

*SECCION V.—De las obligaciones solidarias (2)*

*ARTICULO 1.—De la solidaridad entre coacreedores.*

§ I.—DEFINICION Y CARACTERES.

251. De ordinario, no hay en una obligación más que un solo acreedor y un solo deudor; pero puede suceder, sin embargo, que haya varios acreedores; la definición misma que el Código da del contrato lo dice: una persona puede obligarse para con una ó “varias” otras, á dar ó hacer alguna cosa. Si dos personas figuran como acreedores en una obligación, se le llama conjunto. En principio la obligación contraída en provecho de varias personas se divide entre los acreedores, de suerte que hay tantos créditos distintos cuantos son los acreedores. Esto sucede frecuentemente cuando el acreedor único muere dejando varios herederos; los créditos del difunto pasan á sus sucesores uni-

1 Durantón, t. XI, pág. 168, núm. 148. Colmet de Santerre, t. V, págs. 197 y siguientes, núm. 121 bis, I. Demolombe, t. XXVI, página 70, núm. 88.

2 Rodiere, *De la Solidaridad y de la indivisibilidad*. París, 1852, 1 vol. en 8°).

versales, mas dividiéndose entre ellos, de suerte que cada heredero se considera como un acreedor distinto. Ya hemos dicho tratando "De las sucesiones" cuál es el motivo de esta división de créditos que se hace de pleno derecho, en virtud de la ley. Puede haber también varios acreedores en virtud del contrato. Si hay dos acreedores, cada uno tiene derecho solo á la mitad de la cosa que es objeto del contrato. La razón está en que cada uno conciente en estipular solamente para sí y para su propio interés, y, por tanto, cada uno de los acreedores que estipula una misma cosa tiene la intención de estipular una parte en su provecho. ¿Cuál es en general esta parte? Teniendo cada uno de los acreedores igual interés, las partes deben ser iguales; esto es lo que se llama partes iguales porque se determinan por el número de las personas que estipulan en un contrato. (1)

252. El principio de la división del crédito entre los acreedores tiene consecuencias importantes. Desde luego no puede reclamar cada acreedor más que su parte en el crédito. La ley lo dice de los herederos del acreedor (artículo 1,220), y lo mismo es si hay varios acreedores en virtud del contrato; si la ley no lo dice, es porque este caso no se presenta seguido. No tiene el derecho de recibir su parte en el crédito cada uno de los acreedores, y el deudor no debe pagar más que la parte que le corresponde á cada uno.

Puesto que no puede demandar cada acreedor más que su parte, se sigue que si éste interrumpe la prescripción, no la interrumpe más que por su parte. Por mejor decir, hay tantos créditos como acreedores, y lo que uno hace para conservar su derecho no puede aprovechar á los otros. Cada uno debe velar por sus intereses, y lo que hace uno es extraño á los otros; poco importa que estén unidos, por-

1 Toullier, t. III, 2, pág. 531, núm. 702, y pág. 440, núm. 710.

que sus intereses y sus derechos no son menos divididos y distintos.

Por la misma razón, si uno de los acreedores conjuntivos constituye en mora al deudor, la demora no produce efecto más que entre las dos partes, siendo extraña á los otros acreedores. Si, pues uno de los acreedores demanda los intereses al deudor, no corre más que en favor del acreedor.

Si el deudor paga á uno ó varios acreedores conjuntivos y queda en seguida insolvente, los acreedores no pagados no tendrán ningún recurso contra los que recibieron su pago, porque éstos recibieron lo que se les debía. (1)

253. Estos principios tienen excepción cuando los acreedores son solidarios. ¿En qué consiste la solidaridad? Toullier dice que es el derecho que tiene cada uno de los acreedores de hacerse pagar toda la deuda. M. Larombière combate esta definición diciendo que la solidaridad es una "ficción" de la "ley" que hace que el crédito se considere perteneciente á uno solo. ¿La solidaridad de una "ficción!" Esta resulta de la voluntad de las partes contraentes y no de la ley; ¿pero se ha dado jamás el nombre de "ficción" á lo que las partes quieren? Esto es lo que las partes quieren y no lo que M. Larombière les hace querer. No es exacto que el crédito se considere como perteneciente á uno solo; éste es el principio romano; mientras que el principio francés es todo lo contrario, como lo diremos más adelante. M. Demolombe, descontento de estas definiciones, propone la suya: la solidaridad, dice, es cierto conjunto, particularmente enérgico. Los acreedores solidarios son, pues, conjuntivos; esto es evidente, puesto que se dice que la solidaridad es una modificación de la obligación conjuntiva. ¿Mas en qué consiste esta conjunción tan enér-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 14, pfo. 298 *bis*. Demolombe, t. XXVI, pág. 85, núm. 116.

gica? “Es un conjunto revestido de tal carácter, que las partes interesadas en la obligación, tiene cada una acreedores, que en lugar de dividirse, se reúnen, y, *por decirlo así*, se condenan, de manera que forman tantas obligaciones individuales cuantos son los acreedores, y al mismo tiempo que no forman conjunto, en *grupo* que los ligue, no hay más que una obligación única, á cuya extinción una sola prestación será suficiente. (1) Dudamos que esta prescripción, algo poética, dé una idea de la solidaridad á los que ignoran lo que se entiende por ésto entre coacreedores. M. Demolombe comienza por recordar el antiguo adagio que dice que toda definición, en derecho, es “peligrosa;” podrá agregar osadamente “inútil” cuando la ley misma dice lo que él ha dicho. Preferimos el texto del art. 1,198 á la paráfrasis que acabamos de transcribir: La obligación es solidaria entre varios acreedores cuando el título da expresamente á cada uno de ellos el derecho de demandar el pago de todo el crédito, y que el pago hecho á uno de ellos libra al deudor, aunque el beneficio de la obligación sea divisible entre los diversos acreedores.”

254. Resulta del art. 1,197, que la solidaridad entre coacreedores es, en principio, estipulada. El Código no dice que resulta de la ley, como lo dice de la solidaridad entre codeudores (art. 1,202). En efecto, no hay caso alguno de solidaridad legal entre coacreedores. Los autores dicen que puede ser establecida por el testador; es cierto que la ley no lo dice, pero teniendo el testador pleno poder para disponer de sus bienes como quiera, es cierto que podrá nombrar muchos legatarios solidarios. (2) Hacemos á un lado la solidaridad testamentaria, limitándonos á la que

1 Larombière, t. II, pág. 557, núm. 13 del art. 1,197 (Ed. B., tomo II, pág. 26).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 259. Demolombe, t. XXVI, pág. 102, núm. 133.

se estipula por las partes contratantes. Pothier dice: "Esta solidaridad entre acreedores es de uso muy raro entre nosotros."

El orador del Tribunalado dice, igualmente, que el caso de esta solidaridad es, en extremo, raro. (1) Esto se comprende perfectamente. Los acreedores ningún interés tienen en estipular la solidaridad, y es, sin embargo, en su provecho, cuando se establece. Toda la ventaja que resulta es, que cada uno de ellos podrá demandar el pago total del crédito, lo que facilita el cobro. Pero un mandato les daría la misma ventaja sin presentar los inconvenientes de una estipulación solidaria. El mandato que se da á los acreedores solidarios, es irrevocable y pasa á los herederos. Y los acreedores tienen interés en poder revocar el mandato cuando haya causas legítimas de revocación, y no están dispuestos á transmitir á los herederos que no conocen el mandato de confianza, que ellos consienten en darse entre sí. (2)

255. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya solidaridad? Se necesita que muchas personas estipulen la misma cosa, del mismo dueño, al mismo tiempo y con la intención evidente de que la cosa será debida del todo, á cada una de ellas, y, sin embargo, de manera que no haya más de una obligación respecto á todos, considerados colectivamente. (3)

Los diversos acreedores deben estipular la misma cosa para que haya solidaridad; si cada uno estipula cosas distintas, aunque del mismo dueño y al mismo tiempo, habrá tantas deudas distintas como cosas estipuladas, pues la diversidad de los objetos contratados supone la división de

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 259. Mouricault, *Discurso* núm. 33 (Loché, t. VI, pág. 247).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 203, núms. 128 y 128 bis, I.

3 Durantón, t. XI, pág. 178, núms. 163 y 164.

las obligaciones; en tanto que en la obligación solidaria no hay dos ó más obligaciones sino una sola.

Es necesario que haya también identidad de personas, pues si dos personas distintas estipulan separadamente la misma cosa del mismo dueño y al mismo tiempo, no habrá solidaridad, sino tantas obligaciones diversas como haya acreedores diversos; la diversidad de personas que estipulan separadamente, excluye toda solidaridad.

Tampoco habría solidaridad si las mismas personas estipulasen con el mismo deudor la misma cosa, pero ni aun cuando fuese en tiempo diferente, pues la diferencia de tiempo supone la diversidad de las obligaciones.

Por fin, dice el art. 1,197 que el título da "expresamente" á cada uno de los acreedores el derecho de demandar el total del crédito. La palabra "expresamente" debe ser entendida en el sentido de que la ley no admite solidaridad tácita, pues debe haber una declaración de voluntad en términos expresos; no hay términos sacramentales, pero sí debe haber términos que no dejen lugar á duda sobre la intención de las partes contratantes. Esto resulta de la naturaleza misma de la solidaridad. Es una excepción al derecho común, y toda excepción debe ser formalmente estipulada. En caso de solidaridad, hay, además, una razón para interpretar restrictivamente los contratos, y es que la solidaridad entre acreedores es tan rara, que no se cita ejemplo alguno, en materia civil; no se la encuentra más que en las obligaciones mercantiles. Debe, pues, admitirse difícilmente que los acreedores estipulen solidaridad.

256. Según estos principios es como debe decidirse la cuestión de saber, si en los contratos sinalagmáticos la estipulación de solidaridad se aplica á los derechos lo mismo que á las obligaciones. Pedro y Pablo venden solidariamente una cosa que les pertenece: los vendedores son al mismo tiempo, deudores y acreedores; ¿serán acreedores

solidarios, lo mismo que deudores solidarios? La cuestión es controvertida; se admite que los vendedores son deudores solidarios, ¿pero serán también acreedores solidarios? Sobre este punto hay alguna duda. Nos parece que la duda sola, resuelve la cuestión. La ley exige que la solidaridad se estipule expresamente, y, por tanto, cuando haya duda sobre el punto de saber si la solidaridad es expresa, ciertamente que no puede ser cuestión de solidaridad. (1)

## § II.—DERECHOS DE LOS COACREEDORES SOLIDARIOS.

### *Núm. 1. Principio.*

257. En derecho romano, cada acreedor solidario fué considerado, en sus relaciones con el deudor, como único acreedor; él era, pues, el dueño del crédito, y, por consiguiente, podía extinguirlo, no sólo por el pago, sino también por cualquier medio legal. En cuanto á las relaciones de los acreedores entre sí, no se admiten, salvo pacto en contrario, sino á los que fuesen asociados; de suerte que si uno de ellos recibía el pago de todo el crédito no respondía á los otros acreedores, á menos que estos probasen que había sociedad entre ellos en cuanto al importe del crédito. (2)

¿Este principio fué seguido en el antiguo derecho francés? Se dice que el antiguo derecho admitió la doctrina romana, al menos, en el sentido de que concedió á cada uno de los acreedores solidarios los mismos derechos contra el deudor, como si fuese un solo acreedor. (3) Esto no es del todo exacto. Más cierto sería decir que el antiguo derecho tendió á desechar el rigor romano y á limitarse á la

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 104, núm. 138. En sentido contrario, Durantón, t. XI, pág. 182, núm. 169.

2 Nainur, *Institutas*, t. I, pág. 294, núm. 216.

3 Demolombe, t. XXVI, pág. 110, núm. 143.

doctrina que el Código ha consagrado. Pothier no expone en términos formales el principio romano; se explica solamente sobre la cuestión de saber si cada uno de los acreedores puede hacer remisión de la deuda y la decide según el principio de los jurisconsultos romanos; siendo acreedor cada uno de los acreedores, por el total, puede hacer la remisión de la deuda, como extinguir la recibiendo el pago total. Domat es más explícito. Comienza por decir que la solidaridad entre muchos acreedores no tiene el efecto de que cada uno de ellos pueda apropiarse la deuda entera privando á los otros; "consiste solamente" en que cada uno tiene el derecho de demandar y recibir el total, y el deudor pagando á uno solo, excluye la demora respecto de los otros. Esto es lo que dijo poco después el art. 1,197 del Código Civil. Domat permite, sin embargo, á cada acreedor hacer novación, pero acaba por negar el principio romano, diciendo que uno de los acreedores nada puede hacer con perjuicio de los otros; (1) este es el principio moderno.

258. Sucede con la innovación lo que con muchas otras cosas; no está claramente marcada en los textos ni en los trabajos preparatorios: el legislador no procede por principios, sino por decisiones especiales. Lo que preocupa únicamente á los autores del Código es saber si uno de los acreedores podrá hacer remisión de la deuda. Parece, dice Bigot-Prámeneu, que pudiendo cada uno de los acreedores, exigir el total de la deuda, debe concluirse que tiene también el derecho de hacer remisión al deudor. En cierta opinión se dice que la remisión de la deuda está entre los medios de liberación; que cada uno de los acreedores "parece ser," con relación al deudor, el único acreedor. Esta es la teoría romana, dice el orador del Gobierno, y la de

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 260. Domat, pág. 234, sec. 2ª, arts. I, IV y VI.

secha como poco conforme á la "equidad." ¿Cuál es, pues, el nuevo principio? Bigot-Préameneu responde: "Debe seguirse la intención presunta de las partes. Cada acreedor solidario tiene derecho de *exigir el cumplimiento del contrato*. La remisión de la deuda es cosa distinta del cumplimiento y equivale á volver de gratuito un contrato que es oneroso; y nadie puede ser liberal sino con *lo que le pertenece*." Los motivos de decidir, prueban que el legislador procede de un nuevo principio. No admite que cada acreedor puede disponer en propiedad del crédito, y si no lo puede, es porque, en realidad, el crédito "no le pertenece." Pertenece, pues, á todos, es decir, que están asociados para el beneficio del crédito, y sólo tiene cada uno de ellos, el derecho de "exigir el cumplimiento del contrato," ó sea, lo que es útil á todos. El orador del Tribunado se expresa en el mismo sentido, pero de una manera más explícita. Este también, examinando la cuestión de la remisión, que Mouricault establece, expone un principio nuevo: "La solidaridad, dice, no se establece verdaderamente entre los acreedores, sino para autorizar á cada uno de ellos á hacer lo que exija el bien común y para constituirlos, al efecto, mandatarios recíprocos; debe concluirse que siendo la remisión un acto extraño al interés común, un acto gratuito, personal á aquel que lo quiere ejercer, es absolutamente independiente de la misión de cada uno." (1)

El nuevo principio es, pues, éste: los acreedores solidarios están asociados para el beneficio de la obligación; hé ahí por qué el art. 1,197 dispone, contra el derecho romano, que este beneficio se divide entre los acreedores. Como asociado, cada uno de ellos debe obrar en el "interés co-

1 Exposición de Motivos, núm. 38 (Loché, t. VI, pág. 161); Informe de Favard, núm. 68 (Loché, pág. 198). Discurso de Mouricault, núm. 38 (Loché, pág. 247).

mún," tiene "mandato" de hacer todo lo que es ventajoso á sus coacreedores, pero nada puede hacer de lo que pudiera perjudicarles. (1)

*Núm. 2. Lo que pueden hacer los acreedores.*

259. Cada uno de los acreedores, dice el art. 1,197, tiene el derecho de demandar el total del crédito. "Este es el objeto de la estipulación solidaria." ¿El derecho de exigir el pago total es correlativo á la obligación del deudor de pagar el todo? ¿Esta obligación es también un derecho? El art. 1,198 responde que queda á la elección del deudor pagar á uno ó á otro de los acreedores solidarios. Esto está conforme con la intención de las partes contratantes, puesto que han querido asegurar el pago íntegro del crédito, y este objeto se cumple desde que el deudor paga toda la deuda á uno de los acreedores. ¿Pero qué debe decidirse si uno de los acreedores persigue al deudor? ¿Podrá este también pagar á otro acreedor? El art. 1,198 lo obliga á pagar al acreedor demandante. Se ha criticado ésta disposición como participando de los principios particulares del procedimiento romano, y se ha dicho que los autores del Código erraron al seguir la tradición en este punto. (2) Nos parece que la decisión del Código es muy racional. Es un derecho del acreedor demandar el total del crédito, y, por tanto, desde que uno de los acreedores persigue al deudor, éste tiene obligación de pagarle.

Inútilmente se objeta que el acreedor al perseguir no tiene interés en que el pago se le haga á él más bien que á cualquier otro acreedor. El acreedor puede responder con el viejo adagio: "Vale más tener, que correr." Si recibe el

1 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 204, núms. 128 bis, II, y 129 bis. Aubry y Rau, t. IV, pág. 16, nota 4, pfo. 298 bis.

2 Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 437, núm. 1,922. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. III, pág. 350, nota 3.

total, puede retener lo que le pertenece en el crédito, en tanto que tendría que demandar su parte á su coacreedor que cobrara íntegro el crédito.

Debe, pues, rechazarse sin vacilar la opinión emitida por buenos autores que enseñan, que si después de intentada la acción por uno de los acreedores solidarios, se presenta otro al deudor, portador del título constitutivo de la obligación el pago hecho á éste libra al deudor, respecto de los otros acreedores. (1) Esto está en oposición formal con el art. 1,197 y á los tribunales no toca derogar la ley, es decir, modificarlas. (2)

260. ¿Puede el deudor oponer la excepción de división al acreedor que le persigue? Hé ahí una cuestión que admira ver discutida, y más aun admira verla resuelta afirmativamente. El art. 1,197, dice que lo que caracteriza la obligación solidaria entre los acreedores, es que cada uno de ellos tiene el derecho de demandar el pago total del crédito, y el derecho del acreedor, supone, por consiguiente, la obligación del deudor de pagar toda la deuda. Sin embargo, Rodière y con él Larombière, enseñan que aun después de la demanda de un acreedor puede el deudor pagar á otro acreedor su parte en el crédito, á menos que el acreedor demandante pruebe que el crédito le pertenece del todo. (3) Si puede dividirse el pago cuando es demandado, con mayor razón podrá serlo cuando no hay demanda alguna.

¿Qué llega á ser entonces la solidaridad? Quien dice solidaridad dice que el pago no puede dividirse, y, por tan-

1 Moulón, t. II, pág. 559. Colmet de Santerte, t. V, pág. 204, número 129 bis. Demolombe, t. XXVI, pág. 121, núm. 159.

2 Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 432, núm. 1,922.

3 Rodière, pág. 26, núm. 15. Larombière, t. II, pág. 567, núm. 7 del art. 1,197 (Ed. B., t. II, pág. 23). En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 126, núm. 166.

to, es un verdadero absurdo pretender que sin atención á las circunstancias, el deudor tiene el derecho de hacer un pago parcial. Inútilmente se dice que dividiéndose el crédito entre los acreedores, puede el deudor pagar á cada uno lo que le pertenece en el crédito. Lo que le pase entre los acreedores no importa al deudor, éste está obligado por total, lo que excluye toda división.

261. ¿Qué debe decidirse respecto á los herederos de las partes contratantes? Los herederos suceden en todos los derechos y obligaciones de su autor, pero las deudas y los créditos se dividen, y la solidaridad no impide la obligación de la división. Si, pues el acreedor muere, déjanos un solo heredero, éste tendrá el mismo derecho que el difunto, pero si hay muchos herederos el crédito se dividirá entre ellos y cada uno sólo podrá demandar su parte hereditaria. (1)

262. La ley no dice que la demanda formada por uno de los acreedores haga correr los intereses respecto de todos, pero esto es admitido por todo el mundo. Es una consecuencia de los principios que rigen los intereses y las obligaciones solidarias. Los intereses se deben desde el día de la "demanda" (art. 1,153); y, por tanto, el crédito tal como es demandado, producirá interés á partir de este día; y como el acreedor solidario tiene el derecho de demandar el total de el crédito, todo el crédito producirá interés. Esto está también de acuerdo con los principios de la solidaridad. Los acreedores solidarios se dan mandato para hacer todo lo que sea en beneficio común, y esto, necesariamente, comprende la demanda y las consecuencias que resulten. (2)

263. "Todo acto que interrumpe la prescripción respec-

1 Aubruy y Rau, t. IV, pág. 16, nota 5, pfo. 298 bis, y los autores que citan.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 210, núm. 131 bis, I.

to de uno de los acreedores solidarios, aprovecha á los otros" (art. 1,199). Los acreedores solidarios se dan recíprocamente mandato para hacer todo lo que ceda en beneficio común, y ante todo, importa impedir la prescripción para conservar el crédito. Así, pues, deben tener el derecho de ejecutar los actos que la interrumpen. En el título "De la Prescripción" diremos cuáles son estos actos.

Si uno de los acreedores muere dejando varios herederos, el acreedor se divide entre ellos, de donde se sigue que cada uno de los herederos, solo puede demandar su parte hereditaria en el crédito (núm. 261); y, por tanto, sólo puede interrumpir la prescripción por esta parte: En este caso, la prescripción no será interrumpida respecto de los otros herederos, ni lo será tampoco respecto de los otros coacreedores, sino por la parte del heredero en el crédito. El Código lo dice así para la solidaridad entre codeudores (art. 2,249); y la misma razón hay para decidirlo respecto de los coacreedores solidarios: esta es la aplicación del principio, en virtud del cual, la solidaridad no hace indivisible la deuda ó el crédito, y desde que hay división, la interrupción de la prescripción sólo puede hacerse por la parte dividida de cada heredero, en la deuda ó en el crédito. (1)

264. La prescripción se suspende en provecho de uno de los acreedores solidarios, por efecto de su menor edad; ¿los otros acreedores podrán alegar esta suspensión? Esta cuestión es muy controvertida. Creemos que el texto del Código Civil la decide negativamente. En los términos del art. 2,251, "la prescripción corre contra toda persona, á menos que esté comprendida en alguna excepción establecida por la ley." No hay excepción sino en virtud de un texto formal, y, por tanto, debe verse si hay un texto que suspenda la prescripción en provecho de todos los acree-

1 Durantón, t. XI, pág. 199, núm. 180 y todos los autores.

go del crédito, no quiere decir que esta demanda aprovechará necesariamente á sus coacreedores? Se olvida que se trata de un derecho divisible, y, que, por consiguiente, los acreedores que no han obrado han perdido en parte el crédito, pues extinguiéndose su derecho no puede decirse ya que dan mandato al acreedor menor para demandar su parte, puesto que ya no la tienen; y no siendo ya mandatario, el acreedor menor no puede obrar más que por la parte que la suspensión de la prescripción le ha conservado. Esto nos parece decisivo.

Por fin, se invoca en favor de los acreedores el principio de la solidaridad, pero se le invoca falsamente. M. Larombière niega la teoría del mandato; según él, todos los acreedores deben reputarse como uno solo de una sola deuda. (1) Así, cada acreedor solidario sería considerado como un solo y único acreedor! Este es el principio romano, y los autores del Código han rechazado este principio reemplazándolo por el de una sociedad existente entre los acreedores; de donde se sigue que no cada uno es acreedor único, sino mandatario de sus coacreedores. Creemos inútil insistir sobre una objeción que es contraria á la teoría del Código.

*Núm 3. Lo que no pueden hacer los acreedores.*

265. Según el art. 1,198, uno de los acreedores no puede hacer remisión de toda la deuda. Hemos dicho más arriba (núm. 258) los motivos que los oradores del Gobierno y del Tribunado han dado para justificar esta derogación al derecho romano: éstos son nada menos que un nuevo principio. Estando los acreedores asociados en un interés común, se dan todos mandato para demandar el pago y ha-

1 Larombière, t. II, pág. 577, núm. 3 del art. 1,199 Ed., B., tomo II, pág. 33).

cer lo que es provechoso á todos; pero no son dueños del crédito, sólo tienen, cada uno, una parte, y, por tanto, sólo puede disponer de esta parte. El art. 1,198 aplica este principio á la remisión; se supone que la remisión es gratuita; los acreedores que estipulan la solidaridad en su interés, no creen ciertamente que uno de ellos disponga del crédito á título gratuito, aunque cada uno es libre de hacerlo por su parte en el crédito. La remisión, pues, no es nula y el deudor queda libre por la parte del acreedor que le ha hecho la remisión; esto es una extinción parcial de la deuda, y no pudiendo ya los otros acreedores demandar el pago total, deben deducir la parte del que ha hecho la remisión.

266. "La promesa dada por uno de los acreedores solidarios al deudor, no libra á éste más que por la parte del acreedor" (art. 1,365, segunda parte). Esta disposición es una consecuencia del nuevo principio que el art. 1,198 ha consagrado implícitamente. Cada uno de los acreedores sólo puede hacer lo que es útil á todos; no puede, por tanto, disponer del crédito ni directa ni indirectamente y es disponer indirectamente dar la promesa al deudor. En efecto, la declaración de la promesa supone una transacción en virtud de la cual el acreedor consiente en no perseguir al deudor por lo que debe; esta es, pues, una remisión en virtud de la transacción, una renuncia al derecho reclamado contra el deudor. Es libre el acreedor de renunciar al derecho que le pertenece, pero no puede renunciar el derecho de sus coacreedores. Por otra parte, la declaración de la promesa, supone que el acreedor tiene confianza en la probidad del deudor, y esta confianza es un sentimiento personal; el mandato que los acreedores solidarios se dan, no significa que uno de ellos pueda perder el crédito, prestando imprudentemente la promesa al deudor.

dor, y, por tanto, éste sólo quedará libre de la parte del acreedor demandante en la deuda. (1)

267. Tales son las únicas disposiciones que reclaman el nuevo principio aplicándole. ¿Es esto decir que el principio sólo recibe aplicación en la remisión de la deuda y en la denuncia de la promesa? No, ciertamente. Cuando el legislador rechaza un principio del antiguo derecho y le reemplaza por un principio contrario, la nueva regla, como todo principio debe aplicarse en todos los casos en que no hay excepción. Sería ilógico, en alto grado, sostener el antiguo principio para los casos no previstos especialmente, pues de la coexistencia de dos principios contrarios, resultarían consecuencias contradictorias, sin que estas diferencias tuvieran razón de ser. Esto no tiene duda; pero la dificultad está en determinar los casos en que el principio debe recibir su aplicación. Vamos á examinarlos.

268. La compensación es uno de los más dudosos. ¿Si uno de los acreedores solidarios llega á ser deudor del deudor, el crédito se extinguirá del todo ó solamente por la parte que el acreedor deba al deudor en el crédito? A nuestra vista, la compensación no tiene lugar por el todo. Es cierto que la compensación es un pago y que se rige por los principios del pago, de donde se sigue que teniendo el deudor la elección, para pagar á uno ó á otro de los acreedores solidarios, mientras no haya sido requerido por uno de ellos, puede pagar, por vía de compensación al acreedor que ha llegado á ser su deudor. Por mejor decir, la compensación tiene lugar de pleno derecho por la sólo fuerza de la ley (art. 1,290), y, por tanto, desde el instante en que el deudor llega á ser acreedor de uno de los acreedores solidarios, la deuda se extingue. Hé ahí el motivo para dudar. Esto supone que las condiciones requeridas para la compensación, existen; siendo así, que falta

<sup>1</sup> Colmet de Santerre, t. V, pág. 206, núm. 130 bis, II.

la principal; el deudor de un crédito solidario de 12,000 francos que llega á ser acreedor de una suma igual de uno de los tres acreedores solidarios, es también acreedor de 12,000 francos; pero el acreedor solidario al que opone la compensación, no es acreedor de una suma de 12,000 francos, sino solamente de la tercera parte, es decir, de 4,000 francos; la compensación se obrará, pues, por una tercera parte, pero no se obrará por las otras dos que pertenecen á los otros acreedores. En efecto, los acreedores solidarios no lo son, cada uno, de todo el crédito, pues cada uno de ellos es simplemente mandatario de sus coacreedores para cobrar todo el crédito, pero no es propietario más que de su parte. Y para compensar un crédito debe ser propietario de todo él; el deudor que llega á ser acreedor de 12,000 francos, tampoco puede oponer al acreedor solidario la compensación por el crédito solidario de 12,000 francos, puesto que en este crédito el acreedor solidario sólo tiene una tercera parte, y, por tanto, la compensación sólo puede hacerse por un tercio. (1)

La opinión contraria es más generalmente seguida. Lo que ha comprometido la doctrina que defendemos, es que se la ha sostenido con malas razones. Nosotros invocamos el art. 1,294, en cuyos términos "el deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe á su deudor." Se ha errado valiéndose de esta disposición; diremos al tratar de la compensación, que el art. 1,294, es una derogación á los verdaderos principios, derogación, que es muy difícil explicar; esta es, pues, una excepción que debe restringirse en los términos precisos de la ley, lejos de extenderla á la solidaridad entre acreedores. Esto prueba que hay que guardarse de alegar razones, al menos dudo-

1 Massé, *Derecho Comercial*, t. III, pág. 442, núm. 1,931. Delvincourt, t. II, pág. 500. Marcañé, t. IV, pág. 467, núm. 1 del artículo 1,198. Compárese Durantón, t. XI, pág. 195, núm. 178.

sas, en apoyo de una causa, que puede tasparse y que en todo caso, no recibe fuerza alguna.

Se hace contra nuestra opinión una objeción muy espiciosa: el deudor tiene el derecho de pagar toda la deuda al acreedor que quiera elegir, y compensar es pagar ¿por qué exigir que el deudor comience por pagar al acreedor solidario una deuda de 12,000 francos en especie, cuando puede forzarle á compensarla inmediatamente, puesto que ha llegado á ser su acreedor por una suma idéntica? ¿A qué vienen estas tradiciones inútiles? ¿No es esto para evitarlas cuando el legislador ha establecido la compensación? Nosotros respondemos que la objeción no tiene en cuenta la naturaleza particular de la obligación solidaria. ¿Por qué puede demandar el acreedor solidario el total del crédito, y por qué el deudor puede pagarlo, á su elección, á cualquiera de los acreedores? Por que el pago hecho á uno aprovecha á todos.

Esto supone un pago real de efectos ó de valores que quedan al acreedor á quien le son remitidos, lo cual excluye la compensación. En efecto, la compensación no ofrece á todos los acreedores la ventaja de procurarles el pago. El acreedor en cuya persona se hace la compensación puede ser insolvente y en este caso, la extensión del crédito por vía de compensación hará nulos los derechos de los coacreedores; mientras que en caso de pago real pueden tomar medidas de conservación ejecutando inmediatamente embargos. Este es, pues, el caso de aplicar el nuevo principio de que la compensación no puede ser opuesta más que á uno de los acreedores para extender toda la deuda, porque perjudicaría á los otros acreedores. Es decisivo que la solidaridad no debe ni puede producir efectos ventajosos á todos los acreedores. (1)

1 En sentido contrario, Colmet de Santerro, t. V, pág. 208, número 130 bis, IV. Larombière, t. II, pág. 568, núm. 8 del art. 1,198 (Ed. B., t. II, pág. 30), Demolombe, t. XXVI pág. 156, núm. 193.

269. Si uno de los acreedores hace innovación con el deudor cambiando la cosa debida por la persona del deudor, ¿la innovación se extenderá á la deuda con respecto á los otros acreedores? Sobre este punto no hay ninguna duda. La innovación implica una renuncia y el que innova debe tener el derecho de disponer del crédito que la innovación extingue. Pero el acreedor solidario no puede disponer más que del crédito de su parte y, por consiguiente, no puede innovar más que por un pacto, conservando, por consiguiente, los otros acreedores su derecho; deducción hecha de la parte del coacreedor que consiente en la innovación. (1)

Esto se aplica también á la transacción. El art. 2,045 dice que "para transigir es preciso poder disponer de los objetos comprendidos en la transacción." Los coacreedores no tienen poder de disponer sino de una de sus partes, y, por consiguiente, no pueden transigir más que por su parte. Esta doctrina está también fundada en razón. La solidaridad se estipula para facilitar el recobro del crédito asegurando la conservación. No se puede suponer que se dé á los acreedores poder de transigir, es decir, de abandonar una parte de sus derechos. (2)

Otra es la cuestión de saber si los coacreedores pueden valerse de la innovación y de la transacción suponiendo que les sea favorable. La cuestión es controvertida y hay alguna duda. A primera vista se podría creer que es éste el caso de aplicar el principio de la solidaridad y del poder que implica. Se da á los acreedores poder de hacer todo lo que les es ventajoso; y ¿se puede concluir de aquí, que ese poder comprende los actos de disposición mientras aproveche á los acreedores? En realidad esta opinión es contraria á la esencia misma de la solidaridad, porque los

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 17, nota 9 y los autores que citan.

2 Demolombe, t. XXVI, pág. 143, núm. 184.

coacreedores no son propietarios y no se les puede dar el poder de disponer de todo el crédito, porque esto sería transformar, bajo el nombre de poder, á los propietarios parciales en propietarios absolutos, y sería, pues, cambiar la naturaleza del derecho solidario. Sin duda, los propietarios pueden dar mandato para disponer, para enajenar; mas solo puede darlo en los límites de su derecho y es preciso para esto un poder expreso (art. 1,988). Así, pues, la sola extipulación de solidaridad no es suficiente, porque el poder que da á los coacreedores no siendo más que tácito, no se puede deducir que el mandatario tenga el derecho de disponer de la parte de sus coacreedores; no puede disponer más que de la suya. Desde que uno de los acreedores innova ó transige, hace un acto nulo con respecto á sus coacreedores porque estos no pueden aprovecharse. (1)

270. Uno de los acreedores solidarios se convierte en heredero único del deudor ó éste en heredero de uno de los acreedores. Si sobreviene una confusión en la persona del heredero de las propiedades del acreedor y del deudor, ¿cuál es el efecto de esta confusión? No hay duda de que el crédito no se extingue por la parte del acreedor, en la obligación. ¿Pero no se necesita ir muy lejos para decir que el crédito se extingue del todo como lo sería por el pago, quedando á salvo á los otros acreedores ejercer su acción contra su acreedor? La cuestión es controvertida. No vacilamos en decidir que la confusión no trae más que una extinción parcial de la deuda, y la razón es que no extingue realmente la deuda, pues solamente pone al acreedor en la imposibilidad de obrar, y esta imposibilidad existe en el caso, con respecto al acreedor hecho heredero del deudor, que no puede perseguirse á sí mismo,

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 207, núm. 130 bis, III. Demolombe t. XXVI, pág. 146, núm. 187. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. IV, pág. 17, nota 8, pfo. 298 bis y los autores que ellos citan.

pero que no impide á los otros acreedores que obren contra él en calidad del deudor y en virtud de su crédito, con todas las garantías que éste les da. Inútilmente diría el deudor que es también acreedor, y acreedor del total, y que, por consiguiente, ya no era deudor, porque se le respondería que no era exacto que fuera acreedor del total de la deuda, sino mandatario para demandar el pago de la deuda y conservarla, y no para extinguirla, porque esto perjudicaría á sus acreedores privándolos de las garantías ligadas á su crédito. (1)

271. Si el deudor obtiene un fallo contra uno de los acreedores solidarios, ¿podrá éste oponer el fallo á los otros acreedores por sus partes en el crédito? La cuestión es muy controvertida; mas nos parece que debe decidirse negativamente, sin ninguna duda, porque el fallo equivale á un acto de disposición, y los que no tienen facultad de disponer, tampoco la tienen, en general, de obrar en justicia. Es inconcuso que los acreedores solidarios no tienen facultad para disponer del crédito, y aunque se alega que la ley les reconoce implícitamente el derecho de perseguir al deudor judicialmente, dándole derecho de demandar el pago del crédito si el deudor no paga; es preciso, dicen, que el acreedor tenga el derecho de perseguirle. (2) Respondemos que esto es confundir dos actos de una naturaleza esencialmente distinta, porque demandar el pago es un acto de administración, y obrar judicialmente es un acto de disposición. Bajo el punto de vista de la solidaridad, sobre todo, el derecho de demandar el pago no implica el derecho de representar á los coacreedores judicialmente, porque se da á los acreedores un mandato limitado, por interés común, pues si el interés común exige

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 160, núm. 195 y los autores que él cita. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. V, pág. 209, número 130 bis, V.

2 Demolombe, t. XXVI, pág. 150, núm. 191 y los autores que cita.

que cada acreedor pueda recibir la totalidad de la deuda, no pueden estar interesados, ciertamente, en que después de la repulsa del deudor, se le persiga judicialmente. A ellos les toca juzgar si más bien que exponerse á pagar costas y á las dificultades de un proceso, les conviene transigir ó renunciar cuanto antes un derecho dudoso. Creemos inútil insistir, porque el principio de la solidaridad decide la cuestión. (1)

### § III.—OBLIGACIONES DE LOS ACREEDORES.

272. El nuevo principio que el Código ha establecido en cuanto á los derechos de los acreedores contra el deudor, se funda sobre la presunción de que los acreedores son asociados para el beneficio del crédito, de donde se infiere que ese beneficio es divisible entre ellos y que aquél de los acreedores que ha tocado el monto íntegro del crédito, está, pues, obligado á hacer participantes á sus coacreedores de lo que él recibió, dando á cada acreedor, salvo derogación, una parte igual en el monto del crédito. El Código no sienta este principio en términos formales, pero resulta de la innovación hecha por los arts. 1,198 y 1,365, así como de los trabajos preparatorios (núm. 258).

Se ha creído que el texto del art. 1,197 establece otro principio. Después de haber dicho que cada acreedor solidario tiene el derecho de demandar el pago total del crédito y el pago hecho á un librado del deudor, la ley agrega: "Aunque el beneficio de la obligación sea divisible entre los diversos acreedores." ¿Quiere esto decir que es preciso un contrato para que el beneficio pueda dividirse? Nó, porque el artículo no habla de contrato, supone, al contrario, que el beneficio es divisible de pleno derecho, salvo convenio contrario. Esto es lo que se admite actual-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 17, nota 11 y los autores que cita.

mente, porque el espíritu de la ley no deja ninguna duda. (1)

*ARTICULO II.—De la solidaridad entre codeudores.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

*Núm. 1. Definiciones y caracteres.*

273. En general no hay en una obligación más que un deudor y un acreedor. Sin embargo, el art. 1,101 supone que puede haber varios deudores y varios acreedores. Esto sucede rara vez en virtud de un contrato; mas, es muy frecuente cuando el acreedor muere dejando varios herederos, en cuyo caso, los herederos suceden en las obligaciones al difunto, sin estar obligados á pagar más que una parte de lo que heredaron. (art. 1,220). Lo que el artículo 1220 dice de los herederos, se aplica también al caso en que haya varios deudores desde el principio; entonces la deuda se divide entre ellos, porque el compromiso de cada uno, no se considera sino en proporción á su interés y cuando varias personas se obligan, el interés que tienen en la obligación es el mismo, salvo convenio contrario, resultando que cada uno se obligó por su parte y porción igual nada más.

274. Cuando hay varios deudores, la deuda se divide entre ellos, de suerte que hay tantas deudas distintas como deudores. Este principio conduce á consecuencias iguales á las que resultan de la división del crédito, porque cada deudor está obligado á pagar su parte en la deuda. El que paga al de la parte igual paga á un tercero, y, por consiguiente, pagó lo que no debía pagar, quedando

1 Durantón (que al principio enseñaba lo contrario) t. XI, página 184, núms. 171 y 172 y todos los autores.

obligado á repetir el pago que hizo indebidamente, mas no es subrogado á los derechos del acreedor porque no se obligó con otros ni por otros; al art. 1,251, núm. 3, es, pues, inaplicable. El acreedor es quien soporta la pérdida que resulta de la insolencia de uno de los deudores, porque cada uno de ellos está obligado á pagar solamente su parte en la deuda.

La deuda contraída por varios deudores, aunque conjunta, no es común á todos ellos, de donde resulta que el acreedor tiene tantos créditos distintos cuantos son los deudores, teniendo tantos derechos que conservar como créditos, y si quiere constituir en mora á todos los deudores, debe demandarlos; la notificación no tendrá ningún efecto en cuanto á otro, porque los deudores son terceros entre sí. Lo mismo si quiere interrumpir la prescripción con respecto á todos, es necesario que haga escrituras para todos, porque la escritura que interrumpe la prescripción para con uno, no tendría ningún efecto para los otros, porque sería para con ellos *res inter alios acta*. En fin, si alguna pena había sido estipulada para asegurar el cumplimiento de la obligación, la pena no sería sino para aquél de los deudores que faltara á la obligación y solamente para la parte que se había obligado en la deuda, pues contra los que cumplen su obligación, no tiene el acreedor ninguna acción (art. 1,233). (1)

275. Estos principios tienen su excepción cuando hay solidaridad de parte de los deudores, es decir, "cuando se obligan á una misma cosa, de manera que cada uno pueda ser apremiado por la totalidad y que el pago hecho por uno solo libre á los otros para con el acreedor" (art. 1,200). Esta definición se ha criticado. No es solidaria una obligación por sólo el hecho que cada deudor pueda ser apre-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 14, pfo. 298 bis.

miado al pago del total. Veremos más adelante cómo este efecto puede ser también ligado á las obligaciones indivisibles (art. 1,222) y aun á las deudas divisibles y no solidarias que pueden perseguirse por el todo contra uno de los herederos del deudor (art. 1,221). (1) Los autores del Código tomaron de Pothier la disposición del art. 1,200, mas no lo reprodujeron todo. Pothier comienza por decir que la obligación solidaria se “contrae” por cada uno por el total, lo que marca bien la diferencia entre esta obligación y la indivisible; sí, en esta, el deudor puede ser perseguido por el todo, no es por que se obligó contratando, sino porque la cosa no puede dividirse. Después agrega Pothier esta explicación, que los autores del código omitieron: “Para que una obligación sea solidaria, no es suficiente que cada uno de los deudores sea deudor de toda la cosa, (lo que sucede en cuanto á la obligación indivisible, aunque no se haya contraído solidariamente) se necesita que cada uno de los deudores de la *totum et totaliter*, es decir, que cada uno se haya obligado tan completamente á la entrega de la cosa, como si uno solo hubiese contraído la obligación.” (2)

276. La definición de Pothier es todavía incompleta, porque supone que la solidaridad no puede resultar más que de un contrato, y puede también existir de pleno derecho en virtud de una disposición de la ley (art. 1,202); así como puede ser también testamentaria. Pothier da un ejemplo; aunque el Código no habla de esta solidaridad, es cierto que el testador tiene el derecho de establecerla, imponiéndosela á sus herederos ó á otros sucesores, codeudores de un legado. El testador dispone como quiere desde que no hay reservatarios, y respetando la reserva, pue-

1 Marcadé, t. IV, pág. 469, núm. 11 del art. 1,200. Aubry y Rau, t. IV, pág. 19, nota 1, pfo. 298 *ter*.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núms. 261 y 262.

de legar su disponible bajo las condiciones que quiera, así como puede poner un legado al cargo exclusivo de uno de sus herederos, y con mucha más razón puede establecer la solidaridad entre varios deudores del mismo legado, porque es menor cargo ser deudor [solidario, que ser deudor único. (1) Hagamos á un lado la cuestión de la solidaridad testamentaria, porque todo depende de la voluntad del testador.

*Núm. 2. De la solidaridad convencional.*

277. Para que haya solidaridad, es preciso que los deudores solidarios se hayan obligado á la misma cosa, en el mismo tiempo y por la misma escritura, con la intención de que cada uno de ellos esté tan obligado como si fuera el sólo y único deudor. (2) Las mismas condiciones exige la doctrina para la solidaridad con respecto á los acreedores. Volveremos á tratar de lo que hemos dicho antes (número 255).

278. El Código dice que los codeudores solidarios deben ser obligados á una misma cosa (art. 1,200). Pothier insiste diciendo: "Es preciso, *sobre todo*, que los deudores sean obligados á la entrega de la misma cosa. Si dos personas se obligan á diferentes cosas, no es una obligación solidaria, son dos obligaciones."

279. Ya hemos dicho que los codeudores deben obligarse á un tiempo y por el mismo acto aunque el Código no lo dice. Si la doctrina exige esta condición para que haya solidaridad, es por que la diferencia de tiempo y de actos llevan dos obligaciones diferentes. Es, decir, que la solidaridad ¿no puede resultar de dos escrituras diferentes, hechas sucesivamente? Esto se puede siempre que entre

1 Colmet de Santerre, t. IV, pág. 214, núm. 135 bis, I. Pothier, *De las Obligaciones*.

2 Toullier, t. III, 2, pág. 445, núm. 723.

los dos actos haya tal relación, que no formen más que uno solo. En efecto, la solidaridad establece un lazo entre los codeudores, pues mutuamente se dan mandato recíproco para conservar la deuda y pagarla, y es necesario el mutuo consentimiento y la unidad en el tiempo y en el acto. Si Pedro se obliga para con migo solidariamente con Pablo, sin que éste fijare en el contrato, y en seguida Pablo declara obligarse para con migo solidariamente con Pedro, hay concurso de voluntades, y, por consiguiente, solidaridad, no formando, en realidad, los dos actos más que uno solo; esto es tan cierto, que la solidaridad no existirá sino á partir del segundo acto, puesto que hasta entonces se formó el lazo solidario entre Pedro y Pablo. No es suficiente, pues, que Pedro se obligue solidariamente para con migo y que Pablo haga lo mismo después porque no hay concurso de voluntades entre Pedro y Pablo, y, por consiguiente, no hay liga solidaria. Sobre esto no hay ninguna duda, si insistimos es porque Durantón se explica con inexactitud, lo que le ha ocasionado, según dice M. Demolombe, un vivo ataque de Mercadé, que más bien es una reprimenda. (1)

280. ¿Cómo debe manifestarse la intención de los codeudores para obligarse solidariamente? El art. 1,202 responde: "La solidaridad no se presume, es preciso que sea estipulada *expresamente*." Pothier dice que la solidaridad debe ser "expresa," porque de otro modo cuando varios han contraído una obligación para con alguno, puede creerse que sólo la contrajera por su parte, y la razón es que la interpretación de las obligaciones se hace, sin duda, en favor de los deudores. (2) Aquí no hay verdadero motivo para

1 Durantón, t. XI, pág. 221, núm. 188. Mercadé, t. IV, pág. 469, núm. 2 del art. 1,200. Colmet de Santerre, t. IV, pág. 134 bis, II. Demolombe, t. XXV, pág. 172, núm. 106. Larombière, t. II, página 581, núms. 5 y 6 del art. 1,200 (Ed. B., t. II, pág. 35).

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 265.

decidir. Cuando varias personas se obligan, sin expresar la intención con que cada uno se obliga para el total, se aplica la regla por la cual las deudas se dividen según el número de deudores; no contratando cada uno de ellos, sino en porción de su interés, por consiguiente, de su parte igual. Siendo la regla la división, la solidaridad que excluye la división, es una excepción; pero toda excepción debe ser estipulada en términos formales. Es bien dicho que la solidaridad no se presume jamás.

281. El art. 1,202 exige que la solidaridad sea estipulada "expresamente." Ya hemos dicho muchas veces que la palabra "expresamente" no implica términos sacramentales. No es, pues, necesario que las partes se sirvan de la expresión "solidaria" ó "solidaridad;" pueden emplear equivalentes, pero equivalentes exactos, es decir, términos que expresen con seguridad la voluntad de los contratantes. Hay solidaridad, dice Toullier, cuando se dice que los deudores serán obligados "uno por el otro, uno solo por el todo y cada uno por el todo." Las expresiones equivalentes tienen el peligro de ser interpretadas en sentido diferente. Toullier dice que se juzgó en el antiguo derecho, que cuando se dice que los deudores están obligados "conjuntivamente," equivale este término al de "solidariamente." No están de acuerdo los autores con esta decisión y con razón; muy bien puede ser una obligación conjuntiva sin ser solidaria. (1)

Para que haya expresión equivalente es preciso que dé la idea de la solidaridad. Dos arrendatarios se obligaron conjuntivamente renunciando á todo beneficio de división y de excusión. Se juzgó que esta cláusula equivalía á una promesa de solidaridad, y en efecto, como lo dijo la Corte

1 Toullier, t. III, 2, pág. 445, núm. 721. Compárese Demolombe, t. XXVI, pág. 181, núm. 223. Larombière, t. II, pág. 590, núm. 5 del art. 1,202 (Ed. B., t. II, pág. 35). Aubry y Rau, t. IV, pág. 22, nota 12 del pfo. 298 *ter*.

de Grenoble, la solidaridad entre los deudores no es, en realidad, más que una renuncia al beneficio de división y de excusión. El texto mismo del Código del la ; según el art. 1,203, el acreedor de una deuda solidaria puede dirigirse á aquél de los deudores que quiera elegir, sin que éste pueda oponerle el beneficio de división. Con tal que la renuncia á este beneficio sea expresa, satisfará al artículo 1,202. (1)

282. La aplicación del principio no desvanece sino dificultades de hecho, que son fáciles de decidir, si se atienden al principio tal cual acabamos de formularlo. Dos copropietarios de una cosa indivisible la venden conjuntamente: ¿son sometidos á la garantía solidaria? La negativa es cierta puesto que no hay ninguna estipulación de solidaridad. Hay una ligera duda cuando hay varios compradores que se obligan solidariamente para con los vendedores, y se pregunta si la solidaridad de los compradores no entraña, en un contrato bilateral, la solidaridad de los vendedores. La negativa nos parece también cierta, porque se comprende muy bien que los compradores se obligan solidariamente á pagar el precio, sin que los vendedores estén obligados á la garantía solidaria; pero, desde que una de las cláusulas no implica la otra, es preciso decir con el art. 1,202: "la solidaridad no existe, porque no fué estipulada expresamente." (2)

283. Los copropietarios por indiviso de un inmueble que tratan de unirse con obreros para hacer reparaciones, ¿quedan obligados solidariamente? Nos parece que la negativa es igualmente cierta. Sin embargo que hay alguna

1 Grenoble, 20 de Enero de 1830 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,538, I).

2 Aubry y Ran, t. IV, pág. 22, nota 10 y los autores y sentencias que ellos citan. Hay que agregar á Demolombe, t. XXVI, pág. 184, núms. 224-226. La misma decisión para los cocompradores. Rouen, 24 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1850, 2, 119).

vacilación en la jurisprudencia. La Corte de Casación juzgó muy bien que no había, en el caso, ni solidaridad ni indivisibilidad. La obligación de los propietarios no es solidaria en virtud del contrato, puesto que no están obligados solidariamente, y no es de pleno derecho solidaria, puesto que ninguna ley establece esta solidaridad, y tampoco es indivisible, puesto que no hay nada más divisible que la obligación de pagar una suma de dinero. (1)

284. No siempre permanece fiel la jurisprudencia á sus principios. Hay sentencias que admiten que una obligación es solidaria por su naturaleza. El Código ignora esta pretendida solidaridad; esto sería una solidaridad tácita, resultando de la intención de las partes contratantes; pero no puede haberla, puesto que la ley establece que la solidaridad se estipule expresamente. Dos propietarios se obligaron, vendiendo un inmueble, á librarlo en el plazo de seis meses, de las inscripciones que lo gravaban; no cumplieron esta obligación y fueron perseguidos y condenados solidariamente. La Corte de París dijo que, en el caso, la solidaridad resulta necesariamente de la naturaleza misma de las cosas, porque la obligación de librar un inmueble de todas cargas hipotecarias, contraídas conjuntamente por dos personas, es evidentemente "indivisible." (2) Que sea indivisible es posible; mas, ¿de qué es indivisible después de ser solidaria? Es confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas. Con frecuencia encontraremos esta confusión en la jurisprudencia, prueba de que los principios aun más elementales son poco conocidos.

Una sentencia de la Corte de Caen comienza por establecer que en derecho no hay solidaridad más que cuan-

1 Casación, 23 de Junio de 1851 (Sirey, 1851, 1, 600). En sentido contrario, Orleans, 3 de Abril de 1852 (Sirey, 1852, 2, 202). Compárese Demolombe, t. XXVI, pág. 183, núm. 227.

2 París, 16 de Julio de 1829 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,513, II).

do se ha estipulado, y después agrega que á falta de estipulación se debe examinar si la intención de las partes fué de obligarse solidariamente.

Si la Corte hubiera consultado el Código Civil, habría leído todo lo contrario, porque el art. 1,202, después de haber dicho que la solidaridad debe ser estipulada expresamente, agrega: "Esta regla no recibe excepción sino en el caso en que la solidaridad tenga lugar de pleno derecho, en voluntad de una disposición de la ley." Así, pues, no hay más que dos casos de solidaridad, la que se estipula expresamente y la establecida por la ley. La Corte admite otra solidaridad, la que está en la intención de las partes contratantes; mas esta pretendida solidaridad no es más que la solidaridad convencional, y para que exista, no es suficiente la intención, es preciso, además, que ésta sea declarada expresamente. En un caso, dos legatarios distintos, mas con interés común, defendieran juntos, en nombre colectivo, como lo dice la sentencia, y siendo considerados como obligados conjuntamente para cumplir la voluntad del difunto. En sus interrogatorios, hicieron declaraciones conformes, y conclusiones delante de la Corte en nombre colectivo. (1) ¿Y qué importa? Esto sólo prueba que sus intereses eran los mismos; pero, ¿será suficiente la comunidad de intereses para que haya solidaridad? No es esta, ciertamente la teoría del Código.

La Corte de Casación se deja llevar algunas veces por esta vía extralegal. Un padre se obligó para con un maestro para la educación de sus hijos; ésta ha demandado y la madre lo estaba también, por lo que el tribunal los condenó solidariamente providenciando por violación del artículo 1,202. La Corte denegó la disposición, porque los pa-

1 Caen, 12 de Marzo de 1827 (Daloz, en la palabra *Mandato*, número 456, I).

dres se obligaron juntos, y, por consiguiente, á una obligación que les era común, puesto que se trataba de la educación de sus hijos. (1) De que dos personas tengan la misma obligación ¿se deduce que son deudores solidarios? Hé aquí otro nuevo caso de solidaridad que la ley ignora igualmente y que de ninguna manera pertenece al juez establecer.

285. ¿Tiene algunas excepciones el principio establecido por el art. 1,202 en materia mercantil? No hay más excepción que aquellas que la ley emite formalmente. En cuanto á la regla que exige que la solidaridad sea estipulada expresamente, es general y resulta de la esencia misma de las obligaciones (núm. 280). No hay ninguna razón para limitar la aplicación de las materias civiles, y aunque se ha sostenido la opinión contraria, (2) es inútil refutarla porque está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. Remitimos al lector á una excelente disertación de M. Massé. (3)

286. El art. 1,201 dice: "La obligación puede ser solidaria, aunque uno de los deudores esté obligado deficientemente del otro al pago de la misma cosa; por ejemplo, si uno no se obligó mas que condicionalmente, mientras que la obligación del otro es pura y simple, ó si uno tiene un término que no tiene el otro." Podría creerse que estas modificaciones impiden la unidad de la deuda, y que, por consiguiente, están en contradicción con la naturaleza de la solidaridad. Pothier desvanece esta duda diciendo que la obligación solidaria es una con relación á

1 Denegada casación, 12 de Enero de 1820 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*) núm. 1,355, I). En el mismo sentido, Nimes, 15 de Marzo de 1852 (Daloz, 1852, 2, 183).

2 Entre otros por Rodière, págs. 175 y siguientes.

3 Massé, *Derecho Mercantil*, t. III, pág. 411, núms. 1,908-1,916. Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 1,358-1,360.

la cosa que es objeto del contrato, más que se compone de tantos lazos cuantas son las personas que contrataron, y siendo estas personas diferentes entre sí, los lazos que las obligan son otros tantos lazos diferentes que pueden, por consiguiente, sufrir distintas modificaciones. (1) Cuando se trata del término ó de la condición, apenas se puede decir que está modificada la obligación solidaria; porque el término no hace más que emplazar el cumplimiento de la obligación que conserva todos sus caracteres y todos sus efectos; de aquí resulta, en caso de solidaridad, que el acreedor no puede perseguir inmediatamente á los codeudores que estipularon el término, mientras que puede perseguir á los deudores puros y simples. Si uno de los deudores solidarios se obliga bajo condición suspensiva, no hay, á decir verdad, ninguna modificación. Cuando la condición se realiza, la obligación del deudor condicional ha existido desde el principio siendo considerada como pura y simple; si falta la condición, la obligación no ha existido jamás.

El lazo solidario parece más interrumpido cuando uno de los codeudores es incapáz, como un menor ó una mujer casada; en este caso el incapáz tiene una acción en nulidad y si hace anular la obligación que contrajo, jamás habrá sido deudor: es preciso para ésto que demande la nulidad en los diez años, si no lo hace, la obligación aunque viciada, producirá todos sus efectos porque la prescripción de diez años es una confirmación. (2)

### *Núm. 3. De la solidaridad legal.*

287. La solidaridad legal, dice el art. 1,202, es aquella

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 263.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 213, núm. 134 *bjs.* I. Durantón, t. XI, pág. 223, núm. 189. Larombière, t. II, pág. 586, núm. 3 del art. 1,261 (Ed. B., t. II, pág. 37).

que tiene lugar de pleno derecho en virtud de una disposición de la ley. ¿Será necesario una disposición expresa? Estamos admirados de ver sentada la cuestión, y más admirados aún, de verla decidida negativamente por excelentes jurisconsultos. (1) ¿La solidaridad no es en su esencia una excepción, y no demanda toda excepción una disposición formal? Llama la atención la diferencia de redacción entre la primera y la segunda línea del art. 1,202. La primera línea, que habla de la solidaridad convencional, dice que se estipule expresamente, mientras que la segunda admite la solidaridad legal en todos los casos en que resulte de una disposición de la ley, sin exigir que la disposición sea expresa. El argumento no tiene ninguna fuerza, y lo hemos contestado antes. Toda solidaridad tiene una excepción; así, pues, toda solidaridad debe ser expresa y de estricta interpretación, y lo mismo todos los casos en que, por excepción, un hecho jurídico tiene lugar de pleno derecho. Los intereses no se deben sino desde el día de la demanda, excepto en el caso en que la ley los hace correr de pleno derecho (art. 1,153); y para que el interés sea legal, ¿es precisa una disposición expresa? Lo que el Código dice de la presunción legal, se aplica también á la solidaridad legal; el art. 1,350, dice que es necesaria una ley "especial" para que haya presunción "legal," y lo mismo sucede con la hipoteca legal (art. 2,117; ley hip., artículo 44). ¿Se concibe que haya una hipoteca legal sin un texto que la establezca formalmente? No hay solidaridad legal sin un texto expreso. En cuanto á la diferencia de redacción entre la primera y la segunda línea del artículo 1,202, es insignificante; lo que prueba es que aun cuando la ley no diga que la solidaridad convencional debe ser estipulada expresamente, se debe admitir, sin embargo,

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 22, nota 13, pfo. 298 *ter*. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 192, núm. 251.

ese principio, porque proceda de la naturaleza misma de la solidaridad, y, por consiguiente debe aplicarse á toda solidaridad legal ó convencional. No encontramos ninguna razón que justifique la diferencia que se pretende establecer entre la solidaridad estipulada por las partes y la establecida por la ley.

288. De aquí resulta que el caso de solidaridad legal sea de estricta interpretación. Hé aquí una aplicación elemental del principio. El art. 2,002 declara solidarios de pleno derecho los mandantes conjuntos para un negocio común. El agente de negocios que gira los intereses comunes de varias personas, ¿tendrá una acción solidaria contra ellas? Si se pudiera invocar la analogía en esta materia, se podría decir que esas personas están obligadas solidariamente, lo mismo que los mandantes, porque la analogía es grande entre el mandato y la gestión de negocios. Las obligaciones del agente, son las mismas que las del mandatario (art. 1,372). ¿No se podría deducir que tiene los mismos derechos? Mas no se entiende de las disposiciones excepcionales, aun cuando haya analogía. Es preciso decidir, pues, que el gerente no tiene ninguna acción solidaria contra las personas cuyos poderes tiene. (1) Veremos más adelante una aplicación muy importante del mismo principio, tratando de lo que se llama la solidaridad imperfecta.

289. ¿Cuáles son los casos en que hay solidaridad legal? Vamos á enumerarlos remitiendo la explicación de los artículos á los títulos sobre que se asienta la materia. Examinaremos, también, adelante, la cuestión de saber si todos los casos de solidaridad legal están sometidos á los principios generales de la solidaridad convencional.

Cuando una viuda contrae segundo matrimonio, su nue-

1 Durantón, t. XI, pág. 251, núm. 204 y todos los autores.

vo esposo es responsable solidariamente con ella de las consecuencias de la tutela, si la ha conservado por consejo de familia, ó si la ha administrado ilegalmente. (artículos 395 y 396).

Los ejecutores testamentarios son responsables solidariamente de la cuenta del mobiliario, pues la toma de posesión se les otorgó (art. 1,038).

Cuando los esposos se casan bajo el régimen de la comunidad, el que sobrevive debe hacer inventario, y el segundo tutor que no estaba obligado, es considerado solidariamente con el de todas las condenas que pueden sobrevenir á los menores (art. 1,442).

Según los términos del art. 1,734, si hay varios arrendatarios, todos son solidariamente responsables de un incendio.

Si varios toman prestada la misma cosa, son solidariamente responsables para con el que la prestó (artículo 1,887).

Cuando el mandatario ha sido constituido por varias personas para un negocio común, cada una de ellas es considerada solidariamente para con él de todos los efectos del mandato (art. 2,002).

290. Hay en materia comercial, casos de solidaridad legal; los citamos porque son los más frecuentes en donde hay solidaridad

Los asociados en nombre colectivo indicados en la escritura de sociedad, son solidarios para todas las obligaciones de la sociedad (Código de Comercio arts. 140 y 187).

291 En fin, hay casos de solidaridad legal en materia de delitos. Todos los individuos condenados por un mismo crimen ó por un mismo delito, son considerados solidariamente en los castigos, restituciones, daños y perjuicios y costas (Código Penal art. 55).

La condenación á las costas, en materia criminal, co-

reccional y de policía, se pronuncia solidariamente contra todos los autores ó cómplices del mismo hecho (Decreto del 18 de Junio de 1811, art. 156).

El nuevo Código Penal Belga reunió modificándolas, estas disposiciones. (art. 50). "Todos los individuos condenados por una misma infracción, están obligados solidariamente á restituciones y daños y perjuicios, así como á las costas si han sido condenados por el mismo juicio ó sentencia" Dejemos á un lado las restricciones que el Código hace de esta última disposición, porque la materia es fuera de nuestro trabajo.

292. ¿Pueden las partes interesadas derogar las disposiciones que establece la solidaridad de pleno derecho? Es preciso aplicar el principio consagrado por el art. 6: si la disposición es de orden público ó de interés general, no está permitido á los particulares derogar, mientras que pueden hacerlo con las leyes que son de interés privado. La solidaridad que la ley penal establece, es esencialmente de interés público, puesto que es una consecuencia de la infracción á una ley que tiene por objeto la conservación del orden social; y lo mismo sucede con la solidaridad comercial cuyo fin es dar plena seguridad á los comerciantes, y, por consiguiente, garantizar un interés público, el del comercio. En cuanto á la solidaridad civil concierne á los intereses puramente privados: tal es la solidaridad de los prestatarios conjuntos y de los mandantes; cuyos contratos, por la naturaleza misma establecida por la ley, es extraña al orden público porque en materia de contratos la ley no hace más que preveer lo que las partes quieren, y estas pueden querer lo contrario de lo que el legislador presume. Luego la solidaridad se pronuncia á título de pena: tal es la solidaridad del marido cotutor y de la madre tutora, la del tutor en segundo lugar y la de los arrendatarios. Falta la solidaridad de los ejecutores testamentarios;

¿podrá el testador dispensarlas? Nos parece que la negativa resulta de la naturaleza misma del poder que el testador da en interés de los legatarios. Insistiremos en lo que se ha dicho en el título "De los Testamentos."

293. Se presenta, en materia de solidaridad legal, la siguiente cuestión muy importante y muy controvertida: si los coactores de un delito ó de un cuasidelito están obligados solidariamente á daños y perjuicios, y cual es el carácter de esta responsabilidad. Emplazamos el exámen de la dificultad para más adelante, porque es una cuestión muy general la de saber si hay una solidaridad imperfecta que difiere de la solidaridad definida por el Código.

#### § II.—EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ENTRE EL ACREEDOR Y LOS DEUDORES SOLIDARIOS.

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

294. Pothier dice que cada deudor solidario es como si fuera el único deudor. Hé aquí uno de los aspectos de la solidaridad, y tiene otro. Los diversos deudores son codeudores y existe entre ellos un lazo, ¿cuál es este lazo? Pothier no formula esta parte del principio, se limita á decir que el hecho de cada deudor sostiene la obligación, pero no puede aumentarla. ¿De dónde se deriva el carácter de la solidaridad? Se explica generalmente la solidaridad entre codeudores por el principio que rige la solidaridad entre acreedores, es decir, por la teoría de la sociedad y del mandato. La deuda solidaria supone un mandato dado y recibido, por cada uno de los codeudores, para representar á los otros, mandato convenido en interés del acreedor, hecho condicionalmente, por el crédito que concedió á los deudores; este mandato es una cláusula esencial del contrato, é irrevocable como todo convenio. De este mandato resulta la segunda parte del principio que rige la soli-

daridad: la deuda solidaria se contrae por muchas personas asociadas, de manera, que respecto al acreedor, no forman más que una sola persona que representa á todos los codeudores. (1)

La teoría del mandato, explica la mayor parte de los efectos que produce la solidaridad de los codeudores. No puede decirse que los autores del Código la hayan aplicado siempre. Han hecho á un lado la doctrina tradicional en lo que se refiere á la demanda de intereses: formulada ésta, contra uno de los deudores solidarios, hace correr los intereses respecto de todos (art. 1,207). Esta disposición deroga el principio del mandato, pues los codeudores no se dan, ciertamente el mandato para aumentar la deuda, y, sin embargo, la deuda se aumenta por la condenación en los intereses pronunciada contra uno de los codeudores. Por tanto, si se quiere sostener la teoría del mandato, no puede hacerse sino con una reserva.

Hay dos elementos en la obligación solidaria que sólo pueden explicarse por un doble principio. Por una parte, hay muchos codeudores, lo que supone tantos lazos como personas obligadas hay. Por otra parte, la deuda es única, puesto que todos los codeudores deben una misma cosa y la deben por el todo. Hay, pues, al mismo tiempo, un lazo múltiple y único de la deuda. Hay un lazo múltiple, porque hay muchos codeudores, pero este lazo no se divide entre ellos, pues cada codeudor está obligado por toda la deuda como si fuese el único obligado. Hé ahí la paimera faz de nuestro principio. La unidad de la deuda hace que estos diversos lazos no formen sino uno solo, de suerte que los diversos codeudores son considerados como una sola persona y un mismo deudor, en el sentido de que están

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 270. Mourlón, *Repeticiones*, t. II, págs. 560 y 561.

obligados los unos por los otros y cada uno por todos por el total de la deuda. De ahí, el carácter distintivo de la solidaridad: lo que se ha hecho con uno de los codeudores, ó por él, es como si se hubiese hecho con todos ó por todos los otros; esto es más que un mandato, más que una representación; en la teoría del Código, esto es la identidad de los codeudores que consienten en no formar más que una misma persona, respecto del acreedor. (1)

*I. Derecho de demanda.*

295. Según el art. 1,200, los deudores solidarios están obligados á una misma cosa, de manera que cada uno puede ser estrechado por el total. Es decir, que el acreedor puede perseguir á cada uno de los codeudores, por el total, como si fuese el único obligado; él puede, dice el art. 1,203, dirigirse al deudor que quiera elegir, y el art. 1,204 agrega que las demandas hechas contra uno de los deudores no impiden al acreedor ejercer otras contra los otros deudores. Esta disposición es una consecuencia tan evidente del principio de la solidaridad, que no se comprende que el legislador haya juzgado necesario formularla. Los autores del Código la han tomado de Pothier sin reflexionar que en libro de doctrina el autor puede y debe decir cosas que un Código no debe reproducir. Pothier vivió también bajo el imperio del derecho romano; y en el antiguo derecho de Roma, cuando el acreedor dirigía su acción contra uno de los deudores solidarios, los otros quedaban libres: esta fué una consecuencia de la *litis contestatio* que suponía la novación de la deuda. La acción extinguía el crédito primitivo y daba nacimiento á un nuevo crédito; este nuevo crédito nacido de la acción, sólo existía contra el deudor que había sido designado, y de ahí, la liberación de

1 Compárese Aubry y Rau, t. IV, págs. 24, 26 y 28 (pfo. 228 *ter*.)

los otros que no habían sido designados. Justiniano abrogó esta novación judicial, y en nuestro derecho jamás fué admitida. Pothier, por tanto, hubiera podido pasar en silencio la constitución de Justiniano, y con mayor razón, los autores del Código nada debieron decir. (1)

296. ¿El deudor perseguido puede pedir que sean llamadas al juicio sus codeudores con el objeto de hacer dividir la condenación? Dirémos más adelante que la ley concede este derecho al deudor de una obligación indivisible (artículo 1,225), y el art. 1,203 lo niega al deudor solidario; éste no puede oponer el beneficio de división al acreedor que le persigue. La razón es bien clara, y es, que cada deudor solidario está obligado como si fuese el único deudor (núm. 294); ¿cómo podría demandar la división de la condenación cuando se ha obligado á pagar toda la deuda? Es cierto que hay una analogía aparente entre la situación de los codeudores solidarios y la de los fiadores, puesto que cada uno de ellos, lo mismo que los fiadores, en definitiva, sólo debe soportar su parte en la deuda; y como los fiadores gozan del beneficio de división, (art. 2,026), hubiera podido concluirse que los deudores solidarios deben tener el mismo derecho. Esta puede ser la razón por la que Pothier se expresa con alguna duda sobre este punto. “Ni aun pienso, dice, que los codeudores solidarios tengan el beneficio de división, es decir, que uno de ellos, á quien el acreedor demanda el total, pueda ser admitido, ofreciendo su parte, á pedir que el acreedor se dirija á cada uno de los otros deudores reclamándoles su parte, cuando son solventes.” El principio de la solidaridad basta para decidir la cuestión, y á pesar de las apariencias, hay una profunda diferencia entre los fiadores y los deudores solidarios; jamás se ha dicho de los fiadores que se obli-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 271. Mourlón; t. II, páginas 561 y siguientes. Colmet de Santerre, t. V, pág. 220, núm. 137 bis.

gan por el todo, como si cada uno fuese el único fiador; su intención es enteramente contraria; en tanto que la solidaridad tiene precisamente por objeto, dar al acreedor una acción por el total contra cada uno de los deudores, y, por tanto, la solidaridad excluye toda división de la deuda. (1)

297. ¿El deudor solidario perseguido por el acreedor, puede demandar que sean llamados al juicio sus codeudores, con el objeto de hacer establecer el recurso que tendrá contra ellos si paga toda la deuda? Pothier enseña que los codeudores solidarios, á diferencia del codeudor de una obligación indivisible, no tienen este derecho, y están obligados á pagar, dice, como si fuesen interpelados. (2) Esta es una consecuencia lógica del principio de la solidaridad. Cada deudor está obligado como si fuese el único deudor, y esto excluye todo plazo para llevar garantías al juicio. ¿Debe seguirse la opinión de Pothier bajo el imperio del derecho nuevo? Esta es nuestra idea. Puesto que es una consecuencia de la solidaridad, debe admitírsela; es cierto que los autores del Código no la han consagrado, pero esto sería inútil; pues se necesitaría una disposición formal para no admitirla. Se pretende que esta disposición existe en el Código de Procedimientos, cuyo art. 175 dice: "El que pretenda tener derecho de pedir garantía, está obligado á hacerlo en los ocho días siguientes á la demanda." ¿Esta disposición decide la cuestión? Se limita á reglamentar un punto de procedimientos, ó sea el plazo en el cual el recurso de garantías debe ser solicitado. ¿Quién puede demandar la puesta en causa? El Código de Procedimientos no responde á esta cuestión. Se expone, en principio, que todos los que tienen derecho á la garantía,

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 218, núm. 136 bis, I. Pothier, núm. 272.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 330.

pueden llevar al juicio á los fiadores. Nosotros admitimos el principio, pero dudamos que el deudor solidario pueda invocarlo. Inútilmente se dice que tiene el más grande interés, pues de este modo evitará un nuevo juicio, en el que podría sucumbir; el interés es evidente, pero el derecho del acreedor está sobre el interés del deudor. Se dice también, que el acreedor ningún perjuicio sufre, puesto que el plazo para llevar al juicio á los fiadores no es más que de ocho días. Todo plazo puede ser perjudicial al acreedor, y, en todo caso, esto no es una cuestión de perjuicio, sino un derecho que el acreedor tiene por la solidaridad, y que puede ejercer sin que pueda oponérsele la falta de interés. (1)

298. ¿La obligación que la deuda solidaria impone á los deudores de pagar el total de la deuda, les da también un derecho contra el acreedor? Que cada uno tenga el derecho de pagar el total de la deuda, esto no es dudoso; el deudor tiene el derecho de pagar lo que el acreedor tiene el derecho de demandar. ¿Pero tendría el deudor el derecho de pagar el total, si el acreedor sólo le demandase un pago parcial? La cuestión se ha presentado ante la Corte de Casación, en un caso en que el cesionario del crédito hubiera tenido interés en la división de la deuda; la Corte juzgó que este interés no le dió derecho alguno á la división, porque representando al acreedor primitivo no pudo hacer más que lo que el acreedor hubiera podido hacer. (2) Esto nos parece dudoso. Es cierto que la extipulación de la solidaridad excluye la división de la deuda, pero esto es en interés del acreedor; ¿y nó podría renunciar al beneficio

1 En sentido contrario, todos los autores (Colmet de Santerre, tomo V, pág. 219, núm. 136 bis, II Demolombe, t. XXVI, pág. 251, núm. 316.

2 Denegada casación, 15 de Marzo de 1827 (Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,369). Compárese Larombière, t. II, pág. 216, núm. 4 del art. 1,204 (Ed. B., t. II, pág. 48).

de una cláusula cuando esta cláusula llegara á serle perjudicial? La ley dice también que el deudor perseguido no puede demandar la división, y no dice que el acreedor no pueda reclamar un pago dividido.

299. ¿Qué excepciones puede oponer al acreedor el deudor perseguido? El art. 1,208 responde á la cuestión; distingue tres especies de excepciones: las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación, las que son comunes á todos los codeudores y las personales. Se entiende en esta materia por excepciones, no las que se refieren al procedimiento, sino las defensas en cuanto al fondo; esto resulta del carácter mismo de las diversas excepciones que admite la ley.

El codeudor solidario perseguido, puede, desde luego, oponer al acreedor todas las excepciones que resultan de la "naturaleza de la obligación," es decir, las causas de nulidad ó de inexistencia de la deuda, porque estas causas no están establecidas sólo en favor de la persona de uno de los deudores. La falta de consentimiento es una causa de inexistencia de la deuda; si ninguno de los deudores ha consentido, cada uno de ellos puede oponer, al acreedor que le persigue, que no hay deuda. Pero si solamente uno de los deudores no ha consentido, él solo podrá alegar la inexistencia de la obligación. Las excepciones de la naturaleza de la obligación, ordinariamente son comunes á todos los codeudores; por ejemplo, cuando la deuda carece de objeto ó de causa, ó es un contrato solemne desprovisto de las formalidades prescriptas por la ley. Cuando la obligación es inexistente ó nula respecto de todos, cada uno de los codeudores naturalmente tiene el derecho de oponerse. Las excepciones á todos los codeudores no se desprenden todas de la nulidad ó de la inexistencia de la obligación; si así fuese, el Código hubiera errado al distinguir dos especies de excepciones, pues se confundirían. Hay también

excepciones comunes que nacen de la extinción de la deuda. Cuando ésta se extingue de una manera absoluta, cada uno de los deudores puede, naturalmente, oponer al acreedor que no hay deuda. Pero la extinción puede no ser absoluta, en el sentido de que no todos pueden alegarla. Volvemos á ver esta materia, que no carece de dificultad.

El art. 1,208 dice que el codeudor solidario puede también oponer todas las excepciones que son "puramente personales" á algunos de los otros codeudores. Que el deudor pueda oponer las excepciones que le son personales, esto no es dudoso, pues si es menor, puede demandar la nulidad de la obligación por causa de minoridad, y lo mismo por otras causas de incapacidad. Tendría también una excepción personal si el consentimiento de uno de los deudores estuviese viciado por el error, la violencia ó el dolo, y podría demandar la nulidad de la obligación por razón de este vicio. El modo como uno de los codeudores se obliga, le da también una excepción personal. El que se obliga bajo condición ó á término, no puede ser perseguido mientras la condición no se cumpla, ó el término no se venza. (1)

Las excepciones personales dan lugar á dificultades. Suponiendo que el acreedor se dirige al deudor que puede oponer la excepción personal, y que éste se la opone, quedará libre si la obligación es anulada. El acreedor demanda en seguida á otro deudor solidario: ¿este puede oponer la excepción de nulidad por la parte del codeudor que ha quedado libre? La cuestión es controvertida. En nuestro concepto, el vendedor no puede oponer la nulidad de la obligación contraída por su codeudor; (2) su preten-

1 Aubry y Rau, t. IV, págs. 24 y siguientes, pfo. 298 *ter*. Colmet de Santerre, t. V, págs. 227 y siguientes, núm. 142 *bis*. Demolombe, t. XXVI, pág. 318, núms. 380-382.

2 Larombière, t. II, pág. 646, núm. 10 del art. 1,208 (Ed. B., tomo II, pág. 60).

sión sería contraria al texto y al espíritu de la ley; al texto, porque el art. 1,208 dice, en términos absolutos, que el codeudor solidario no puede oponer las excepciones que son puramente personales á sus codeudores; al espíritu, porque cada codeudor es considerado como si fuese el único deudor, y por tanto, al ser perseguido debe pagar toda la deuda. Se objeta que el deudor ha debido contar con el recurso que tendrá contra sus codeudores, y en el caso, no tendrá este recurso y resultará que estará obligado á soportar más que su parte individual en la deuda solidaria, lo que es contrario á la esencia de la solidaridad (artículo 1,213. (1; Este razonamiento sería excelente si la obligación de los deudores solidarios fuese condicional, es decir, si sólo se obligasen con la condición de tener un recurso contra sus codeudores. Pero su obligación es pura y simple; respecto del acreedor cada uno está obligado por toda la deuda, y el acreedor tiene el derecho de exigir el pago total. Si el deudor le opone que no tiene recurso contra el codeudor que ha hecho anular su obligación, el acreedor le responderá: “¿Qué me importa? El recurso que un deudor tiene contra su codeudor no me concierne, yo tengo una acción por el total contra cada uno de los codeudores, y yo uso de mi derecho, no es á mi á quien toca velar por los derechos é intereses de los codeudores, esto pertenece á ellos: así lo quisieron contratando con quienes se obligaron, aunque no lo hayan hecho sino bajo la condición de los recursos.” Hé aquí el derecho estricto del acreedor. Se objeta que hay también culpa por parte del acreedor y que cada deudor tiene el derecho de oponerle esta culpa hasta el concurso de parte del deudor que hace anular su obligación (2) ¡Que hay culpa! ¿Cuál es, pues, la obligación que

1 Compárese Demolombe, t. XXVI, pág. 323, núms. 387 y siguientes.

2 Rodière, pág. 62, núm. 77.

el acreedor contrae para con los codeudores y que deja de cumplir? ¿Se obliga á asegurar el recurso que los codeudores tienen entre sí, cuando este recurso le es del todo extraño? No tiene ninguna obligación para con los codeudores, ¿y puede haber culpa donde no hay obligación?

300. Supongamos, sin embargo, que el acreedor, en lugar de dirigirse á aquél de los deudores que tiene una excepción personal que oponerle, demanda á otro deudor solidario á quien es extraña esa excepción, ¿podrá éste valerse de la excepción personal del primero? Que no lo puede invocar por el total, es evidente, puesto que el Código lo dice: "El codeudor solidario no puede oponer las excepciones que son puramente personales á algunos de los otros codeudores" (art. 1,208). Mas, ¿no podrá valerse por la parte que su codeudor debe reportar en la deuda? Respondemos que nó por los motivos que hemos expuesto (número 299), pues la cuestión es la misma en el fondo. ¿Qué importa que el deudor que tiene una excepción personal haya hecho anular su obligación, ó que no haya opuesto la excepción, no pudiendo el acreedor obrar contra él? Los términos absolutos del art. 1,208 no le permiten oponer una excepción personal á su codeudor y el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto.

Hay autores que distinguen. Si el codeudor ha conocido ó debido conocer, al contrator, las causas de las excepciones que opone al acreedor, si será ó no admisible y si deberá pagar toda la deuda aunque no tenga recursos, porque se obligó sabiendo que no tendría recursos: este es el caso en que uno de los deudores se considera como menor, y los otros codeudores deben conocer la menor edad de aquel con quien se obligaron, haciendo sacar un extracto de su fé de nacimiento. Mas si no han podido conocer la causa de la excepción personal que pertenece á su co-

deudor, pueden oponer la excepción por parte de ese deudor, y la razón es que, en ese caso, debieron haber contado con el recurso que la ley les da, para no ser engañados ni perjudicados si no lo tienen. (1) A este argumento oponemos el texto de la ley: dice el artículo 1,208 que los codeudores no pueden oponer la excepción personal, y se le hace decir que pueden oponerla con cierta medida. La distinción altera el texto y es también contraria al espíritu de la ley porque deroga la solidaridad. La ley dice que cada deudor solidario está obligado por el total y sin que pueda oponer el acreedor una excepción personal á sus codeudores; y se le hace decir que el acreedor no tiene acción por el total, en el caso en que el deudor no tuviera conocimiento de la excepción personal al tiempo del contrato. El recurso mira los productos de los codeudores entre sí, no los del acreedor con sus deudores; el deudor no puede oponer al acreedor más que las excepciones que le son personales, y no las que son personales á sus codeudores.

301. ¿Estos principios se aplican á todas las excepciones? La ley parece distinguir entre las excepciones "personales" y las excepciones "puramente personales," y solamente á estas últimas se aplica, dicen, la segunda línea del artículo 1,208. Diciendo que el codeudor no puede oponer las excepciones que son "puramente personales" á algunos de sus codeudores, la ley dice implícitamente que puede oponer las excepciones que son personales, más no las que son puramente personales. Presentada así la distinción, nos parece muy dudosa. Es argumentar al silencio de la ley, argumentación muy incierta siempre, y es también llegar á una conclusión que creemos inadmisibile. En efecto, es hacer decir á la ley que el codeudor puede oponer

1 Moulón, t. II, págs. 566 y siguientes. Demolombe, t. XXVI, pág. 325, núm. 388.

la excepción personal de sus deudores, tanto por el total como por su parte, cuando todos los deudores solidarios tuvieran los mismos derechos en cuanto á esta excepción personal, y si así fuera, la excepción no sería ya personal, sería común. (1)

Esto no quiere decir que rechazemos la teoría en sus aplicaciones; creemos que se la ha formulado mal. M. Larombière cree que las pretendidas excepciones personales que pueden ser invocadas por todos los codeudores, por la parte de aquel á quien pertenecen, son en realidad, excepciones comunes á todos. En efecto; ¿cuáles son estas excepciones personales que aprovechan á los otros codeudados, al menos por la parte de aquel que sólo pueda invocarlas por el total de su obligación? Son estos ciertos modos de extinción de las obligaciones que reducen la obligación de los codeudores solidarios hasta la concurrencia de la parte de aquel en cuyo provecho se extingue del todo la deuda.

El acreedor hace remisión á uno de los codeudores solidarios de la deuda: esta es una excepción personal en el sentido de que el deudor á quien el acreedor ha remitido la deuda, sólo puede alegarla por el total; pero el artículo 1,285 agrega que en este caso, el acreedor no puede ya repetir la deuda, sino con deducción de la parte de aquel á quien ha hecho la remisión. Es decir, que los otros deudores pueden invocar esta excepción por la parte del deudor que ha quedado libre. La razón está en que si los codeudores debían pagar toda la deuda, tendrían un recurso contra el deudor liverado, quien por consiguiente, no estaría enteramente libre; y el acreedor ha querido librarle lo que no puede hacerse sino extinguiendo parcialmente la deuda. Así, pues, á decir verdad, no se trata de una ex-

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 226 y 228, núms. 142 y 142 bis, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 319, núms. 382 y 383.

cepción personal, sino de una excepción que obra sobre la deuda y que la extingue por parte respecto de todos.

Lo mismo sucede cuando uno de los codeudores llega á ser el heredero del acreedor. Este codeudor está liberado, porque tiene una excepción que él solo puede oponer al acreedor. Pero los otros codeudores pueden invocar esta excepción por la parte del codeudor heredero (art. 1,209) La razón es idéntica á la que acabamos de dar; la confusión extingue la deuda, pero la extinción no es total respecto de los coobligados, sólo es parcial; y, por tanto, á decir verdad, no hay en esto, excepción personal; hay un modo de extinción que obra por el total respecto de uno de los codeudores, y en parte, respecto de los otros. (1) Tales son las únicas excepciones personales que pueden ser invocadas por los otros codeudores. Se expresa mal, expresándose así. Lo que hay de personal en estas excepciones, es que solamente uno de los deudores es liberado del todo, y en este sentido la excepción no puede ser invocada por los otros; pues estos sólo pueden alegarla por la parte del deudor liberado, y en este sentido, la excepción les es común. Se puede, pues, decir que estas excepciones son al mismo tiempo personales y comunes.

302. Se ha preguntado si los contratos en que se conceden esperas y prórrogación, constituyen excepciones personales en provecho del codeudor que ha obtenido las esperas ó el convenio. La cuestión está mal planteada. Se entiende por excepción una dispensa que resulta del contrato ó de la extinción de la obligación. Y las esperas y las prórrogas son extrañas del contrato primitivo. Es en virtud de un acuerdo posterior, ó en virtud del beneficio de la ley por lo que uno de los deudores obtiene un plazo ó una prórroga. Y esto sin decir que el convenio

1 Larombière, t. II, pág. 643, núm. 7 (Ed. B., t. II, pág. 59). Demolombe, t. XXVI, pág. 320, núm. 383.

ó el fallo que concede este favor á uno de los deudores no puede ser invocado por los otros codeudores, puesto que los convenios y los fallos no tienen efecto respecto de terceros, y los codeudores son terceros en el sentido de que lo que pasa entre uno de sus codeudores y sus acreedores, les es extraño, á menos que la deuda se extinga. Se ha juzgado que la mujer obligada solidariamente con su marido comerciante, no puede alegar un convenio de esperas hecho entre su marido y sus acreedores, convenio en que ella no ha sido parte: la mujer pretendió que debía aprovechar los plazos concedidos á su marido para el pago de la obligación que había suscrito juntamente con él; la Corte de París respondió que esta pretensión era contraria á los principios que rigen los efectos de los contratos. (1) La Corte de Lieja ha dado una decisión análoga en materia de prórrogas. (2) Según nuestra legislación, la prórroga se concede por la Corte, cuyos fallos no aprovechan á los terceros como tampoco les perjudican. Tratando de la cosa juzgada, veremos si los deudores solidarios pueden alegar un fallo rendido vendido en favor de uno de sus codeudores, y si pueden alegarlo contra ellos cuando el fallo trata sobre el objeto de la deuda. La prórroga sólo se concede por consideraciones personales.

303 La aplicación de los principios que acabamos de exponer da lugar á una dificultad en materia de expropiación. En los términos del art. 2,209, el acreedor no puede perseguir la venta de los inmuebles que no le son hipotecados, sino en el caso de insuficiencia de los bienes que le han sido hipotecados. Se pregunta ¿si el acreedor de una deuda solidaria, hipotecada por los diversos codeudores, puede, en caso de insuficiencia del inmueble hipotecado

1 París, 18 de Abril de 1815 (Dalloz, palabra *Competencia Mercantil*, núm. 229).

2 Lieja, 3 de Febrero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 156).

por uno de ellos, perseguir la venta de sus otros inmuebles, sin estar obligado a excusar previamente los inmuebles de los otros deudores, especialmente afectos al pago de su crédito? La afirmativa se ha juzgado y no nos parece dudosa. (1) En efecto, según el art. 1,203, el acreedor puede dirigirse al deudor que elija, y este deudor está obligado por el total de la deuda, como si fuese el único deudor art. 1,200 . Esto decide la cuestión.

### *II. Interrupción de la prescripción.*

304. El art. 1,206 dice que las demandas hechas contra uno de los deudores solidarios, interrumpen la prescripción respecto de todos. Esto es, dice Pothier, una consecuencia de que cada uno de los deudores es deudor del total, porque el acreedor, interpeándole, lo interpela por el total de la deuda, y, por tanto, se interrumpe la prescripción por el total, aun respecto de los deudores que no han sido interpelados, quienes no podrían oponer la prescripción al acreedor sino porque no hubiera usado de su derecho por la deuda de que están obligados; pero no pueden pretenderlo, porque la deuda de que están obligados, es la misma que aquella, por la cual su codeudor ha sido interpelado por el total. Doneau encontró ya esta argumentación insuficiente. ¿No es de principio que haya tantos lazos como deudores? ¿Siendo considerado cada uno como el único deudor, no debe ser interpelado cada uno para que la prescripción se interrumpa contra él? Lo que Pothier dice de la unidad de la deuda, sería cierto si esta fuese indivisible, pero en materia de solidaridad, la unidad de la deuda no impide que cada deudor esté obligado por un lazo individual. Hemos dicho (núm. 294) que el prin-

1 Tolosa, 26 de Julio de 1834 (Daloz, palabra *Obligaciones*, número 1,397).

cipio de la solidaridad tiene también otra faz, y es que todos los codeudores son considerados como un solo deudor, ó si se quiere, están asociados, y como tales, se dan mandato para conservar la deuda en interés del acreedor, y por tanto, conservando su derecho contra uno de los deudores, el acreedor lo conserva necesariamente contra los otros. (1)

305. Se ha pretendido que el principio del artículo 1,206. no se aplica á las demandas judiciales, invocando el viejo adagio de que el fallo no perjudique á los que no han sido partes en el juicio. A este propósito está muy mal citado el adagio. En efecto, no es el fallo el que interrumpe la prescripción, es la citación judicial (art. 2,244); y, por tanto, es el acto del secretario que hace constar la demanda, el que tiene la fuerza de interrumpir la prescripción; así, pues, la prescripción se interrumpe respecto de todos, desde que la demanda se hace constar legalmente; y ésta lo es por un acto auténtico. La Corte de París ha juzgado en este sentido; (2) la cuestión no hubiera debido ni suscitarse.

306. ¿Cómo interrumpirá el acreedor la prescripción si uno de los deudores llega á morir? Si sólo deja un heredero, el acreedor podrá interrumpir la prescripción obrando contra él, porque el lazo de la solidaridad, al ser convencional, pasa á los herederos de las partes contratantes. Si el deudor deja muchos herederos, la deuda se divide entre ellos y cada uno solo está obligado solidariamente por su parte en la deuda. Síguese de ahí, que para interrumpir la prescripción por el total, el acreedor debe perseguir á todos los herederos ó á uno de los codeudores sobrevivientes. ¿Cuál será el efecto de la demanda hecha

1 Pothier, *Obligaciones*, núm. 272. Toullier, t. III, 2, pág. 449, número 529.

2 París, 6 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 204).

contra uno de los herederos? La prescripción será interrumpida contra él por su parte hereditaria, esto sin decir que también contra los codeudores del difunto; pero no se interrumpirá contra los otros herederos, porque los herederos no son solidarios entre sí, pues por el contrario, la deuda se divide entre los herederos, y, por tanto, debe interpelárseles á todos para que la prescripción se interrumpa respecto de todos. (1) Esta es la disposición del artículo 2,249.

307. El art. 2,249 equipara el reconocimiento de la deuda á la interpelación; en efecto, la ley coloca el reconocimiento que el deudor hace del derecho de aquél contra quien prescribe, entre los actos que interrumpen la prescripción (art. 2,248). Se sigue de ahí que si uno de los codeudores reconoce la deuda, este reconocimiento interrumpe la prescripción respecto de los herederos del codeudor antecesor.

Se ha pretendido lo contrario invocando la autoridad de Renussón. Esta es una sutileza fundada sobre el principio de la sociedad que existe entre los codeudores. ¿Sobre qué, dicen, está basada la interrupción? Sobre la sociedad que existe entre codeudores; mas esta sociedad se disuelve por la muerte; así, pues, no hay motivo jurídico para dar efecto al reconocimiento con respecto á los herederos del deudor.

La Corte de Pau negó esta doctrina, y el art. 2,249 la rechaza formalmente, puesto que asimila el reconocimiento á la interpelación; una y otra interrumpen la prescripción, en caso de fallecimiento de uno de los codeudores, por la parte de cada heredero, con respecto á todos si la prescripción se interrumpe contra uno de los codeudores. Decimos que el argumento sacado de la sociedad es una sutileza, porque hay sociedad, en el sentido que los diver-

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 300, núms. 352-360.

Los codeudores se representan unos á otros, pues mientras el lazo de solidaridad existe, hay sociedad entre los codeudores; solo el fallecimiento de uno de los deudores deshace el lazo de solidaridad, así como la sociedad. (1)

308. Para que el reconocimiento haga el efecto de interrumpir la prescripción con respecto á todos los codeudores, es preciso que sea hecho antes que la prescripción se cumpla. Si la prescripción es adquirida, el reconocimiento hecho por uno de los antiguos deudores, será inútil con respecto á sus codeudores. Esto no sería más que una interrupción de la prescripción, puesto que estando extinguida la deuda, no puede ser ya cuestión de prescripción; sería una renuncia á los efectos de la prescripción, y esta renuncia extraña á los que no han renunciado la deuda. Inútilmente se invoca la solidaridad, porque no la hay, puesto que ya no hay deuda. Esto es tan evidente, que admira que la cuestión haya sido debatida ante los tribunales. (2)

309. Uno de los codeudores reconoce una deuda sometida á una corta prescripción. Ese principio que la corta prescripción haga lugar, en este caso, á la prescripción de treinta años (art. 2,274). El reconocimiento produce este efecto para con el deudor que lo hace, y esto es evidente. ¿Será lo mismo con respecto á los otros codeudores? La Corte de Rouen lo juzgó así, (3) pero esto es un error (4) porque la prescripción es más que interrumpida, en el caso, es trastornada cambiando de naturaleza y resultando una

1 Pau, 18 de Mayo de 1833 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones* núm. 1,407).

2 Bruselas, 21 de Octubre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 313). Lijmojes, 19 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,404).

3 Rouen, 5 de Marzo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Prescripción*, núm. 6,023).

4 Aubry y Rau, t. IV, pág. 30, nota 33, pfo. 298 *ter*.

agravación singular para el deudor, puesto que, en lugar de prescribir á los seis meses ó un año, no prescribirá sino á los treinta años. Los codeudores se dan mandato de conservar la deuda, mas no se lo dan de aumentarla. Esto es decisivo.

### *III. Constitución en mora.*

310. Pothier asienta como principio que uno de los codeudores no puede, por su hecho, agravar la condición (1) de sus codeudores. En la teoría que resulta de la sociedad y del mandato, se dice que los codeudores se dan mandato de conservar la deuda, mas no de aumentarla. Es inútil recurrir á esta teoría que Pothier formula y que todo el mundo admite; porque no se obligó más que por su consentimiento; mas los codeudores solidarios consienten en la obligación que contrajeron en los límites de su contrato; pero no consienten en la extención de una obligación por el hecho de un codeudor, porque esta sería una obligación sin consentimiento, lo que es absurdo.

El Código deroga este principio disponiendo que la demanda de intereses formada contra uno de los deudores solidarios haga correr los intereses con respecto á todos. Esta disposición no se concilia con la teoría del mandato.

Una deuda que no tiene interés es agravante cuando por el hecho de uno de los deudores viene á ser de intereses. No se sabe por qué los autores del Código difieren en este punto de la opinión de Pothier. Dicen que es por una consideración de utilidad práctica. Si los intereses no corren contra cada uno de los deudores más que por una demanda especial, el acreedor está obligado á demandar á todos, recayendo las costas sobre los deudores. ¿No será más sen-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 273. Aubry y Rau, t. IV, página 30, nota 30, pfo. 2,098 *ter*.

cillo evitar estos procesos y las costas que resultan, haciendo correr los intereses contra todos, por una sola demanda? (1)

Se ha ensayado conciliar el art. 1,207 con los verdaderos principios suponiendo un convenio tácito contra los deudores. Los deudores deben los intereses moratorios fijados á 5 p. c. por la ley del 3 de Septiembre de 1807, á título de daños y perjuicios, que resultan del retardo en el cumplimiento: es esta una pena tácita á la cual los codeudores solidarios se obligan en caso de que haya retardo en el cumplimiento, y quedan sometidas tácitamente por sólo que el retardo conste legalmente, es decir, por una demanda judicial dirigida contra uno de ellos. (2) La explicación es admisible en teoría, en el sentido que el legislador habría podido suponer esta intención en las partes contratantes; más el intérprete no lo puede si no es para explicar una disposición del Código; en efecto, esto será establecer, por vía de presunción, una obligación que no resulta del contrato y esto es contrario á todo principio.

311. La constitución en mora de uno de los deudores solidarios, ¿produce su efecto con respecto á todos los otros? Aquí la ley aplica el principio que los codeudores conservan la obligación por su hecho, más sin poder aumentarlo. Al menos, así es como se explica el art. 1,205. La ley supone que la cosa debida perece por culpa, ó durante la mora de uno de los deudores solidarios, y como de esta pérdida puede resultar un perjuicio para el acreedor, sobre otro recae la pérdida de la cosa debida, habiendo, en este caso, derecho de reclamar el precio de la cosa y aun de daños y perjuicios. ¿Y se reclamará el precio y los daños y perjuicios contra cada uno de los codeudores?

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. II, págs. 563 y siguientes.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 224, núm. 141 bis, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 293, núm. 349.

No, se puede reclamar el precio contra todos; en cuanto á daños y perjuicios, no puede repetirlos más que contra el deudor que tiene culpa ó está en mora. ¿Porqué puede reclamar el precio de la cosa que perece contra los que no están en mora ni tienen culpa? Por que es uno de los efectos de la solidaridad. Si los deudores no son solidarios, el hecho de uno de ellos, culpa ó mora, será extraño á los otros, y, por consiguiente, no serán responsables de la pérdida de la cosa; mas siendo solidarios se dan mandato de conservar la obligación, en el sentido que el acreedor, al conservar su derecho contra uno, lo conserva contra todos. ¿Por qué los codeudores obligados á pagar el precio de la cosa, no lo son á los daños y perjuicios? Porque esto agravaría su posición siendo obligados á más de lo que estaban ya, lo cual es contrario al principio de la solidaridad. (1) ¿Es conforme á los verdaderos principios esta distinción? Dumoulin es quien la ha propuesto, Pothier la reproduce y los autores del Código han seguido la guía habitual. ¿Sobre qué fundó Dumoulin su doctrina? ¿Sobre los principios de solidaridad? Nó, imaginó su distinción para conciliar dos leyes romanas, mas se ve que interpretó mal los textos del Digesto, consagrando el legislador, sin que pueda dudarse, una falsa interpretación de dos leyes romanas. Es cierto que en seguida buscó una explicación racional de la distinción que el art. 1,205 establece; más también esta explicación ha sido combatida. ¿Es bastante cierto que no se agrava la condición de dos prestatarios solidarios cuando uno se obliga á pagar el precio de un caballo que el otro hace perecer por su culpa? Y si él responde del precio, ¿porqué no responderá de los daños y perjuicios? Es preciso librarlo enteramente, ó conde-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 273. Toullier, t. III, 2, página 449, núm. 730.

narlo por todo. Esta última opinión es la que nos parece más conforme á la teoría de la solidaridad. (1)

312. ¿Que será preciso decidir si una pena ha sido estipulada para el caso de retardo? Se enseña que en ese caso todos los codeudores están obligados á la pena desde que alguno de ellos incurre en la demora. Esta decisión es jurídica; porque, en efecto, la pena es una cláusula del contrato y los deudores solidarios se obligan á pagarla desde que consta la demora y esto es con respecto á todos cuando uno de ellos ha sido constituido en mora. Se puede decir también que la falta de cumplimiento de la obligación es la condición bajo la cual los codeudores deben la pena, pues están obligados desde que hay demora legal, estando cumplida la condición. Esta es la doctrina de Pothier, seguida por todos los autores ¿No atestigua contra el art. 1,205, y la doctrina tradicional no está en contradicción con ella? La pena no es más que la valuación de los daños y perjuicios que resultan del retardo: ¿esta valuación de daños y perjuicios, cambiando la naturaleza puede influir sobre las obligaciones de los deudores? Nó, ciertamente. Sin embargo, según la opinión de Pothier, que el Código ha consagrado implícitamente, los deudores no están obligados á los daños y perjuicios que resultan del retardo cuando no son valuados por el convenio, y cuando lo son están obligados bajo el nombre de pena. (2)

### *Núm. 2. De la solidaridad imperfecta.*

#### *I. ¿Hay solidaridad imperfecta?*

313. Hay autores que admiten dos clases de solidaridad,

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 221 y siguientes, núm. 139 bis, I. Demolombe, t. XXVI, pág. 393, núm. 349.

2 Pothier, núm. 273. Aubry y Rau, t. IV, pág. 29, nota 29, párrafo 298 ter.

la solidaridad perfecta que produce todos los efectos que acabamos de enumerar y una solidaridad imperfecta que no produce más que algunos de esos efectos. Debemos exponer esta teoría y combatirla; el debate es importante bajo el punto de vista de los principios: se trata de saber si los intérpretes pueden introducir en la ley distinciones que ella ignora, basándose sobre motivos de teoría ó sobre la tradición romana. Para nosotros la cuestión está decidida de antemano. Toda nuestra obra reposa sobre un principio, el respecto á la ley. Cuando la ley ha hablado, la razón debe someterse, salvo que se pida una revisión del Código. Mejor sería resucitar una tradición que sólo pertenece á la historia. Es preciso agregar que apenas se puede decir que haya una tradición y que ésta á penas, sí la pueden invocar motivos racionales. Se ve hasta dónde llevan los autores el desdeño del texto; y decimos mal, porque lo respetan, salvo haciéndole decir lo contrario de lo que realmente dice.

314. Los autores que enseñan que hay dos especies de solidaridad, no se entienden entre sí, ¿y cómo podrán entenderse cuando no hay ningún texto que reconozca la solidaridad que llaman imperfecta? En el silencio del Código, cada uno hace la ley á su gusto. Vamos ahora á oír á Mourlón, y después diremos cuál es el sistema de los señores Aubry y Rau.

La solidaridad es perfecta, dice Mourlón, cuando es convencional; los codeudores se asocian para obligarse juntos y puede suponerse que se conocen, puesto que forman una sociedad, y puede admitirse que consienten en hacer, con respecto al acreedor, una sola y misma persona representada por cada uno de ellos. La solidaridad legal es también perfecta cuando existe entre varias personas unidas por un interés común, que tienen productos frecuentes y que se conocen, por consiguiente: como el marido cotutor

y su mujer (art. 395), los ejecutores testamentarios (artículo 1,033), los prestatarios con uso de la misma cosa y los comandantes (art. 2 002).

Al contrario, la solidaridad legal es imperfecta cuando la ley la establece entre personas que no se conocen, que no hay entre ellas más que productos muy raros y que no se hacen codeudores más que por accidente. Tales son los diferentes arrendatarios de una casa incendiada (artículo 1,734); pues no puede admitirse que se hayan asociado siendo representantes unos de otros, cuando tal vez ni se han visto jamás; por consiguiente, no se concibe la sociedad entre ellos y la ley no puede suponerla. Lo mismo sucede con la solidaridad que existe entre los firmantes de una letra de cambio y entre las personas que cometen una misma infracción.

La solidaridad imperfecta produce efectos menos considerables que la solidaridad perfecta, porque solamente da al acreedor el derecho de demandar á cada uno de los deudores por el total; mas como no hay ningún lazo, ni ninguna asociación entre los codeudores, se sigue que no son representantes unos de otros para conservar los derechos del acreedor: deduciéndose aquí las consecuencias siguientes: la demanda hecha contra uno de los deudores no interrumpe la prescripción contra los otros; la constitución en mora de uno de los deudores, no tiene ningún efecto con respecto á sus codeudores; si la cosa pereció por culpa de uno de ellos, los otros son librados. (1)

§15. Cuando, después de haber leído la exposición de esta doctrina, se abre el Código Civil, causa admiración no encontrar huella de la solidaridad llamada imperfecta; la palabra no quiere decir nada y la cosa mucho menos. Este silencio de la ley es decisivo. La solidaridad legal es la que se dice ser, perfecta unas veces, é imperfecta otras.

1 Moulón, *Repeticiones*, t. II, págs. 564 y 565.

Todo lo que concierne á solidaridad legal sólo por la ley puede establecerse, sean los casos en que hay solidaridad legal, sean los efectos de esta solidaridad. Ya hemos consagrado una sección especial á la solidaridad ¿necesitará el legislador una distinción entre la solidaridad legal y la solidaridad convencional? No hay más que una sola disposición que hable de la solidaridad legal; el art. 1,202 y todo lo que dice, es que esta solidaridad tiene lugar de pleno derecho, mientras que la solidaridad convencional debe ser expresamente estipulada. Por lo demás, la ley no hace ninguna diferencia entre la solidaridad legal y la solidaridad convencional en cuanto á los efectos que producen; ó por mejor decir, la ley no conoce más que una solidaridad; poco importa que sea establecida por convenio ó por la ley, siempre es una sola y misma solidaridad y no puede producir diferentes efectos. Ciertamente serían necesarios para esto, disposiciones formales, puesto que serían excepciones á una regla establecida por la ley, y estas excepciones no existen. Los artículos que se pretenden inaplicables á la solidaridad llamada imperfecta, están concebidos en los términos más generales, hablan de los "deudores solidarios" sin distinguir si son deudores en virtud de un convenio ó si lo son en virtud de la ley (artículo 1,205-1,207). ¡Cosa singular! No hay un sólo artículo que hable de una obligación "contraída solidariamente." Sujetándose al pié de la letra, á lo que dice la ley, se podría decir que el art. 1,203 no se aplica más que á la solidaridad convencional; sin embargo, en la opinión que combatimos, se aplica el art. 1,203 á la solidaridad legal, imperfecta ó perfecta, y con razón, porque la ley no tiene restricción en el fondo, aunque parece tenerla en los términos. Si han aplicado sin vacilación á todos los casos de solidaridad legal la disposición del artículo 1,203, que supone una obligación convencional, es preciso ser conse-

cuentas y aplicarlo también á todos los casos de solidaridad de los artículos 1,205, 1,206 y 1,207 que hablan de los deudores solidarios en general.

Hé aquí los textos, y son decisivos en esta materia porque se trata de una solidaridad extablecida por la ley, cuyos efectos, por consiguiente, no pueden ser reglamentados más que por la ley. Habría las mejores razones del mundo para justificar, en teoría, las diferencias que se pretende hacer entre algunos casos de la solidaridad legal y la solidaridad convencional, que el intérprete no tendría el derecho de admitirlas porque no le pertenece crear excepciones, pues esto sería hacer la ley. Es, pues, inútil insistir sobre los motivos que se alegan para justificar una distinción que el texto rechaza, pues son nada menos que decisivos. Se pretende que la verdadera solidaridad no puede existir más que entre personas que se conocen y que tienen productos frecuentes, lo que permite suponer entre ellos una sociedad, y, por consiguiente, una representación, agregándose que hay casos de solidaridad legal en los cuales esas suposiciones son defectuosas. ¿Y qué importa? Se olvida que es el legislador quien habla y quien presume el lazo de solidaridad entre ciertas personas: ¿No se puede agregar á esta presunción todos los efectos que produce la solidaridad convencional? Si se puede presumir que los codeudores están obligados solidariamente, aunque no hayan manifestado ninguna voluntad, se puede presumir también que son asociados y mandatarios unos de los otros; lo cual decide la cuestión. (1)

316. Los editores de Zachariæ admite también una solidaridad imperfecta; su teoría se aproxima, á ciertas consideraciones, de las que acabamos de combatir; bajo otros

1 Colmet de Santerre, t. V, págs. 215 y siguientes, núm. 135 bis, II. Demolombe, t. XXVI, pág. 219, núm. 287, y pág. 220, núm. 288.

conceptos, difiere algo. Entre las disposiciones de la ley que pronuncia la solidaridad, dicen los señores Aubry y Rau, no hace más que declarar la voluntad de las partes: tal es la solidaridad entre varios comodatorios y entre los comodantes, cuya solidaridad convencional antes que legal, produce todos los efectos de la solidaridad estipulada por contrato. Se admite también que la solidaridad entre la madre tutora y el marido cotutor, así como la que la ley establece entre los ejecutores testamentarios, producen los efectos de la solidaridad convencional, porque aseguran una obligación preexistente que resulta de la aceptación ó de la delación de funciones indivisamente confiadas á los codeudores. ¿No se podrá responder á los sabios jurisconsultos que combatimos, á pesar que esta solidaridad no tiene nada de común con un combenio? No es ciertamente por su voluntad, que el marido es deudor solidario, es la ley quien le ha impuesto, á pesar suyo, esta solidaridad porque los esposos no pueden declarar que no quieren someterse á la solidaridad. ¿La ley que impone una responsabilidad solidaria á las partes interesadas, á pesar suyo, no es libre de reglamentar los efectos de esta solidaridad como la entiende?

Dejémos á un lado la solidaridad comercial, que se asimila igualmente á la solidaridad convencional, y pasémos á los casos de solidaridad llamada imperfecta. Estos son los casos en los cuales el legislador establece una responsabilidad solidaria tratándose de orden público, ó para la garantía de ciertos intereses. ¡Qué vaguedad en las ideas y en las expresiones! Tal es la responsabilidad del nuevo tutor (art. 1,442), de los locatarios (art. 1,734), y de los coautores de una infracción penal. Se da la misma importancia á la responsabilidad del segundo marido cuando la mujer conserva indebidamente la tutela (art. 395). ¡Qué arbitrariedad en estas distinciones! Los ejecutores testa-

mentarios son declarados por la ley "solidariamente responsables." Hé aquí bien clara una "responsabilidad solidaria," en los términos de la ley, que es establecida para la "garantía de ciertos intereses:" ¿Por qué es ésta una solidaridad perfecta, mientras que la responsabilidad del nuevo tutor no engendra más que una responsabilidad imperfecta? La arbitrariedad es inevitable cuando el intérprete se permite hacer la ley. Que se compare la teoría de Mourlón, que admite una solidaridad perfecta, con la de los editores de Zachariæ que dicen que es imperfecta; prueba que todos hacen la ley, cada uno á su gusto: ¿Es cierta la misión del intérprete?

Hemos llegado á las consecuencias. "La responsabilidad" solidaria, en los casos que acabamos de enumerar, no produce directamente y por sí misma una solidaridad perfecta; el acreedor tiene solamente el derecho de obrar por el total contra cada uno de los deudores y no puede invocar los otros efectos de la solidaridad convencional. Sobre este punto Aubry y Rau están de acuerdo con Mourlón; mas una vez pronunciada por el juez la condenación solidaria, admite que en todas las reglas de la solidaridad convencional se hacen aplicables. (1)

317. Se invoca la tradición romana en apoyo de esta teoría; se cree, sin embargo, que los comentadores modernos no están de acuerdo sobre el punto de saber si la condenación pronunciada para el total, en un caso de responsabilidad legal, convierte esta responsabilidad en una verdadera obligación solidaria. Respondemos que la tradición romana no tiene autoridad sino bajo una condición, y es que los autores del Código hayan conocido esta tradición y la hayan entendido. ¿Es necesario decir que los autores del Código no han sacado las disposiciones que han tomado al derecho romano en el Digesto y menos aún en los

1 Aubry y Rau, t. IV, págs. 19-21, pfo. 298 *ter*.

comentadores del Digesto? El único manantial del cual han sacado, es Pothier. Pero Pothier ignora la distinción de la solidaridad perfecta y la imperfecta, la niega implícitamente atribuyendo á uno de los casos de solidaridad llamada imperfecta, los efectos de la solidaridad convencionales. (1) Esto es decisivo porque mira á la interpretación del Código. El Código procede de Pothier no de los comentadores modernos del Digesto. Este es un error extraño á nuestra vista, introducir en el Código Civil una doctrina enseñada por Ribbentrop y Fritz. ¿Qué importa lo que dicen esos sabios profesores de Alemania? Los autores del Código no han podido sospechar lo que Ribbentrop y Fritz enseñan, ¡y se quiere que hayan consagrado distinciones que ni habían sospechado! ¿No dirán que vivimos aún bajo el imperio de las compilaciones de Justiniano y que se trata de saber cuál es el sentido de tal ó cual ley de las Pandectas? Es cierto que la doctrina que se quiere introducir en el Código Napoleón no es francesa, que no se encuentran ni términos franceses para dar ideas que permanecen siempre extrañas al derecho francés; los intérpretes del Código están obligados á hablar latín para hacer comprender lo que dicen. Hablan de una obligación *in solidum* y de una obligación *correalis* y hablan de una condición *in solidum* como si el pretor dictase siempre sus sentencias. Este es el sistema de interpretación que combatimos con todas nuestras fuerzas. No, nuestro Código no es romano, es francés; no procede de Justiniano sino de nuestras costumbres. Tampoco la ciencia alemana tiene que ver en nuestros debates. ¿Qué dije? Lejos de servir para iluminarlos, los obscurece. Volvemos á llamar "á los intérpretes" del Código al respecto del texto, el cual no trata de conciliar leyes oscuras del Digesto, porque nues

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 264.

tras leyes son claras y precisas, y el derecho romano no es más que de historia.

En cuanto á la doctrina sobre la cual, á decir de Aubry y Rau, no están de acuerdo entre sí los intérpretes romanos, implica una distinción que rechazamos, porque no tiene ningún fundamento en nuestros textos ni apoyo en nuestra tradición. Se dice que los casos de "responsabilidad" solidaria no producen más que una solidaridad imperfecta: ¿Dónde está la prueba? La esperamos y nos quedaremos esperándola siempre, porque es una prueba imposible. Se dice que esta responsabilidad imperfecta se vuelve perfecta desde el momento en que el juez pronuncia su sentencia. Hé aquí aún una distinción cuya demostración buscamos inútilmente. ¿Qué hace el juez? No crea nada, sólo declara lo que quieren las partes ó la ley; ciertamente no crea él la solidaridad convencional, ni tampoco la solidaridad legal. La ley es la que establece la solidaridad en los casos que determina, así como también la que reglamenta los efectos; el juez sólo interviene para declarar lo que dice la ley, y lo que dice, es claro como la luz del sol; no conoce más que una solidaridad, y, por consiguiente, el juez no puede crear dos. (1)

## II. *¿Hay solidaridad en materia de delitos civiles?*

318. La cuestión que acabamos de discutir no es debatida más que en la escuela, la práctica lo ignora. Mas los principios tienen siempre su importancia, porque son de consecuencias inevitables en la vida real. Por eso consagramos largas páginas para establecerlos y rectificarlos. Vamos á aplicar los principios que acabamos de asentar á una cuestión que se presenta todos los días en los términos del art. 1,382. Cualquier hecho de un hombre que

1 Compárese Demolombe, t. XXV, pág. 225, núm. 289.

causa á otro un perjuicio, obliga á éste, cuya culpa está obligado á reparar. Si el daño es causado por varias personas, ¿son éstas solidariamente responsables? La jurisprudencia admite la solidaridad que está bien fijada, que las cortes no se toman el trabajo de motivar en sus sentencias. Mas la unanimidad de la jurisprudencia oculta disentimientos profundos. No basta con decir que hay solidaridad, es preciso determinar los efectos: ¿es perfecta? ¿es imperfecta? Dejémos por el momento la jurisprudencia para interrogar á la doctrina.

319. Los primeros autores que escribieron sobre el Código Napoleón, se pronunciaron contra la solidaridad, á excepción de Delvincourt. Para Toullier es fácil establecer que los coactores de un hecho perjudicial, no son obligados solidariamente á daños y perjuicios. Esto no podría ser, sino tratándose de una solidaridad legal, ¿y podrá haber solidaridad legal sin ley que la pronuncie? Delvincourt invoca las leyes romanas. Toullier responde que á contar del día en que el Código Civil fué promulgado, el derecho romano ha dejado de forzar á la ley (ley del 30 Ventoso, año XII, art. 7). La respuesta parece tan natural, cuanto es simple: sin embargo, ¿cuántas veces se debe recordar la ley del 30 Ventoso, año XII á los más sabios intérpretes del Código! Delvincourt cita aun el art. 1,734 que pronuncia la responsabilidad solidaria contra todos los bocaterios de una casa incendiada. Toullier responde que en hecho de solidaridad no se debe razonar jamás por inducción ó por argumento de un caso á otro; pero el artículo 1,202 se opone estableciendo como principio que la solidaridad no puede resultar más que de una estipulación expresa ó de una disposición de la ley. Mas no existe ninguna ley que someta á la solidaridad á los autores de un delito civil ó de un euasidelito. El art. 55 del Código penal de 1810 pronuncia la solidaridad contra los autores

de un mismo delito. Esta disposición es de estricta interpretación, desde luego, como disposición penal, y, además por establecer una solidaridad legal. Esto es tan cierto que bajo el imperio del Código Penal Francés, se admitía generalmente que los autores de una contravención no eran solidariamente responsables de las multas, restituciones, daños y perjuicios. Con mayor razón no puede invocarse el art. 55 para deducir la responsabilidad solidaria en materia de delitos civiles. Durantón es del mismo parecer, critica la jurisprudencia que comenzó á seguir aunque con vacilación, la solidaridad. (1)

320. Nosotros creemos que esta opinión es la buena. No hay solidaridad legal sin ley, y no hay ley que la establezca para los delitos civiles ni para los cuasi-delitos. Los autores modernos se olvidan del rigor de los principios, al mismo tiempo que han olvidado el respeto á la ley admitiendo una solidaridad virtual. Hemos combatido la pretendida solidaridad virtual (núm. 287), rechazamos también la aplicación que de ella se hace á la responsabilidad que nace de un hecho perjudicial. La teoría de la solidaridad virtual llega hasta hacer la ley; vamos á dar la prueba exponiendo la doctrina de los autores que admiten la solidaridad en el caso del art. 1,382. ¿Es esta una verdadera solidaridad, ó es una solidaridad imperfecta? Sobre esta cuestión capital, los autores se dividen; conocemos que la opinión de Mourlón que no está dividida por los editores de Zachariæ (núms. 314 y 316). Casi cada autor tiene su sistema. Los más lógicos, los conservan siquiera algún respeto por la ley, dicen que los autores de un delito civil son solidariamente responsables, en el mismo grado que los arrendatarios de una casa son responsables del incendio, sin distinguir entre una solida-

1 Toullier, t. XI, 1, pág. 117; núms. 150 y 151. Durantón, t. XI, pág. 228, núm. 194.

ridad perfecta y una solidaridad imperfecta: La solidaridad resulta, según ellos, de la naturaleza misma de los hechos perjudiciales. ¿Por qué la solidaridad tiene lugar de pleno derecho en materia de infracciones penales? Esto no es, dicen, tanto por razón del carácter criminal del hecho, como por razón de la comunidad y de la indivisibilidad entre los coautores ó los cómplices. Como es imposible determinar la parte de cada uno de ellos, sea en la perpetración del hecho, sea en sus consecuencias perjudiciales, cada uno debe necesariamente y por la "fuerza misma de las cosas," ser considerado como la causa individual del daño, y como si él solo hubiese cometido el hecho, independientemente de la participación de los otros; y, por tanto, debe personalmente todo el daño y aun está obligado á repararla del todo, como si fuese el único autor, y resulta que está obligado solidariamente. (1)

Basta ver esta argumentación para convencerse de que la solidaridad virtual está establecida, no por el legislador, sino por el intérprete. ¿Cuál es esa solidaridad que nace de la "fuerza de las cosas?" Hé ahí una idea muy poco jurídica y que los autores del Código se guardaron bien de seguir. Cada uno de los autores del hecho perjudicial, dicen, "debe ser reputado" como único autor del daño. "¿Debe ser reputado?" ¿No es esto una presunción fundada en lo que ordinariamente sucede? ¿Y pertenece al intérprete establecer presunciones legales, porque se trata de una presunción virtualmente legal? Se dice que es imposible dividir el hecho de donde nace la obligación de los diversos deudores. ¿No es esto confundir la indivisibilidad con la solidaridad? ¿Quiere decirse solamente que es imposible á los tribunales dividir la condenación en daños y perjuicios porque no es posible determinar la parte que cada uno ha

1 Larombière, t. II, pág. 606, núm. 22 del art. 1,202 (Ed. B., t. II pág. 45).

tomado en el hecho perjudicial, y, por consiguiente, tampoco la parte que debe soportar en la reparación? Este es el sistema de la jurisprudencia, que volveremos á ver. Notamos solamente que la división es tan poco imposible, que los autores conceden al deudor que ha sido condenado por el total, un recurso contra sus codeudores, y este recurso, naturalmente, se divide. Si el recurso es divisible, preciso es también que la obligación lo sea.

Nuestra conclusión es que la obligación de los coautores de un delito civil, no es solidaria ni en virtud del texto de la ley, ni virtualmente. La consecuencia es muy clara: y es que la obligación se dividirá, y en caso de oposición, el juez arreglará la división según la naturaleza del hecho perjudicial y según las circunstancias del juicio.

321. La solidaridad virtual es generalmente admitida en la doctrina, pero grandes son las divergencias de opinión entre los diversos autores. Es inútil entrar en estos detalles. Debemos, no obstante, detenernos en la doctrina de un autor, que tan frecuentemente nos vemos obligados á combatir; la autoridad de que M. Demolombe goza en Francia, nos obliga á demostrar cuán arbitraria é inconsecuente es su opinión, en nuestro debate.

M. Demolombe no hace más que desarroyar la opinión emitida por M. Colmet de Santerre, sin duda, según la enseñanza de su común maestro M. Demante. (1) Se ha creído que no hay solidaridad en materia de hechos perjudiciales, no prevista por el Código Penal, hay diferentes deudores por razón de un hecho que causa un daño. ¿Cada uno de los deudores es responsable por el todo? Tal es la cuestión capital. Se responde afirmativamente, porque cada uno de los que han tomado parte en el hecho perjudi-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 218, núm. 135 bis, II.

cial, ha causado el daño por el todo; el número de los culpables no puede disminuir la responsabilidad de cada uno de ellos. El argumento es, en el fondo, idéntico al razonamiento, sobre el cual los partidarios de la solidaridad virtual, fundan su doctrina. Nosotros hemos respondido anteriormente. Cuando hay varios deudores, ¿cómo está obligado cada uno? La doctrina y la ley responden: la obligación se divide. No hay excepción á la división, sino cuando hay solidaridad ó indivisibilidad. En el caso, los autores que combatimos, declaran que la obligación no es solidaria ni indivisible. ¿No decide esto la cuestión? Si los deudores no están en una de las dos excepciones, quedan bajo el imperio de la regla; y, por tanto, la deuda se dividirá entre ellos. ¿Qué se dice para eludir el principio y la consecuencia que se desprende? M. Demolombe acumula consideraciones de hecho, y en nuestro concepto, estos no son argumentos, sino frases. ¿Por qué la obligación del art. 1,382 es *insolidum*? “Porque tal es su naturaleza propia y constitutiva, esa es su manera de ser y puede ser de otro modo.”

Aquí tenemos afirmaciones; mas ¿dónde está la prueba? Se afirma aquí que no hay ninguna derogación al derecho común. ¿Qué, el derecho común consiste en que la deuda se divida cuando hay varios deudores y cuando una deuda no se divide, esto no deroga el derecho común! Esta es una excepción y dada excepción requiere un texto. Es preciso, pues, decir con M. M. Aubry y Rau: “La responsabilidad legal no tiene lugar *in solidum* en cuanto á que este efecto le ha sido formal y explícitamente atribuido por una disposición de la ley.” ¿Qué se responde á esta proposición que se puede llamar evidente puesto que resulta de la naturaleza excepcional de la responsabilidad solidaria? Esta responsabilidad por el total tiene lugar por “la fuerza misma de las cosas,” por la “necesidad de las situacio-

nes." (1) Preguntamos si la "fuerza de las cosas" y la "necesidad de las situaciones" son argumentos jurídicos que justifiquen la derogación de un principio fundamental de derecho. Cuando se sale fuera de la ley ó se pasa sobre ella, se incurre necesariamente, en arbitrariedad y la fuerza de las cosas conduce á la inconsecuencia. M. Demolombe comienza por establecer que no hay dos solidaridades, sino una sola, y acaba por hacer la distinción de las solidaridades, una perfecta y otra imperfecta; nada más que á esta última le da un nombre latino llamada la obligación *in sólídum*. ¿Qué importa el nombre, si de hecho la obligación *in sólídum* produce el efecto principal de la solidaridad, mientras que no produce los otros? Es preciso confesar que resulta una solidaridad imperfecta. M. Demolombe no quiere que la responsabilidad del art. 1,382 se llame solidaria, pues declara que los artículos 1,205, 1,206 y 1,207 no le son aplicables; mas aplica al art. 1,200, diciendo que cada uno de los deudores puede ser extrechado por el total y el pago hecho por uno solo, libra á los otros para con el acreedor. Aplica también el art. 1,208 que dice: el acreedor puede dirigirse á aquel de los deudores que quiera escoger. Es decir, que la obligación *insólídum* produce el principal efecto de la obligación solidaria, el que la caracteriza, el que afirma la ley en la definición que da, y no produce los otros efectos que proceden del principio. Hé aquí bien clara una solidaridad imperfecta, aunque no se le quiera dar ese nombre

M. Demolombe reconoce que no hay ley que atribuya la responsabilidad del art. 1,382 al efecto que él reconoce. El hace, pues, la ley y la hace como la hacen siempre todos los intérpretes, muy mal porque el intérprete ligado, aunque él la hace por la ley, no tiene la libertad de acción necesaria á un legislador. De aquí vienen inevitables con-

1 Demolombe, t. XXVI, págs. 233 y siguientes, núm. 295.

secuencias. La "fuerza de las cosas" y la "necesidad de las situaciones" que él invoca, no significan otra cosa sino que el acreedor tiene derecho de demandar á cada uno de los deudores por el total, porque cada uno es responsable del hecho perjudicial para el todo, lo que implica que su acción no se puede dividir. El deudor demandado que debe pagar el total de la deuda, ¿tendrá un recurso contra sus codeudores? Ateniéndose á la equidad y la justicia, debe tenerlo, porque si él solo paga el todo, ¿para qué hay otros que están igualmente obligados á toda la deuda? Habiendo un recurso, la deuda se dividirá entre los codeudores, lo cual viene á ser la indivisibilidad de la responsabilidad sobre la cual se funda la obligación *id solidum*. Si el deudor tiene un recurso dividido, ¿por qué el acreedor no podría tener una acción divisible? Y si éste tiene una acción divisible, ¿por qué se rehusa al deudor demandado el derecho de incluir á sus codeudores en la causa para dividir la condenación? La contradicción es patente, y se ve que los autores hacen la ley en lugar de limitarse á interpretarla. El legislador podrá, sin duda, disponer que el acreedor tenga una acción para el total y no admitir la división de la condenación á fin de asegurar mejor el pago que se le debe; mas el intérprete no lo puede, porque está ligado por el principio que le manda dividir la acción desde que la deuda no es solidaria ni indivisible. Se pretende eludir este principio diciendo que la "fuerza de las cosas," y se halla que la fuerza de las cosas que dicen, no permiten la división de la acción, ni impide la división del recurso. Contradicción que bajo el punto de vista de los principios, sólo el legislador puede resolver. (1)

322. Hemos llegado á la jurisprudencia. Si no escribimos más que para las necesidades de la práctica, podríamos

1 Demolomba, t. XXVI, pág. 239, núms. 303-305, pág. 237, número 301, y pág. 243, núm. 309.

mos dispensarnos de combatir la jurisprudencia porque está más sólidamente asentada que la ley y es inalterable, mas, á nuestra vista, no hay otra autoridad que la de la ley y la sostendremos contra la Corte de Casación que debía ser quien mejor la guardara. La Corte dice que el principio de que la solidaridad debe ser expresa, no se aplica más que á la solidaridad convencional; esto resulta “evidentemente,” dice la Corte, de los términos del art. 1,202. Decir que una cosa “es evidente,” es afirmar, no es probar. Insistiremos en lo que se ha dicho antes (núm. 287) para establecer la proposición contraria. La Corte agrega que es distinta cuando se trata de la reparación de un daño causado á otro en el caso previsto por el art. 1,382 del Código Civil y de ciertas obligaciones que se contraen sin convenio. Nueva afirmación que está en abierta oposición con el art. 1,202. Cuando la Corte afirma de otra manera, quiere decir que hay solidaridad en el caso del art. 1,382, aunque ninguna ley lo establezca. Pero, el art. 1,202 dice que la solidaridad debe ser estipulada expresamente y que esta regla no falla sino en el caso en que la solidaridad tenga lugar de pleno derecho en virtud de una disposición de la ley. Así, pues, no hay otra solidaridad que la convencional y la legal. La ley no establece la solidaridad para la responsabilidad incierta de hechos perjudiciales. ¿Con qué derecho la admite la Corte de Casación? Han creído los autores poder salvar la dificultad llamando á la responsabilidad solidaria obligación *insolidum*; la Corte de Casación no debe hablar latín en sus sentencias, reconoce que se trata de una obligación solidaria que no está estipulada, por consiguiente, sería necesaria una ley según el artículo 1,202, y ¿dónde está esa ley? La Corte funda la pretendida solidaridad en la indivisibilidad del hecho perjudicial. (1) Suponiendo que el hecho sea indivisible, será

1 Denegada casación, 20 de Julio de 1852 (Diloz, 1,852, 1, 247).

necesario probar que la indivisibilidad vuelve la responsabilidad solidaria, y se necesitará una ley para admitir esta responsabilidad solidaria, porque no estando estipulada expresamente, no puede, dice el art. 1,202, resultar más que de una disposición de la ley. Volveremos á preguntar ¿dónde está esta ley? Inútilmente se buscará en el Código, pues la hizo la Corte de Casación.

Es imposible, dice la Corte, determinar la proporción en la cual cada uno de los autores del hecho perjudicial ocasionó daño á la parte perjudicada. (1) Admitiendo la imposibilidad, ¿resultará que la obligación es solidaria? ¿No es de principio que toda deuda que tiene por objeto una cosa divisible se divide? Hay una ley que establece ese principio (art. 1,217). Y no pudiendose dividir la obligación desigualmente, se dividirá por partes iguales, según el número de los deudores: es una ley la que lo dice (art. 1,220). Hé aquí el derecho; ¿porqué la Corte no aplica los principios que la ley consagra? Esta ley no le conviene y en hecho puede tener razón; mas de que una ley sea mala, ¿se concluirá que el juez puede modificarla haciéndola de nuevo? Que la Corte haga la ley es lo que no puede admitirse. Se lee en una sentencia de casación: “Los autores de un hecho perjudicial, están obligados á reparar el daño que causaron por su culpa, y lo están solidariamente cuando el hecho resulta de un concierto simultaneo entre ellos; en cuyo caso cada uno de los autores del cuasidelito debe ser considerado como si individualmente fuera la causa del daño, porque es probable que no tuviera lugar sin su participio. (2)

Este es el motivo por el cual el Código penal establece la solidaridad entre los coautores de una infracción; ¿mas

1 Denegada casación, 7 de Agosto de 1837 (Daloz, en la palabra *Manolato*, núm. 75, 1).

2 Casación, 29 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1853, 1, 49).

no se necesita una ley para esto? ¿El juez puede condenar solidariamente al coautor de un hecho perjudicial por la razón de que "debe ser considerado" como teniendo culpa del daño porque es "probable" que no tuviera lugar sin su participio? Aquí no se ve más de una probabilidad, ¿y el juez tiene derecho de condenar por el todo á un deudor porque es "probable" que sea culpable de todo el daño causado? La Corte erige estas simples probabilidades en regla y forma un principio de derecho: "En atención á que, por *regla general* y en virtud de los *principios* obre las obligaciones que se forman sin contrato, la reparación del daño causado por un hecho perjudicial indivisible, puede ser demandado por el todo contra cada uno de los autores de este hecho." (1) El art. 1,202 exige una ley para que haya solidaridad cuando no se ha estipulado expresamente, y como no hay ley que establezca la regla que acabamos de copiar, se deduce que la corte lo hizo. Es lo que la Corte misma va á confesarnos. La disposición del art. 55 del Código penal tiene, ciertamente, un carácter penal, y lo mismo sucede con la solidaridad que la jurisprudencia admite para los delitos civiles: condenar á la reparación de todo el daño á uno de los autores del hecho perjudicial porque "es probable" que no tuviera lugar sin su participio es castigarlo, y castigarlo injustamente dado el caso en que la suposición de la ley esté en oposición de la realidad de las cosas. Veamos como lo confiesa la Corte de Casación: "En atención á que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho para la reparación del daño causado por actos frudulentos y dolosos y siendo imposible determinar en que proporción ha perjudicado cada uno de los autores del fraude á la parte perjudicada, "en este caso la solidaridad es la pena del cuasidelito la que se ha come-

1 Denegada casación, 20 de Julio de 1852 (Dalloz, 1863, 1, 303).

tido, (1) Hé aquí hasta qué grado abusa la Corte de Casación estableciendo una "pena" sin "ley penal." Mas ya hemos dicho que ella hace la ley.

323. Las cortes de Bruselas tienen la misma jurisprudencia y no se toman el trabajo de motivar sus decisiones, (2) de suerte que nos es imposible combatirlas. Nuestra Corte de Casación decidió incidentalmente que el deudor condenado por cuasidelito á reparar todo el daño, no tiene recurso contra su codeudor. (3) Esta decisión no es motivada de ningún modo, y está en oposición con la doctrina (núm. 321); así como con la tradición. Pothier supone que un delito se ha cometido por cuatro personas; su deuda es solidaria, dice, cada uno es deudor solidario con respecto á la parte perjudicada; mas entre ellos cada uno es deudor por la parte que ha tenido en el delito, es decir, cada uno por la cuarta parte. (4) Tales son los principios más simples, es el derecho común aplicado á la solidaridad penal. El derecho común debe tener también su aplicación á la responsabilidad del art. 1,382: es esta una obligación solidaria en que cada uno de los deudores está obligado por el todo, salvo su recurso, y es una obligación no solidaria en que cada uno de los deudores está obligado por su parte igual. Pothier no vacila en admitir la divisibilidad del hecho perjudicial. ¿Qué importa que no se pueda precisar la parte que cada uno de los deudores tiene? De todo esto lo que resulta es, que cada uno está obligado por su parte igual. Pothier echa abajo la jurisprudencia y la doctrina que fundan la solidaridad imperfecta ó la obligación *in solidum* sobre la indivisibilidad del hecho perjudicial.

1 Denegada casación, 12 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 303).

2 Bruselas, 16 de Junio de 1856 (*Fasicrisia*, 1865).

3 Denegada casación, 26 de Mayo de 1865 (*Fasicrisia*, 1865, 1, 185).

4 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 264.

324. La jurisprudencia abusa de una manera extraña de la solidaridad y de la indivisibilidad. Cuando á los jueces les parece justo pronunciar una condenación por el total, declaran la obligación solidaria ó indivisible, ó indivisible y solidaria al mismo tiempo. Podría creerse que depende de ellos crear la solidaridad y la indivisibilidad. Insistiremos sobre las obligaciones indivisibles y sobre la confusión que existe, en esta materia, en la jurisprudencia. Por ejemplo, se ha juzgado que la deuda por alimentos es solidaria é indivisible, no siendo en realidad ni una ni otra cosa. (1) En realidad, la jurisprudencia ha creado la solidaridad de los coautores de un hecho perjudicial. Si hay responsabilidad solidaria en materia de cuasidelitos, ¿por qué no admitirla en materia de cuasicontratos? La Corte de Casación rechazó esta nueva violación á la ley y casó una sentencia que admitía la solidaridad para la repetición de lo que no se debía, en este caso, no se puede tener la menor duda, porque las sumas indebidamente pagadas, lo habían sido divisamente á cada uno de los pretendidos acreedores. (2) En nuestro concepto, la decisión debería ser la misma si el pago había sido hecho indivisamente á varias personas. La razón para decidir es muy sencilla: no hay otra solidaridad que la que se estipula expresamente y la establecida por la ley (art. 1,202); pero como la ley no declara la obligación solidaria entre aquellos que recibieron un pago indebido, no puede ser cuestión de una solidaridad expresamente estipulada.

Se pretende, también, que los daños y perjuicios se deban solidariamente en materia de obligaciones convencionales. Esta nueva desviación de los principios parece, á

1 Véase el tomo III de estos *Principios*, pág. 108, núms. 66-68.

2 Casación, 22 de Junio de 1824 (Daloz, en la palabra *Efectos del Comercio*, núm. 265).

primera vista, muy natural. Todos los días se invocan ante los tribunales los arts. 1,382 y 1,383 para justificar una demanda de daños y perjuicios cuando se trata de la falta de cumplimiento de un contrato; si esta doctrina es cierta será preciso concluir que la responsabilidad es solidaria desde que los deudores están obligados á los daños y perjuicios. Mas aquí la inexactitud y la confusión son á cual más evidentes. Insisterémos, aún, en lo que se ha dicho sobre la teoría de las culpas. (1) El art. 1,382 no es aplicable más que á los delitos civiles y á los cuasidelitos, es decir, como lo dice la rúbrica del tít. IV, á las obligaciones que se forman sin convenio. Si se trata de un convenio y de su falta de cumplimiento, el deudor está obligado por su culpa y por los daños y perjuicios, no en virtud del art. 1,382, sino por las disposiciones del tít. III concerniente á la culpa y al daño que resulta. Por tanto, la solidaridad deberá ser estipulada expresamente para que exista; así, pues, no es cuestión de aplicar la pretendida solidaridad del art. 1,382 á las obligaciones convencionales. La Corte de París lo juzgó así. En un caso, el mandatario hizo declarar, en nombre de su mandante, un acto de una nulidad radical, debiendo indemnizar el mandato, de las consecuencias, de la nulidad, y el escribano que hizo la notificación fué igualmente responsable. Sobre este punto no había duda; más se pretendió que los dos deudores estaban obligados solidariamente, y la Corte de París pronunció una condenación dividida. Se trataba, no de un cuasidelito, sino de la falta de cumplimiento del contrato de mandato. (2) No por esto se debe decir que no puede haber delito con motivo de un convenio; en este caso se aplican los arts. 1,382 y 1,383, como dirémos aplicando el título que es la base de la materia.

1 Véase el tomo XVI de estos *Principios*, pág. 334, núm. 230.

2 París, 18 de Abril de 1836 (Dalloz, palabra *Mandato*, núm. 306.

325. ¿Se deben las costas solidariamente por los que son condenados en materia civil? Las costas, como tales, se dividen, más esta es la pena del litigante, y las penas son personales, á menos que la ley, para garantizar al acreedor y para castigar al culpable, no pronuncie la solidaridad, como lo hace en materia criminal. Mas las costas pueden también ser cargadas á título de daños y perjuicios, y como este daño no resulta de una obligación convencional, el art. 1,382 se hace aplicable, y, por consiguiente, la responsabilidad solidaria que la jurisprudencia admite. (1)

Unos actos fraudulentos fueron anulados; la sentencia condenó á los culpables á las costas, solidariamente, providenciando en casación por violación del art. 1,202. La Corte decidió que la sentencia había respetado los principios de la materia, es decir, que habiendo sido pronunciadas á razón del fraude y á título de daños y perjuicios, hubo lugar de aplicar el principio del art. 1,382, tal como es interpretado por la jurisprudencia. (2) En la opinión que hemos enseñado, hay que agregar que no puede haber cuestión de solidaridad sin que haya una ley que la establezca.

*Núm. 3. De la extinción total ó parcial de la obligación solidaria.*

*I. Principio.*

326. Cuando la obligación solidaria se extingue respecto de uno de los deudores, se extingue, en general, respecto de todos. Esta es la consecuencia del principio que ri-

1 Larombière, t. II, pág. 610, núm. 23 del art. 1,202 (Ed. B., t. II, pág. 46). La jurisprudencia está en este sentido. Véanse las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,488. Es preciso agregar casación, 3 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 155).

2 Denegada casación. Sala Civil, 5 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 83). En el mismo sentido, denegada casación, 13 de Julio de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 348).

ge la obligación solidaria; es única por su objeto, aunque haya varios lazos personales; estos lazos individuales suponen la existencia de una deuda; pues ahí en donde no hay deuda no podría existir solidaridad. Pero para que la extinción de la deuda entrañe la liberación de todos los deudores, se necesita, naturalmente, que la deuda se extinga del todo; si sólo se extingue en parte, el lazo de la solidaridad no termina, en el sentido de que la extinción de la deuda sólo tiene efecto respecto del deudor en cuya persona existe una causa de extinción, y no tendrá efecto respecto de los otros. Falta saber cuándo hay extinción total ó parcial respecto de los deudores solidarios.

327. La muerte del deudor no hace cesar su obligación, pasa á sus herederos dividiéndose entre ellos si es divisible (art. 1,220). Este principio recibe su aplicación en las deudas solidarias. Si hay tres codeudores solidarios de una deuda de 12,000 francos, y si uno de ellos llega á morir, la deuda solidaria se dividirá entre sus herederos; si estos son cuatro, cada uno de ellos estará obligado por 3,000 francos. ¿Por qué la deuda, aunque solidaria, se divide? Porque la solidaridad no hace indivisible la deuda, y permaneciendo ésta divisible, debe, naturalmente, dividirse. Esto no impide que el lazo solidario se transmita á los herederos del deudor; este es uno de los elementos del contrato, y el contrato con todas sus cláusulas, es el que se transmite á los herederos de las partes contratantes. Solamente por razón de la división de la deuda es por lo que cada heredero no está obligado solidariamente más que por su parte hereditaria. En el caso, cada uno de los cuatro herederos debe la cuarta parte de la deuda si suceden por partes iguales, y, por tanto, cada uno está obligado solidariamente por 3,000 francos. (1)

1 Toullier, t. III, 2, pág. 455, núm. 747. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 210, núm. 136 bis, II.

El principio es incontestable y elemental. Sin embargo, la aplicación ha sido alguna vez objetada. Un acto de constitución de renta, dice que la renta no podrá ser devuelta sino en una sola vez; ¿resulta de esto que los herederos de los deudores están obligados solidariamente al reembolso del capital y al pago de los intereses? Nó, dijo con razón la Corte de Bruselas, porque las deudas se dividen entre los herederos y la estipulación de solidaridad no impide esta división. (1)

328. El art. 2,249 consagra una aplicación del principio en el caso de interrupción de la prescripción (núm. 306). Se aplica también en el caso de culpa ó de demora. Si la cosa debida llega á perecer por el hecho de uno de los herederos de un deudor solidario, ó durante su demora, ¿cuál será el efecto de esta pérdida respecto de los otros herederos y de los codeudores sobrevivientes? El que está en culpa ó en mora sólo está obligado por su parte hereditaria, en calidad de heredero, y, además, está obligado por su culpa ó su demora; de ahí se sigue que sus coherederos no responden de la pérdida por su parte, porque no son solidarios, en el sentido de que no responde del hecho ni de la culpa de su coheredero que es extraño con relación á ellos, pero son solidarios respecto de los codeudores solidarios, por su parte. Así, pues, éstos están obligados por la parte de que el heredero culpable está obligado como heredero y deudor solidario, por lo que excede á esta parte, es una obligación que les es extraña puesto que el heredero no está obligado como heredero.

Este mismo principio se aplica á los intereses moratorios que son también un efecto de la demora del deudor, pero la constitución en mora no puede resultar más que

1 Bruselas, 25 de Julio de 1825 (*Pascrisia*, 1825, pág. 470 y Dalloz, palabra *Obligaciones*, núm. 1,400). Compárese casoación, 27 de Noviembre, de 1839 (Dalloz, palabra *Sucesión*, núm. 1,345).

de una demanda judicial. La acción intentada contra el heredero de uno de los deudores, no hace correr los intereses sino contra él y contra los codeudores solidarios por la parte del heredero en la deuda; los intereses no corren contra los otros herederos porque la parte de su coheredero en la deuda, les es extraña. Si la demanda fué hecha contra uno de los codeudores, los intereses correrán contra todos los herederos del deudor, calculados por la parte hereditaria de cada uno de ellos, porque todos, al mismo tiempo, están obligados por toda la deuda, quedando á salvo que la deuda se divida entre ellos. (1)

328 bis. ¿Las partes pueden estipular que los herederos estarán obligados solidariamente por toda la deuda? Se ha juzgado que este convenio es válido. (2) Este fué el derecho común bajo el imperio de la costumbre de Gand en el sentido de que los herederos estuviesen obligados solidariamente por las deudas de la sucesión (art. 6, rúbrica 26). Según el Código civil, por el contrario, las deudas se dividen (arts. 1,220, 870, 871). ¿Pueden las partes derogar la disposición de la ley? Esto nos parece dudoso. ¿No es esto hacer una estipulación concerniente á una sucesión no abierta? Siempre que la ley admita que pueden las partes poner el pago de una deuda divisible á cargo de uno de los herederos, (art. 1,221, núm. 4) debe concluirse que pueden también poner una deuda solidaria á cargo de cada uno de los herederos, salvo el recurso del que paga toda la deuda, contra sus coherederos.

## *II. De los casos en que la obligación se extingue del todo.*

329. El art. 1,200 dice que el pago hecho por uno solo de los deudores, libra á los otros para con el acreedor. Esto es una consecuencia de que la deuda solidaria no es sino

1 Durantón, t. XI, pág. 296, núm. 218 y pág. 272, núm. 219.

2 Bruselas, 4 de Marzo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 57).

una sola deuda que tiene un solo objeto, y, por tanto, no puede ser pagada dos veces. (1)

330. En los términos del art. 1,281, la novación hecha entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libra á los codeudores. Por la novación, el acreedor renuncia á su crédito mediante la nueva obligación que reemplaza á la primera. Esta renuncia tiene por objeto la deuda misma, y produce una extinción absoluta como por el pago; y cuando ya no hay deuda, tampoco puede haber ya solidaridad. Esto supone que la renuncia es pura y simple. El acreedor puede exigir la obligación de los codeudores en la nueva deuda, y en este caso, la novación es condicional; si los codeudores se niegan á consentir en el nuevo arreglo, no habrá novación, el antiguo crédito subsistirá, y, por consiguiente, ninguno de los deudores quedará libre (art. 1,281). Si acceden, la nueva deuda será solidaria como lo fué la antigua, porque esto es lo que se entiende por obligación de los codeudores. En este caso, los deudores solidarios quedan libres de la antigua deuda, pero estarán obligados por la nueva.

Cuando no hay obligación para los antiguos deudores porque el acreedor no la ha estipulado, ¿será solidaria la nueva deuda? Para que lo sea se necesita una estipulación expresa. En efecto, éste está bajo el imperio del derecho común la naturaleza de la antigua deuda no determina la naturaleza de la nueva siendo en todo distintas las dos deudas, exceptuando que la primera sirve de causa á la segunda. La Corte de París, se ha engañado, pues, desidiendo que la nueva deuda es solidaria cuando el título, bajo firma privada que justifica la primera deuda es remitido voluntariamente á los deudores, por el acreedor, lo que entraña la extensión de la deuda, aunque en el nuevo

1 Toullier, t. III, 2, pág. 450, núm. 732.

título suscrito posteriormente por los mismos deudores la solidaridad no se haya estipulado; no habiéndose estipulado expresamente la solidaridad, debió decidirse que la nueva obligación no fué solidaria. (1)

331 "Cuando la cosa cierta y determinada que fué objeto de la obligación llega á perecer, la obligación se extingue si la cosa ha perecido sin culpa del deudor y antes de que estuviese en mora" (art. 1.302). Este principio se aplica también al caso en que haya varios codeudores solidarios. No puede ya haber deuda cuando ya no hay objeto, y sin deuda no hay solidaridad. Pero si la cosa ha perecido por el hecho ó culpa del deudor solidario, la deuda subsiste aun á cargo de los deudores que no han tenido culpa ni están en mora (núm. 311).

332. Cuando una obligación es anulada es como si no hubiese existido. Si no ha habido deuda, tampoco ha habido solidaridad. Esta supone que la causa de nulidad no se personal á uno de los deudores. Si por incapacidad ó vicio del consentimiento por lo que la obligación es nula, estos vicios no engendran más que una excepción personal al deudor incapaz, ó cuyo consentimiento está viciado, y la deuda subsistirá respecto de los otros (núms. 299 y siguientes).

333. El artículo 1234 coloca la condición resolutoria entre los modos de extinción de las obligaciones. Si ella afecta la obligación misma, su cumplimiento anula la obligación y pone las cosas en el mismo estado, como si no hubiese habido obligación; no hay ya ni deuda ni deudores solidarios. Pero la condición resolutoria puede también no ser estipulada sino por uno solo de los deudores; en este caso, no resolverá la obligación sino sólo respecto de él y la deuda subsistirá respecto de los otros.

334. El art. 1,234 coloca la prescripción entre los mo-  
1 Demolombe, t. XXVI, pág. 228, núm. 393.

dos de extinción de las obligaciones. Dirémos en el título "De la Prescripción" en qué sentido se extingue la obligación; no teniendo ya acción el acreedor, los deudores quedan libres; pero basta que se interrumpa la prescripción respecto de uno de los deudores para que se interrumpa respecto de todos (art. 1,206). A falta de interrupción, la prescripción se cumplirá en provecho de todos los deudores.

La aplicación de este principio ha suscitado una dificultad sobre la cual hay duda. Una mujer suscribió solidariamente con su marido, un pagaré á la orden de 5,000 francos. El marido comerciante invocó la prescripción de cinco años, establecida por el art. 189 del Código de Comercio. ¿La mujer, no comerciante, pudo invocarla como codeudora solidaria? La Corte de Casación decidió la cuestión afirmativamente. Se fundó en el art. 1,208 que permite al codeudor solidario oponer todas las excepciones que resultan de la naturaleza de la obligación; y tal es la prescripción. Hubiese sido más exacto decir que la prescripción forma una excepción común á todos los codeudores, lo mismo que todos los otros modos de extinción de las obligaciones. La decisión es dudosa en nuestro concepto; preferimos la de la Corte de Burdeos que fué casada. Las causas de extinción pueden tener un carácter personal en todo ó en parte. No basta, por tanto, que una obligación se extinga para que necesariamente todos los deudores puedan alegarla. Hay que ver si la causa de extinción no tiene algo de personal á uno de los deudores. Y tal es también la prescripción de cinco años, fundada en el carácter de comerciante, del subscriptor de una letra de cambio; cuando el pagaré no está suscrito por una operación de comercio, un nocomerciante no podría invocarlo, y, por tanto, la mujer nocomerciante, no pudo alegarla.

335. La suspensión de la prescripción da lugar á una

dificultad más seria. Según el art. 2,259, la prescripción se suspende respecto del deudor solidario, cuya obligación es á plazo ó bajo condición; el acreedor conserva, pues, su acción contra él. ¿Conservará también su derecho contra los otros? Ya hemos respondido á esta cuestión al tratar de la solidaridad entre acreedores y nos ha parecido que no puede aplicarse á la suspensión de la prescripción, lo que dice la ley de la interrupción. (núm. 264). Otro tanto debe decirse de la solidaridad entre codeudores. Se dan mandato para conservar la deuda, en el sentido de que si el acreedor obra contra uno de ellos, es como si obrara contra todos, se concibe que bajo este aspecto, los codeudores sean considerados como un solo deudor. Nada hay de personal en la interrupción, en tanto que las causas de suspensión son esencialmente personales. El término y la condición, engendran excepciones puramente personales al deudor que los estipula. Si la excepción es personal en cuanto al deudor, las consecuencias que se desprenden en cuanto á la prescripción deben también ser personales; los codeudores no pueden invocar el término y la condición de aquel que no está obligado sino de este modo. No puede este, valerse anticipadamente contra ellos de la suspensión ó de la prescripción que resulten. (1) La cuestión presenta también otro aspecto. ¿El deudor en cuyo provecho se suspende la prescripción, puede invocar la prescripción cumplida en provecho de los otros? El beneficio del término ó de la condición le es puramente personal, debe aceptar las consecuencias de la posición en que está; y el acreedor no puede obrar contra él, y conserva, por tanto, su derecho contra el deudor. ¿Pero lo conserva entero? Tal es la verdadera dificultad. Ateniéndose al principio de que cada deudor es considerado como el único-

1 Larombière, t. II, pág. 629, núm. 4 del art. 1,206 (Ed. B., tomo II, pág. 54).

habría que decir que toda la deuda se conserva. Pero este principio no debe estar aislado de la prescripción que ha corrido contra el acreedor en provecho de los codeudores. Estos quedan libres, y, por tanto, el codeudor respecto del cual subsiste la deuda, no puede tener recurso alguno contra ellos; ¿y por culpa de quién pierde este recurso? Por la culpa del acreedor que ha descuidado obrar contra los otros deudores. Puede, pues, aplicarse por analogía lo que el art. 1,285 dice en caso de remisión de la deuda hecha en provecho de uno de los codeudores; el acreedor no puede perseguir á los otros codeudores sino con deducción de la parte de los deudores á quienes ha hecho la remisión; priva de sus recursos contra el deudor descargado de la deuda; á los codeudores, es justo que soporte las consecuencias de su hecho. Igualmente debe también soportar las consecuencias de la negligencia de que ha sido culpable, no persiguiendo al deudor. (1)

### *III. De los casos en que la obligación se extiende parcialmente.*

#### *I. De la confusión.*

336. El art. 1,209 dice: "Cuando uno de los deudores llega á ser heredero único del acreedor, ó cuando el acreedor, llega á ser el único heredero de uno de los deudores, la confusión sólo extingue el crédito solidario por la parte del deudor ó del acreedor; es decir, por la parte que personalmente debe soportar aquel en cuya persona se ha obrado la confusión. (2) En el primer caso, el artículo 1,209 parece contrario al principio de la solidaridad. El acreedor á quien hereda uno de los deudores solidarios, por el todo, es acreedor de toda la deuda; y, por tanto, el crédito debería extinguirse del todo. Igualmente,

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 233, núm. 172 bis, V. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 348, núms. 412-414.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 235, núm. 143 bis, II.

cada deudor es deudor de toda la deuda; cuando el acreedor hereda á uno de ellos, hay confusión por toda la deuda; ¿porqué, pues, la deuda sólo se extingue parcialmente? La razón está en la naturaleza particular de la confusión. Hablando propiamente, la confusión no extingue la deuda, impide solamente al acreedor obrar, porque tendría que obrar contra sí mismo. La confusión no extingue la deuda sino en razón de esta imposibilidad de obrar, y, por consiguiente, en los límites de esta imposibilidad. Cuando hay cuatro codeudores solidarios, por ejemplo, la confusión que se obra en la persona de uno de ellos, ó en la persona del acreedor, no impide al acreedor obrar, sino por la parte de aquel á quien hereda, ó que le hereda, pero no le impide obrar contra los otros; desde que la razón de la extinción por confusión cesa respecto de él, la deuda subsiste por la parte de que están obligados. (1)

337. El art. 1,209 solo habla del caso en que el acreedor es el único heredero de uno de los deudores, y uno de los deudores heredero único del acreedor. También es posible que el acreedor no herede más que por una parte, á que el deudor no le herede más que por una parte. El principio queda siempre el mismo, pues el acreedor podrá demandar la deuda por el total; deducción hecha de la parte que debe soportar personalmente. (2)

El art. 1,209 es aun más limitado bajo otro concepto, pues solamente prevee el caso en que viene la confusión por consecuencia de la sucesión; este es el caso más común, mas pueden presentarse otros, por ejemplo, cuando el acreedor cede su crédito á uno de los deudores. El principio queda siempre el mismo: desde que los caracteres de deu

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 276. Colmet de Santerre, tomo V; pág. 234, núms. 143 y 143 bis, I.

2 Véase un ejemplo en Colmet de Santerre, t. IV, pág. 236, número 143 bis, III.

dor y acreedor se reúnen en una misma persona, hay confusión, y, por consiguiente, se debe aplicar la disposición del art. 1,209.

## 2. De la compensación.

338. Hay tres codeudores solidarios de una deuda de 12,000 francos; el acreedor se hace deudor de uno de ellos de la misma suma; ¿quedará extinguida la deuda por la compensación? El art. 1,294 decide la cuestión negativamente: "El deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe á su codeudor." Esta decisión está en oposición con los principios que rigen la compensación y la solidaridad. Cada uno de los tres deudores, en nuestro caso, es deudor de la suma de 12,000 francos, como si fuera el único deudor; por consiguiente, cuando el acreedor se hace deudor de la misma suma de uno de ellos, debería haber compensación, puesto que hay dos personas que son deudoras una de la otra (art. 1,289), y la compensación debería obrarse de pleno derecho, en virtud del artículo 1,290. Esto es tan cierto que el acreedor se dirige al deudor del cual él se ha vuelto deudor, y éste podría oponerle la compensación; no hay ninguna duda sobre este punto, y si la opone, la deuda quedará extinguida; por consiguiente, si el acreedor demanda á los otros codeudores, podrán oponerle la excepción que resulta de la extinción de la deuda. (1) Pero en el sistema del Código, la compensación no puede oponerse por el deudor; ésta sólo se obra por la fuerza de la ley aun sin conocimiento de los deudores (art. 1,290). Las dos deudas quedan extinguidas desde el momento en que coexisten. ¿Por qué el Código derogó este principio cuando una de las deudas es solidaria?

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 26, nota 20, pfo. 298 *ter* y todos los autores. Denegada casación, 24 de Diciembre de 1834 (Daloz, número 2,705). Rouen, 30 de Junio de 1810 (Daloz, núm. 2,691).

Sobre la proposición del Tribunal es que se agrega al art. 1,294 la disposición cuyo motivo preguntamos. Está motivada como consecuencia en las observaciones de la sección legislativa: "Si se pudiera oponer la compensación de lo que se debe á otro que á sí mismo, aunque éste otro fuera un codeudor solidario, sería dar lugar á dificultades sin número. Este tercero se encontraría empeñado en procesos desagradables y sería preciso examinar con él si la deuda existe, hasta qué punto exista, si es susceptible de compensación y si es natural que la compensación no tenga lugar entre dos personas más que por lo que ellos se deben entre sí." (1) Estos motivos no han parecido suficientes á los autores, todos han dado otros. En efecto, si realmente la compensación salvara todas las dificultades que el Tribunalado señala, resultaría que habría lugar á compensación. ¿No es una de las condiciones requeridas para la compensación que las deudas sean líquidas? ¿Y una de las deudas es líquida cuando no se sabe si existe ó no? Las dificultades que el Tribunalado teme, no pueden presentarse porque los codeudores no pueden oponerla al acreedor, si, como se supone, la existencia misma de la deuda es dudosa.

Cada autor tiene su explicación: creemos inútil combatir todas las opiniones. (2) El legislador no ha tenido otros motivos que los que acabamos de copiar. A esto es preciso, pues, atenerse y concluir que el art. 1,294 es contrario al rigor de los principios que rigen la solidaridad y la compensación.

339. El codeudor del que se ha vuelto acreedor, ¿podrá oponer la compensación por la parte que este debe sobre

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 57 (Loaré, t. VI, pág. 134).

2 Meurlón, t. II, pág. 567. Aubry y Rau, t. IV, pág. 25, nota 18. Demolombe, XXVI, pág. 335, núm. 399. Compárese Colmet de Sauter, t. V, pág. 230, núm. 142 bis, III.

tar en la deuda? La cuestión es muy controvertida. Nos parece que la negativa resulta del texto y del espíritu de la ley. El art. 1,294 es absoluto, no admite ninguna distinción; y el motivo dado por el Tribunado para justificar la disposición que ha propuesto, no soporta tampoco distinción; el Tribunado quiere prevenir las dificultades; mas estas se presentaran, si las había, por parte del deudor en la deuda, es decir, por una fracción del crédito, así como por el crédito entero. El orador del Tribunado se expresó también en el mismo sentido, diciendo en términos absolutos que los codeudores no pueden oponer la compensación de los créditos que les son extraños. Domat y Pothier enseñan, es verdad, lo contrario; mas dice Mouricault, los motivos que ellos dan no son concluyentes ni para el mismo Pothier, y concluye que con razón el Código ha rechazado su opinión. (1)

### 3. Remisión de la deuda.

340. En los términos del art. 1,285, “la remisión ó descargo convencional en provecho de uno de los codeudores solidarios, libra á todos los otros, á menos que el acreedor no haya reservado expresamente sus derechos contra estos últimos.” El Código opone el “descargo convencional” á la remisión tácita, de la cual hablan los arts. 1,282-1,284. Dirémos más adelante que la remisión tácita aprovecha por su naturaleza misma á todos los interesados; el acreedor que se desprende de la única prueba que tiene contra sus deudores, renuncia, por esto mismo, el derecho

1 Mouricault, Discursos, núm. 33 (Loaré, t. VI, pág. 248). Véase en sentidos diversos, los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, pág. 26, nota 19, pfo. 298 *ter*. Es preciso agregar, en favor de nuestra opinión, á Mourlón, t. II, pág. 568 y á Demolombe, t. XXVI, página 339, núm. 401 y una sentencia de denegada casación de 13 de Junio de 1872 de la Corte de Casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1872, 1289).

de exigir su crédito contra ellos; y lo mismo es, en principio, el descargo convencional. Los convenios sólo tienen efecto entre las partes contratantes. ¿Por qué el convenio que interviene entre el acreedor y uno de los deudores, tiene efecto con respecto á los otros? Es difícil justificar esta disposición. Se alega que el deudor á quien el acreedor hace la remisión, es deudor del total, de la deuda y considerado como si fuera el único deudor. Mas este efecto de la solidaridad no se establece más que en favor del acreedor, ¿y no puede decir que tiene aún otros deudores á los cuales no ha hecho remisión? No se pueden invocar todos los modos de la extinción de las obligaciones por todos los deudores; es preciso ver si tienen alguna cosa personal. Pero la remisión es con respecto á un hecho personal; es una renuncia y las renunciaciones ¿no son de estricta interpretación? Cuando la remisión se hace á título gratuito, hay un motivo de más para limitar el efecto al deudor á quien se hace. (1)

341. Según el sistema del Código, es preciso una reserva expresa del acreedor para que conserve sus derechos contra los otros deudores solidarios. ¿Cuál será el efecto de esta reserva? El art. 1,285 responde que el acreedor no puede respetar más la deuda que la deducción hecha de parte de aquel á quien se hizo la remisión. ¿Por qué los otros deudores no pueden ser demandados por el total? Porque el acreedor, por la remisión que hizo al deudor, priva á sus codeudores del recurso que tenían contra él. Si los codeudores conservaran un recurso, la remisión no sería más que parcial, mientras que, según la intención del acreedor, debía ser total; mas no puede serlo sino por la extinción parcial de la deuda, con respecto á los codeudores, contra los cuales el acreedor se reserva sus derechos.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 238, núm. 144 bis, I. Mourlón, t. II, pág. 569. Demolombe, t. XXVI, pág. 330, núm. 396.

¿Cuál es la parte de la cual los codeudores son descargados? Cuando los deudores están obligados, cada uno por su parte igual, no hay cuestión; mas se supone que la parte real del deudor librado, no es la parte igual. ¿Cuál es, en este caso, la parte que el acreedor está obligado á reponer á los otros codeudores? En principio, es esta la parte que los codeudores pueden reclamar contra el deudor librado, porque no es más que á razón de ese recurso, que ellos han sido descargados de la parte por la cual habrían podido tener acción contra él. Habría excepción en el caso, poco probable, en que la parte real fuese más fuerte que la parte igual, suponiendo que el acreedor ignore el hecho, podrá entonces renunciar su crédito, con respecto á los otros codeudores, nada más por la parte igual del deudor que descargó, y si es la voluntad del acreedor que hizo el contrato, excepto cuando la remisión es gratuita. Si se hace á título oneroso, podrá buscar, según la intención general de las partes contratantes, cuál es la parte real ó igual que el acreedor debe deducir del crédito. (1)

342. El art. 2,037 dice: "El fiador es descargado cuando la subrogación á los derechos hipotecados y privilegiados del acreedor, obra en favor del fiador." Se pregunta si los deudores solidarios pueden invocar este beneficio. La cuestión es muy controvertida, porque la mayor parte de los autores están por la afirmativa, mientras que la jurisprudencia está en sentido contrario. No vacilamos en colocarnos del lado de este dictámen, porque la jurisprudencia tiene un fundamento inalterable, el texto y el espíritu de la ley. Tratándose de la solidaridad, el Código dice cuáles son los derechos que pertenecen á los deudores solidarios, y no les da el derecho que el art. 2,037 otorga

1 Mourlón, t. II, pág. 569. Demolombe, t. XXVI, pág. 332, número 397.

al fiador; así, pues, no se le podría reconocer que había identidad de motivos, es decir, que la posición de los deudores solidarios, es la misma que la de los fiadores. Pero, grande es la diferencia entre la fianza y la solidaridad. El fiador se obliga únicamente en interés del acreedor, para hacerle ese servicio al deudor, sin obtener ninguna ventaja personal del contrato; así, pues, se concibe que no se obliga más que accesoriamente para el caso en que el acreedor no tenga ningún medio de obtener el cumplimiento forzoso de la obligación contra el deudor; si este ha dado garantías al acreedor, como hipotecas, ó un privilegio agregado al crédito, el fiador debe contar, naturalmente, con que estas garantías son suficientes, y sólo en esa inteligencia se obligó, debiendo haber contado también con las garantías accesorias del crédito, si él paga la deuda, porque está subrogado y la subrogación lo desinteresa, puesto que podrá ejercer todos los derechos, privilegios é hipotecas que pertenecen al acreedor. Si éste renuncia sus garantías ó no las conserva abandonando el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley para su conservación, falta á la ley del contrato, violando la condición bajo la cual el fiador se obligó. Aquí se ve por qué el fiador es descargado; pues la ley resuelve la fianza, porque el acreedor, por su parte deshizo el contrato. ¿Se puede decir lo mismo de los deudores solidarios? Nó; cada uno de ellos es deudor principal como si hubiera contraído solo la obligación, porque tiene un interés personal en la obligación, interés que es la causa de la obligación que contrajo. En caso de que él pague la deuda, cuenta, sin duda, con las garantías que le da la ley contra sus codeudores, porque está subrogado como lo está el fiador; mas esta subrogación no es la condición de su obligación y puede ser demandado como único deudor. La sola condición de su obligación es que tiene el recurso que la ley le asegura, y del cual al acree-

dor no lo priva por su hecho (art. 1,285). Cuando esta obligación se cumple, está obligado.

Se objeta que el art. 2,037 es una consecuencia del artículo 1,251 que subroga en los derechos del acreedor á los deudores solidarios, tanto como al fiador. Esta subrogación es un elemento del recurso; si este no puede quitársele al deudor, el acreedor tampoco debe tener el derecho de quitarle las garantías que hacen eficaz el derecho; ¿de qué serviría el recurso si llegase á ser ilusorio por el hecho del acreedor? En teoría, la objeción es muy fuerte y el legislador hubiera debido tenerla en cuenta. Pero la cuestión está en saber si lo ha hecho, es decir, si en su pensamiento la subrogación en los derechos de los acreedores es un elemento esencial el recurso; y lo contrario resulta de los arts. 2,033 y 2,037. El art. 2,033 da al fiador que ha pagado la deuda un recurso contra los coafiadores; si el artículo 2,037 fuese la consecuencia forzada del art. 2,033, la disposición sería inútil, y, por tanto, en el espíritu de la ley, el recurso y la subrogación son cosas diferentes, lo que decide la cuestión. El fiador y el deudor solidarios tienen dos derechos, el recurso y la subrogación. Si se trata del recurso, el acreedor no puede privar al deudor solidario como tampoco al fiador. En cuanto á la subrogación, la ley dice claro que el acreedor no puede privar al fiador, no lo dice para el deudor solidario, y por tanto, el art. 2,037 no puede invocarse por él. (1)

343. Se admite, sin embargo, que hay casos en que el acreedor que destruye las garantías que tuvo contra uno de los deudores, es responsable de su hecho, en el sentido

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 35, nota 47, pfo. 298 *ter* y los autores que cita. Hay que agregar á Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. III, pág. 359, nota 15 y Demolombe, t. XXVI, pág. 427. Compárense las sentencias citadas por Aubry y Rau. La opinión contraria fué enseñada en el antiguo derecho por Dumoulin y Pothier y seguida por Merlin, Toullier, Durantón, Mourlón y Rodière.

de que no puede extinguir de los otros codeudores el pago de la deuda sino con deducción de la parte por la cual ha estado obligado el deudor. Desde luego, cuando es por su dolo por lo que ha privado á los codeudores de sus garantías con las cuales debían contar. El dolo siempre hace excepción y el que es culpable responde del daño que ha causado por su dolo. El Código consagra esta máxima tradicional disponiendo que los contratos deben ser cumplidos de buena fe (art. 1,134), y si el deudor responde de su culpa, con mayor razón es responsable de su dolo. Es cierto que el acreedor no está obligado en principio á conservar las garantías dadas á su crédito, pues su obligación no nace de la falta de cumplimiento de sus obligaciones, nace directamente del dolo. (1)

También se admite una segunda excepción sobre la cual hay más duda. Los deudores solidarios pueden estipular que el acreedor pierda su derecho contra ellos por la parte del deudor que hizo remisión de sus seguridades ó cuando estas se pierden por su culpa. ¿También este convenio podrá ser tácito? Se enseña que puede resultar de las circunstancias de la causa. (2) Esto nos parece dudoso. Es cierto que los convenios pueden ser tácitos, mas este principio no es aplicable cuando el convenio consagra una excepción al derecho común porque las excepciones deben, por su naturaleza, ser estipuladas formalmente, no es suficiente para admitirlas una voluntad tácita. Más, en este caso, hay derogación en el derecho común, puesto que se asienta, en principio, que el art. 2,037 no es aplicable á los codeudores solidarios, si no es haciendo una estipulación expresa.

1 Aubry y Rau, t. IV, págs. 36 y siguientes, pfo. 298 *ter.* Demolombe, t. XXVI, pág. 433, núm. 499.

2 Demolombe, t. XXVI, pág. 434, núm. 500.

*Núm. 3. De la remisión de la solidaridad.*

344. El acreedor que puede renunciar su crédito por la remisión que hace en todo ó en parte, puede, con mayor razón, renunciar la solidaridad, puesto que cada uno puede renunciar los derechos que tiene en su favor. Se supone, naturalmente, que tiene posibilidad de enajenar, porque toda renuncia es un acto de disposición. La renuncia puede ser absoluta ó relativa: es absoluta cuando el acreedor hace remisión de la solidaridad á todos los codeudores. La ley no prevée esta hipótesis desde luego, porque no se presenta seguido: sólo se estipula en los derechos que se han de renunciar en seguida; pues el efecto de una remisión semejante, es tan sencillo, que no vale la pena de formularlo; si los codeudores son descargados de la solidaridad, se vuelven deudores conjuntos, es decir, que se les aplica el derecho común que hemos expuesto antes. La renuncia del acreedor es relativa cuando descarga solamente á uno de sus deudores de la solidaridad; se concibe que ésta presta un servicio al deudor á quien remite la solidaridad, y este servicio no puede comprometer los intereses del acreedor si los codeudores que quedan obligados son solventes ó han dado garantías.

La renuncia puede ser expresa ó tácita. Este es el derecho común. Se aplica también el derecho común en lo que concierne á la renuncia que es de rigurosa interpretación, porque no se admite fácilmente que un acreedor renuncie los derechos que ha estipulado, y sobre todo, la solidaridad, que es la condición bajo la cual ha estipulado.

*I. De la remisión expresa.*

345. ¿Cuándo hay remisión expresa? Esta cuestión ciertamente, no merecería ser planteada, si el sentido del

artículo 1,210 no fuese vivamente controvertido. Es expresa una cláusula cuando se estipula en terminos expresos. La remisión de la solidaridad, es, pues, expresa cuando el acreedor declara remitir la solidaridad ó descargar de ella á tal deudor. Poco importan los términos, puesto que jamás hay términos sacramentales, pero sí se requieren algunos términos. Esto es lo que hemos dicho varias veces cuando la ley exige que un convenio ó una cláusula sean expresas. Inútil es insistir.

346. ¿Cuál es el efecto de la remisión expresa de la solidaridad? Aquí entramos en una série de dificultades. Se trata de saber si el artículo 1,210 prevee el caso de una remisión que el acreedor haga de la solidaridad. Así es, en nuestro concepto. El artículo 1,210 está concebido así: "El acreedor que consiente en la división de la deuda respecto de uno de los codeudores, conserva su acción solidaria contra los otros, pero con deducción de la parte del deudor á quien ha descargado de la solidaridad." El efecto de la remisión es, pues, éste: el deudor descargado de la solidaridad permanece deudor, pero cesa de serlo solidario y sólo es ya deudor por su parte en la deuda. Siempre, como lo diremos más adelante explicando el artículo 1,215, el deudor, aunque descargado de la solidaridad, debe soportar su parte en la insolvencia de uno de sus antiguos codeudores; la descarga de solidaridad no es, pues, absoluta.

En cuanto á los otros codeudores, quedan como estaban, deudores solidarios, pero el acreedor no puede perseguirles sino con deducción hecha de la parte del deudor á quien ha remitido la solidaridad. Desde luego, debemos ver los motivos de esta disposición; ¿el art. 1,210 está conforme con los principios que rigen la solidaridad, ó es contrario? La ley dice dos cosas: desde luego, que la remisión de la solidaridad hecha á uno de los deudores, no libra á los

otros. Sobre este primer punto, hay oposición entre el artículo 1,210 y el art. 1,285. Cuando el acreedor hace remisión de la deuda á uno de los deudores solidarios, esta remisión tiene efecto respecto de los otros, y todos quedan liberados. Cuando hace remisión de la solidaridad á uno de ellos no tiene efecto respecto de los otros, y quedan obligados solidariamente. Creemos que la disposición del artículo 1,210 es más conforme á los principios.

Esta es la doctrina de Pothier; la remisión convencional es un convenio que tiene lugar entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios; y los convenios sólo tienen efecto entre las partes contratantes: el acreedor que tiene tres deudores solidarios, declara descargar al primero y no descarga á los otros dos; estos, por tanto, permanecen deudores solidarios. La descarga es una renuncia, y la renuncia á un derecho, jamás se presume; debe, pues, interpretarse siempre, restrictivamente. Esto decide la cuestión en el sentido del art. 1,210. (1) La ley dice en seguida, que el acreedor no conserva su acción solidaria contra los deudores no descargados sino bajo la deducción de la parte del deudor á quien ha hecho remisión de la solidaridad. Esta decisión del Código es contraria á la opinión de Pothier, y en nuestro concepto, contraria á los verdaderos principios. Pothier dice que el acreedor que ha hecho remisión de la solidaridad á uno de los deudores, conserva su derecho de solidaridad contra los otros (2) y tal es el verdadero principio. ¿Porqué los codeudores no pueden ya ser perseguidos por la parte del deudor descargado de la solidaridad? Ninguna buena razón se ve. El deudor descargado permanece deudor por su parte, y aun queda obligado por los efectos de insolvencia de sus antiguos codeu-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 278. Bigot-Prémeneu, *Exposición de Motivos*, núm. 96 (Loché, t. VI, pág. 164.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 277.

dores solidarios; y por tanto, la remisión de la solidaridad que el acreedor le hace, en nada perjudica á los otros deudores, pues conservan todos sus derechos contra él. ¿De qué podrían quejarse y porqué habrían de ser liberados de una parte de su deuda? (1) Se dice que sufren un perjuicio porque tienen un medio más de ser perseguidos por el todo, (2) ¿pero este medio no es el efecto ordinario de la solidaridad? ¿Y el acreedor haciendo remisión de la solidaridad á uno de los deudores no usa de su derecho? ¿No es esto como si dijese que quiere perseguir á los otros por el total? Este es su derecho, y esta es la obligación de los deudores solidarios. Así, bajo ningún aspecto se atenta á sus derechos; la disposición del Código que les descarga de una parte en la deuda, es, pues, inexplicable

347. Porque el art. 1,210 es contrario á los principios, es por lo que se ha ensayado darle otra interpretación. El supone, dicen, que el acreedor descarga á uno de los deudores de la solidaridad en el momento en que éste paga su parte en la deuda; y en esta suposición no hay que decir que el acreedor no puede demandar á los otros deudores la parte de la deuda que ha percibido. Esta interpretación es inadmisibile. El texto de la ley no dice lo que se quiere hacerle decir. No supone que el deudor descargado de la solidaridad, pague su parte; todas las expresiones del artículo suponen el simple hecho de la remisión de la solidaridad. La ley comienza por decir: "El acreedor que *consiente en la división de la deuda* respecto de uno de los co-deudores." ¿Esto quiere decir que el acreedor consiente en recibir un "pago dividido?" La palabra "pago" no se encuentra en el texto, y la expresión "consentir en la divi-

1 Bugnet sobre Pothier, t. II, pág. 131, nota 1. Marcadé, t. IV, pág. 181, núm. 1 del art. 1,210.

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 242, núm. 144 bis, IV. Demolombe, t. XXVI, pág. 401, núm. 464.

sión de la deuda," no tiene este sentido. Ella se explica por la naturaleza de la obligación solidaria, y por el artículo 1,203 que deduce esta consecuencia de que el deudor solidario no puede demandar la "división" de la deuda; y, por tanto, consentir en la división, es renunciar la solidaridad. Es lo que dice el final del art. 1,210: "bajo la deducción de la parte del deudor que *descarga la solidaridad*." Se trata, pues, de un simple descargo ó remisión de la solidaridad.

Si se admite esta interpretación, resulta que el caso que se pretende, decidido por el art. 1,210, no está previsto por la ley; y es inútil preverlo. Supongamos que hay una deuda solidaria de 12,000 francos y que son tres los deudores. El acreedor recibe 4,000 francos del primero y lo descarga de la solidaridad. ¿Se necesita una disposición de la ley para decidir que aquel á quien se debía una suma de 12,000 francos y que ha recibido 4,000, no puede reclamar más que 8,000 francos? Una simple sustracción es suficiente para esto. Para lo que sí se necesita una disposición formal es para reglamentar los efectos de la remisión de la solidaridad, porque hay una duda en cuanto á la interpretación de estos efectos y siendo la cuestión dudosa, es conveniente cortarla. El Código decidió lo contrario á la opinión de Pothier y á la de los verdaderos principios: mas es preciso atenerse á su decisión, y no violentar el texto haciéndole decir otra cosa de lo que dice. (1)

## II. Remisión tácita.

348. La ley prevé varios casos de renuncia tácita. En

1 Marcadé, t. IV, pág. 481, núms. 1 y 2 del art. 1,210. Compárese en sentidos diversos, Durantón, t. XI, pág. 286, núm. 231. Aubry y Rau, t. IV, pág. 33, nota 42, pfo. 298 *ter*. Colmet de Santerre, t. V, pág. 239, núm. 144 *bis*, II y 144 *bis*, III.

los términos del art. 1,211, el acreedor que recibe divisivamente la parte de uno de los deudores, sin reservar en el recibo la solidaridad, ó sus derechos en general, no renuncia la solidaridad sino con respecto de este deudor. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que haya remisión de la solidaridad en esta primera hipótesis? (1)

Es preciso, desde luego, que el acreedor reciba separadamente la parte de uno de sus deudores en la deuda. Así en una deuda de 12,000 francos, el acreedor que recibe del primer deudor una suma de 4,000 francos, es la parte que ese deudor tenía en la deuda, puesto que según el artículo 1,213, la obligación solidaria se divide de pleno derecho entre los deudores que no están obligados más que por su parte cada uno. Recibir un pago dividido, según la parte de los deudores en la deuda, no es suficiente para que se pueda creer que el acreedor renunció la solidaridad. Este hecho tiene aún otra interpretación y es que el acreedor consiente en recibir á cuenta de lo que el deudor debe. Mas, para que haya renuncia tácita, es preciso que el hecho de donde se infiere, pruebe necesariamente la voluntad del acreedor de renunciar sus derechos; desde que es posible una y otra interpretación, no se puede decir que renuncia, por que nadie está obligado á renunciar los derechos útiles que estipuló. Mas recibir separadamente la parte que el deudor debe tener en la deuda, es ya una probabilidad en favor de la renuncia; porque el acreedor renuncia por esto un derecho que la solidaridad le da, la de exigir el pago total de cada uno de los deudores; y como recibe precisamente "la parte" de uno de los deudores, esto aumenta la probabilidad; recibir cualquiera otra suma que la parte, sea menos y sobre todo más, es recibir á cuenta, y de aquí no se puede concluir nada.

1 Durantón, t. XI, pág. 287, núms. 233, 234. Demolombe, t. XXVI, pags. 405 y siguientes, núm. 469-473.

Otra condición para que haya renuncia tácita, es que el recibo exprese que es "por la parte del deudor" que el pago se hizo; si el recibo no hace mención de esto, el acreedor, según el art. 1,211, no estará obligado á remitir la solidaridad al deudor, aunque reciba de él una suma igual á la que está obligado. La ley exige esta segunda condición para desvanecer la duda que deja la primera sobre la intención del acreedor. Dando un recibo formulado así, el acreedor manifiesta su intención de consentir en la división de la deuda; lo que equivale, según el art. 1,210, á renunciar el beneficio de la solidaridad. Aun cuando estas dos condiciones existan, el acreedor puede aún conservar los derechos que le da la solidaridad, si en el recibo reservó la solidaridad ó sus derechos en general. El hecho de recibir un pago dividido según la parte de los codeudores y de dar recibo, no es más que una presunción de la voluntad del acreedor; la ley supone que ésta es su voluntad; mas la voluntad debe expresarse y no sólo suponerse. La reserva que hace el acreedor de sus derechos, destruye todas las probabilidades que resultan del pago dividido que recibió; esta es una prueba de que no entendió recibir más que á cuenta.

La explicación que acabamos de hacer del art. 1,211 es admisible para todos los otros, salvo el disentiendo de Larombière sobre una de las condiciones; es inútil fijarse, puesto que el texto es formal, y la jurisprudencia conforme. (1)

349. El acreedor demanda un pago dividido judicialmente: ¿bajo qué condiciones hará remisión tácita de la solidaridad? En el fondo, este caso es idéntico al primero; es lo que el texto del Código indica: "es lo mismo, dice el art. 1,211 la simple demanda hecha contra uno de los

1 Colmar, 31 de Julio de 4813, y Amiens, 22 de Enero de 1840 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,449).

codeudores “por su parte” si éste no consintió en la demanda ó si no intervino un juez de condenación.” Las condiciones son, pues, las mismas.

Es preciso que el acreedor demande una suma que represente “la parte” del deudor en la deuda, y la demanda debe decir que es “por su parte.” Esto no es suficiente, es preciso, además, el consentimiento del deudor, porque cuando hay pago dividido, el deudor consiente, por lo mismo que ofrece, su parte, y el acreedor consiente aceptándolo. Cuando el acreedor obra judicialmente, su demanda no es más que una manifestación unilateral de su voluntad; puede retirarlo mientras el deudor no la haya aceptado contestándola ó á falta de aceptación, mientras el juez no haya condenado al deudor pagar la parte reclamada judicialmente. Desde que el deudor consiente, la remisión de la solidaridad existe y el fallo tiene lugar de consentimiento. Debe agregarse que el fallo debe ser irrevocable porque si es atacado, es por esto mismo, anulado (art. 1,262). (1)

350. El acreedor recibe separadamente y sin reserva, la parte de uno de los deudores en los intereses ó réditos de la deuda. ¿Cual será el efecto de este pago parcial en cuanto á la solidaridad? El artículo 1,212 responde que el acreedor pierde la solidaridad por los réditos ó intereses vencidos. Esta es la aplicación, á los intereses de lo que el artículo 1,211 dice del pago dividido del capital. Se necesitan, por tanto, las condiciones que este artículo exige, es decir un pago hecho por la “parte” del deudor y un recibo dado por esta “parte” sin reserva. Esto no tiene duda alguna, aunque el artículo 1,212 no habla de la declaración que debe contener el recibo; el objeto de la ley en este artículo, no es derogar la regla del artículo

1 Colmet de Sauterre, t. V, pág. 234, núm. 145 bis, II. Pothier *De las Obligaciones*, núm. 277.

1,211, la hace á un lado simplemente, y, por consiguiente, no ha juzgado necesario repetir todas las condiciones.

El artículo 1,212 agrega que el pago dividido de los intereses vencidos, no supone renuncia á la solidaridad de los intereses por vencer, ni del capital. Esta es la aplicación del principio que rige la renuncia; debe interpretársele. El acreedor que renuncia á la solidaridad por los intereses vencidos, no cree renunciar á la solidaridad por los intereses por vencer ni por el capital. (1)

351. Hay un cuarto caso de remisión tácita. El pago dividido de intereses se continúa durante diez años consecutivos; en este caso, el acreedor pierde la solidaridad por el capital y los intereses futuros (art. 1,212). Esta decisión se funda en una grande probabilidad. Cuando el acreedor recibe cada año durante un lapso de tiempo de diez años, el pago dividido de intereses, no considera ya al deudor como solidario, y renuncia, por tanto, á la solidaridad. Debe creerse así, puesto que de él depende destruir esta presunción; no tiene que hacer más que sus reservas, y basta que haya reservado sus derechos en un solo recibo dado durante este largo espacio de tiempo, para que la presunción se destruya y conserve todos sus derechos.

Decimos que se necesitan diez pagos hechos de año en año. Esta es la opinión común y se funda en el texto y en el espíritu de la ley. El art. 1,212 exige un "pago dividido que continúe durante diez años consecutivos," y, por tanto, no bastaría un solo pago que comprendiese las diez anualidades vencidas. ¿Por qué? Porque esta no es más que una sola manifestación de la voluntad, y la ley no ataca la presunción de renuncia, sino por una voluntad repetida. ¿Cuántas veces debe ser repetida? Durante diez años consecutivos. La ley no se limita á decir durante diez años; quiere que sean diez años "consecutivos," lo que supone

1 Durantón, t. XI, pág. 290, núm. 236.

que el acreedor declara cada año, la misma intención. En la opinión contraria se contentan con tres pagos; esto es arbitrario y no está de acuerdo con el espíritu de la ley, porque tres pagos dan, ciertamente, una mediana probabilidad, mucho menor que diez pagos repetidos de año en año. (1)

352. ¿Cuál es el efecto de la remisión tácita? En principio, la remisión tácita debe tener el mismo efecto que la remisión expresa, porque es un mismo hecho jurídico basado en la voluntad del acreedor; y siendo la intención la misma, los efectos también deben ser los mismos. El Código lo dice para la cuestión de saber si la renuncia es absoluta ó relativa; según el art. 1,211, el acreedor que recibe un pago dividido de uno de los deudores, no renuncia á la solidaridad sino respecto á este deudor. Lo mismo sucede en los otros casos de renuncia tácita. En cuanto al efecto de la remisión tácita respecto de los otros deudores, la ley nada dice. Hay dos casos en los cuales no hay duda alguna: el acreedor recibe separadamente la parte de uno de los deudores en el capital ó en los intereses; no puede ya demandar á los otros deudores el capital, sino con deducción de lo que ha percibido y los intereses, deduciendo lo que ha recibido; porque no puede demandar dos veces la misma cosa. Cuando el acreedor demanda un pago dividido judicialmente, nada recibe, esto es una simple renuncia á la solidaridad; ¿podrá todavía demandar á los otros deudores el total de la deuda? Nó; debe aplicarse á la solidaridad tácita lo que la ley dice de la solidaridad expresa art. 1,210 Poco importa que en nuestra opinión esta disposición sea contraria á los principios, no por eso deja de ser una regla establecida por el Código que debe

1 Mouricault, Discurso núm. 33 (Loaré, t. VI, pág. 249). Duranton, t. XI, pág. 290; núm. 236 y la mayor parte de los autores. En sentido contrario, Demolombe, t. XXVI, pág. 418, núm. 491.

aplicarse á la remisión tácita, porque habría una inconsecuencia injustificable en admitir para la renuncia tácita un principio que el Código ha rechazado para la renuncia expresa. Agregamos también el caso en que la renuncia del acreedor resulta del pago hecho, durante diez años de intereses, por la parte de uno de los deudores.

353. ¿Puede admitirse la renuncia á la solidaridad fuera del caso previsto por la ley? Se dice que nó, porque no debe presumirse fácilmente la renuncia de sus derechos. (1) Esto es muy absoluto. Sin duda, los casos de renuncia previstos por la ley son de estricta interpretación, en el sentido de que en estos casos la renuncia no existe sino bajo las condiciones determinadas por la ley. Pero puede haber otros casos de renuncia tácita; esta no es una cuestión de derecho, es una cuestión de "hecho," como sucede en todos los casos en que el consentimiento es tácito. Las sentencias que se citan, no han decidido que la renuncia tácita no existe sino en los casos de los arts. 1,211 y 1,212, han decidido que el deudor que pretendía estar libre de la solidaridad, no lo estuvo. En los casos juzgados por estas sentencias, no hubo la menor duda, porque los hechos de donde se pretendió deducir la liberación de la solidaridad fueron extraños al acreedor. (2) ¿Puede haber renuncia á la solidaridad, ó si se quiere, liberación de la solidaridad sin el concurso del acreedor? La negativa es demasiado evidente, para que haya necesidad de insistir.

### § III.—EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS.

#### *Núm. 1. Principio general.*

354. Hay un lazo entre los codeudores, porque han con-

1 Dalloz, *Repertorio*, palabra *Obligaciones*, núm. 1,457.

2 Rouen, 14 Floreal, año XI (Dalloz, palabra *Fianza*, núm. 300). Douai, 16 de Noviembre de 1842 (Dalloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 2,008).

plica; pero no puede haber sociedad para un delito. Esto es cierto, mas es preciso no olvidar que la teoría del mandato no es una ley, no es más de una explicación de la solidaridad, explicación que no está admitida por todos los autores. El legislador da una regla general en los artículos 1,213 y 1,214, y debe aplicarse en todos los casos, aun cuando la teoría del mandato no sea aplicable. Hay otro motivo jurídico que justifica suficientemente la división de la deuda entre los autores de un mismo delito y el recurso del que se obligó á pagar toda la deuda. Por esto mismo son todos culpables y deben sufrir la misma pena, y siendo el pago de daños y perjuicios la consecuencia del delito, todos deben, pues, sufrirla, si nó uno sería castigado menos que otro; lo cual es inadmisibile bajo el punto de vista penal; y los principios del derecho civil se oponen igualmente, porque todos los que causan daño, deben repararlo, y si uno solo paga toda la deuda, debe tener un recurso contra sus codeudores, pues de lo contrario, estos se enriquecerían á sus espensas. Esta es la doctrina de Pothier. (1)

357. Hay alguna incertidumbre en la doctrina de Pothier sobre la naturaleza de la acción que pertenece al deudor contra sus codeudores. La ley la llama una acción repetida. En la doctrina tradicional, el recurso se funda en la sociedad que existe entre los codeudores, que es una acción personal. Además, el codeudor que paga la deuda, está subrogado á la acción del acreedor en virtud del artículo 1,251, núm. 3, que le da derecho á las garantías reales que aseguran el pago del crédito. (2) Un autor moder-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 282. Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 246, núm. 147 bis, III.

2 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 282. Colmet de Santerre, tomo V, núm. 147, y casi todos los autores. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Limoges, 8 de Agosto de 1832 (Dalloz, en la palabra *Prescripción Civil*, núm. 1,060.

no, M. Demolombe, ha contestado esta teoría; según él, la verdadera causa, la causa única del recurso será el pago hecho por uno de los codeudores en interés de los que eran deudores como él y á quienes ha procurado su descargo. (1) Es cierto que sólo el hecho del pago por el cual se libra á un tercero da una acción contra ese tercero, mas se pregunta cuál es esta acción; si no es la que procede del mandato, sólo queda la consideración de equidad que produce una acción que Pothier llama acción útil de gestión de negocios, y que en la escuela se designa bajo el nombre de acción de *in rem verso*; esta es una acción menos favorable que la del mandato y que la gestión de negocios, puesto que el demandante debe probar que ha hecho un pago al deudor que libró, y que no tiene recurso más que en los límites de la ventaja que le procura. ¿Es esta la teoría del Código? Basta con leer el art. 1,214 para convenirse de lo contrario. El que ha pagado toda la deuda, puede repetir contra cada uno de sus codeudores la parte por la cual se obligaron en la deuda, y no hay nada que probar, sino el pago hecho. Esto prueba que los autores del Código han admitido implícitamente la doctrina de Pothier, su guía habitual.

358. Esto no basta para explicar el art. 1,214. Se pregunta por qué la ley divide el recurso, no siendo admitida la repetición contra los codeudores, más que por la parte y porción de cada uno de ellos. Si el deudor solidario no tiene acción más que en virtud de la sociedad que existe entre él y sus codeudores, la respuesta es bien sencilla: asociados por partes iguales, cada uno debe ser obligado por una parte igual. Mas el codeudor tiene, además, la acción que nace de la subrogación y puede tener de este cargo una acción hipotecaria; mas estas acciones son indivisibles. El acreedor tiene una acción por el total contra cada uno de

1 Demolombe, t. XXVI, pág. 360, núms. 421 y 422.

dor personal aunque haya hipotecado uno de sus inmuebles para seguridad de la deuda de la que responde solidariamente; se debe, por consiguiente, aplicarle al artículo 1,214. La Corte de París lo juzga así, (1) y esto no es dudoso.

También se ha sostenido ante la Corte de Casación de Bélgica, que el recurso decidido establecido por el artículo 1,214 no se aplica más que á la acción personal que el deudor tiene contra sus codeudores en virtud de la sociedad que les une; si uno de los deudores, dicen, es detentador de un inmueble hipotecado á la deuda solidaria, no es el art. 1,214 el que se le debe aplicar, sino la regla que rige la subrogación y sus efectos. La Corte rechazó este sistema como contrario al texto y al espíritu de la ley. El texto de los arts. 1,213 y 1,214 es absoluto; no distingue entre la acción personal y la acción hipotecaria, pero cuando la ley es general, el intérprete no puede introducir una distinción que llegaría á modificar la ley. Toda distinción es, por otra parte, rechazada por los motivos mismos de la luz, que tiene por objeto impedir los círculos de acción y de reducir los efectos de la subrogación á los límites que asienta. Esto es decisivo. (2)

360. El deudor que paga toda la deuda y se hace subrogar convencionalmente á los derechos del acreedor, podrá ejercer los derechos que da la subrogación, es decir, obrar por el total contra sus codeudores, hecha la deducción de su parte en la deuda? Nó, deberá dividir su recurso conforme al art. 1,214. El Código lo decide así en un caso análogo, el del heredero que paga en virtud de la hipoteca, toda la deuda en la que no debía saportar perso-

1 París, 30 Ventoso, año XIII (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,455).

2 Casación, 17 de Diciembre de 1852 (*Enciclopedia*, 1853, 1, 63). Compárese Durantón, t. XI, págs. 297 y siguientes, núm. 244.

nalmente más que su parte hereditaria; no tiene más que un recurso dividido contra sus coherederos, dice el artículo 875, aun en el caso en que se hubiera hecho subrogar á los derechos del acreedor á quien pagó. La razón es muy sencilla y se aplica también á los codeudores solidarios. La subrogación convencional es idéntica á la subrogación legal y produce los mismos efectos. ¿Qué importa, pues, que el que está subrogado por la ley, se haga subrogar por convenio? Es inútil lo que hace. Sería, por otra parte, contrario á todo principio que cuando la ley quiere impedir un círculo inútil de acciones, modificando los efectos de la subrogación, las partes interesadas tuviesen el poder de derogar una disposición que tiende al orden público, previniendo acciones inútiles. (1)

361. ¿Cuál es el objeto del recurso que el deudor tiene contra sus codeudores? El art. 1,214 dice que es una repetición; el deudor puede repetir lo que ha pagado, hecha la deducción de su parte. ¿Puede reclamar los intereses de este anticipo? Aquí importa precisar la acción en virtud de la cual se obra. Si se admite la doctrina tradicional de la sociedad, la solución no es dudosa. La sociedad supone un mandato; y si es como mandatario (como el deudor paga toda la deuda, puede invocar el art. 2,001, en cuyos términos, el interés de los anticipos hechos por el mandatario, le es debido por el mandante desde el día en que se justifiquen los anticipos. Hay dos autores que invocan también el art. 2,028, según el cual el fiador que ha pagado tiene su recurso contra el deudor principal, tanto por el capital como por los intereses. Esto es dudoso; á la verdad, se dice que los codeudores solidarios son fiadores los unos de los otros por todo lo que exceda de la parte de cada uno en la deuda común. Pero los mismos que hacen esta asimilación juzgan que hay diferencias considerables

1 Durantón, t. XI, pág. 296. núm. 244 y todos los autores.

entre los fiadores y los deudores solidarios; más vaía, puea, hacer á un lado las reglas espéciales que rigen la fianza para atenerse á la doctrina tradicional de la sociedad y del mandato. (1)

362. Cuando uno de los codeudores solidarios se encuentra insolvente, dice el art. 1,214, la pérdida que ocasiona su insolvencia se reparte, por contribución, entre los otros codeudores solventes y el que hace el pago. ¿Por qué todos los codeudores responden de la insolvencia de uno de ellos? Esto es una consecuencia del lazo que les une. Estando asociados, aprovechan del beneficio de esta asociación, en el sentido de que todos pueden invocar lo que uno de ellos hace de favorable para la deuda (núm. 245); deben también responder todos de lo que suceda desfavorable á uno de ellos: esta es la ley de la igualdad que debe reinar entre asociados, y esta ley sería burlada, sin motivo alguno, si el que por un simple accidente ó por la voluntad del acreedor, ha pagado toda la deuda, debiese soportar sólo la pérdida que resulta de la insolvencia. En este sentido, dicen los autores, que los deudores solidarios son fiadores los unos para con los otros; la obligación de garantizarse de los efectos de la insolvencia de uno de ellos es una consecuencia de la sociedad: entre asociados las pérdidas deben dividirse, lo mismo que los beneficios. (2)

363. La aplicación del principio ha dado lugar á una dificultad que el art. 1,215 ha terminado, pero esta disposición ha suscitado nuevas controversias. Se supone que el acreedor hace remisión de la solidaridad á uno de los deudores; dirige, en seguida, su acción contra otro codeudor y se encuentra que hay otro codeudor insolvente. La

1 Durantón, t. XI, pág. 303, núm. 246. Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 32, nota 38, pfo. 298 *ter*.

2 Colméet de Santerre, t. V, págs. 249 y siguientes, núm. 149 *bis*, I y II.

cuestión es saber si el deudor descargado de la solidaridad debe soportar una parte en la insolvencia. El art. 1,215 responde: "La parte de los insolventes será distribuida entre todos los deudores, aun los descargados anteriormente de la solidaridad por el acreedor." A primera vista se cree que esta disposición viola el principio que rige el efecto de la solidaridad. Los deudores conjuntos, pero no solidarios, no están obligados á garantizarse de la insolvencia; si los codeudores solidarios deben esta garantía, es por un efecto de la solidaridad. Y como uno de los codeudores es descargado de la solidaridad, llega á ser simple deudor conjunto. ¿No debe concluirse que no está obligado á soportar una parte en la pérdida que resulta de la insolvencia?

Hay autores que convencidos de que los principios se oponen á que el deudor descargado de la solidaridad, esté también obligado como deudor solidario, en lo que concierne á la garantía de la insolvencia, han ensayado dar otra interpretación al art. 1,215. (1) Según ellos, el reparto contributorio que se hace entre los codeudores y el deudor descargado de la solidaridad no tienen por objeto obligar á este á pagar su parte en la pérdida; el único objeto de este repartimiento es hacer el cálculo de la parte que cada uno de los deudores debe soportar en la insolvencia; en cuanto á la parte que hubiera estado á cargo del deudor librado de la solidaridad, es una pérdida que el acreedor debe llevar sobre sí, porque es por su hecho por lo que los codeudores se ven privados del recurso que hubieran tenido contra el codeudor si el acreedor no le hubiese remitido la solidaridad. Esta interpretación del art. 1,215 es inadmisibile; está en oposición con el texto y con el espí-

1 Esta es la opinión más general: Delvincourt, Toullier, Duranton, Aubry y Rau ( t. IV, pág. 33, nota 43, pfo. 298 *ter* ).

ritu de la ley. El artículo dice claramente que los codeudores "contribuyen" todos en la pérdida de la insolvencia, y contribuir, quiere decir pagar; la palabra tiene ciertamente este sentido cuando se trata de los codeudores que permanecen solidarios, debe tener el mismo sentido cuando se trata del codeudor descargado de la solidaridad; ¿se concibe que una misma expresión tenga dos sentidos diferentes en una misma frase? Nosotros decimos que el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto. Los autores del Código han seguido la idea de Pothier, lo que prueba que la disposición del art. 1,215 no podría estar, como se pretende, en oposición con los principios de la solidaridad. La dificultad que el art. 1,215 decide, es menos una cuestión de derecho que de intención. Se trata de saber si el acreedor que remite la solidaridad á uno de los deudores cree descargarle de los riesgos de la insolvencia para tomar estos riesgos á su cuenta. Ciertamente no es tal la intención del acreedor; no es posible suponer esto, porque resultaría que el acreedor renuncia á una parte de su crédito, cuando solamente quiere descargar al deudor de la acción solidaria que hubiera podido ejercitar contra él; el acreedor le desliga de la solidaridad en cuanto á él, pero no respecto de sus codeudores. Tal es la explicación que el orador del Gobierno da del art. 1,215. "El acreedor, dice Bigot-Prémameneu, no es dueño de romper el lazo de derecho que existe entre los deudores; si divide la deuda respecto de él, no debe concluirse que haya interrumpido los recursos respectivos de los codeudores entre sí; la división de la deuda no ha podido ser consentida ni aceptada sino salvo el derecho de otro. Así, el codeudor descargado de la solidaridad respecto del acreedor, ha debido contar que le queda aún una obligación que cumplir respecto de sus codeudores en caso de insolvencia de cualquiera de ellos." Se ve que el orador del Gobierno no supone que los co-

deudores pueden tener un recurso contra el acreedor, desde que ellos deben tenerlo contra el deudor descargado. (1)

364. Los principios que rigen el recurso, reciben excepción cuando el negocio por el que se ha contraído la deuda solidariamente, se refiere sólo á uno de los coobligados solidarios. Este, según el art. 1,216, estará obligado por toda la deuda respecto de los otros codeudores, que sólo serán considerados, respecto de él, como sus fiadores. Esto sucede todos los días en las empresas de trabajos públicos. El Gobierno exige dos fiadores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del empresario y los de los derechos que tendrá que ejercer contra él; estos fiadores deben obligarse solidariamente; el Estado tiene, pues, tres deudores solidarios contra los cuales tiene todos los derechos que resultan de la solidaridad. (2) Poco importa que dos de estos deudores no sean más que fiadores del tercero; esto requiere las relaciones de los codeudores entre sí. El codeudor fiador podrá, por tanto, estar obligado á pagar toda la deuda y tendrá, en este caso, un recurso por el total contra el empresario, que es el verdadero deudor. Y si el empresario paga toda la deuda, no hay que decir que ningún recurso tendrá contra sus fiadores. (3)

365. La asimilación errónea que se hace entre los deudores solidarios y los fiadores, ha dado lugar á una cuestión controvertida. En los casos previstos por el art. 2,032, el fiador, aun antes de haber pagado, puede obrar contra el deudor, á fin de ser indemnizado. Se pregunta si por analogía, puede uno de los deudores solidarios después de vencida la deuda pero antes de ser pagada, obrar contra los

1 Exposición de Motivos, núm. 95 (Loché, t. VI, pág. 164). Colmet de Santerre, t. V, pág. 251, núm. 150 bis, I. Demolombe, t. 26, pág. 375, núms. 437-441.

2 Casación, 19 Prairial, año VII, (Dalloz, palabra *Fianza*, número 203, I).

3 Durantón, t. XI, pág. 292, núm. 241 y todos los autores.

otros para estrecharles á contribuir con él al pago de la deuda común. La cuestión es singular. Para que se pueda argumentar por analogía, debe haber el mismo motivo de decidir, y la disposición que se quiere aplicar por analogía, debe ser una regla de derecho común. Y el derecho que el art. 2,032 da al fiador, tiene la naturaleza especial de la fianza; pues esto es un servicio de amigo prestado por el fiador; se concibe, por tanto, que la ley se muestre favorable al fiador; en tanto que es severa para el deudor que recibe un servicio gratuito. La solidaridad, por el contrario, es un acto interesado; ¿por qué uno de los deudores había de tener una acción contra el otro antes de haber pagado? Creemos inútil insistir en demostrar un error que es evidente. (1)