

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-

rreccional 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 examen 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 primera 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 llamados 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 no 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. 1,389). 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. Volveremos 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 inadmisibles. En efecto, es hacer decir á la ley que el codeudor puede oponer

1 Mourlón, 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 rechasemos 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 codeudores, 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.