

# La Solidaridad Pasiva

por Felipe Osterling Parodi

Hay solidaridad pasiva cuando la prestación debida por varios deudores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos. Se trata, en consecuencia, de una obligación única a cargo de varios deudores, de suerte que uno cualquiera puede ser obligado a efectuar un pago íntegro, que sea liberatorio para todos con relación al acreedor.

La solidaridad pasiva tiene por objeto dar al acreedor la mayor seguridad: en lugar de un deudor único, habrá dos, tres o más; su derecho de prenda general, en lugar de estar limitado a un patrimonio, descansará sobre una serie de patrimonios.

La solidaridad pasiva aumenta considerablemente las probabilidades de cumplimiento de la obligación, puesto que en caso de insolvencia de uno de los codeudores, el acreedor podrá exigir la prestación a los otros; sólo la insolvencia de todos los codeudores hará imposible, para el acreedor, cobrar su crédito.

La solidaridad pasiva, en este orden de ideas, constituye la más adecuada garantía personal. La solidaridad entre deudores, al lado de la fianza, representa la más eficaz garantía personal del pago y el más poderoso medio de crédito.

En la solidaridad pasiva debemos estudiar sus fuentes, o sea las formas como se origina, y sus efectos, tratando en este último tema de las relaciones entre el acreedor y los codeudores solidarios y de las relaciones de los codeudores solidarios entre sí.

## (I) Fuentes

Generalmente la solidaridad pasiva nace en virtud del contrato, o sea a mérito del acuerdo de voluntades entre el acreedor y los codeudores que se constituyen en solidarios. Por ejemplo, en un contrato de mutuo en que los codeudores se obligan a devolver el capital en forma solidaria.

Hay otro caso en que la solidaridad pasiva también nace de la voluntad: en los testamentos. Por ejemplo, cuando el testador establece la obligación a cargo de los herederos de pagar solidariamente un legado.

En la legislación peruana es indispensable que la solidaridad conste de pacto expreso. La última parte del artículo 1209 del Código Civil prescribe que sólo habrá solidaridad cuando la ley o la obligación expresamente lo determine. La solidaridad constituye pues una excepción

al derecho común: el principio general es la división de la deuda entre los que se obligan conjuntamente; pero, en virtud de la solidaridad, se impide la división de la obligación entre los codeudores. Ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse simplemente como mancomunada.

La doctrina del Código Civil peruano se ha inspirado en el Código de Napoleón.

En otras legislaciones, como en el Código Civil español y el Código Civil brasileño, el texto de la ley no exige que haya estipulación expresa, pero la doctrina es en este sentido.

En el derecho alemán la regla es distinta. De acuerdo con el Código Civil alemán la solidaridad, al menos en materia de obligaciones convencionales, se presume. Así lo establece el artículo 427, debiendo recordarse, sin embargo, que la solidaridad en el derecho alemán es menos rigurosa.

La solidaridad pasiva también puede nacer de la ley. Se dice que la solidaridad es legal cuando existe de pleno derecho, en virtud de una norma jurídica. Es lo que se conoce con la denominación de solidaridad legal. La solidaridad legal lo mismo que la solidaridad convencional, no existe sino en los casos en que la ley expresamente la establece. Constituyendo la solidaridad una excepción al principio de la división de la deuda y obligando a cada uno de los deudores por el todo, es evidente que agrava la situación de ellos y, por tanto, sólo podía existir cuando la ley así lo estableciera expresamente.

En la legislación peruana hay numerosos casos de solidaridad legal. Por ejemplo, los diversos autores de un acto ilícito responden solidariamente por los daños y perjuicios, a tenor del artículo 1147 del Código Civil. O en el comodato o préstamo de uso, si varias personas toman en préstamo conjuntamente las mismas cosas, quedan todas solidariamente obligadas a la restitución, con arreglo al artículo 1602 del Código Civil.

Por último, algunos tratadistas aceptan como fuente de la solidaridad pasiva las resoluciones judiciales. Se afirma que la solidaridad también puede constituirse por decisión judicial que tenga fuerza de cosa juzgada. Savigny explica que cuando en un mismo juicio varias personas son condenadas a pagar una suma en común, la obligación recae sobre cada una de ellas, por su parte; pero que la sentencia también puede obligar a cada una de ellas a responder solidariamente. La sentencia constituiría entonces, según Savigny, una verdadera fuente de solidaridad.

Pero quienes sostienen esta tesis olvidan que las resoluciones judiciales no son sino la aplicación del derecho a los hechos que alegan y prueban las partes; cuando una resolución judicial condena solidariamente a varias personas, no es porque ella cree la solidaridad, sino porque ésta resulta de la voluntad de las partes, por los contratos o testamentos, o de la ley.

En conclusión, las únicas fuentes de la solidaridad pasiva son la voluntad y la ley.

(II) *Efectos de la solidaridad pasiva*  
(a) *Relaciones entre el acreedor y los codeudores solidarios.*

(I) El acreedor, en primer lugar, tiene el derecho de demandar el pago del íntegro del objeto o prestación debida a todos los codeudores solidarios o a cualquiera de ellos. Cada uno de los codeudores puede ser constreñido por la totalidad, sin que tenga el recurso de pretender imponer al acreedor un pago parcial por su parte; el beneficio de la división se le rehusa a los codeudores solidarios, de suerte que cada uno de ellos está expuesto a hacer el anticipo del monto íntegro de la deuda y a que el pago así efectuado libere, por lo menos con relación al acreedor, a todos los codeudores. Los codeudores solidarios lo son *in solidum*, por el todo.

Esta doctrina es consecuencia lógica de la idea de la unidad de objeto o de prestación que caracteriza a la solidaridad pasiva.

Cabe advertir que en el derecho romano clásico, cuando el acreedor dirigía su acción contra uno de los codeudores solidarios, no podía después hacerlo contra los otros; se entendía que la *litis contestatio* trabada con el deudor demandado, producía la novación de la obligación primitiva y, por consiguiente, extinguía la obligación de los codeudores. En el sistema del derecho romano clásico, el acreedor se colocaba en la necesidad de hacer una elección definitiva del deudor al

tiempo de promover su acción, cuando todavía no conocía la solvencia del elegido; si el deudor elegido resultaba insolvente, el acreedor tenía que soportar el perjuicio. Este sistema se prestaba, por lo demás, a colusiones entre los codeudores, tratando de engañar al acreedor sobre la solvencia de uno de ellos.

Justiniano modificó esta doctrina y estableció que, no obstante la persecución contra uno de los codeudores solidarios, el acreedor conservaba el derecho de dirigir su acción contra los otros.

En el derecho moderno, si el acreedor ha cobrado la deuda íntegramente a cualquiera de los deudores, no podrá ya exigir el pago de ella a los otros. Si el acreedor ha obtenido sólo un pago parcial, no podrá dirigir su acción contra los otros codeudores solidarios sino con deducción de la parte cobrada. Si el acreedor hubiese demandado a un deudor sólo por su parte, no existiría inconveniente para que después promueva acción contra todos los demás codeudores solidarios. Habrá en este caso, de parte del acreedor, una renuncia tácita a la solidaridad respecto al deudor demandado.

Los principios enunciados se encuentran en el artículo 1213 del Código civil que, en su segunda parte, establece que la reclamación entablada contra uno no será obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra to-

dos los demás codeudores solidarios, mientras que no resulte cobrada la deuda por completo.

- (II) Debemos analizar, en segundo término, las consecuencias jurídicas que produce el fallecimiento de uno de los codeudores solidarios. El caso está previsto por el artículo 1217 del Código Civil. La muerte de uno de los deudores no hace desaparecer la solidaridad respecto a todos los demás codeudores. Pero la parte que corresponde al deudor que falleció se divide entre sus herederos, o sea que no trasciende a ellos el efecto de la solidaridad. En esto se distingue la obligación solidaria de la indivisible que, por su misma naturaleza, obliga a todos y a cada uno de los herederos del deudor a cumplir íntegramente la prestación.

Por eso, el artículo 1217 del Código Civil advierte "salvo si la obligación fuese indivisible".

En las obligaciones indivisibles, de acuerdo con el artículo 1202 del mismo Código, cada uno de los herederos del que contrajo tal obligación responde por el íntegro.

El artículo 1217 del Código Civil establece, como hemos visto, que si muriese uno de los deudores solidarios dejando herederos, cada uno de éstos no estará obligado a pagar sino en proporción a la cuota que le correspondiese en la herencia. Pero todos los herederos, reunidos, serán considerados como un solo deudor so-

lidario en relación con los otros codeudores.

De acuerdo con esta norma, el acreedor puede demandar a cualquiera de los deudores primitivos por la totalidad de la deuda, pues la muerte de uno de ellos, hemos dicho, no hace desaparecer el carácter de solidario.

También puede demandar a todos los herederos del deudor fallecido, en conjunto, por la totalidad de la deuda.

O, en fin, puede demandar separadamente a uno cualquiera de dichos herederos, pero sólo por la parte que le corresponda al dividirse entre ellos el monto de la deuda del causante.

- (III) Respecto a la prescripción, el artículo 1214 del Código Civil establece que todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros.

Es ésta una regla uniforme en las legislaciones, salvo casos excepcionales como el Código Civil de Venezuela.

Lo controvertido son sus fundamentos. Pothier, siguiendo el sistema romano, consideraba esa regla como una consecuencia lógica de la unidad de prestación: cada uno de los deudores solidarios lo es por el todo y, por consiguiente, interrumpida la prescripción contra uno de ellos, la interrupción se produce por el

todo y la prescripción no puede ser ya invocada por los otros codeudores de la misma prestación.

Esta explicación, sin embargo, no es satisfactoria. En la obligación solidaria, se observa, existe pluralidad de vínculos; cada uno de los codeudores está ligado al acreedor por un vínculo independiente y distinto del que lo liga a los otros y, por consiguiente, parece más lógico que los actos de interrupción de la prescripción contra uno de ellos, no tengan influencia alguna contra los otros.

La regla del Código se explica mas bien por la idea de la representación: cada uno de los deudores es mandatario de los otros en todo lo destinado a conservar la obligación y, por lo tanto, todos ellos han estado representados por el deudor contra quien tuvo lugar la interrupción de la prescripción.

Observamos, por último, que en el Código Civil alemán el fundamento de la norma no reside ni en el sistema del derecho romano y de Pothier de la unidad de prestación, ni en el sistema de la representación, propuesto por eminentes tratadistas franceses. En el Código Civil alemán la regla tiene su fundamento por considerarse a la solidaridad como una estipulación tácita de indivisibilidad de pago.

- (IV) Otro de los efectos que debemos analizar en las relaciones entre el acreedor y los codeudores solidarios es el previsto por

el artículo 1220 del Código Civil. Conforme a esta disposición, si se hiciere imposible la prestación por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar, sólo responderá el culpable. En esta materia existen tres corrientes doctrinarias. La primera, de origen francés, sustentada por Domaulin y Pothier, y recogida por el Código Napoleón, que siguen los Códigos suizo, italiano, brasileño y prácticamente todos los códigos latinoamericanos, en virtud de la cual los codeudores solidarios deben la estimación de la cosa, pero no los daños y perjuicios. El segundo sistema, sustentado por Giorgi y después por Planiol y Ripert, que siguen los Códigos español y argentino, en virtud del cual los codeudores deben la estimación de la cosa y los daños y perjuicios; este sistema se basa en la idea de la representación. El tercer sistema, sustentado por el Código alemán, que se fundamenta en el pacto tácito de indivisibilidad de pago, en virtud del cual los codeudores solidarios no deben la estimación de la cosa ni los daños y perjuicios.

El Código Civil peruano, como hemos visto, sigue en el artículo 1220 el primer sistema: o sea, cuando la obligación es imposible por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsiste para todos la obligación de pagar su valor, pero por los daños y perjuicios sólo responde el culpable.

- (v) El artículo 1221 del Código Civil peruano prescribe que la demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, los hará obligatorios respecto de todos.

Esa disposición tiene su origen en el antiguo derecho francés. El texto del artículo habla de la demanda de intereses. El legislador ha empleado aquí la terminología del Código Napoleón, sin tener en cuenta una diferencia importante: que mientras en nuestro derecho la constitución en mora puede resultar de cualquier forma judicial o extra judicial, en el derecho francés, hasta el mes de abril de 1900, la constitución en mora, para hacer correr los intereses moratorios, sólo podía resultar de una demanda judicial. Pensamos, por consiguiente, que los términos demanda de intereses deben interpretarse ampliamente y que, cualquiera que sea la forma del requerimiento hecho a uno de los codeudores solidarios, sea judicial o extrajudicial, los intereses deben correr contra todos. Puede ocurrir que los distintos deudores solidarios se hayan obligado, unos pura y simplemente y los otros a plazo o bajo condición.

¿La constitución en mora de uno de los primeros haría correr los intereses respecto a los segundos? Desde luego, es evidente que mientras el plazo no hubiese vencido o la condición no se hubiera cumplido, estos deudores no podrían ser constituidos en

mora y, por consiguiente, no estarían obligados a pago alguno de intereses moratorios.

Pero, suponiendo que el plazo hubiera vencido o la condición se hubiera cumplido, ¿se reputaría que estos deudores solidarios quedaban constituidos en mora por el requerimiento hecho anteriormente a uno de los obligados pura y simplemente? Sobre este punto hay uniformidad en la doctrina. Los intereses corren por el solo efecto de la constitución en mora de uno de los deudores puros y simples, sin necesidad de hacer un nuevo requerimiento a los deudores a plazo o bajo condición. Esta es la consecuencia lógica de la idea de representación entre los codeudores solidarios, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo que liga a cada uno de ellos con el acreedor.

- (VI) El artículo 1218 del Código Civil establece que el codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fuesen personales y las que tengan el carácter de comunes. Las excepciones personales no aprovecharán a los otros codeudores. Debemos hacer una aclaración. En el derecho procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo, los vicios del consentimiento, el haber pagado, etc. Las segundas, o sea las excepciones, se relacionan

no con el derecho de fondo del demandante, sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo; por ejemplo, la excepción de pleito pendiente.

Al hablar de excepciones, es evidente que la norma ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para contrvertir el derecho del acreedor. Así se explica que la ley hable de excepciones comunes a todos los deudores y de excepciones propias de cada uno de ellos.

Las excepciones comunes, también llamadas reales, son aquellas que pueden ser invocadas y opuestas al acreedor por todos los codeudores solidarios. Así, tendrían esta condición las causas de nulidad que afectan la obligación respecto a todos; por ejemplo, el objeto ilícito de la obligación, el objeto imposible, la inobservancia de la forma en los actos jurídicos solemnes, etc.

Las excepciones personales, derivadas de la pluralidad de vínculos, son aquellas que pertenecen a uno o algunos de los codeudores solidarios, pero no a todos. Entran en esta categoría, por ejemplo, las causas de nulidad que sólo existen con relación a uno o a algunos de los deudores solidarios: si ha habido error, dolo o violencia con relación a uno de los codeudores

pero no con relación a los otros, o la incapacidad de alguno de los codeudores.

(VII) Por último, de acuerdo con el artículo 1216 del Código Civil, la novación, remisión y compensación hecha por el acreedor con cualquiera de los codeudores, extingue la obligación solidaria y, conforme al artículo 1219 del mismo Código, la transacción celebrada entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios extingue la obligación respecto de los otros codeudores.

(b) *Relaciones de los codeudores solidarios entre sí.*

Suponiendo que uno de los codeudores solidarios haya pagado la totalidad de la deuda, ¿tiene algún recurso contra sus codeudores?

La solución, en el derecho romano, es confusa. En la doctrina encontramos tres sistemas: 1) El sistema que niega en absoluto el recurso por considerarlo incompatible con la naturaleza de la obligación solidaria; el deudor que ha pagado la totalidad de la deuda, se sostiene en este sistema, ha pagado lo que debía y, por consiguiente, faltaría toda razón para concederle recurso alguno contra sus codeudores. 2) En un segundo sistema, radicalmente opuesto al anterior, se establece como principio indiscutible el derecho del deudor para entablar el recurso; este recurso respondería al propósito de impedir que los codeudores se enriquecieran a costa de quien hizo el pago. 3) En un tercer sistema, intermedio entre los dos anteriores, se enseña que en

la cuestión del recurso no puede darse una solución absoluta: el recurso procederá o no, según que entre los codeudores solidarios haya existido o no una comunidad de intereses.

En nuestra opinión el Código Civil peruano ha seguido el tercer sistema: el recurso procederá o no, según que entre los codeudores solidarios haya existido o no una comunidad de intereses. Si existe entre los codeudores solidarios una comunidad de intereses, el recurso procede en la medida del interés que cada uno tenga en la operación: las partes podrán ser iguales o desiguales. En nuestro Código el legislador presume la existencia de esta comunidad. Así se desprende del artículo 1210 del Código Civil. Por eso esta norma agrega que, en caso de no poderse determinar las relaciones de los deudores entre sí, es decir, en caso de no poderse establecer por el título o por las demás circunstancias que la ley enu-

mera la parte a cargo de cada uno de ellos, se entenderá que son interesados en partes iguales.

Si no existe entre los codeudores solidarios una comunidad de intereses, el peso de la obligación deberá ser asumido íntegramente por el deudor en cuyo interés fue contraída: si el pago fue hecho por otro, éste tendrá un recurso contra el verdadero obligado por la totalidad de su importe; si el pago fue hecho por el deudor interesado, él no tendrá, por el contrario, recurso alguno contra sus codeudores.

Para ejercitar al recurso contra los otros codeudores se promovería, sin duda, la acción de subrogación prevista por el artículo 1272 del Código Civil. El codeudor solidario que hizo el pago se subrogaría en los derechos del acreedor.

Lima, 15 de mayo de 1968.