

### III. La solidaridad pasiva en los instrumentos de armonización contractual. Aspectos generales

#### 1. *Hacia una recomposición del contrato y de la relación obligatoria*

Las expresiones «Moderno Derecho de los contratos» o también «Derecho Uniforme de los contratos» suelen usarse para designar los esfuerzos realizados en Europa para establecer regulaciones comunes en materia de contratos, que cristalizaron en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, suscrita en la ciudad de Viena en 1980. Aparte de este tratado, la mayor parte de los instrumentos que, no sin resistencias, han ido desarrollando este movimiento tienen un carácter no vinculante y por ello se les enmarca en la categoría de *soft law*. Los dos instrumentos principales son los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, elaborados por la Comisión Lando y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, elaborados por el International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT<sup>24</sup>. Estos intentos se han replicado en otros ámbitos geográficos, dando lugar a los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales, para los países del Caribe<sup>25</sup>, y a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos<sup>26</sup>.

Con los diversos instrumentos que progresivamente han conformado las nuevas tendencias en materia de contratación se ha ido enriqueciendo la idea de contrato, dejando atrás su concepción fundada en la mera autonomía privada como fuente de obligaciones para las partes. Hoy se propone una concepción más compleja y orgánica que no enfatiza tanto el acto genético cuanto la relación que se articula entre los contratantes y los intereses de estos que se ven involucrados en la misma.

Paralelamente, la noción de obligación también se ha enriquecido: ya no es el mero vínculo jurídico en virtud del cual una persona tiene derecho a que otra dé, haga o no haga alguna cosa, que es el prototipo extraído de la *stipulatio* romana, en que el deber del deudor se corresponde perfectamente con el derecho subjetivo (crédito) del acreedor. No es que este modelo desaparezca, sino que es superado por un concepto más global que pasa a denominarse «relación obligatoria», en la que, junto con el deber de prestación del deudor y el derecho de crédito del acreedor, coexisten deberes secundarios o complementarios diversos (deberes de protección, de colaboración, cargas, etc.), todo ello con el propósito de recoger el plexo de intereses que esta estructura jurídica está llamada a expresar adecuadamente<sup>27</sup>.

Como veremos, esta concepción se ve reflejada en la regulación llevada a cabo por varios instrumentos de armonización del Derecho de los contratos de las obligaciones con pluralidad de deudores y, especialmente, de las obligaciones solidarias.

Revisaremos, al tal efecto, la parte III de los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la llamada Comisión Lando<sup>28</sup>, que en adelante citaremos por su sigla inglesa, PECL; la edición 2016 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales<sup>29</sup>, que citaremos con la sigla inglesa PICC; los Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales<sup>30</sup>, que citaremos como PO, y el Borrador de Marco Común de Referencia<sup>31</sup>, que se cita según su sigla en inglés: DCFR. Limitadamente, haremos uso también del Código General de los Contratos de la Academia de Pavía<sup>32</sup>.

No incluimos en el análisis los Principios Latinoamericanos, ya que las versiones que se han publicado hasta ahora no abordan el problema de las obligaciones plurales.

## **2. Inserción de la solidaridad entre las obligaciones con pluralidad de sujetos**

La clasificación tradicional de las obligaciones con sujeto plural forjada por la doctrina distingue las obligaciones mancomunadas —o simplemente conjuntas—, las solidarias y las indivisibles. Las primeras se caracterizan, en su faceta pasiva —que es la que nos interesa en este trabajo— por el hecho de que cada deudor responde solo de su parte o cuota de la deuda. En las obligaciones solidarias y las indivisibles, en cambio, cualquier deudor es obligado al pago total. En la solidaridad, ello viene impuesto por una fuente de la solidaridad (convención, testamento o ley), mientras que en la indivisibilidad el pago total es exigido por la naturaleza indivisible de la prestación. Además, se considera que la regla general es la mancomunidad, por lo que la solidaridad y la indivisibilidad son excepcionales.

En los instrumentos de armonización contractual, esta clasificación se ve alterada por la sustitución de las obligaciones indivisibles por la categoría de las llamadas obligaciones colectivas o en común, por un cambio de denominación de las mancomunadas u obligaciones simplemente conjuntas y por la variación de la categoría que constituye la regla general.

Los Principios Europeos regulan tres formas de obligaciones con pluralidad de deudores: 1º) Las obligaciones solidarias; 2º) Las obligaciones separadas; y 3º) Las obligaciones en común (art. 10:101). El título del documento original en inglés es «*Solidary, Separate and Communal Obligations*», y no hay consenso sobre cuál es su mejor traducción al español<sup>33</sup>. Tampoco en inglés existe uniformidad: así, el DCFR las denomina «*Solidary, Divided and Joint Obligations*» (III.-4:102)<sup>34</sup>. Por su parte, los Principios UNIDROIT hacen solo una bipartición entre *joint and several* y *separate obligations* (art. 11.1.1); en los comentarios, la exclusión de las llamadas *communal obligations* se justifica alegando que se trata de casos que raramente se presentan en la práctica<sup>35</sup>.

Las obligaciones solidarias son definidas como aquellas en las que «[...] todos los deudores estén obligados a cumplir una única y misma prestación, que el acreedor podrá reclamar íntegra y totalmente a cualquiera de ellos» (PECL, art. 10:101, 1) o, más brevemente, como aquellas en que, habiendo pluralidad de deudores, «[...] cada deudor responde por la totalidad» (PICC, 11.1.1.a).

Las obligaciones separadas (o parciarias) corresponden a las que llamamos obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas, es decir, aquellas en las que cada deudor es obligado solo a su parte o cuota de la deuda. Las obligaciones en común o colectivas son aquellas en las que los distintos deudores están obligados a cumplir en conjunto la prestación y el acreedor solo puede exigir el cumplimiento de manera colectiva, es decir, a todos<sup>36</sup>.

Una vez categorizadas las obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos, es menester determinar si se mantiene la tradición de considerar que la regla general es la obligación simplemente conjunta, a menos que conste la preferencia por otra categoría.

### **3. Primacía de la obligación solidaria (presunción de solidaridad)**

Los instrumentos de armonización contractual se orientan claramente hacia la solución inversa a la que ha prevalecido hasta ahora en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de la tradición codificada, esto es, que las obligaciones no sean solidarias, sino mancomunadas o simplemente conjuntas<sup>37</sup>.

Así, los Principios Europeos disponen que «[...] cuando dos o más deudores se encuentren obligados ante un acreedor por una sola y misma prestación en virtud de un mismo contrato, dichos deudores serán responsables solidarios salvo que el contrato o la ley dispongan otra cosa» (PECL, art. 10:102)<sup>38</sup>. En la misma línea, los Principios OHADAC establecen la siguiente regla general: «La obligación contraída por una pluralidad de deudores se considera solidaria, salvo pacto expreso en contrario» (PO, art. 4.4.2)<sup>39</sup>.

También aceptan esta presunción los Principios UNIDROIT pero son más abiertos para excluirla y no exigen pacto o disposición expresa en contrario: «Se presume la solidaridad cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario» (PICC, art. 11.1.2).

En una suerte de línea intermedia el DCFR establece que, *prima facie*, el hecho de que una obligación sea solidaria, separada o conjunta, «[...] depende de los términos [*terms*] que regulen la obligación» (DCFR, art. III-4:103.1), pero agrega: «Si los términos no establecen otra cosa, la responsabilidad de dos o más deudores para cumplir la misma obligación es solidaria [...]» (DCFR, art. III-4: 103.2).

Hay que aclarar, igualmente, que tanto los Principios UNIDROIT como los Principios OHADAC están pensados únicamente para los contratos comerciales internacionales, mientras que los Principios Europeos y el DCFR pretenden imponer la presunción para todo tipo de contrato<sup>40</sup>.

### **4. Solidaridad de fuente no contractual**

Algunos instrumentos de armonización contienen determinadas reglas sobre la solidaridad de la obligación de reparar que surge de un hecho ilícito con autoría plural. Los Principios Europeos disponen: «Las obligaciones solidarias también nacen en caso de responsabilidad de varias personas por un mismo hecho» (art. 10:102, 2), enunciado reproducido más o menos en los mismos términos en el DCFR (art. III-4: 103, 2). Esto permitiría aplicar la regla a casos de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, pero esto último resulta excéntrico a la materia a la que se han limitado estos instrumentos, que es la obligación contractual. Quizás por eso, esta regla no aparece ni en los Principios UNIDROIT ni en los Principios OHADAC.

## **IV. Estructura y fundamentos de la solidaridad pasiva en los instrumentos de armonización contractual**

### **1. ¿Unidad o pluralidad de obligaciones?**

En el contexto de la nueva comprensión de la obligación como una relación compleja y no reducida al mero deber de prestación, la discusión sobre la unidad y pluralidad de obligaciones en la solidaridad pierde relevancia. Incluso respecto a las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas se postula que, si bien pueden identificarse varios acreedores y varios deudores y que no hay un derecho único ni un único deber de prestación, todos ellos conforman una sola relación obligatoria, organizada e institucionalizada en atención a su función o finalidad y a los intereses que confluyen en ella<sup>41</sup>. Esto

mismo se aplica a la obligación solidaria, que también puede comprenderse como una sola relación obligatoria, de estructura compleja y compuesta por vínculos distintos, que se manifiestan especialmente en el campo de las relaciones internas entre los codeudores<sup>42</sup>.

Esta unidad de la obligación solidaria se refleja en la regulación de la misma establecida en los instrumentos de armonización del Derecho de contratos.

Las obligaciones solidarias son conceptualizadas por los Principios Europeos como aquellas en que «[...] todos los deudores están obligados a cumplir una única y misma prestación, que el acreedor podrá reclamar íntegra y totalmente a cualquiera de ellos» (PECL, art. 10:101, 1). La obligación solidaria es, entonces, percibida y regulada como una relación compleja pero unificada por la «[...] única y misma prestación» («*one and the same performance*»)<sup>43</sup>.

En el DCFR, en cambio, se tomó la decisión de regular de manera separada los contratos de las obligaciones contractuales y no contractuales. A los primeros se destinó el libro II, mientras que a las segundas se dedicó el libro III. Al separarse del contrato, el DCFR adopta la misma definición de obligaciones solidarias, pero ahora usando el singular: «Una obligación es solidaria cuando cada deudor está obligado a cumplir la obligación en su totalidad y el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento hasta que haya recibido el cumplimiento en su totalidad» (DCFR, III-4:102, 1)<sup>44</sup>.

Los Principios UNIDROIT incorporan también una regulación de la pluralidad de acreedores y deudores. La solidaridad aparece en ellos con el término anglosajón *joint and several*, que en la versión española se traduce por «obligación solidaria». Esta se aplica cuando varios deudores se obligan frente a «un acreedor» por la «misma obligación» de manera que cada uno de ellos es obligado por el total (PICC, 11.1.1)<sup>45</sup>.

Se mantiene, sin embargo el criterio de acuerdo con el cual, si bien obligándose a la misma prestación, los deudores pueden hacerlo bajo modalidades (*terms*) distintas: PECL, 10:102, 3; DCFR, IV-4:103, 3<sup>46</sup>.

La insistencia en que debe tratarse de una misma prestación, aunque sea bajo modalidades diversas, parece responder a la idea que afirma la unidad de la relación obligatoria solidaria y su composición por vínculos plurales entre acreedor y deudores<sup>47</sup>.

## **2. Abandono de la idea del mandato o representación recíprocos**

No se observa en los textos normativos ni en sus comentarios alusión alguna a que el fundamento de los efectos de la solidaridad radique en un mandato o representación legal recíprocos entre los codeudores.

Por el contrario, se diría que hay una creciente valoración del interés individual de los codeudores solidarios en lo que respecta a los llamados efectos secundarios de la solidaridad y a sus relaciones internas.

Así, por ejemplo, algunos de los instrumentos arriba citados disponen que la invocación de una excepción por parte de uno de los codeudores contra el acreedor, sea personal o real, no tiene efectos respecto a los otros (PECL, 10:111, 1, segunda frase; DCFR, III-4: 112, 1, segunda frase). Congruente con esto es que la excepción de cosa juzgada no sea oponible en ningún caso, ya que se la decisión judicial relativa a la deuda entre un deudor solidario y el acreedor no afecta a «[...] los derechos del acreedor respecto de los otros codeudores» (PECL 10:109; en el mismo sentido, DCFR III-4: 110, a). Del mismo modo, la transacción celebrada por uno de los deudores solidarios con el acreedor solo libera a los demás de la cuota que correspondía al que transigió, salvo que se disponga expresamente lo contrario (PECL, 10:108, 1 y 2; DCFR, III-4:109, 1). Finalmente, la prescripción que opera en favor de

un deudor solidario no afecta a los derechos del acreedor respecto a los otros deudores (PECL 10:110, a; DCFR III-4: 111, a). De aquí podría desprenderse que la interrupción de la prescripción que compete a uno de los codeudores no afectaría a los otros<sup>48</sup>.

Los Principios UNIDROIT contienen algunos matices que morigeran esta atención por el interés individual de los codeudores. Así, si bien repiten la regla general de acuerdo con la cual una decisión judicial no afecta a los deudores que no hayan intervenido en el juicio, plantean como excepción que «[...] los demás deudores solidarios también pueden invocar dicha decisión, a menos que esta se base en motivos personales de dicho deudor» (PICC 11.1.8, 2). Igualmente, aunque reiteran la regla de que la prescripción que opera en favor de un deudor no beneficia a los demás, mantienen la regla de la comunicación de la interrupción judicial: «Si el acreedor inicia contra un deudor solidario uno de los procedimientos previstos en los artículos 10.5, 10.6 o 10.7, el curso de la prescripción también se suspende frente a los demás deudores solidarios» (PICC, 11.1.7, 2)<sup>49</sup>.

### ***3. Distinción de la obligación solidaria en función de garantía: un retorno inesperado***

Como ya vimos<sup>50</sup>, en el Derecho romano clásico la obligación solidaria no desempeñaba funciones de garantía y esta solo surgió con las figuras de la *sponsio* y de la *fideiussio*, antecedentes de nuestro contrato de fianza. Estas modalidades de fianza eran garantías solidarias, ya que la responsabilidad del fiador solo se convirtió en subsidiaria cuando Justiniano le atribuyó el llamado beneficio de excusión.

Algo de esto quedó en el Derecho codificado de la solidaridad, aunque solo en el análisis de las relaciones internas entre los deudores. Se distinguían entonces los deudores interesados y los no interesados, y estos últimos se les atribuía la calidad de fiadores para obtener el reembolso del total si habían pagado o, en caso contrario, se les eximía de contribuir con su cuota en beneficio del deudor que había pagado al acreedor. Esta distinción llegó al art. 1522 del Código Civil chileno.

En los instrumentos de armonización contractual, la solidaridad en garantía recobra su antigua autonomía y aparece nuevamente como una figura coincidente con la fianza<sup>51</sup>.

La cuestión aparece mencionada en los comentarios a los Principios UNIDROIT, en los que, en principio, se diferencian la solidaridad y la fianza: «Una situación diferente es la de la fianza, un contrato accesorio en virtud del cual una persona se obliga personalmente en favor de otra ya obligada, para el caso en que el deudor principal no cumpla con su obligación. El fiador no se encuentra obligado como el deudor principal, pero deberá cumplir si el deudor principal no cumple. El deudor principal y el fiador se obligan separadamente y en orden sucesivo»<sup>52</sup>. Sin embargo, el texto constata que «Puede ocurrir que la técnica de las obligaciones solidarias se utilice para obtener el beneficio económico de la fianza [...]», lo que sucede cuando el acreedor exige que el tercero garante intervenga al lado del deudor principal en calidad de deudor solidario «[...] en lugar de celebrar un contrato separado de fianza». Se apunta que esto da la ventaja al acreedor de poder cobrar directamente del tercero garante, pero que este no queda privado «[...] necesariamente de los derechos especiales que se le otorga al fiador en virtud del régimen de la fianza»<sup>53</sup>. La reaparición de la naturaleza fiduciaria de la solidaridad se manifiesta también en las relaciones internas, ya que, conforme al art. 11.1.9, los deudores solidarios resultan obligados entre ellos por partes iguales a menos que las circunstancias indiquen lo contrario. Los comentarios apuntan que las circunstancias pueden compeler a un deudor solidario a asumir la totalidad de la deuda: «Este es el caso cuando una parte acuerda obligarse como deudor solidario, no por su propio interés en la operación, sino para servir como garante de otro deudor (el deudor principal)»<sup>54</sup>.

Esta distinción aparece más nítidamente en el DCFR ya que, aparte de la solidaridad, regula la figura contractual de las «garantías personales» (*personal security*) en el libro IV, sobre Contratos específicos, Parte G. Esta parte está compuesta por cuatro capítulos: el primero contiene las reglas generales, el segundo y el tercero se refieren, respectivamente, a las llamadas garantías dependientes e

independientes, y el cuarto regula algunas normas especiales para las garantías otorgadas por consumidores. Nos interesa en particular la llamada «garantía dependiente», que es la que traduce lo que la mayoría de los ordenamientos jurídicos regulan con el nombre de fianza (heredera de la *fideiussione* romana). En estos casos, el garante se obliga ante el acreedor a garantizar la obligación del deudor principal. No obstante, la responsabilidad del garante no es subsidiaria, sino solidaria: «Salvo pacto en contrario, la responsabilidad del deudor y del garante será solidaria y, como consecuencia, el acreedor podrá exigir que el deudor o, dentro de los límites de la garantía, el garante responda solidariamente del cumplimiento de las obligaciones» (DCFR, IV.G-2: 105).

La asimilación entre garantía personal (fianza) y obligación solidaria es muy intensa. Las reglas comunes del capítulo primero corroboran esta equiparación cuando señalan que las reglas dadas para los deudores solidarios se aplican subsidiariamente a las garantías personales (DCFR IV.G-1: 108). Pero más aún: este instrumento regula lo que denomina como *co-debtorship for security purposes*, expresión que ha sido traducida al español como «deuda conjunta en función de garantía» y que puede definirse como una obligación de dos o más deudores en la que uno de ellos, el garante, asume la obligación con el fin primordial de otorgar una garantía al acreedor (DCFR, IV.G-1:101, letra e). En la propia definición ya puede verse que se trata de lo que en el Derecho chileno conocemos como una obligación solidaria en que hay un deudor no interesado en el negocio y que solo concurre con el fin de proporcionar seguridad al acreedor. Por ello, el DCFR señala que esta concurrencia de las calidades de deudor y garante se rige por las reglas comunes de las garantías personales, y subsidiariamente por las que establece el libro III, cap. 4, sobre obligaciones de pluralidad de deudores, las cuales, como sabemos, se presumen solidarias (DCFR, IV.G-1: 104).

## **V. Funcionamiento de la solidaridad: Obligación a la deuda**

### ***1. Derechos del acreedor***

El principal derecho del acreedor es exigir el pago de la totalidad de la obligación a cualquiera de los deudores solidarios, gozando para ello de un amplio *ius variandi*. Este derecho se encuentra implícito en las definiciones de las obligaciones pasivamente solidarias. Así, los Principios Europeos señalan que el acreedor «[...] podrá reclamar íntegra y totalmente» la prestación a cualquiera de los deudores (PECL, art. 10:101, 1), los Principios UNIDROIT aclaran que el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento a cualquier deudor se mantiene hasta que haya recibido la totalidad de lo debido (PICC, art. 11.1.3), y el DCFR destaca que, en las obligaciones solidarias, el acreedor «[...] puede exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento hasta que haya recibido el cumplimiento en su totalidad» (DCFR, art. III-4:102, 1). Los Principios OHADAC apuntan que el acreedor puede, a su elección, pedir el pago total o parcial a cualquiera de los deudores y que la ejecución de un deudor solidario no extingue la deuda sino en la parte en la que ha sido satisfecha (PO arts. 4.4.4 y 4.4.5).

A falta de disposiciones expresas en estos instrumentos, debe considerarse que asumen la tesis de que la demanda judicial dirigida contra uno o más deudores no impide demandar simultáneamente a deudores diferentes en otro proceso; por cierto, con el límite de que, una vez obtenido el pago en uno de los juicios, los otros no pueden proseguir<sup>55</sup>.

En este *ius variandi* debe entenderse comprendido el derecho a renunciar a la solidaridad o consentir la división de la deuda, ya sea por el total (con lo que se extinguirá la solidaridad) o respecto a un deudor en particular (supuesto en el que la deuda seguirá siendo solidaria, pero con descuento de la cuota del deudor beneficiado)<sup>56</sup>.

Aunque, como se ha dicho, no haya previsiones expresas, debe entenderse que, ante el incumplimiento de uno de los deudores solidarios, el acreedor podrá ocupar otros medios de tutela del crédito como la resolución del contrato o la excepción de contrato no cumplido. Los comentarios de los Principios Europeos indican que, así como el acreedor puede exigir el pago, también puede utilizar otros medios de

defensa, entre ellos la resolución del contrato o la suspensión del cumplimiento de su propia obligación (*exceptio non adimpleti contractu*)<sup>57</sup>.

## **2. La solidaridad en juicio: excepciones y cosa juzgada**

Desde sus orígenes, la obligación solidaria ha tenido importantes repercusiones en el proceso. Los códigos civiles y sus comentaristas se preocuparon sobre todo de las excepciones que podían oponer los deudores solidarios ante la demanda del acreedor, distinguiendo las excepciones comunes y las excepciones personales. Las excepciones comunes son aquellas que puede interponer cualquier deudor solidario porque son inherentes a la obligación misma, como su extinción, una modalidad común o la nulidad del contrato del que surge, mientras que las excepciones personales derivan de una condición o situación individual de uno de los obligados solidariamente como nulidad por un vicio del consentimiento o incapacidad o una modalidad que se refiere solo a su vínculo.

Esta distinción se ha mantenido en la regulación de la solidaridad que hace el «Moderno Derecho de los contratos». Los Principios Europeos disponen: «Un deudor solidario podrá alegar, contra el acreedor, toda excepción que pudiera utilizar cualquiera de sus codeudores solidarios, salvo las que correspondan a estos con carácter personal» (PECL, art. 10:111). Los comentarios ratifican que la norma ha recepcionado la tradicional distinción entre las excepciones derivadas de la naturaleza de la deuda y las excepciones personales de cada deudor<sup>58</sup>. En los Principios Europeos se agrega que la utilización de las excepciones personales «[...] no tendrá efectos con respecto al resto de los deudores solidarios» (PECL, art. 10:111). En el mismo sentido, los Principios UNIDROIT disponen: «El deudor solidario contra quien el acreedor ejercite una acción puede oponer todas las excepciones [...] que sean comunes a todos los codeudores, pero no puede oponer las excepciones [...] que correspondan personalmente a uno a varios de los demás codeudores» (PICC, art. 11.1.4). La regla es repetida por los Principios OHADAC<sup>59</sup>.

Esta norma general debe armonizarse con preceptos particulares relativos a la compensación, la confusión, la condonación, la resciliación o mutuo disenso y la pérdida de la cosa o imposibilidad sobrevinida, dando así cabida a lo que la doctrina chilena, siguiendo a la francesa, ha calificado como excepciones mixtas porque, aunque en principio son personales, pueden ser opuestas por los demás deudores en la medida en que hayan extinguido total o parcialmente la deuda<sup>60</sup>.

Hay que señalar que, en relación con la compensación, los instrumentos de armonización contractual abandonan la idea de una compensación automática o *ipso iure* y se decantan por la necesidad de que sea opuesta por medio de una comunicación o notificación a la otra parte (PECL, art. 13:104, PICC, art. 8.3; DCFR, III-6: 106). Así, mientras no haya comunicación del deudor ni del acreedor, la excepción solo podrá oponerse por el deudor al que le corresponda el derecho de invocarla. Por eso, los Principios UNIDROIT equiparan los derechos de compensación a las excepciones personales (PICC, 11.1.4).

Una vez realizada la notificación, sea del acreedor al deudor o de este al primero, la compensación libera a todos los demás deudores en la parte en que la deuda haya sido compensada (PECL, art. 10:107.1; PICC, 11.1.5; DCFR, III-4:108.1<sup>61</sup>).

La confusión, en cambio, opera de pleno derecho cuando se confunde en un deudor la doble condición de deudor y acreedor (lo que ocurre, por ejemplo, si uno de los deudores hereda del acreedor o en caso de fusión de sociedades). Operada la confusión, los demás deudores resultarán liberados, pero «[...] únicamente en la porción correspondiente a ese concreto deudor» (PECL, art. 10:107.2; en el mismo sentido DCFR, III-4:108.2)<sup>62</sup>. En cualquier caso, esto no priva al deudor compensado o confundido del derecho a obtener el reembolso del resto de los codeudores como si hubiera pagado el total o parte de la deuda<sup>63</sup>.

El mismo criterio se utiliza para la remisión (*release*) con la que el acreedor favorece a un deudor

particular, que se asimila a la transacción (*settlement*) del acreedor con uno de los deudores. Al respecto, tanto los Principios Europeos como los Principios UNIDROIT señalan que, en los casos en que el acreedor condone la deuda a uno de los deudores solidarios o llegue a una transacción con él<sup>64</sup>, los demás deudores verán extinguida su obligación en la parte correspondiente a dicho deudor (PECL, art. 10:108,1; PICC, art. 11.1.6,1)<sup>65</sup>.

Nada se dice sobre las consecuencias de la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida que es imputable a uno de los deudores ni sobre si esta responsabilidad se comunica a los deudores no culpables, limitadamente al valor de prestación (precio) o incluso en la indemnización de perjuicios. Lo más probable es que se considere mejor que en estos supuestos se apliquen las reglas generales. Por ello, la solución propiciada será que, en tales casos, solo responderá por el precio y los perjuicios el deudor por cuyo dolo o culpa se perdió la cosa o se hizo imposible el cumplimiento de la obligación. Para el resto de los deudores se extinguirá la obligación porque para ellos la pérdida o imposibilidad habrá sido fortuita o sin culpa.

### **3. Debilitamiento de la propagación de efectos secundarios**

Una de las manifestaciones de la unidad de prestación, explicada a veces con base en la teoría del mandato tácito, es la propagación de los efectos de ciertas vicisitudes de la obligación solidaria desde el deudor solidario afectado por ellas al resto de los codeudores. En este caso, se plantea que la interrupción de la prescripción respecto a uno perjudica a los demás, que la mora de uno hace incurrir en mora a los demás, que los privilegios del acreedor que pueden hacerse valer frente uno de los deudores se extienden a los demás, que las consecuencias del incumplimiento por dolo o culpa de uno de los deudores se aplican también a los codeudores que no incurrieron en dolo o culpa, que si uno de los deudores prorroga la competencia a favor del acreedor, esa prórroga se aplica también al resto de los deudores, que la sentencia dictada contra uno de los deudores produce cosa juzgada respecto a los demás aunque no hayan sido partes del juicio, etc.

No hay una regla expresa al respecto en los instrumentos de armonización del Derecho de contratos, salvo en lo que respecta a la cosa juzgada y a la prescripción, pero en ambos casos el criterio es el mismo: los efectos que se producen para uno de los deudores no se aplican a los demás<sup>66</sup>.

En lo que concierne a la cosa juzgada, el criterio que predomina es el mantenimiento en toda su amplitud del principio de relatividad de las sentencias judiciales. En este sentido, los Principios Europeos disponen: «Toda resolución judicial en torno a la responsabilidad de un deudor solidario frente al acreedor no afectará: a) a la responsabilidad del resto de los deudores solidarios con respecto a dicho acreedor; b) ni al derecho de repetición entre los deudores solidarios [...]» (PECL art. 10:109).

Los comentarios constatan que las legislaciones nacionales contemplan diversas soluciones sobre la cosa juzgada de la sentencia dictada contra un deudor y afirman que los Principios «[...] adoptan la norma de que la decisión no repercutirá en aquellos deudores que no hayan sido parte litigante en el proceso. Se rechaza la idea de la “representación recíproca”. Cada deudor debe ser libre para poder hacer el máximo uso de las posibilidades de defensa. No se producirá el efecto de cosa juzgada excepto en relación con aquellos que hayan sido parte en el litigio»<sup>67</sup>. La misma norma es recibida por el DCFR (III-4:110). Los instrumentos siguen en este punto el criterio del Código Civil alemán (*BGB* § 425, 2).

Si bien los Principios UNIDROIT adoptan igualmente la regla general de que la sentencia judicial dictada contra un deudor no afecta a los demás ni en las acciones del acreedor ni en las acciones de regreso de los codeudores, permiten a los codeudores invocar dicha decisión (lo que harán si les favorece) salvo que se haya basado en motivos personales del primer deudor (PICC, 11.1.8). Se sigue ahora el criterio del Código Civil italiano (art. 1306)<sup>68</sup>.

En lo que toca a la prescripción, se asume un criterio similar. Al respecto, los Principios Europeos disponen: «La prescripción del derecho de acción del acreedor contra uno de los deudores solidarios no afectará: a) a la responsabilidad del resto de los deudores solidarios frente al acreedor [...]» (PECL, 10:110). La misma regla se observa en los Principios UNIDROIT, pero estos añaden una previsión especial para la interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de un deudor: «Si el acreedor inicia contra un deudor solidario uno de los procedimientos previstos en los artículos 10.5, 10.6 o 10.7 [inicio de procedimiento judicial o arbitral o de resolución alternativa de controversias], el curso de la prescripción se suspende frente a los demás deudores solidarios» (PICC, art. 11.1.7). Para comprender este cambio de criterio es preciso considerar que «[...] se trata de dos efectos diferentes: los del vencimiento del período de prescripción y los de la apertura de procedimientos de cobro» y que «La solución adoptada en el párrafo (2) evita los gastos que implicaría iniciar procedimientos contra todos los deudores»<sup>69</sup>. También los Principios OHADAC establecen la expansión del efecto interruptivo de la prescripción; en estos términos: «Las acciones ejercitadas contra uno de los deudores solidarios suspenden la prescripción frente a todos» (PO, art. 4.4.5).

## **VI. Funcionamiento de la solidaridad: contribución a la deuda**

### ***1. Procedencia de la contribución y forma de división***

En lo referido a la contribución a la deuda o las relaciones internas entre los deudores deben tenerse en cuenta cuatro aspectos: 1) cuándo procede la contribución y cómo se divide la deuda solidaria entre los deudores; 2) qué acciones contra los demás deudores puede interponer el deudor que ha pagado; 3) cuáles son los efectos de la insolvencia de alguno de los codeudores; y 4) qué excepciones puede oponer el codeudor demandado ante la demanda de reembolso que le interpone el deudor que pagó. Comenzamos por la procedencia y forma de división de la deuda.

Los instrumentos de armonización de la regulación contractual establecen la procedencia de la contribución de un modo indirecto: afirman que procede cuando un deudor solidario paga más de lo que le correspondía en la deuda y que tiene como fin la recuperación de ese exceso (PECL, art. 10:106, 1; DCFR, III-4:107, 1; Principios UNIDROIT, art. 11.1.10; Principios OHADAC, art. 4.4.9, 1). Salvo que haya pacto en contrario, entre los codeudores no hay solidaridad, por lo que la acción del deudor que pagó se limitará a la parte que correspondía a cada uno de los otros deudores en la deuda. ¿Cómo sabemos cuál es la parte que le corresponde a cada uno si nada se ha dicho al respecto? Los instrumentos examinados coinciden en que la distribución debe hacerse por partes iguales. Los Principios Europeos (art. 10:105), los Principios UNIDROIT (art. 11.19), el DCFR (III-4:106,1) y los Principios OHADAC (art. 4.4.8,1) establecen esa regla en términos casi idénticos.

Estos instrumentos difieren, sin embargo, en la determinación de los casos en los que debe aplicarse una repartición diversa. Si los Principios Europeos disponen que ello solo sucederá cuando el contrato o la ley establezcan otra cosa (art. 10:105) y los Principios OHADAC cuando exista «pacto en contrario» (art. 4.4.8,1), los Principios UNIDROIT, de modo más amplio, señalan que la deuda se dividirá en partes iguales «a menos que las circunstancias indiquen lo contrario». Los comentarios especifican que no es necesario un pacto preciso que divida la deuda de manera diversa, sino que ello puede resultar de los acuerdos contractuales de los deudores. Por otra parte, señalan, las circunstancias pueden indicar que uno o más deudores tengan que soportar el total de la deuda y otros no, como sucede cuando «[...] una parte acuerda obligarse como deudor solidario, no por su propio interés en la operación, sino para servir de garante de otro deudor»<sup>70</sup>. Se trata, así, de la solidaridad en función de garantía.

Algo similar puede decirse del DCFR, aunque el artículo relativo a la cuestión no contiene más que la regla de la repartición por parte iguales (III-4:106, 1), pero en sus comentarios se explica que una distribución diferente puede resultar de los términos expresos o implícitos del contrato o de la ley.

### ***2. Acciones del solvens***

En cuanto a las acciones que se otorgan al deudor que pagó más allá de lo que le correspondía soportar en la deuda (*solvens*), la mayoría de estos instrumentos contemplan dos vías optativas para el deudor: el derecho de regreso o recurso personal (*personal right of recourse*) y el derecho a subrogarse en la acción del acreedor al que se pagó, que suele denominarse «recurso subrogatorio» (*subrogatory recourse*). Los Principios Europeos y el DCFR, disponen que si un deudor ha pagado al acreedor más de lo que le correspondía tiene derecho a reclamar ese exceso a sus codeudores hasta lo que lo que les corresponda a estos, pero que, además, este deudor puede ejercitar los derechos y acciones del acreedor, incluidas sus garantías, para reclamar su parte a los codeudores (PECL, art. 10:106; DCFR, III-4: 107, 1). Los comentarios precisan que el deudor que pagó tiene derecho a escoger la acción que le resulte más ventajosa<sup>71</sup>.

En este sentido, el deudor deberá tener en cuenta que el recurso personal incluye la porción de gastos en que haya incurrido de manera razonable (PECL, art. 10:106, 1; DCFR, art. III-4: 107, 1), mientras que el recurso subrogatorio, si bien le permite gozar de las garantías y preferencias del acreedor, tiene la limitación de que no puede perjudicar los derechos e intereses que corresponden al mismo (PECL, art. 10:106, 2; DCFR, III-4:107, 2), por lo que, si se ha tratado de un pago parcial y concurren el acreedor solidario que reclama el saldo con el deudor que pagó una parte frente a un codeudor solidario, en caso de insolvencia deberá darse preferencia al acreedor.

Los Principios UNIDROIT reconocen igualmente la dualidad de acciones de regreso, aunque en preceptos diferentes: el art. 10.1.10 regula la acción personal y el art. 10.1.11 la acción subrogatoria. Se advierten algunas leves diferencias respecto a la normativa de los PECL y el DCFR: en primer lugar, no se explicita que en la acción personal puedan incluirse los gastos en que incurrió el deudor que pagó; en segundo término, se precisa mejor la concurrencia entre el acreedor original y el deudor que ejerce la acción de subrogación: «El acreedor que no ha recibido el cumplimiento total conserva sus derechos frente a los codeudores, en la medida del incumplimiento, con preferencia sobre los codeudores que ejerciten las acciones de regreso» (art. 11.1.11, 2)<sup>72</sup>.

Los Principios OHADAC prevén también la duplicidad de vías, pero sin mayores precisiones (art. 4.4.9).

### **3. Efectos de la insolvencia**

El tercer aspecto que resulta relevante en el ámbito de las relaciones internas es cómo funciona la distribución en caso de que uno de los codeudores contra el que proceda el derecho de regreso o reembolso no esté en condiciones de pagar su parte por haber caído en insolvencia. Los instrumentos de armonización contractual siguen aquí el criterio tradicional de las legislaciones codificadas, que se basan en la unidad de la obligación solidaria: la insolvencia de un deudor debe ser soportada por todos, pero, salvo los Principios OHADAC, no exigen insolvencia, sino solo «imposibilidad de recuperar» después de haber desplegado esfuerzos «razonables».

Así, los Principios Europeos disponen: «Si un deudor solidario que ha pagado más de lo que le corresponde no consigue el pago, pese a todos los esfuerzos razonables, de la parte que le correspondía a alguno de sus codeudores solidarios, la deuda de los demás, incluida la del que ha cumplido, se verá aumentada a prorrata» (art. 10:106,3). En idéntico sentido se pronuncian el DCFR (art. III-4:107,3) y los Principios UNIDROIT (art. 11.1.13). Los Principios OHADAC solo agregan que la regla no se aplicará si existe pacto en contrario (art. 4.4.8, 2).

Los comentarios a los Principios Europeos y al DCFR no justifican la regla por la unidad prestacional de la solidaridad, sino que la creen necesaria por razones de equidad y sobre la base de que la carga del riesgo no debería depender de qué deudor elija el acreedor para cobrar el crédito<sup>73</sup>. Por ello, los instrumentos no excluyen ni al deudor exonerado de la solidaridad ni al que el acreedor remitió su parte en la deuda.

Debe advertirse que la ampliación de las cuotas para cubrir la del insolvente no se producirá si el *solvens* ha sido negligente y no ha hecho los esfuerzos razonables para cobrarle.

#### **4. Excepciones admisibles en contra del solvens**

Finalmente, y, en cuarto lugar, debemos aludir a las excepciones que puede oponer el deudor demandado por su contribución a la deuda. Los Principios Europeos establecen la regla general según la cual el deudor demandado puede oponer a aquel que le pide concurrir a la deuda las excepciones personales que podía oponer al acreedor (art. 10:111, 2). Los comentarios aclaran que esta facultad procede tanto si es demandado por la acción o recurso personal como si lo es por el recurso o acción subrogatoria<sup>74</sup>.

Implícitamente parece disponerse, entonces, que el codeudor demandado no podría oponer al *solvens* las excepciones comunes o reales. Esto se confirma con la previsión para la excepción de prescripción de la deuda, que dispone expresamente que la prescripción del derecho de acción del acreedor contra uno de los deudores solidarios no afectará «[...] el derecho de repetición entre los deudores solidarios [...]» (art. 10:110, b). Los comentarios aclaran que esto sucederá si el deudor que pagó tenía derecho a oponer la prescripción y no lo hizo<sup>75</sup>. Igualmente, se señala que las resoluciones judiciales en torno a la responsabilidad de un deudor solidario frente a un acreedor no afectarán al «[...] derecho de repetición entre los deudores solidarios [...]» (art. 10:109, b). Según los comentarios, esto significa que, si una sentencia judicial establece que un deudor solidario no debe responder ante el acreedor, tal resolución no será oponible a la demanda de otro deudor que pagó y que ejerce en contra del primero su derecho a repetición<sup>76</sup>.

Las reglas de los Principios Europeos se reproducen en el DCFR (arts. III-4:112, 2; 4:111, b y 4:110, b).

Los Principios UNIDROIT reiteran que la prescripción y la sentencia judicial no afectan al derecho de repetición (arts. 11.1.7, 1, b; 11.1.8, 1, b), pero son más generosos en lo que respecta a las excepciones que puede oponer el deudor demandado por su contribución a la deuda y disponen que, además de sus excepciones personales, el deudor solidario demandado «[...] puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que podrían haber sido invocados o ejercitados por el codeudor [que pagó] frente al acreedor» (art. 11.1.12, a). De este modo, lo único que no puede oponer son las excepciones o los derechos de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores (art. 11.1.12, c). No obstante, es manifiesto que entre las excepciones comunes que pudo oponer el deudor ante el acreedor y que se le pueden oponer ante la acción de regreso no está la de prescripción, ya que prevalecerá la regla que señala que la prescripción no afectará a la acción de repetición (art. 11.1.7, 1, b)<sup>77</sup>.

Los Principios OHADAC disponen también lo siguiente: «Frente a la reclamación del codeudor solidario, cualquier deudor puede oponer las excepciones comunes que no se invocaron por el codeudor que cumplió, y las excepciones personales que le son propias, pero no las excepciones personales de los otros codeudores» (art. 4.4.9, 3), y no excluyen la prescripción como excepción común.

## **VII. Modernización del régimen de la solidaridad en el Código Civil chileno a la luz de los instrumentos de armonización del Derecho de los contratos**

### **1. Propuestas de lege ferenda**

Para actualizar la regulación de las obligaciones solidarias contenida en el Código Civil chileno conforme a las líneas que se derivan de los instrumentos de armonización del Derecho de Contratos, sería necesario seleccionar los aspectos que necesitarían una reforma legislativa (*lege ferenda*) y los que son posibles de introducir sencillamente por la vía de una reinterpretación de las normas vigentes (*lege lata*).

Son materias propias de una reforma legal las que pretendan establecer que la regla general en obligaciones con sujeto plural será la solidaridad (modificando el art. 1511 del Código Civil<sup>78</sup>), así como mejorar la regulación de la solidaridad en función de garantía, lo que permitiría delimitar la fianza solidaria y la cláusula de “se obliga como fiador y codeudor solidario” (lo que implicaría modificar, solo levemente, las reglas de los arts. 1512, 1522 y 2358 N° 1 del Código Civil). También debería aprobarse una reforma legal para que la prescripción de la acción del acreedor contra uno de los codeudores no libere a los demás. A fin de evitar la propagación de la interrupción de la prescripción, habría que modificar el art. 2519 en un sentido similar a lo que dispone el art. 100 de la Ley N° 18.092 para la solidaridad en la letra de cambio<sup>79</sup>. Si quisiera eliminarse la solidaridad sobre el precio en caso de pérdida de la cosa culpable o en mora, debería enmendarse el art. 1521.

Nos parece, sin embargo, que la presunción de solidaridad debería aplicarse únicamente a las obligaciones comerciales, siempre que no se trate de contratos regulados por la ley de protección al consumidor (actos de consumo). Debe considerarse que varios instrumentos de armonización la propician únicamente en este ámbito (Principios UNIDROIT, Principios OHADAC), y que la adopción de una presunción tan fuerte no se condice con la solidaridad, ni aun con la reducción de la propagación de efectos secundarios. Con más razón habría que descartar la presunción cuando se trata de una solidaridad en función de garantía, ya que estas deberían ser siempre expresas<sup>80</sup>.

Igualmente, cabe dudar de la pertinencia de suprimir la subsistencia de la solidaridad sobre el valor de prestación en el caso de pérdida culpable de la cosa del art. 1521, ya que tal consecuencia reduce la eficacia de garantía de la solidaridad. Hay que considerar que la reforma francesa del Código Civil en materia de contratos cambió la norma por el establecimiento de solidaridad no solo en el precio de la cosa, sino también en la indemnización de los perjuicios (art. 1319).

## **2. Propuestas de lege lata**

Pero, ¿qué podemos hacer mientras no haya posibilidades de modificar el Derecho de obligaciones y contratos en el Código Civil chileno? Nos parece que los criterios que están forjándose sobre la solidaridad en el llamado «Moderno Derecho de los contratos» pueden ser recepcionados, en gran parte, sin necesidad de reformar las normas actualmente vigentes y sobre la base de una reinterpretación de ellas.

Por ejemplo, no se ven dificultades para adoptar el criterio de la relación obligatoria compleja que combina la unidad de la relación radicada en la identidad de prestación con la pluralidad de vínculos que se expresa en la admisión de diversas modalidades o causas del débito (cfr. art. 1512) y, sobre, todo en la contribución a la deuda<sup>81</sup>. Se ratifica el *ius variandi* del acreedor que, de acuerdo con la mayoría de nuestra doctrina, permite al acreedor instaurar juicios sucesivos<sup>82</sup>.

Cabe, además, atenuar la propagación de los efectos secundarios evitando fundar la solidaridad en la teoría del mandato tácito y recíproco, cuya adopción acrítica por la doctrina chilena la ha llevado a extenderla más allá de lo que señalan los textos legales<sup>83</sup>. Así, se postula que, si un deudor solidario consiente en la prórroga de la competencia, esta prórroga se extiende a todos los codeudores<sup>84</sup>, que si un deudor se somete a arbitraje, todos los demás quedan obligados por esa decisión<sup>85</sup>, que, si uno de ellos incurre en mora, todos deben reputarse morosos<sup>86</sup>, que la cesión del crédito es oponible a todos los deudores, aunque se haya notificado a uno solo<sup>87</sup> y, en fin, que la sentencia dictada en juicio entre el acreedor y uno de los deudores produce efectos sobre los demás deudores, tanto a su favor como en su perjuicio<sup>88</sup>. Todas estas extensiones no aparecen en la ley y no tienen más justificación que la teoría del mandato. Desaparecida esta, que es la tendencia de los instrumentos de armonización, también deberían descartarse aquellas consecuencias.

No será posible, en cambio, eludir la previsión del art. 2519, que expresamente atribuye efecto expansivo a la interrupción de la prescripción, aunque este criterio, restringido a la interrupción civil, se conserva en los Principios UNIDROIT y los Principios OHADAC. No resulta factible entender que solo se refiera a la interrupción por demanda, ya que es manifiesto que la norma alude también a la interrupción natural, como ha sido unánimemente entendido por la doctrina nacional<sup>89</sup>. Pero ello, no se extenderá a la renuncia de la prescripción ya consumada hecha por uno de los deudores, cuya extensión puede ser negada por analogía con lo que dispone el art. 2496 para el fiador<sup>90</sup>. En el mismo sentido, si la prescripción se suspende a favor del acreedor respecto a uno de los deudores, esa suspensión no perjudicará a los otros<sup>91</sup>.

En lo que respecta a la contribución a la deuda, habría que consolidar la opinión de que, a falta de estipulación contraria, la participación de los deudores es por partes iguales<sup>92</sup>. Lo mismo vale para la tesis de que el *solvens* no solo se subroga en los derechos y acciones del acreedor (art. 1522 y 1610 N° 3), sino que tiene además una acción personal de reembolso<sup>93</sup> a la que bien podría aplicarse por analogía el art. 2370, que determina que el fiador tiene acción personal de reembolso que incluye intereses y gastos siempre que estos no sean inconsiderados, lo que coincide con el criterio de razonabilidad de los gastos incluidos en la acción de regreso que prevén los Principios Europeos y el DCFR.

La solidaridad en función de garantía puede quedar acogida por una lectura más amplia del inciso 2° del art. 1522 si entendemos que serán deudores a los que no concernía el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria todos aquellos que, conforme a lo expresado o a las circunstancias, asumen la deuda solidaria con la única finalidad de garantizar al acreedor el pago del crédito de quien o quienes son realmente los deudores. Su equiparación a los fiadores, en el sentido de que, en caso de haber pagado, pueden recuperar el total de los demás deudores o, en caso contrario, quedar inmunes frente a las acciones de regreso de un auténtico deudor que haya cumplido la obligación, es perfectamente ajustable a la figura de la solidaridad en función de garantía. Cuando se trata de pago parcial, la preferencia que se da al acreedor, prevista en los instrumentos señalados, está asegurada por la disposición del art. 1612.

En lo referido a la ampliación de las cuotas para cubrir la del insolvente, no parece haber dificultades en entender que procederá conforme a lo previsto en el inciso 3° del art. 1522, en la medida en que el *solvens* haya desplegado los esfuerzos razonables para cobrar oportunamente la cuota de quien ahora se encuentra en insolvencia<sup>94</sup>. Se incluirá no solo a los exonerados de la solidaridad, sino también a quienes se haya remitido su parte en la deuda, aunque estos últimos no sean mencionados por el art. 1522. 3°<sup>95</sup>.

Es claro que los codeudores demandados por el *solvens* pueden oponerle sus excepciones personales. Pero ¿podrían oponerle las excepciones reales o comunes que el *solvens* no quiso deducir contra el acreedor? En este punto, los instrumentos de armonización contractual están divididos. Nos parece que la solución más adecuada es la que contienen los Principios UNIDROIT y los Principios OHADAC, en el sentido de que sí es posible la deducción de excepciones comunes o reales en contra del *solvens*, ya que ello incentivará la diligencia de este último para defenderse con todas las herramientas posibles frente a la acción del acreedor y parece congruente con el espíritu de lo que dispone el art. 2377 inc. 1° para el caso de la acción de reembolso del fiador si este paga sin avisar al deudor<sup>96</sup>. Se incluirá también la excepción de prescripción de la deuda, tal y como establecen los Principios OHADAC, que resultan congruentes con el criterio del art. 2496 que determina que el fiador puede oponer la prescripción renunciada por el deudor principal.

## VIII. Conclusiones

Los instrumentos de armonización del Derecho de contratos atribuyen una especial importancia a la obligación solidaria entre las obligaciones con pluralidad de sujetos —y, sobre todo, con pluralidad de

deudores—, dado que amplían su ámbito de aplicación (por medio de una presunción de solidaridad) y reconocen que muchas veces puede desempeñar una función de garantía del crédito.

Aunque tiende a evitarse la adopción de posturas dogmáticas, parece claro que la teoría del mandato o representación recíproca y tácita ha sido abandonada como construcción doctrinaria que permitiría fundamentar la unidad obligacional y la propagación de los efectos secundarios de la solidaridad entre los codeudores. Una concepción más enriquecedora de la relación obligatoria permite justificar sin problemas que pueda ser una única relación, aunque con pluralidad de vínculos que pueden ser disímiles en relación con sus modalidades (condición, plazo) o causas (solidaridad en garantía).

La tendencia es igualmente mantener la propagación del efecto principal: el pago u otros modos de extinción (compensación, confusión, transacción, remisión, mutuo disenso), en el sentido de que cuando un deudor los lleva a cabo, se produce la liberación de los codeudores en lo referido a la obligación con el acreedor. En cambio, la propagación de los efectos secundarios se ve fuertemente restringida, como sucede en el caso de los efectos de la sentencia judicial dictada contra alguno de los deudores o en el de la prescripción que hubiera operado a favor de alguno de ellos. Esta decisión parece congruente con la presunción de solidaridad, que se considera que no representa un gravamen excesivamente fuerte para los codeudores.

No obstante, hay algunas discrepancias importantes entre los instrumentos de armonización. Una de las más relevantes es el mantenimiento de la propagación de ciertos efectos. Los Principios UNIDROIT disponen que se mantiene el efecto extensivo de la interrupción de la prescripción, así como el efecto expansivo de la sentencia judicial anterior en cuanto sea favorable al deudor actualmente demandado. Por su parte, los Principios OHADAC conservan igualmente la extensión de la interrupción de la prescripción operada por la demanda del acreedor contra uno de los deudores solidarios.

En materia de contribución a la deuda, algunos instrumentos (PECL, DCFR) excluyen la posibilidad de que el codeudor demandado por el *solvens* pueda oponerle una excepción común, mientras que otros lo permiten (Principios UNIDROIT, Principios OHADAC). Del mismo modo, la presunción de contribución por partes iguales —regla general sobre la que hay unanimidad— puede ser dejada sin efecto más o menos restrictivamente por una disposición legal o contractual expresa en contrario (PECL, Principios OHADAC), conforme a una disposición contractual o legal implícita (DCFR) e incluso por una deducción de las circunstancias que indiquen una distribución diferente (Principios UNIDROIT).

Muchos de estos criterios normativos, incluso algunos sobre los que el consenso no es completo, podrían ser útiles para modernizar el régimen de las obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos en el Código Civil chileno, aunque habría que distinguir aquellos aspectos que pueden introducirse a través de la interpretación de las normas vigentes y otros que exigen una reforma legal. Estos últimos se refieren principalmente a la posibilidad de cambiar la regla de la no presunción de solidaridad por su contraria —es decir, por la que la presume—, modificación que, pensamos, solo se justificaría en el caso de las obligaciones derivadas de actos mercantiles.

En cuanto a las innovaciones que pueden incorporarse sin necesidad de reforma legal y recurriendo solo a una reinterpretación de las normas vigentes figura la restricción a la propagación de los efectos secundarios de la solidaridad, que la doctrina nacional, siguiendo irreflexivamente a autores franceses, ha derivado de la teoría del mandato tácito entre codeudores como la extensión de la mora o de la cosa juzgada. Rechazada esta teoría, no cabe sostener dicha propagación más que en aquello que expresamente establece la ley, como la interrupción de la prescripción (art. 2519 CC). En lo que respecta a la contribución a la deuda, deberá entenderse que el deudor que pagó no solo se subroga contra sus codeudores, sino que goza también de una acción de reembolso, que, si la solidaridad fue en función de garantía, puede repetir por el total sin soportar nada de la deuda y que los codeudores pueden oponer a la demanda del que pagó las excepciones reales o comunes, incluyendo la prescripción de la deuda, que este omitió oponer en contra del acreedor.

## NOTAS:

1Así, Guzmán (2013: 79-81); y D'Ors (1991: 497).

2Se agrega como otro caso que origina solidaridad el legado damnatorio por el cual se grava indistintamente a dos herederos siempre que haya unidad formal. Cfr. D'Ors (1991: 498).

3Guzmán (2013: 84); y D'Ors (1991: 498).

4Guzmán (2013: 87) apunta que también es posible que un codeudor solidario se obligue *donandi causa*, con lo que admite desde ya su intención de no pedir reembolso, o *credendi causa*, de modo que si paga se entiende que ha prestado esa cantidad al deudor beneficiado.

5Cfr. Guzmán (2013: 91-100). D'Ors (1991: 499) señala que en estos casos «[...] se produce una solidaridad pasiva entre deudor principal y el fiador: el acreedor tiene dos deudores alternativos a su elección y puede dirigirse sin más contra el fiador».

6Guzmán (2013: 100-104).

7Guzmán (2013: 84 y 87-88).

8Guzmán (2013: 104-106) anota que la excusión proviene del verbo *excutere* que significa literalmente «sacudir» o «agitar», de donde pareciera que el acreedor debe primero sacudir al deudor hasta sacarle el dinero que posee. Bello ocupa incluso conjugaciones del verbo «excutir», como sucede en los arts. 2362 y 2364 del Código Civil.

9Al parecer, el término «correal» proviene de la expresión *conreus*, que aparece en un texto de Ulpiano recogido en el Digesto: D. 34. 3. 3. 3. Cfr. Kaser (1982: 247).

10La distinción tiene su origen en la dogmática alemana, y en los estudios de F. L. Keller (*Ueber Litiskontestation und Urteil*, Zürich, 1827) y G. J. Ribbentrop (*Zur Lehre von de Korrel Obligationen*, 1831), que luego, con la recepción de Windscheid y Savigny, se convirtió en la opinión común entre los pandectistas germanos. Cfr. Lafaille (1950: 221, n. 51). Savigny (1873: 113) cita expresamente a Ribbentrop como el primero que ha profundizado en la diferencia entre obligaciones correales y las que Savigny prefiere llamar obligaciones «correales impropriadamente dichas».

[11](#)D'Ors (1991: 498)..

[12](#)Delvincourt (1834: 140, n 7, y 502).

[13](#)Mourlon (1869: 654).

[14](#)Planiol (1926: 251).

[15](#)Cfr. Mignot (2002: 137-140).

[16](#)Por todos, véase Sériaux (1992: 526).

[17](#)Mignot (2002: 141).

[18](#)Por ejemplo, Malaurie, Aynès y Stoffell-Munck (2009: 725-726) sugieren que se fundamentan en el deseo del legislador de simplificar al acreedor el cobro del crédito solidario.

[19](#)La reforma de 2016 mantuvo este criterio en el nuevo art. 1310: «La solidaridad es legal o convencional; ella no se presume».

[20](#)Enneccerus y Lehman (1954: 440 y ss.) hacen referencia al modo en que en el Derecho alemán común se distinguían la obligación correal y la obligación solidaria, diferencia que ya no subsiste en el Código, cuyos preceptos demuestran que se trata de una pluralidad de obligaciones, aunque conectadas entre sí por un fin en común.

[21](#)Cfr. Gazzoni (2016: 612-617). Trabucchi (2012: 667) señala que la regla fundamental de la normativa italiana es que normalmente no se comunican a los otros cointerésados los efectos perjudiciales, sino solo los ventajosos. Siguiendo a Rubino, Maggi (2008: 1413) refiere que la propagación de la interrupción de la prescripción al resto de los deudores solidarios del art. 1310 del Código es la única derogación al principio, ya que extiende un efecto perjudicial.

22Caffarena (2002: 61 y ss.) observa que dicho fenómeno también es reconocible en el sistema jurídico español, y que se ha manifestado en la derogación del art. 1252 del Código Civil por parte de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El citado precepto disponía la extensión de la cosa juzgada a los obligados por vínculo de solidaridad.

23Curiosamente, la reforma francesa del régimen de obligaciones y contratos del Código Civil, realizada por la Ordenanza N° 2016-131, de 10 de febrero de 2016 —que, en otras materias, se mostró receptiva de los criterios de los instrumentos europeos de armonización—, en materia de solidaridad mantuvo lo sustancial del régimen anterior, si bien varió la numeración de los preceptos y sintetizó su contenido (arts. 1310 a 1319).

24Una síntesis de las grandes líneas de este movimiento puede encontrarse en Morales (2012: 316-428); publicado también en Morales, De la Maza y Vidal (2014: 15-124. Desde el punto de vista histórico, es útil también el estudio de Redondo (2010: 1643-1681).

25OHADAC es el acrónimo de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe, en la participan estados como Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Surinam, Guyana, Belice, Cuba, República Dominicana, Haití, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago, más otros territorios con estatutos de autonomía pero sujetos a soberanía francesa, inglesa u holandesa. Puerto Rico, como estado libre asociado de Estados Unidos, también forma parte de la organización.

26Sobre este esfuerzo, puede verse a San Miguel (2016: 991-1011); y Momberg y Vogenauer (eds.) (2017: *passim*). Una versión actualizada a agosto de 2016 puede verse en De la Maza, Pizarro y Vidal (eds.), (2018), texto en castellano, francés e inglés, se puede ver entre las pp. 79-176.

27En este sentido, puede verse a Díez-Picazo (1996: 55-57).

28Lando, Clive, Prüm y Zimmermann (eds.) (2003). Por regla general, usamos la edición española: Barres, Embid y Martínez (2007). También es esta la edición que se cita para las notas o comentarios explicativos, usando la abreviatura *Comentarios PECL*, seguido de la (o las) páginas pertinentes.

29Cfr. International Institute for the Unification of Private Law (2016). Disponible en: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. [Consulta: 23 de mayo de 2018]. Existe una traducción al español de la edición 2010 (en esta materia, idéntica a la

de 2016): Garro, Rodríguez y Perales (dirs.) (2012). Disponible en: <http://www.unidroit.org/unidroit-principles-2010-official-languages/spanish-integral>. [Consulta: 23 de mayo de 2018]. Las explicaciones a los artículos se toman de esta traducción y se citan con la abreviatura *Comentarios PICC*, seguido de la (o las) páginas respectivas.

30Cfr. OHADAC (Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe), 2015: *Principios OHADAC para los contratos comerciales internacionales*. Disponible en: <http://www.ohadac.com/textes/2/principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html> [Consulta: 23 de mayo de 2018.]

31Von Bar, Clive, Schulte-Nölke *et al.* (eds.) (2009). Para la traducción de las normas, usamos la versión en castellano coordinada por Jerez (2015).

32Usamos la traducción castellana de García (2004).

33En la traducción española de los Principios, se opta por la expresión «parciarias» para traducir el término original de *separate* y por «colectivas» para traducir el término de *communal*. Cfr. Barres, Embid y Martínez, (trads.) (2007: 93). En el mismo sentido, Orejudo (2016: 322-325); y Gómez (2017: 82). Con anterioridad, Malo (2009: 1425) había propuesto la denominación de «en mano común» para las *communal obligations*.

34La traducción española insiste en denominar «parciarias» a las *divided obligations*, pero a las *joint obligations* se les da el nombre de «obligaciones mancomunadas»: Jerez (2015: 151). Se opone al término mancomunada o en mano común, Orejudo (2016: 324-325), porque el primero es equívoco y por la semejanza del segundo con el primero.

35*Comentarios PICC*, p. 396. Sin embargo, para las obligaciones con pluralidad de acreedores se acoge la división tripartita incluyendo las obligaciones en común, que necesitan la actuación conjunta de todos los acreedores (PICC art. 11.2.1).

36Esta categoría procede del Derecho alemán. Cfr. Enneccerus y Lehmann (1954: 436-440). El típico ejemplo que se da es el de un contrato en el que varios músicos o cantantes se comprometen a una actuación conjunta.

37Sobre la materia, puede verse Mendoza-Alonso y Parra-Sepúlveda (2015: 103 y ss.) y, específicamente para los PECL, Malo (2009: 1434-1440).

[38](#)Nos apartamos aquí de la traducción española dirigida por Barres, Embid y Martínez (2007: 100), que versiona el texto con la frase «a cumplir con una misma prestación». Nos parece más fiel, aunque quizás menos elegante, la traducción que se da en lo principal, ya que el texto en inglés es «one and the same performance» y el texto en francés es «une seule et même prestation».

[39](#)En parecido sentido, el Código Europeo de Contratos establece que «cuando el contrato obligue a dos o más deudores a cumplir la misma prestación, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento íntegro a cualquiera de los deudores, a su elección, y el cumplimiento efectuado por un codeudor extingue la obligación» (art. 88).

[40](#)Hay una tendencia, al menos en los ordenamientos jurídicos europeos, a fortalecer los derechos del acreedor en las obligaciones mercantiles por medio de una presunción de solidaridad. Se menciona el art. 101 del Código de Comercio Portugués y la jurisprudencia francesa y española. Las últimas propuestas de Código de Comercio español de 2006 (art. 80) y de 2013 (art. 415-1) disponen que en las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores están obligados solidariamente, salvo pacto en contrario. Sobre la propuesta de 2006, puede verse el estudio de Alcalde (2011: 83-84).

[41](#)Díez-Picazo (1996: 176-177).

[42](#)Díez-Picazo (1996: 206).

[43](#)Malo (2009: 1431) sostiene que los PECL se decantarían por la tesis de la unidad de objeto y pluralidad de vínculos.

[44](#)El texto en inglés reza así: «An obligation is solidary when each debtor is bound to perform the obligation in full and the creditor may require performance from any of them until full performance has been received».

[45](#)La versión en inglés habla de la entera «obligación»: «When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee: (a) the obligations are joint and several when each obligor is bound for the whole obligation[...]». Según Meier (2015: 1197), la expresión debe entenderse equivalente a la «one and same performance» de los PECL, art. 10:101, 1.

[46](#)El DCFR apunta que pueden ser distintos los «términos o fundamentos» (*terms or grounds*). Por los ejemplos que proporcionan los comentarios, se trataría de casos en los que uno de los deudores

está respaldado por alguna garantía y no los otros, y también el caso en que uno de ellos se hace responsable solidario como *security provider*, esto es, como garante personal (fiador).

[47](#)No comparte esta idea Gnani (2015: 5-6), que señala que es dudoso que la «terminología» de los Principios Europeos, así como la de los Principios UNIDROIT o el DCFR, exprese en este punto un concepto fuerte de modo que no haya solidaridad si no estamos frente a una única prestación, común a todos los deudores. Piensa que la mención a la misma prestación de los Principios Europeos se explica por la presunción de solidaridad, que es una de las formas de solidaridad (la del interés común de los deudores). Alega igualmente que los comentarios a los Principios UNIDROIT manifiestan que la obligación solidaria puede provenir de diversos contratos y contener una obligación principal y otra de garantía. Por nuestra parte, pensamos que una posición como esta desatiende el tenor literal de los instrumentos y confunde la prestación con la causa. La causa puede ser distinta (por ejemplo, si hay solidaridad por garantía), pero la prestación debe ser la misma (el garante se obliga a satisfacer la misma prestación que el deudor principal).

[48](#)Curiosamente, los comentarios de los Principios no dicen nada al respecto: solo señalan que la doctrina italiana se pronuncia a favor del efecto completo de la prescripción sobre los codeudores sobre la base de que el art. 1310 del Código Civil dispone que la interrupción de la prescripción de un deudor tiene efectos sobre los demás: *Comentarios PECL*, p. 117. (Erróneamente, se cita el art. 1319.1, pero es evidente que se alude al 1310.1; el error se encuentra en el original en inglés: p. 75).

[49](#)Los artículos mencionados se refieren al inicio de un procedimiento judicial o arbitral o de un procedimiento de resolución alternativa de controversias.

[50](#)Véase *supra* I, 1.

[51](#)Para el Derecho italiano, Trabucchi (2012: 668) ha señalado que, conceptualmente, se pueden distinguir las obligaciones solidarias dependientes —en las cuales la deuda de un sujeto surge porque debe cumplir la deuda de otro sujeto (fianza)— y las obligaciones solidarias paritarias —en las cuales las obligaciones de cada sujeto no dependen de la existencia de otra obligación—. También se les da otras denominaciones como obligaciones en interés común y obligaciones en interés unisubjetivo. Cfr. Maggi (2008: 1367-1368).

[52](#)*Comentarios PICC*, p. 398.

[53](#)*Comentarios PICC*, p. 398.

[54](#) *Comentarios PICC*, p. 410.

[55](#) Cfr. Orejudo (2016: 333).

[56](#) En este sentido, ante la falta de norma expresa de los instrumentos, Orejudo (2016: 331-332). Solo los Principios OHADAC se refieren a la renuncia de la solidaridad en el sentido expuesto (art. 4.4.7, 3).

[57](#) *Comentarios PECL*, p. 95, lo que se entiende sin perjuicio de que otro deudor solidario pueda cumplir para evitar la resolución o la suspensión de la prestación.

[58](#) *Comentarios PECL*, p. 118. Los comentarios se expresan diciendo que las excepciones inherentes a la deuda «[...] son aquellas que nacen del contrato mismo, como la ineficacia a consecuencia de la ilegalidad o la falta de un requisito de forma. Las excepciones personales son aquellas que se refieren solamente a la situación particular de uno de los deudores, tales como la falta de consentimiento libremente emitido o la incapacidad».

[59](#) «El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones comunes y todas las personales propias, pero no las que sean personales de otros codeudores» (art. 4.4.6). Una formulación más enrevesada la encontramos en el DCFR: «Un deudor solidario puede invocar frente al acreedor cualquier excepción que otro deudor solidario pueda invocar, distinta de una excepción personal de ese otro deudor. La invocación de la excepción no tiene efecto respecto a los otros deudores solidarios» (III-4:112.1).

[60](#) Por todos, Peñailillo (2003: 292-293). Orejudo (2016: 336) habla de «excepciones intermedias» o «simplemente personales» en contraposición a las «puramente personales».

[61](#) Los instrumentos asimilan y regulan conjuntamente la compensación al pago o cumplimiento.

[62](#) Curiosamente, los Principios UNIDROIT no contienen normas sobre la confusión de obligaciones.

[63](#) Los *Comentarios PECL*, p. 111, señalan, en este sentido, que la compensación se traduce en un efecto liberatorio frente al acreedor, «[...] sometido, por supuesto, al derecho de recurso del deudor que hubiere cumplido [por compensación]».

[64](#)La traducción española de los Principios Europeos traduce *settlement* como «mutuo disenso»; en cambio, la traducción española oficial de los Principios UNIDROIT vierte la misma palabra como «transacción». Nos inclinamos por esta segunda opción porque es la que usualmente la doctrina chilena se plantea como excepción personal.

[65](#)Por cierto, la deuda solidaria se extingue totalmente si así lo dispone la condonación o la transacción (PECL art. 10:108.2) o si las circunstancias así lo indican (PICC art. 11.1.6.1). Aunque el DCFR nada señala al respecto, se considera que se aplicará igual regla (Orejudo, 2016: 340).

[66](#)En cuanto a la propagación de los efectos de la constitución en mora, los instrumentos no pueden dar reglas especiales en materia de solidaridad, ya que en ellos ha desaparecido la institución de la mora.

[67](#)*Comentarios PECL*, p. 115.

[68](#)Meier (2015: 1222) señala que la carga de la prueba de que la decisión es favorable corresponde al nuevo deudor demandado; en cambio, será el acreedor el llamado a probar que la sentencia fue fundada en una excepción personal del primer deudor.

[69](#)*Comentarios PICC*, p. 406. Se agrega: «Sin embargo, el acreedor debe tener en mente la regla del artículo 11.1.8, relativa al efecto de las sentencias». Se refiere a que, a pesar de los costos, al acreedor podrá convenirle iniciar el procedimiento contra todos los deudores, dado que, en caso contrario, la sentencia no producirá efectos respecto de los deudores no demandados.

[70](#)*Comentarios PICC*, p. 410.

[71](#)*Comentarios PECL*, p. 109.

[72](#)En los *Comentarios PICC*, p. 412, se señala que la preferencia del acreedor original puede realizarse aplazando el derecho del codeudor que pagó hasta tanto el acreedor reciba el cumplimiento total.

[73](#) *Comentarios PECL*, p. 109; *Comentarios DFCR* p. 1001. Orejudo (2016: 346) señala que se trata de una «obligación de mutua cobertura del riesgo en caso de insolvencia».

[74](#) *Comentarios PECL*, p. 119.

[75](#) *Comentarios PECL*, p. 117.

[76](#) *Comentarios PECL*, p. 74. Debemos dejar constancia de que la traducción castellana (p. 111) es defectuosa e impide entender el sentido de la regla.

[77](#) Los comentarios, sin embargo, no se pronuncian sobre este problema. Meier (2005: 1217) señala que, si el *solvens* ocupa la acción de subrogación en los derechos del acreedor, sí podrá oponerse la excepción de prescripción.

[78](#) Con todo, habría que tener en cuenta las razones por las que Bello estableció la regla de la no presunción. Al respecto, puede verse Domínguez (2014: 473 y ss.).

[79](#) Lo que, además, permitiría eliminar la controversia sobre si, para obligados al pago de una letra de cambio o pagaré, rige la norma del art. 100 de la ley N° 18.092 o el art. 2519 del Código Civil. Un examen de esta controversia y una razonable solución considerando el principio de especialidad, puede verse en Domínguez (2018: 207 y ss.).

[80](#) Por estas razones, a diferencia de lo que opina Orejudo (2016: 330), no sorprende que la reciente reforma al Código Civil francés haya mantenido la exigencia de voluntad expresa para la solidaridad al establecer que esta no se presume (art. 1310).

[81](#) La forma precisa en que se articula la unidad prestacional con la pluralidad de vínculos debiera ser objeto de un estudio más profundo, sobre todo respecto de prestaciones que son divisibles como las de dinero.

[82](#) *Stitchkin* (1948: 304; *Somarriva* (1943: 55); *Vodanovic* (2004: 138); *Larraín* (2002: 166); *Barcia* (2008: 29). Se opone *Abeliuk* (2014: 518, n. 557). *Claro* (1992: 420-421) parece pensar que solo si no se ha obtenido el pago en el primer juicio puede después demandarse a otro codeudor.

[83](#)Se manifiestan partidarios de la teoría del mandato o de la representación Stitckin (1948: 300); y Abeliuk (2014: 519). Hay que dejar constancia de las excepciones de Luis Claro Solar, que desde temprano rechazó la teoría del mandato: Claro (1992: 413 y 424), y de Vodanovic, quien parece estar por la «doctrina moderna» de la unicidad de objeto: Vodanovic (2004: 137). En verdad, la tesis del mandato o de la representación genera muchas complicaciones en la solidaridad pasiva, de modo que lo que explica no se compensa con lo que oscurece.

[84](#)Alessandri (1939: 236); Somarriva (1943: 56 y 66); Abeliuk (2014: 517); Vodanovic (2004: 145); Troncoso (2011: 77); Larraín (2002: 170); Barcia (2008: 30); Stitckin (1948: 319) considera la cuestión discutible.

[85](#)Somarriva (1943: 56 y 66).

[86](#)Alessandri (1939: 235); Stitckin (1948: 316-317); Abeliuk (2014: 523); Somarriva (1943: 64), que añade incluso que, si uno de los codeudores está sujeto a plazo y no los otros, la llegada del plazo constituye en mora a todos. En el mismo sentido, Vodanovic (2004: 143-144); Larraín (2002: 169-170); Vial (2003: 155); Peñailillo (2003: 287); Barcia (2008: 30); Troncoso (2011: 76).

[87](#)Somarriva (1943: 67).

[88](#)Claro (1992: 437); Abeliuk (2014: 519); Ramos (2004: 97-98); Troncoso (2011: 78), Barcia (2008: 30); Court y Wegner (2013: 75, n. 160). Algunos autores limitan esta extensión respecto de las excepciones personales del deudor demandado: Somarriva (1943: 55); Stitckin (1948: 333-337); Vodanovic (2004: 147-148).

[89](#)Claro (1992: 433); Stitckin (1948: 312-313); Somarriva (1943: 62). Troncoso (2011: 76) señala incluso que, si se trata de prescripciones de corto tiempo, la interrupción producirá para todos su conversión en prescripción de largo tiempo (art. 2523 CC).

[90](#)En este sentido, Claro (1992: 434); Stitckin (1948: 313); Vodanovic (2004: 142); Peñailillo, (2003: 286); Larraín (2002: 169).

[91](#)Alessandri (1939: 235). En contra, Claro (1992: 436).

[92](#)Claro (1992: 445); Alessandri (1939: 241); Somarriva (1943: 77), Abeliuk (2014: 529);

Vodanovic (2004: 153); Barcia (2008: 31); Court y Wegner (2013: 85); Troncoso (2011: 83). A esta solución puede llegarse también por analogía de lo dispuesto para los comuneros en el art. 2307 inciso 2º del Código Civil.

<sup>93</sup>Somarriva (1943: 78-80). Peñailillo (2003: 294), señala que, si se postula la existencia de un mandato entre los deudores, procedería también la acción de reembolso del mandatario prevista en el art. 2158 N° 2; en igual sentido, Troncoso (2011: 83).

<sup>94</sup>Somarriva (1943: 82-83) señala que, por ello, la insolvencia no debe ser posterior al pago, ya que ello revelaría negligencia del *solvens* en haber repetido oportunamente en su contra. Peñailillo (2003: 299) indica, con razón, que para que haya negligencia debe haber transcurrido un plazo razonable desde que el deudor pagó porque no puede pretenderse que el *solvens* tenga que demandar de inmediato a los demás deudores.

<sup>95</sup>En este sentido, Alessandri (1939: 242); Stitckin (1948: 343-344); Vodanovic (2004: 154); L arrain (2002: 174); Peñailillo (2003. 298); Court y Wegner (2013: 84, n. 173). En contra, Somarriva, (1943: 83).

<sup>96</sup>Díez-Picazo (1996: 215-216) llega a la misma conclusión para el Derecho español usando los arts. 1840 y 1841 del Código Civil español.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

### **Bibliografía citada**

Abeliuk Manasevich, René (<sup>6</sup>2014): *Las obligaciones*, t. I. Santiago: Thomson Reuters.

Alcalde Silva, Jaime (2011): «Comentario sobre la “Propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio español” en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», *Revista de Derecho* (PUCV) 37, pp. 39-92.

Alessandri Rodríguez, Arturo (<sup>3</sup>1939): *Derecho Civil. Segundo Año. Primera Parte. Teoría de las obligaciones* [versiones taquigráficas de la cátedra por Ramón Latorre Zúñiga], Santiago: Zamorano y Caperán.

Barcia Lehmann, Rodrigo (2008): *Lecciones de Derecho Civil chileno III: De la teoría de las obligaciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Barres, Pilar, José Embid y Fernando Martínez, Fernando (eds.) (2007): *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte III*. Madrid: Consejo General del Notariado.

Caffarena Laporta, Jorge (2002): «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su regimen», en J. Caffarena y J. Ataz (coords.), *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-71.

Claro Solar, Luis (1992): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, t. X, vol. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, reimpr.

Court M., Eduardo y Veronika Wegner (2013): *Derecho de las obligaciones. Las obligaciones en general y sus clases*. Santiago: Thomson Reuters.

D'Ors, Álvaro (<sup>8</sup>1991): *Derecho privado romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

De la Maza, Íñigo, Carlos Pizarro y Álvaro Vidal (eds.) (2018): *Los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Delvincourt, Claud-Étienne (1834): *Cours de Code Civil*, t. II, París: Videcoq libraire.

Díez-Picazo, Luis (<sup>5</sup>1996): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas.

Domínguez Águila, Ramón (2014): *Notas sobre la regla de que la solidaridad debe pactarse expresamente*, en Á. Vidal, G. Severin, C. Mejías (eds.), *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 473-482.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2018): *El principio de la especialidad y la interrupción de la prescripción en relación con las obligaciones cambiarias solidarias*, en C. Bahamondes, L. Etcheberry y C. Pizarro (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 207-223.

Enneccerus, Ludwig y Henrich Lehmann (1954): *Derecho de obligaciones*, trad. de Blas Pérez y José Alguer, Barcelona: Bosch.

García Cantero, Gabriel (trad.) (2004): *Parte General del Código Europeo de Contratos*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Garro, Alejandro, Javier Rodríguez y Pilar Perales (trads.) (2012): *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010*, Madrid: La ley.

Gazzoni, Francesco (2016): *Obbligazioni e contratti*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Gnani, Alessandro (2015): «L'obbligazione soggettivamente complessa nel quadro del Diritto Privato Europeo», en U. Breccia y F. Donato Busnelli (dirs.), *Le «nuove» obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislative*, Padua: Cedam, pp. 1-30.

Gómez Calle, Esther (2017): «La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado», *Anuario de Derecho Civil*, 70 (1), pp. 79-117.

Guzmán Brito, Alejandro (<sup>2</sup>2013): *Derecho privado romano*, t. II, Santiago: Thomson Reuters.

International Institute for the Unification of Private Law (2016): *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Roma. Disponible en: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. [Consulta: 1º de septiembre de 2019].

Jerez Delgado, Carmen et al. (trads.) (2015): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.

- Kaser, Max (<sup>2</sup>1982): *Derecho romano privado*, trad. de José San Cruz Teijeiro. Madrid: Edersa.
- Lafaille, Héctor (1950): *Derecho Civil VII: Tratado de las Obligaciones*, t. II, Buenos Aires: Ediar.
- Lando, Ole, Eric Clive, André Prüm y Reinhard Zimmermann (eds.) (2003): *Principles of European Contract Law. Parts III*, La Haya: Kluwer Law International.
- Larraín Ríos, Hernán (2002): *Teoría general de las obligaciones*, Santiago: LexisNexis.
- Maggi, Paolo (2008): «Le obbligazioni solidali», en P. Fava (edit.), *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, Milano: Giuffrè, pp. 1357-1421.
- Malaurie, Philippe, Laurent Aynès y Philippe Stoffel-Munck (<sup>4</sup>2009): *Les obligations*, París: Defrénois.
- Malo Valenzuela, Miguel Ángel (2009): «Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 85, 713, pp. 1419-1466.
- Meier, Sonja (<sup>2</sup>2015): «Chapter 11: Plurality of obligors and of obligees», en S. Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: Oxford University Press.
- Mendoza Alonzo, Pamela (2017): «El reforzamiento de la responsabilidad colectiva en la regulación de la pluralidad de deudores en el *Soft Law* europeo», en C. Céspedes Muñoz, (dir.), *Estudios en homenaje a los 40 años de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 119-142.
- Mendoza-Alonso, Pamela y Darío Parra-Sepúlveda (2015): «El principio de no presunción de la solidaridad de deudores: del *Code* Napoleón a los principios del *soft law*», *Jurídicas* 12 (2), pp. 103-116.
- Meza Barros, Ramón (<sup>9</sup>1997): *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mignot, Marc (2002): *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, París: Dalloz.
- Momberg, Rodrigo y Stefan Vogenauer (eds.) (2017): *The Future of Contract Law in Latin American. The principles of Latin American Contract Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Morales Moreno, Antonio Manuel (2012): «Claves de la modernización del Derecho de los Contratos», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley General del Notariado*, t. III, vol. I., Madrid: Consejo General del Notariado, pp. 316-428.
- Morales Moreno, Antonio Manuel, Íñigo de la Maza, y Álvaro Vidal Olivares (2014): *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago: Thomson Reuters.
- Mourlon, Frédéric (1869): *Code Napoleón*, t. II, París: A. Maresq Ainé.
- OHADAC [Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe], (2015): *Principios OHADAC para los contratos comerciales internacionales*. Disponible en: <http://www.ohadac.com/textes/2/principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html>. [Consulta: 23 de mayo de 2018.]

Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia (<sup>3</sup>2016): «Pluralidad de partes en la contratación: especial referencia a la solidaridad», en S. Sánchez Lorenzo (ed.) *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. II, Pamplona: Thompson Reuters, pp. 322-364.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Planiol, Marcel (<sup>10</sup>1926): *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

Ramos Pazos, René (2004): *De las obligaciones*, Santiago: LexisNexis.

Redondo Trigo, Francisco (2010): «De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo ius commune». *Anuario de Derecho Civil*, 63 (4), pp. 1643-1681.

San Miguel, Luis Paula (2016): «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *Anuario de Derecho Civil*, 69, pp. 991-1011.

Savigny, Frédéric Carl (1873): *Le Droit des Obligations*, t. I., trad. de T. Hippert, París: A. Durand & Pedone Lauriel.

Sériaux, Alain (1992): *Droit des obligations*, París: Puf.

Somarriva Undurraga, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones*, Santiago: Nascimento.

Stitchkin Branover, David (1948): *Derecho Civil: Las obligaciones*, t. I, Santiago: Editorial Universitaria.

Trabucchi, Alberto (<sup>45</sup>2012): *Istituzioni di Diritto Civile* [a cura di Giuseppe Trabucchi], Padua: Cedam.

Troncoso Larronde, Hernán (<sup>7</sup>2011): *De las obligaciones*, Santiago: Thomson Reuters.

Vial del Río, Víctor (2003): *Manual de Derecho de las Obligaciones en el Código Civil chileno*, Santiago: Universidad Andrés Bello, Editorial Biblioteca Americana.

Vodanovic H., Antonio (<sup>2</sup>2004): *Tratado de las obligaciones [basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga]. De las obligaciones en general y sus diversas clases*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Von Bar, Christian, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke *et al.* (eds.) (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich: Sellier European Law Publishers.

## ÍNDICE:

### 1. Nuevas tendencias en la comprensión y funcionamiento de la obligación solidaria

I. Introducción

II. La obligación solidaria: un poco de historia

1. Origen

2. Desarrollo de la obligación solidaria en el Derecho privado de tradición romanista

III. La solidaridad pasiva en los instrumentos de armonización contractual. Aspectos generales

1. Hacia una recomposición del contrato y de la relación obligatoria

2. Inserción de la solidaridad entre las obligaciones con pluralidad de sujetos

3. Primacía de la obligación solidaria (presunción de solidaridad)

4. Solidaridad de fuente no contractual

IV. Estructura y fundamentos de la solidaridad pasiva en los instrumentos de armonización contractual

1. ¿Unidad o pluralidad de obligaciones?

2. Abandono de la idea del mandato o representación recíprocos

3. Distinción de la obligación solidaria en función de garantía: un retorno inesperado

V. Funcionamiento de la solidaridad: Obligación a la deuda

1. Derechos del acreedor

2. La solidaridad en juicio: excepciones y cosa juzgada

3. Debilitamiento de la propagación de efectos secundarios

VI. Funcionamiento de la solidaridad: contribución a la deuda

1. Procedencia de la contribución y forma de división

2. Acciones del *solvens*

3. Efectos de la insolvencia

4. Excepciones admisibles en contra del *solvens*

VII. Modernización del régimen de la solidaridad en el Código Civil chileno a la luz de los instrumentos de armonización del Derecho de los contratos

1. Propuestas *de lege ferenda*

2. Propuestas *de lege lata*

VIII. Conclusiones

Bibliografía citada

## **2. La presunción de solidaridad en el «Moderno Derecho de los contratos»**

I. La regla de que la solidaridad no se presume

1. Origen y consagración legal
2. Algunos quiebres en el acogimiento de la regla de la no presunción

II. La presunción de solidaridad en los instrumentos del «Moderno Derecho de los contratos»

1. La tardía regulación de las obligaciones con pluralidad de sujetos
2. La presunción de solidaridad en el Proyecto de Código Europeo de Contratos (Academia de Pavía)
3. La presunción de solidaridad en los Principios de Derecho Contractual Europeo
4. La presunción de solidaridad en los Principios UNIDROIT
5. La presunción de solidaridad en el DCFR
6. La presunción de solidaridad en los Principios OHADAC

III. Algunas reflexiones críticas

IV. No presunción de solidaridad en las recientes legislaciones

V. A modo de conclusión

## **3. La naturaleza jurídica de la obligación solidaria y su proyección procesal**

I. Presentación del problema

II. Concepto de obligación solidaria

III. Naturaleza jurídica de la obligación solidaria

1. La explicación romanista
2. La tesis del mandato tácito y recíproco
3. La obligación solidaria como una pluralidad de vínculos jurídicos

IV. La unidad del objeto o identidad de la prestación

V. Conclusiones

Bibliografía citada

Jurisprudencia citada

## **4. La obligación solidaria pasiva y el debido proceso**

I. LAS OBLIGACIONES SUBJETIVAMENTE COMPLEJAS

II. LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS, SIMPLEMENTE CONJUNTAS, *IN SOLIDUM* O CONCURRENTES

III. LA ESTRUCTURA DE LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA

IV. EL PROBLEMA DE LAS CAUSAS QUE LA ORIGINAN

V. *IUS ELECTIONIS* Y EL *IUS VARIANDI*

VI. EL CONCEPTO DE PARTE PROCESAL Y SU RELEVANCIA

VII. LOS EFECTOS PROCESALES DE LA LITISPENDENCIA *IN GENERE*

VIII. LOS EFECTOS MATERIALES DE LA LITISPENDENCIA *IN GENERE*

IX. LA LITISPENDENCIA *IN SPECIE*

X. EL PRINCIPIO DE LA BILATERALIDAD Y SU PROYECCIÓN

XI. LITISCONSORCIO, LEGITIMACIÓN Y OBLIGACIONES SOLIDARIAS

XII. EL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN

XIII. COSA JUZGADA Y CODEUDORES SOLIDARIOS

XIV. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA

XV. Conclusiones

Bibliografía citada

Normas Citadas

## **5. Obligaciones solidarias y cosa juzgada en el juicio ejecutivo**

I. La cosa juzgada en la solidaridad pasiva

II. Cuestiones previas

1. Efectos negativos, positivos y reflejos de la sentencia judicial

2. Abandono de la tesis del mandato o representación

3. Presupuesto común: que se trate de codeudores solidarios

III. Cosa juzgada de la sentencia en juicio ejecutivo de deuda solidaria

1. Efecto positivo

2. Efecto negativo

IV. ...¿Y en las relaciones internas (entre los codeudores)?

V. Conclusiones

Bibliografía citada

Jurisprudencia citada

## **6. «Se obliga como fiador y codeudor solidario»: revisión del alcance de una cláusula usual en la contratación chilena**

I. La interpretación tradicional y sus consecuencias

II. La cuestión en la jurisprudencia

III. Crítica a la interpretación tradicional

IV. Hacia una nueva lectura de la cláusula

1. El «fiador y codeudor solidario» es un fiador solidario

2. La fianza solidaria es más que una fianza sin beneficio de excusión

V. Consecuencias de esta configuración de la fianza solidaria

1. Consecuencias en cuanto a la conformación de la fianza

2. Contribución a la deuda (relaciones entre el fiador solidario y el deudor)

3. Obligación a la deuda (relaciones del fiador solidario con el acreedor)

## **7. La solidaridad pasiva derivada de responsabilidad civil**

I. La responsabilidad civil como fuente de la solidaridad

1. Fuentes de la solidaridad

2. Modalidades de responsabilidad extracontractual solidaria

II. Obligación a la deuda solidaria derivada de responsabilidad

1. Formas de reparación: en naturaleza o en equivalente

2. Demanda conjunta o individual

3. Excepciones o defensas de los responsables demandados

4. Efectos de la sentencia condenatoria

5. Interrupción de la prescripción

III. Contribución a la deuda

1. Diversas formas de contribución
2. Prescripción de la acción de reembolso
3. Prejudicialidad de la sentencia condenatoria

#### IV. Reflexión final

### **8. La responsabilidad solidaria de los coautores de un ilícito extracontractual**

#### I. El origen romano

#### II. La divergencia en el período de la codificación

#### III. Su consagración en el art. 2317 del Código Civil chileno

#### IV. Requisitos de la solidaridad

1. Unidad del hecho: «un delito o cuasidelito»
  - a) Enunciación legal
  - b) Casos en los que no se da la unidad de hecho
2. Pluralidad de autores
  - a) Enunciación legal
  - b) Autores materiales concertados e inductores
  - c) El caso de los cómplices
  - d) El caso de los encubridores
  - e) Personas jurídicas
3. Que la reparación sea de objeto único y divisible
4. Que la ley no disponga lo contrario

#### V. Obligación a la deuda de los solidariamente responsables

1. Breve explicación
2. La responsabilidad solidaria antes de su declaración judicial
3. La responsabilidad solidaria declarada por sentencia judicial

#### VI. Contribución a la deuda entre los solidariamente responsables

1. Procedencia
2. Posibilidad de división de la deuda

### 3. Formas de contribución

## VII. Algunos supuestos especiales

### 1. Hecho ilícito complejo

#### a) Caracterización

#### b) Requisitos del hecho ilícito complejo

#### c) Aplicación de las exigencias comunes a la responsabilidad civil, en especial el daño

#### d) El hecho ilícito complejo en la jurisprudencia

#### e) La administración fraudulenta o negligente como ejemplo de ilícito complejo

#### f) Solidaridad entre los partícipes de un hecho ilícito complejo

### 2. Concurrencia de hechos ilícitos diversos en la causación de un daño

### 3. Concurrencia de diversos regímenes de responsabilidad

### 4. Daños producidos por un integrante desconocido de un grupo

### 5. Daños producidos por grupos de personas con responsable directo determinado

## **9. Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes**

### I. Planteamiento jurisprudencial

### II. Antecedentes y desarrollo de las obligaciones concurrentes

#### 1. Los vestigios procedentes del Derecho romano

#### 2. El surgimiento de la idea en la doctrina y jurisprudencia francesa: de la solidaridad imperfecta a la obligación in solidum

#### 3. Su recepción en otras legislaciones

#### 4. Actitud negativa de la doctrina chilena

#### 5. Hacia una aceptación de las obligaciones por el total no solidarias en el Derecho chileno

### III. Supuestos de obligaciones concurrentes

#### 1. Obligaciones concurrentes por participación en la causación de un mismo daño

#### 2. Obligación de responder por el hecho ajeno

#### 3. Obligaciones surgidas de responsabilidad derivada de fuentes diversas

#### 4. Obligaciones por el daño a cosas cubiertas por seguros

5. Obligaciones surgidas por la consagración de una acción directa

6. ¿Obligación de alimentos de varios alimentantes?

IV. Similitudes y diferencias con las obligaciones solidarias

V. Estructura y efectos

## **10. Las defensas contradictorias entre litisconsortes en las obligaciones solidarias y concurrentes**

I. La diversidad de defensas entre codemandados

II. El derecho a rendir prueba contra un codemandado

III. Un examen de los medios de prueba en particular

1. La prueba documental

2. La exhibición de documentos

3. La prueba testimonial

4. La confesión de parte o absolución de posiciones

5. El informe de peritos

IV. El abandono de procedimiento y colitigantes

V. Equivalentes jurisdiccionales y colitigantes

VI. Problemas en la determinación del juez natural

VII. Las costas y los colitigantes