prenda
Hipoteca

036164



CONTABLE CHILENA LTDA EDITORES



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, le 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.º 1241 y 1271, págs. 743 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 trata 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 tercio a pagar \$ 20,000 en caso de incumplimiento, para cuyo efecto se constituía en fiador 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 distinta

(31) Sentencia de 13 de diciembre de 1934, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXII, 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 encontraremos 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 causales 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 satisfice 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 codeudores solidarios, punto que se resuelve en nuestro concepto con este principio.

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

(35) Jossierand, 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, 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.º 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 compareció 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 fué 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 cuatro años del artículo 761 del Código de Comercio, opuesta por el socio de una sociedad colectiva mercantil al cual se le cobraba una letra aceptada por la sociedad y que prescribía para ésta en cinco años, conforme al artículo 761 del mismo Código. Sentencia de 26 de noviembre de 1937, Gaceta de los Tribunales de 1937, 2.º semestre, N.º 190, pág. 733.

(38) Ver infra N.º 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.º semestre, N.º 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 aquéllos 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.º 2.º del artículo 1,526 tiene el carácter de indivisible, y, en consecuencia, el comodatario que poseyere 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 cometan 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 habiten 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 declaran 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, "Revisión de Derecho y Jurisprudencia", segunda parte, sección segunda, pág. 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 XVII, 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, pág. 498). En cambio, otros, como Baudry-Lacantinerie (o. c., tomo II, N.º 1301 y 1302), estiman que solo habría solidaridad imperfecta. Según la doctrina, esta última solidaridad, como vemos más adelante (N.º 67), sólo produce el efecto principal —esto es, de mandar al total de la obligación— pero no los secundarios. Jasserand (o. c., tomo II, N.º 785, pág. 422), funda la solidaridad en que la integridad 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.

tion 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 levísima.

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 extracontractual 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 levísima, 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 codeudores", 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 inexecución 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 inexecución 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 requieren 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 de 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 Tules, en sentencia de 14 de enero de 1935, Gaceta de los Tribunales de 1935, N.º 83, pág. 345, 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 éste hiciera de un hijo suyo en un asunto criminal. Dijo la Corte que en semejante estipulación no había novación, ni diputación para el pago, ni franza, pues el padre "se obligó a satisfacer la deuda de su hijo en concepto de principal deudor, esto es, in solidum". Pero lo curioso es que, después de dar por establecida la solidaridad en el considerando 15, aplica el artículo 2,344, 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 franza, 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 sí 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 la segunda, la mera liberalidad hacer un servicio o la prestación \bar{x} que se obligue el deudor para con él a fin de que acceda a constituirse como codeudor solidario.

(47) A pesar de este buen espíritu los autores clásicos critican esas decisiones, por ejemplo Laurent, o. c., tomo 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 (o. c., tomo XVII, N.ºs 255 y 277). Otros estiman que existiría solidaridad imperfecta. Finalmente, Duranton, Demolombe, Demante y Colmet de Santerre participan de nuestra opinión (citados por Dalloz, o. c. sobre el artículo 1,197 N.ºs 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. 979), 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 refiere a aquellos en que se contrae la obligación) queden unidos entre sí por una mutua correlación, formando uno solo, mediante la referencia del primitivo 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 tratase 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 1,202 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, 441, 464, 474, 477, 485, 501, 502, 663, 680, 687, 704 y 705.

(50) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1175, pág. 277. Aisladamente, 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 desde muy antiguo. Hace alusión a ella Renusson en su obra "Tratado de la subrogación", aparecida en 1685. Desenvuelta por Eustache Pi-lón en su "Ensayo de una teoría general de la representación en las obligaciones", acogida por Toulrier en 1814, es después seguida sin va-cilación por casi todos los autores, para finalmente recibir su consagra-ción 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 deu-dores era extinguir el vínculo jurídico y no conservarlo. Como conse-cuencia de estos ataques, algunos autores modificaron en parte la doc-trina: 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 aci-nada. "En realidad —dice— el mandato interviene, no en interés de los codeudores, sino en el del acreedor: es lo que a veces parece ol-vidarse 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, pág. 304.

(52) Larombiere, 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. **Enunciación 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 obligacio-nes 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 deman-dado, 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 interrumpida la prescripción respecto de uno de los deudores también se interrum-pe 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.

En 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 recíproco. 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.°, 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 recíproca entre ellos en sus relaciones con el acreedor, que ha ce que el acto de uno produzca los mismos efectos que si se hubiere ejecutado personalmente por los otros”. Finalmente insistió en la misma idea al decir en el considerando 4.° 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 recíproco (56). Se basan, para así pensar, en las notas puestas por don Andrés Bello al margen del artículo 6.° 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.° 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.° 419, pág. 769.
 (55) Por el orden en que aparecen citados. Gaceta de los Tribunales de 1919, sentencia N.° 4377, pág. 152; Gaceta de los Tribunales de 1920, 2.° semestre, sentencia N.° 2, pág. 12; Gaceta de los Tribunales de 1929, 2.° semestre, sentencia N.° 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-creedores”. En la segunda se dice: “El proyecto se separa aquí del Código francés y sigue al Derecho Romano. Véase Delvincourt N.° 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 compensación 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 acontezca 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.° 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 Solar, o. c. tomo X, N.° 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.

el más importante, está expresamente contemplado en el artículo 1,514 en los siguientes términos: "El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponerse el beneficio de división". (58). El negar este beneficio a los deudores solidarios significa que se puede cobrar el total a cada uno de ellos. Pero sólo por una razón histórica se justifica que el legislador haya dicho que los deudores no pueden oponer el beneficio de división. Así lo establece el Código francés, el cual consideró necesario hacerlo presente, porque él innovaba sobre el Derecho Romano, donde era posible oponerlo. Pero en realidad era innecesario decirlo, pues ello se desprende del inciso 2.º del artículo 1,511.

El principio de que en la solidaridad pueda demandarse el total a cada uno de los deudores tiene una excepción cuando marido y mujer, en el régimen de sociedad conyugal, se hayan obligado en forma solidaria, pues en conformidad al artículo 1,751 sólo hay acción en contra de la mujer en cuanto el acto le haya reportado utilidad —esta acción emana, no del contrato, sino del principio que nadie puede enriquecerse sin causa. El Código ha derogado en este caso la regla general por la forma como ha organizado la sociedad conyugal: dando poderes omnímodos al marido y declarando en el artículo 1,750 que respecto de terceros éste es dueño de los bienes sociales.

Si bien el acreedor puede demandar a cualquiera de los deudores por el total, no podría en cambio, en la ejecución que sigue contra uno, embargar bienes de los otros. Nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de aplicar este principio en más de una oportunidad con relación al caso en que un bien que pertenece en común a todos los co-deu-

(58) Aplicación de este artículo es la disposición contenida en el artículo 114 de la Ley de Quiebras, que establece que si varios de los deudores solidarios son declarados en quiebra, el acreedor puede presentarse en todas ellas por el valor nominal del crédito hasta su completo pago, y participar de los dividendos que de cada una de ellas. En virtud de esta disposición, de fecha 27 de marzo de 1928 (Gaceta de los Tribunales de Concepción, de fecha 27 de marzo de 1928, N.º 173, pág. 735), en la cual se declara que, verificado un crédito en una quiebra, no puede el acreedor, abandonando esta acción, demandar a los herederos de otros de los co-deudores solidarios. El Ministro señor Brañas Mar Grath, en un voto disidente, sienta la buena doctrina.

dores solidarios sea embargado en su totalidad en la ejecución seguida contra uno solo de ellos (59).

La circunstancia de que el acreedor demande a un deudor, estando el juicio pendiente, no es óbice para que pueda demandar a los otros. El artículo 1,515 aleja toda duda al respecto al manifestar que la demanda dirigida contra uno de los co-deudores no extingue la obligación solidaria sino en la parte en que hubiere sido satisfecho por el demandado (60).

Asimismo, como lo ha declarado la Corte de Valparaíso, de los artículos 1,514 y 1,515 se desprende que si el acreedor se desiste de la acción ejecutiva con respecto al ejecutado, declarando todavía que se reserva la acción contra los otros co-deudores solidarios, el desistimiento no beneficia a éstos (61).

La regla del artículo 1,515 tiene una excepción en el artículo 705 del Código de Comercio, según el cual si el portador de una letra de cambio hubiere dirigido su acción contra uno de los codetudores de la letra, no puede suspender su curso para ejercerla contra los demás, salvo las excepciones que la misma disposición indica.

55. ¿La sentencia dictada contra uno de los deudores sirve de título ejecutivo contra los que no han intervenido en el juicio? Cosa juzgada.—El acreedor, haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 1,514, puede haber demandado a uno de los deudores y obtener sentencia favorable. ¿Podría entonces con ella iniciar ejecución contra aquél o aquéllos que no han intervenido en el juicio? La cuestión se traduce en saber si produce cosa juzgada la sentencia que

(59) Corte de Santiago, sentencias de 24 de marzo de 1899 (Gaceta de los Tribunales de 1899, sentencia N.º 388, pág. 323) y de 11 de abril de 1888 (Gaceta de los Tribunales de 1888, sentencia N.º 351, pág. 287); y Corte Suprema, sentencia de 24 de abril de 1920, (Gaceta de los Tribunales de 1920, sentencia N.º 11, pág. 100), y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XVIII, segunda parte, sección primera, pág. 482.

(60) La Corte Suprema reconoció este principio en sentencia de 19 de agosto de 1931 (Gaceta de los Tribunales de 1931, 2.º semestre, sentencia N.º 19, pág. 110; y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXVIII, segunda parte, sección primera, pág. 762). En ella casó la sentencia de la Corte de Concepción de 4 de septiembre de 1930 (Gaceta de los Tribunales de 1930, 2.º semestre, sentencia N.º 118, pág. 444), que erradamente sostenía que podía perseguir simultáneamente a dos o más deudores era necesario que se renunciara la solidaridad y se cobrara la cuota a cada uno.

(61) Sentencia de 25 de septiembre de 1917 (Gaceta de los Tribunales de 1917, 2.º semestre, sentencia N.º 267, pág. 820).

se dicta en un juicio contra aquellos codeudores que no han sido parte en él.

La jurisprudencia y los autores franceses en su mayoría se inclinan por la afirmativa (62). Además, hoy en día ha caído en desdén la doctrina que distingue si la sentencia ha sido favorable o desfavorable para los deudores, concediéndole el valor de cosa juzgada sólo en el primer caso (63).

Aplicando la doctrina del mandato tácito y recíproco que liga a los deudores, es evidente que la sentencia dictada contra uno de ellos tiene que producir efecto de cosa juzgada con respecto a los otros, ya que existiría identidad legal de persona en ambos juicios. Refuerza esta misma conclusión el hecho de que el artículo 2,354 señale la cosa juzgada como una excepción real, que en consecuencia pueden oponer todos y cada uno de los deudores solidarios. Y si ellos pueden hacer uso de la cosa juzgada para defenderse cuando les es favorable, es lógico que también pueda invocarse en su contra cuando los condena.

Naturalmente, la cosa juzgada debe entenderse, como dicen Planiol y Ripert (64), sin perjuicio de las excepciones personales que pueden oponer los otros deudores y del derecho para invocar la colusión que pueda haber existido entre el acreedor y el deudor vencido.

Hemos visto que la sentencia que se dicta contra uno de los deudores produce cosa juzgada contra los otros. ¿Será esta misma la solución para el caso en que uno de los deudores someta a arbitraje los diferendos con el acreedor? La Corte de Santiago ha estimado que no basándose en que la jurisdicción arbitral es voluntaria y que sólo obliga a las partes que han constituido el compromiso. Creemos que esta doctrina no se ajusta a la ley. Aplicando la teoría del mandato que liga a los deudores tenemos que concluir que el arbitraje pactado por el acreedor con uno de los deudores obliga a los otros (65).

(62) Planiol y Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome VII, N.º 1086, pág. 396; Jossierand, o. c., tomo 2, N.º 768, pág. 418; Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1229, pág. 322.

(63) Aubry et Rau, *Cours de Droit Français*, tomo V, párrafo 290, nota 52. O. c., tomo VII, N.º 1086, pág. 396.

(65) La sentencia es de 19 de julio de 1899. Causa de los Tribunales de 1899, sentencia N.º 403, pág. 337. Este fallo va contra el pensamiento manifestado por la Corte Suprema (ver infra N.º 64) en orden a que, prorrogada la jurisdicción del tribunal con respecto a uno de los deudores, se entienda prorrogada con respecto a los otros. Los casos son muy semejantes y debieran resolverse con el mismo criterio.

56. El privilegio de que goza el acreedor, ¿puede invocarse respecto de todos los deudores solidarios?—La cuestión de si el acreedor puede invocar el privilegio sobre los bienes de cualquiera de los deudores ofrece el más alto interés, y, cosa curiosa, no la hemos visto discutida por los autores.

En nuestro concepto, el problema no admite una solución uniforme, sino que es necesario hacer una distinción, autorizada por el hecho de que en la solidaridad existe diversidad de vínculos, según que la solidaridad interese a todos los deudores o sólo a alguno de ellos.

Si el vínculo que une a los deudores es de la misma naturaleza y todos ellos tienen interés en la deuda —circunstancias que por lo general concurrirán cuando la solidaridad emana de la ley—, no cabe duda de que el acreedor podrá invocar contra todos y cada uno de ellos el privilegio. Tal acontece por ejemplo, en el caso de pluralidad de curadores. Sabemos por una parte que, conforme al artículo 419, existe entre ellos y con respecto al pupilo responsabilidad solidaria, y, por la otra, que el crédito del pupilo goza de un privilegio de cuarta clase (artículo 2,481). Pues bien, no puede dudarse que el pupilo podría invocar el privilegio contra cualquiera de los curadores. Otro tanto acontecería si el Fisco, por impuestos que adeudase una sociedad colectiva comercial, demandare a alguno de los socios, pues sin duda podría invocar contra éste su crédito de primera clase establecido en el artículo 2,472.

Pero bien puede acontecer que el vínculo que une a los deudores sea de distinta naturaleza y que alguno de ellos no tenga interés en la deuda. En este evento ¿podría invocarse el privilegio respecto de todos? Refiriéndonos al caso de los curadores que existen en número de dos o más, supongamos que un tercero que no tiene este carácter se constituye codeudor solidario para responder ante el pupilo. ¿Se podría invocar el privilegio en los bienes de dicho tercero? En nuestra opinión no sería posible, porque el vínculo que une al pupilo con el tercero no lleva aparejado el privilegio; y no se diga que va contra derecho afirmar que el vínculo de uno de los deudores puede gozar de privilegio y el de los otros no, porque, como vimos, es un principio fundamental en materia de solidaridad que los vínculos que unen a los deudores con el acreedor pueden ser de distinta naturaleza. Además de esto, cabe agregar en favor de nuestra tesis que si se decidiese que puede invocarse el privilegio contra el deudor que no tiene interés en

la deuda, se vulneraría el principio no discutido de que los privilegios sólo puede establecerlos el legislador, que en consecuencia no es lícito extenderlos a otras personas que las indicadas en la ley y que ellos deben interpretarse restrictivamente (65 bis).

Por las consideraciones anteriores, estimamos errada una sentencia reciente de la Corte Suprema que declaró que el Fisco podía hacer efectivo su privilegio contra el que se constituía fiador y codeudor solidario de lo que adeudaba una persona por derechos de aduana (66). Para resolver en este sentido, el tribunal se fundó en que, habiendo solidaridad, era una misma la obligación del fiador y codeudor solidario y la del deudor directo, olvidando lamentablemente el principio, tantas veces repetido, de que los vínculos que unen a los deudores con el acreedor pueden ser de distinta naturaleza.

Para resolver si se puede invocar el privilegio en los bienes del fiador y codeudor solidario, tiene también importancia determinar si la persona que se obliga como tal pierde su calidad de fiador, transfiriéndose en deudor directo, o si la conserva —cuestión que estudiaremos más adelante (67). Si se estima que el fiador y codeudor solidario no pierde su calidad de fiador, es indudable que no se puede invocar el privilegio. En este sentido se había pronunciado la Corte Suprema con anterioridad a la sentencia a que nos referimos (68).

(65 bis) El artículo 511 en su redacción primitiva— en relación con lo dispuesto en los N.ºs 5.º y 6.º del artículo 2,481 nos proporcionan otro argumento para extender a todos el privilegio se necesita de un texto legal. En efecto, el artículo 511 establecía que la ascendiente legítima o madre natural, tutora o curadora que quisiera casarse debía denunciarlo al magistrado para que le notificara la persona que debía sucederle en el cargo; y, el no cumplimiento de esta formalidad traía como consecuencia la responsabilidad solidaria de ambos por la administración de los bienes del pupilo. Ahora bien, en conformidad al N.º 5.º del artículo 2,481 los pupillos por la administración de sus guardados gozan contra éstos de un privilegio de cuarta clase. Si el privilegio se puede hacer extensivo a todos los deudores solidarios, aun sin texto legal, el Código no tendría para que haber dicho que ese privilegio de cuarta clase también se podía invocar contra el marido de la guardadora, sin embargo consideró necesario decirlo expresamente en el N.º 6.º del citado artículo 2,481.

(66) Sentencia de 14 de noviembre de 1938, Gaceta de los Tribunales de 1938, 2.º semestre, sentencia N.º 34, pag. 173, y "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVI, segunda parte sección primera, pag. 330. Con anterioridad, la misma Corte, en sentencia de 3 de septiembre de 1898 (Gaceta de los Tribunales de 1898, 2.º semestre, sentencia N.º 418, pag. 373), sin dar fundamento alguno, había aceptado la misma solución.

(67) Ver infra N.º 170.

(68) Sentencia de 26 de mayo de 1914, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", tomo XII, segunda parte, sección primera, pag. 266.

Peró, de acuerdo con las ideas expuestas anteriormente, en nuestro sentir no hay necesidad de recurrir a este arbitrio para no hacer aplicable el privilegio al deudor solidario que no tiene interés en la deuda.

57. 2.º) Extinguida la obligación por uno de los deudores solidarios, por pago, novación, confusión, etc., se extingue respecto de todos (69).—El pago, es decir, el cumplimiento de la obligación, efectuado por uno de los codeudores extingue la obligación respecto de todos los demás. Ello como consecuencia de existir en la solidaridad unidad en la cosa-debida.

Lo que se dice del pago debe extenderse también a los otros modos de extinguir las obligaciones.

Así, se consideraría extinguida la obligación respecto de todos si alguno de los deudores la solventara, no con el mismo objeto debido, sino con uno distinto, caso en el cual operaría una dación en pago que extinguiría la obligación (70).

Con respecto a la novación, el legislador establece el mismo principio en forma reiterada. Lo dice, en el título de la novación, el artículo 1,645, y, al reglamentar la solidaridad, en el artículo 1,519. Esto no obstante, subsistiría la solidaridad si los deudores accedieren a la nueva obligación; pero la fuente de esa nueva obligación solidaria sería el consentimiento manifestado por los deudores y no el acuerdo anterior. También podría suceder que el acreedor consintiera en la novación con la condición de que los codeudores aceptaren la nueva obligación. En este caso estaríamos en presencia de una novación condicional, contemplada en el artículo 1,633, y la que, una vez producida, no libertaría a los codeudores, los cuales continuarían ligados con el acreedor.

En conformidad al artículo 1,649, la ampliación de plazo que haga el acreedor a uno de los deudores solidarios no constituye novación, y en consecuencia, no pone fin a la responsabilidad de los codeudores.

(69) Al referirnos a las excepciones que puede oponer el deudor de mandato (infra N.ºs 67 y 71), estudiaremos muchos puntos relacionados con la extinción de la obligación que puede hacer valer el deudor, y que no tratamos aquí para evitar repeticiones. Nos remitimos a esa parte.

(70) Sobre el problema de si evita la cosa dada en pago revive la responsabilidad de los deudores, ver infra N.º 194.

Como lo ha hecho presente la Corte de Apelaciones de Santiago (71), esa disposición establece que la ampliación de plazo extingue la responsabilidad de los fiadores, pero no la de los deudores solidarios.

La confusión que se opera entre uno de los codeudores solidario y el acreedor también extingue la obligación respecto de todos. En forma indirecta lo establece así el artículo 1,668, al manifestar que si se opera confusión entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, puede éste repetir contra los otros por la parte o cuota que en la deuda les corresponda. Esto significa que la obligación se ha extinguido y que entran a aplicarse las reglas que rigen las relaciones particulares de los deudores entre sí. Difiere en este punto nuestro Código del francés, ya que en éste la confusión operada con respecto a un deudor sólo extingue la obligación hasta la cuota del codeudor solidario con el cual se opera, y la deja subsistente respecto a la cuota de los demás.

Como veremos más adelante, la compensación, una vez alegada por el codeudor solidario que tenga el carácter de acreedor del acreedor común, extingue también la obligación respecto a los demás deudores. La nulidad de la obligación, si se declara por una causal que afecta a los vínculos de los distintos deudores, por ejemplo objeto ilícito, extingue la obligación respecto de todos; pero si ella se funda en una razón que sólo concurre en alguno de los codeudores, por ejemplo la incapacidad relativa, entonces la obligación no se extingue con respecto a los otros.

Si el acreedor remite la obligación a todos los deudores, queda ella irrevocablemente extinguida; pero si hace la remisión a uno solo de ellos, en conformidad al artículo 1,513 no puede ejercitar la acción del artículo 1,514 contra los otros codeudores, sino con deducción de la parte o cuota del deudor remitido.

Como una consecuencia de que en la solidaridad existe unidad en la prestación, producida la pérdida fortuita de la cosa debida, la obligación se extingue respecto de todos los deudores. Decimos pérdida fortuita, porque si ella es culpable rigen otras reglas, que consideraremos al estudiar el artículo 1,521.

Con respecto a la transacción que pueda producirse entre el acreedor

(71) Sentencia de 18 de octubre de 1882, Gaceta de los Tribunales de 1882, sentencia N.º 2654, pág. 1490. Con razón dice el fallo que si el acreedor puede renunciar a la solidaridad con respecto a un deudor, con mayor razón le podrá ampliar el plazo de la obligación.

por y uno de los deudores solidarios, hay una excepción a los principios anteriormente expuestos, pues por regla general ella no extingue la obligación de los otros codeudores, "salvos, empero —como dice el artículo 2,461—, los efectos de la novación en el caso de la solidaridad". A través de los proyectos de Código se ven claramente las variaciones del señor Bello en esta materia. En el Proyecto de 1841 a 1845 decía que la transacción aprovechaba a los codeudores solidarios de la misma manera que la remisión; en el artículo 466 del Proyecto de 1846 a 1847 se contentó con manifestar que la transacción no producía efecto sino entre los contratantes, y, finalmente, en el artículo 2,642 del Proyecto de 1853 establecía que ella aprovechaba a los codeudores solidarios en cuanto a la parte que tuviera en la deuda el que hizo la transacción.

La regla de que la transacción no produce efecto sino entre los contratantes se basa en el hecho de ser un contrato intuito persona, como expresamente lo reconoce el artículo 2,456. Esta es la razón dada por Delvincourt, a quien Bello siguió muy de cerca en esta materia (72).

Sin embargo, el artículo 2,461 formula el citado principio dejando a salvo los efectos de la novación en el caso de la solidaridad. Esta salvedad queda suficientemente explicada por el carácter complejo que presenta la transacción, ya que es posible que concurren con ella otras instituciones jurídicas, como ser la novación. Así, si se demanda a uno de los deudores la entrega de cien fanegas de trigo que se adeudan solidariamente y se transige el juicio, comprometiéndose el deudor de mandado a pagar una suma de dinero, hay en ello una verdadera novación, que conforme al artículo 1,645 liberta a los otros codeudores solidarios.

Por las consideraciones que preceden, estimamos que viola abiertamente el artículo 2,461 un fallo de la Corte de Iquique que declaró que si se cobraba a un deudor solidario \$ 7,410 y se transigía en \$ 5,000, no podía demandarse el saldo al otro codeudor (73).

58. 3.º) La interrupción de la prescripción que se opera en uno de los deudores solidarios perjudica a los otros.—Tratán-

(72) En nota puesta al margen del artículo 2,642 del Proyecto de 1853, bello cita a este autor (o. c., tomo III, nota 6, pág. 136).

(73) Sentencia de 23 de abril de 1919, Gaceta de los Tribunales de 1919, sentencia N.º 129, pág. 603.

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 ob-

(73 bis) La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 11 de mayo de 1917, "Revisión de Derecho y Jurisprudencia", tomo XXXVIII, segunda parte, sección segunda, pág. 55, aplica esta disposición al declarar que si los varios inculcados de un delito, y uno fallece, por lo cual se le subroga, 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.

tante 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 488, pág. 435)—, 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 él 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 1,551. 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, ¿bastará 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.ª) Pérdida 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 aquélla 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 filológica. 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 Dumoulin y está basada en una interpretación errónea del Derecho Romano efectuada por este último juristaconsulto. En ese Derecho distinguía entre la mora y la culpa de los codeudores. Cuando la culpa pertenecía por culpa de uno, se hacía responsable a todos; pero si la pe-

rida 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 reproche (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, pag. 315.

(79) Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 311, pag. 509.

(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 tratarse 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, existirá 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) Sentencias 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 perjudicaría 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) Jousseand, o. c., tomo II, N.º 768, pág. 418; Aubry et Rau, o. c., tomo V, pág. 203, nota 6; Baudry Lacautmerre, o. c., ("de la venta"), N.º 772. En contra, Laurent, o. c., tomo XVI N.º 503; Alejandro Silva Bascañán, "De la cesión de derechos", N.º 163, pág. 152. Los autores de la primera doctrina sostienen sin embargo como válido el pago hecho de buena fe al acreedor 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 *commodi*) 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 él descansa 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 écrietas 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, pág. 30

(88) O. c., tomo II, N.º 771, pág. 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 indelible, 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 1522. 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, pág. 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 verá 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 estuvieren sujetas 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, ¿en qué situación queda el deudor que aun no completa el plazo de prescripción? Baudry Lacant-

(92) Sin embargo, llevando hasta sus extremos el hecho de que existiera 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. 349

(94) O. c., tomo XVII, N.º 335, pág. 336.

(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 vital. 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 tuviera el carácter de acreedor. Con esta solución seguía al juriconsulto Delyncourt. 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.º semestre, 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.

tífica 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 hubiere 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 —esto 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, 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 distinguo según que ella interese a todos los deudores —es decir, que se haya contraído 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 contraído 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

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 viril, 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 reciban 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 viril 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 valerle 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 Lacantinerie, o. c., tomo II, N.º 1259, pág. 314; Laurent, o. c., tomo XVII, N.º 360, pág. 362; Aubry et Rau, o. c., tomo IV, pág. 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, pág. 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 gravas de igual modo o sea por mitad". La misma doctrina, aunque indirectamente, acepta la Corte de Concepción en sentencia de 20 de marzo de 1919 (Gaceta de los Tribunales de 1919, 1.º semestre, sentencia N.º 98, pág. 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, pág. 314), erradamente sostiene la doctrina contraria.

(104) Baudry Lacantinerie, o. c., tomo II, nota a la pág. 342.

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 fué 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 círculo 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 Araucano" (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 pagar 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 enton-

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

(100) Excepcionalmente no habría acción de repetición siendo pagado el pago en el caso contemplado por el artículo 115 de la Ley de Quiebras, cuando en la quiebra de los distintos deudores solidarios se pagó 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, pág. 131.

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 vertido 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, constituyéndolo dispuesto en el artículo 704 del Código de Comercio. Según él, una letra de cambio es pagada por un endosante, puede el pagador exigir, a su elección, de cualquiera de los demás codeudores solidarios 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 endosatario.

La razón de la derogación de los principios generales contenidos 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 unas y otras 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 que

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

(106) Esta es también la opinión sustentada por el profesor doctor 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 codeudores 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 premunido 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 artículo 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 inconcuso 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 ejercer el deudor se cuenta desde que esta 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. respectivamente.

do uso de la acción de mandato, háyase o no estipulado intereses con el acreedor, podría cobrarlos, 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 acción mandati está autorizado a reclamar 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.º) 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 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: "el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, se cernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, si eran éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores".

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

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

(109) O. C., tomo 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 le corresponda soportar en la deuda con los intereses que haya lugar hasta la fecha de la declaración de quiebra. Fija 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 que el acreedor, o de la acción de mandato, en el caso contrario.

va a aparecer del propio contrato del cual nace la solidaridad. Se acostumbra decir que fulano "se obliga como fiador y codeudor 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 preconstituida 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 fiador al deudor que no tiene interés en la obligación sólo en las relaciones internas de los codeudores, 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 fiador.—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 fiador. Por de pronto, para reembolsarse 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 corresponde (111). En seguida, puede intentar contra los deudores interesados el derecho que le otorga el artículo 2,369, para solicitar de ellos, en los casos que el artículo indica, que le obtengan el relevo de la fianza, te caucionen sus resultados o le consignen medios de pago (112).

80. Cómo 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) Sobre el fiador y codeudor solidario, ver infra, N.º 120

(111) Ver infra, N.º 176

(112) Así lo ha declarado la Corte de La Serena, en sentencia de 16 de octubre de 1869 (Gaceta de los Tribunales de 1869, sentencia N.º 2522, págs. 1082).

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.

tículo 1.522 soluciona la cuestión estableciendo que dicha cuota se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquéllos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad. De más 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 seguirlo 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 codeudores 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) O. C., tomo IV, págs. 55, nota 41.

(114) O. C., tomo IV, págs. 50-51, nota 40.

(115) Baudry Lacantinière, o. c., tomo II, N.º 1261 y 1262; Laurent, o. c., XVII, N.º 363, págs. 364.

(116) Larombière y Demolombe, citados por Dalloz, o. c., sobre el artículo 1.214, N.º 54.

