

REFLEXIONES EN TORNO AL CUMPLIMIENTO EN LAS
OBLIGACIONES INDIVISIBLES Y SOLIDARIAS

Felipe Osterling Parodi^{*}
Mario Castillo Freyre^{**}

SUMARIO:

1. ***Exigibilidad del cumplimiento total de la prestación.***
2. ***El pago.***

1. ***Exigibilidad del cumplimiento total de la prestación.***

Como una obligación de prestación indivisible debe ser ejecutada íntegramente, y no podrá serlo de otra manera, resulta consecuencia lógica de este principio que cualquiera de los acreedores pueda exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la prestación, tal como lo prescribe el primer párrafo del artículo 1176 del Código Civil Peruano, del texto siguiente: "Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible." De esta norma se deriva que cualquier acreedor, algunos de ellos o todos los acreedores puedan exigir el íntegro de la prestación a cualquier deudor, a algunos de ellos o a todos los deudores.

Este es uno de los puntos de concordancia entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias. El precepto contiene uno de los efectos naturales de la indivisibilidad, ya que la prestación no puede fraccionarse, ni sería

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

susceptible de cumplirse por partes. Sin embargo, como enseña Héctor Lafaille¹, en las prestaciones de no hacer el único responsable es el deudor que faltó al deber de abstención, en la misma medida en que el pago es eficaz aunque provenga de un solo obligado.

Alterini, Ameal y López Cabana² señalan que en virtud de la naturaleza de la prestación que es contenido de la obligación indivisible, cualquiera de los acreedores originarios, o quienes lo sean por sucesión o por contrato, puede exigir a cada uno de los codeudores o sus herederos, el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible. Agregan que la exigibilidad total del crédito por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores, se fundamenta en la índole de la prestación debida, que no admite fraccionamiento, con prescindencia de la voluntad de las partes; y precisan, además, que en la obligación indivisible cualquiera de los codeudores debe pagar, y cualquiera de los coacreedores está facultado para percibir la integridad del crédito, razón por la cual el pago efectuado por uno de los deudores propaga sus efectos, cancelando la obligación para todos los demás, que quedan liberados respecto del acreedor, estando todo codeudor facultado para pagar a cualquiera de los coacreedores. Similares conceptos expresa Borda³, cuando sostiene que la solución anotada no podría ser de otra manera, pues las obligaciones indivisibles no son susceptibles de pago parcial.

Cabe señalar que el Código Civil Peruano, a través del artículo 1176, no ha recogido el denominado "principio de prevención", según el cual si un acreedor hubiese planteado previamente una demanda contra quien efectúa el pago a otro acreedor que no ha demandado o que ha demandado después, dicho pago sería inválido.

El "principio de prevención", aplicable a las obligaciones indivisibles y, particularmente, a las obligaciones solidarias, ha merecido un estudio detallado de algunos autores, entre ellos de Eduardo B. Busso, a quien citamos a continuación.

Busso⁴ afirma que, dentro del principio o derecho de prevención, el acreedor que demanda el pago evita que el deudor pague el crédito a cualquiera de los coacreedores, fundamentándose históricamente este derecho vinculado al efecto novatorio de la **litis contestatio**, cuando la primera demanda transformaba

¹ LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones, Tomo VI, Volumen I, Página 205. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943.

² ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II, Páginas 200 y 201. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1988.

³ BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Páginas 448 y 449. Octava Edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986.

⁴ BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV, Páginas 618 y 619. EDIAR Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1951.

el derecho de crédito en un derecho emanado del cuasi contrato procesal que la **litis contestatio** implicaba, fundamento que hoy en día carece de eficacia, a pesar de admitirse la existencia de otras razones valederas que lo sustentan. Así, en opinión de Busso, si los derechos de varios acreedores son equivalentes, se considera justo dar preferencia al que haya demostrado mayor diligencia; mientras que, por otra parte, un acreedor puede tener interés en evitar que un compañero insolvente cobre todo el crédito, punto para el cual la prevención es una garantía en ese sentido. El propio Busso indica, respecto de la naturaleza jurídica de la prevención, que ésta importa, por parte del acreedor que la ejerce, algo así como una toma de posesión del crédito común, siendo semejante, en cuanto impide cualquier acto de disposición por parte de los otros acreedores, a un embargo que inmoviliza el crédito en favor del acreedor preveniente, y añade que bajo uno u otro aspecto, la prevención funciona como una garantía, que en palabras de Demolombe se podría graficar como si el acreedor demandante pensara que "más vale tener que correr."

Agrega Busso⁵ que, promovida la demanda y notificada al deudor, no podría éste hacer pago de la deuda a otro de los acreedores, ya que este pago no sería liberatorio. En tal sentido, la regla indicada es absoluta, lo que significa que el deudor no podría hacer ni siquiera pagos parciales a los acreedores no demandantes, por la parte que a ellos correspondiera en el crédito, porque el acreedor que lo demandó ha reclamado el todo y no incumbe al deudor inmiscuirse en la forma en que los titulares deban repartirse el crédito. Cita el tratadista el caso de varios acreedores de una obligación indivisible (o todos ellos) que hubiesen promovido demanda y pretendiesen hacer valer en su beneficio el principio de la prevención; apunta que la mayoría de los autores tratan este caso con relación a los acreedores solidarios, siendo sus soluciones las siguientes: (a) si todas las demandas son notificadas a un mismo tiempo (sea que se trate de demanda promovida conjuntamente por todos, o de demandas individualmente incoadas), no se opera prevención en favor de ninguno. El deudor recupera su derecho de liberarse pagando a cualquiera de los acreedores; conserva su opción en ese sentido; (b) si una demanda es notificada antes que las otras, el deudor debe pagar al acreedor que ha prevenido con su notificación. Busso no comparte esta opinión, por considerar que la prevención es una garantía del interés individual de cada acreedor frente a sus compañeros, por lo que no convence la idea de una oposición a que el deudor pague a alguno de los otros acreedores, y considera que no cabe decir que varias oposiciones se neutralizan recíprocamente por el hecho de acumularse, pues si todos los acreedores han prevenido, cada uno se ha opuesto a que se pague a los demás, y la solución lógica es que el deudor pague a todos en conjunto o bien con intervención de todos; situación que Busso hace extensiva para el caso de que la prevención de todos los acreedores haya sido simultánea, y también para el supuesto de demandas sucesivas, caso en el cual, si después de la demanda de un primer acreedor, pero antes del pago, se recibe una segunda demanda, el deudor no deberá pagar al primer demandante, sin intervención del segundo, que en definitiva ha venido a deducir una oposición al pago y lo ha hecho en tiempo

5

BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 620.

oportuno, ya que lo ha hecho antes del pago; todo esto sin perjuicio de que, según las leyes procesales, la demanda del segundo acreedor deba acumularse a la promovida por el primero; pero agrega Busso que en esa condición, el segundo acreedor tiene derecho a hacerse parte en ese juicio, a intervenir en la prueba -si fuese el caso-, etc.

Por su parte, De Gásperi⁶, empleando expresiones de Dumoulin y de Pothier, explica que el deudor de una obligación indivisible responde **in totum** (cumplimiento íntegro), al paso que el deudor solidario responde **totaliter** (la totalidad del objeto, la deuda por entero, el todo), de donde se sigue que la obligación solidaria se divide entre los herederos de las partes, o, en otros términos, que la solidaridad no ofrece obstáculos a la división de la deuda entre los herederos del deudor solidario, al paso que la obligación indivisible conserva su carácter respecto de los herederos, cada uno de los cuales queda obligado por el cumplimiento íntegro de la deuda indivisible; de donde se puede concluir que la indivisibilidad es, en este extremo, como observa Van Wetter, más fuerte que la solidaridad.

Busso⁷ enseña que de la obligación indivisible se sigue una consecuencia respecto de las relaciones de los deudores entre sí: pendiente la obligación, cualquiera de ellos podría reclamar la adopción de medidas precautorias cuando la conducta de uno de sus compañeros creara el peligro de incumplimiento.

Podemos decir, siguiendo al citado tratadista argentino⁸, que en las obligaciones solidarias la exigibilidad total de la obligación deriva de la voluntad o de la ley, en tanto que en las obligaciones indivisibles, usualmente deriva de la naturaleza de la prestación, aunque excepcionalmente puede originarse en la voluntad o en la ley. En las primeras, si no existiera una expresa manifestación de voluntad o una disposición legal, la obligación sería simplemente mancomunada y debería dividirse entre acreedores y deudores, a diferencia de las segundas, que no pueden dividirse porque el objeto de la prestación no es susceptible de división ni de cumplimiento parcial. Señala Busso que esta es la distinción fundamental entre unas y otras obligaciones.

En la obligación solidaria 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 rehúsa 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

⁶ DE GASPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguay y Argentino, Tomo II, Página 139. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946.

⁷ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 618.

⁸ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 89 y 90.

solidarios lo son **in solidum**, por el todo. Como enseña León Barandiarán⁹: "No debe, en efecto, olvidarse que la solidaridad pasiva es un beneficio de que disfruta el acreedor que tiene ante sí a una pluralidad de deudores, cada uno por el todo; de suerte que a su arbitrio puede escoger a uno, a algunos, o a todos, para exigir el pago. La elección la podrá hacer, por ejemplo, escogiendo al deudor que sea más solvente, o cuya deuda esté garantizada."

Esta doctrina es consecuencia lógica de la idea de unidad de objeto o de unidad 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 debía soportar el perjuicio. Este sistema se prestaba, por lo tanto, a colusiones entre los codeudores, quienes eventualmente procuraban engañar al acreedor sobre la solvencia de uno de ellos.

Por otra parte, a decir de Luis De Gásperi¹⁰, en el Derecho Romano cada uno de los **correi stipulandi** era considerado individualmente como acreedor único que obraba por su sola cuenta, de tal manera que en sus relaciones con el deudor, no sólo podía demandar el pago de la totalidad del crédito, sino también disponer de él por remisión o por otra manera, de suerte que, extinguido de cualquier modo el crédito en la persona de uno de ellos, se le reputaba igualmente extinguido respecto de los otros; y en sus relaciones con sus coacreedores, el que había recibido la totalidad del crédito no quedaba obligado a partirlo con los otros, sin perjuicio para éstos del derecho a demandar su parte, fundados en una convención o la comunidad de sus intereses, como la que nace de la sociedad.

Anota el citado profesor paraguayo que 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.

De Gásperi¹¹ recuerda que el antiguo Derecho Francés siguió esta doctrina, según puede verse en Pothier; precisa que Laurent, sin embargo, estima que el antiguo Derecho trató de separarse del rigor romano. En tal sentido, se

⁹ LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II, Páginas 135 y 136. EDIAR, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954.

¹⁰ DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 68.

¹¹ DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 68.

presumía la sociedad entre los acreedores solidarios, teniendo cada uno de ellos la acción **pro socio** o la acción **communi dividundo** contra el que había recibido el pago, pero, según De Gásperi, Demolombe sostenía que otra muy distinta es la moderna doctrina francesa, en la que cada acreedor solidario debe ser considerado individualmente, como si fuera único.

El Código Civil Peruano de 1984 no exige que se compruebe o declare la insolvencia del codeudor demandado, como condición necesaria para demandar a los otros. La doctrina contraria fue severamente criticada por Bibiloni en su Anteproyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1929, por considerar que dicha exigencia resultaba sumamente compleja, y con una probanza que puede llegar a ser sumamente laboriosa, alimentando un incidente en que se puede refugiar la mala fe; y agregaba Bibiloni¹² que basta con el incumplimiento de la obligación por efecto de la demanda, para justificar la acción contra los demás codeudores. Eduardo B. Busso¹³ también critica el principio antes descrito, señalando que muchas veces impide, en la práctica, que el acreedor haga efectivo su crédito, ya que generalmente tal prueba es de difícil producción y su demora puede permitir que los demás codeudores solidarios caigan a su vez en insolvencia; anota, por otra parte, que la circunstancia de sobrevenir la insolvencia, entorpece la acción del acreedor, cuando lo lógico es facilitarla, dado que demuestra ser más necesaria que nunca la garantía que la solidaridad debe brindar al acreedor; considera esta limitación al derecho del acreedor como un absurdo, ya que éste hubiera visto mejor garantizado su crédito, en muchos casos, sin la solidaridad de la deuda. Así, Busso, siguiendo a Saleilles, observa que la razón de la solidaridad pasiva es la de aumentar la garantía del acreedor de hacer efectivo su crédito, pues tiene el derecho de elegir entre muchos deudores al más solvente, siendo la demanda el mejor medio de conocer la solvencia de éste; y añade que si se obliga al acreedor a hacer una elección definitiva antes de iniciarla, se le expone a sorpresas peligrosas, ajenas en absoluto al fin de la solidaridad. Acota el citado autor argentino que dentro de los sistemas que exigen la prueba de la insolvencia -entre los que no se encuentra, como hemos dicho, el Código Civil Peruano de 1984-, los gastos ocasionados con motivo de la demanda que dio por resultado comprobar la insolvencia del deudor, son de cargo de todos los deudores de manera solidaria.

Ratificando el principio peruano a este respecto, el Doctor Jorge Eugenio Castañeda¹⁴ señala que es lícito que el acreedor pueda dirigir su acción contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o escoger dentro de todos los deudores a alguno o a algunos. A decir de Llambías¹⁵, de esta forma el acreedor

¹² Citado por DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 76.

¹³ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 132 y 133.

¹⁴ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Página 257. Lima, 1957.

¹⁵ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II - A, Página 509. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983.

queda a cubierto de la insolvencia del deudor, pues siempre podrá dirigir su acción por el todo contra alguno de los obligados que sea solvente; pudiendo, incluso, acumular su pretensión contra el deudor que él elija, sin necesidad de dividir el crédito, lo que le representa una evidente facilidad de cobro¹⁶.

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.

El motivo que pudiera(n) tener el(los) acreedor(es) para demandar solamente a alguno o a algunos de los deudores y no a todos, podría basarse en que alguno de ellos tenga una conocida insolvencia y demandarlo sería inútil en cuanto a resultados prácticos, por lo que no hacerlo evita trámites innecesarios.

En opinión de Giorgi¹⁷, todo esto se precisa para eludir los equívocos que pudieran derivar del uso inoportuno de las antiguas reglas y doctrinas, pues habiéndose convertido en precepto legal el principio de la no existencia del beneficio de división entre los deudores, no da lugar a controversias en el Derecho moderno.

En el Código Civil Peruano de 1984 si la obligación es indivisible y mancomunada, se aplica directamente el primer párrafo del artículo 1176, antes transcrito.

Si la obligación indivisible también es solidaria, se aplican las reglas de la solidaridad, conforme al segundo párrafo del artículo 1181 ("Si la obligación indivisible es solidaria se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177").

Y la regla de la solidaridad para el caso bajo análisis, que también se aplicaría si la prestación fuese divisible, prescribe en su artículo 1186 lo siguiente: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.- Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo."

¹⁶ Ver también a este respecto ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 217 y 218.

¹⁷ GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Volumen I, Página 136. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909.

En ambos casos, esto es en el de la indivisibilidad y en el de la solidaridad, ninguno de los codeudores se liberaría si no se hubiese ejecutado íntegramente la prestación. Resulta evidente, además, que el acreedor o los acreedores podrían dirigirse contra cualquiera de los deudores, tanto en la solidaridad, como en la indivisibilidad, mientras no se haya pagado la totalidad de la prestación, puesto que en ambos casos el deudor o deudores se encuentran obligados por el íntegro. Consecuencia de ello es que mientras no se pague el íntegro, se sigue obligado.

Sin embargo, cabe anotar que una diferencia fundamental, respecto del cumplimiento en las obligaciones indivisibles y en las solidarias, es que en las primeras el deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponde en la obligación (segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil), restricción que no existe en el caso de las obligaciones solidarias de acuerdo con lo previsto por el artículo 1185, cuyo texto es el siguiente: "El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno." Esta situación se basa -remotamente- en la ya superada Teoría de la Representación, la misma que es reseñada por el Doctor León Barandiarán¹⁸.

2. ***El pago.***

Como hemos visto, las normas de los artículos 1176, segundo párrafo (relativo a las obligaciones indivisibles), y 1185 del Código Civil Peruano (relativo a las obligaciones solidarias), están destinadas a regular el pago en las obligaciones indivisibles y solidarias.

Como se advierte de la lectura de los artículos citados, las soluciones que brinda la ley en lo referente al pago en las obligaciones indivisibles y al pago en las obligaciones solidarias, difieren sustancialmente.

La razón que explica este distinto tratamiento es simple.

En el caso de las obligaciones indivisibles que no son solidarias, vale decir, en las obligaciones indivisibles de carácter mancomunado, es evidente que la manera en que se encuentran ligados los diversos acreedores entre sí, usualmente obedece a la naturaleza de la prestación. Dicho en otras palabras, en estos casos la rigidez de la indivisibilidad frecuentemente está determinada por razones naturales, ajenas a la voluntad. Es por ello que la severidad en las obligaciones indivisibles, respecto a los codeudores, no constituye un anhelo legislativo. Tal severidad, por lo general, es consecuencia de su naturaleza jurídica. Sin embargo, cuando ella nace por voluntad de las partes, son éstas las que han querido otorgarle tan severas características. Y cuando nace de la ley, sí

18

LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 127 a 131.

se trata, por la fuerza de determinadas circunstancias, de una imposición del legislador.

Es por tal razón que cuando una obligación indivisible es mancomunada, si algún coacreedor pretende, sin la intervención de sus demás coacreedores, cobrar la deuda, la ley prevé, para resguardar los intereses de los otros coacreedores, que el deudor exija al acreedor que recibe el pago una garantía en el sentido de que va a cumplir, en las relaciones internas con sus otros acreedores, a fin de que todos ellos disfruten de la prestación recibida en pago, en las porciones que por pacto o por ley les correspondan.

La garantía a la que alude el segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil, en relación a las obligaciones indivisibles, podrá ser personal o real. Al respecto el Código no formula mayores precisiones. Podría estar constituida, inclusive, por garantía otorgada por terceros, como por ejemplo una fianza satisfactoria y suficiente para cautelar los intereses del deudor que paga en relación a los demás coacreedores que no cobran en ese momento.

De lo dicho se infiere, apelando al texto legal (artículo 1185 del Código Civil), que en caso contrario, es decir cuando el deudor paga a uno de los acreedores solidarios, trátase de prestación divisible o indivisible, no tendrá que exigir del acreedor que recibe el pago garantía alguna respecto a la redistribución de dicho pago entre los demás coacreedores, por la sencilla razón de que el acreedor a quien se paga, al igual que quienes no reciben el pago, han pactado entre ellos la solidaridad o ella les ha sido impuesta por la ley. Y es connatural a la solidaridad el pago del íntegro de la prestación, más allá de si se cumple con solo uno, con algunos o con todos los coacreedores, por encima de requerimientos, demandas o notificaciones, efectuadas por cualquiera de ellos. En caso contrario bastaría el requerimiento o la demanda de un acreedor para paralizar la acreencia de sus coacreedores. Y esto no es propio de la naturaleza jurídica de la solidaridad de acuerdo con la ley peruana.

En suma, los principios enunciados obedecen a que, en la generalidad de los casos, la indivisibilidad responde al objeto de la obligación, mientras la solidaridad se determina por la forma de obligarse, salvo las situaciones excepcionales en que la solidaridad es impuesta por la ley. Somos enfáticos al reiterar que en el caso de las obligaciones indivisibles y mancomunadas, resulta fundamental que el deudor que paga exija al acreedor que recibe el pago, el otorgamiento de la garantía establecida por el segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil, ya que, en caso contrario, y en la eventualidad de que el acreedor que recibe el pago no cumpliera con compartir la prestación con sus coacreedores, el deudor se vería expuesto a efectuar un doble pago respecto a estos últimos.

Por cierto, los casos previstos en el párrafo anterior resultarán, en la práctica, de escasa ocurrencia, pues se entiende que, por lo general, todos los acreedores se encuentran interesados en exigir conjuntamente la ejecución de la prestación debida y, a su turno, el deudor no pagaría sino a todos la prestación.

Por ello, tales casos serían susceptibles de ocurrir tan sólo en situaciones excepcionales o de imposibilidad temporal o absoluta de alguno o algunos de los coacreedores de prestación indivisible para recibir el pago, como sucedería por enfermedad, viaje, ausencia (causas temporales) o muerte (causa definitiva), hipótesis esta última en que los titulares serían todos los herederos del acreedor que falleció; pero si hubiese disputas, o simplemente incurria, para acreditar la condición de herederos, podría entrar en juego el artículo 1176, última parte, del segundo párrafo del Código Civil.

También aclaramos que el problema de la herencia sería de sencilla solución si se presenta el caso de la solidaridad entre acreedores, o solidaridad activa, porque aquí el tema se resolvería fácilmente con el pago a cualquiera de los coacreedores sobrevivientes o, de fallecer alguno de ellos, con el pago a todos sus herederos, por estirpe, de acuerdo con el artículo 1187 del Código Civil: "Si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.- Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios."

No está demás señalar, sin embargo, junto con el Doctor León Barandiarán¹⁹, que:

"Pagada la obligación íntegramente a uno de los acreedores solidarios, los demás tienen el derecho a exigir de aquel la parte proporcional respectiva que a cada uno corresponda en el crédito, salvo convención en sentido distinto. Si la obligación se rescinde o se anula para un acreedor, su parte no puede acrecer las de los otros acreedores. Por lo demás, el deber de un acreedor, a que queda sometido en el sentido de repartir lo recibido en caso de que fuera pagado, no podría resultar afectado por el hecho de que se hubiera cedido por el acreedor el crédito a un tercero. 'En el caso de que la prestación debida sea efectuada en favor del nuevo acreedor, ella tendrá, en la proporción entre el acreedor primitivo y los otros acreedores solidarios, el mismo efecto como si la relación obligacional se hubiese extinguido por la prestación ejecutada en favor del acreedor primitivo. Este tiene que pagar, entonces, a los demás acreedores solidarios las partes que les corresponden' (Planck).

El deber de contribución de parte del acreedor que recibió el pago, para los otros acreedores conectados por el vínculo solidario, existe no sólo cuando el primero haya recibido la totalidad del **debitum**, sino en general, cuando haya recibido una parte que exceda a la parte proporcional que le correspondía. (Cosack)."

Hasta aquí la cita del maestro sanmarquino.

Además, a entender de Giorgi²⁰, el acreedor no podrá rehusar el pago íntegro ofrecido espontáneamente por uno de los codeudores, pretendiendo el pago parcial por cada uno de aquéllos.

¹⁹

LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 134.

Como lo hemos señalado, el artículo 1185 del Código Civil Peruano deja de lado el principio de la prevención, por el cual el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores, siempre y cuando antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, caso en el cual deberá efectuar el pago a este último. No obstante ello, las partes podrían pactar, al momento de constituir la obligación, que regirá entre ellas dicho principio, basado en la autonomía de la voluntad.

Antes de concluir consideramos conveniente reiterar algunos conceptos respecto a dicho principio. Señala Luis de Gásperi²¹ que no están de acuerdo los escritores sobre el origen de tal derecho acordado a cada uno de los coacreedores solidarios, ejercido el cual por uno de ellos, quedan los otros como no existentes; puede ser más o menos común la explicación que lo vincula a los efectos extintivos de la **litis contestatio** romana, según los cuales, una vez que uno de los dos **rei stipulandi** había intentado la acción, era inútil que el deudor ofreciese la suma al otro, de modo que la **litis contestatio** extinguía la acción respecto de todos los acreedores y operaba una novación por medio de la cual el deudor no quedaba obligado respecto del actor, sino por consecuencia de la **actio iudicata**. Agrega De Gásperi que Demangeat, sin embargo, admite que esta limitación de la facultad del deudor de liberarse en manos del acreedor por él elegido, si es que no hubiese sido ya objeto de prevención por parte de otro acreedor, pudo haber existido en Roma, independientemente del efecto extintivo de la **litis contestatio**, de suerte que la decisión dada por Gayo en la L. 16, ha podido ser insertada sin cambios en el Digesto, aun cuando en la época de Justiniano hubiese desaparecido hacía ya largo tiempo el sistema formulario y el efecto particular atribuido a la **litis contestatio**.

Precisa el citado autor paraguayo, que por eso Demolombe, buscando dar en el Derecho moderno fundamentos a esta restricción, se haya preguntado por lo siguiente: 1° ¿La preferencia en provecho del acreedor que, por su demanda, ha prevenido al deudor, no se deriva precisamente del derecho igual y recíproco que pertenece a cada uno de ellos a demandarle?, ¿No es a la vez lógico y equitativo que el ejercicio de este derecho sea devuelto a aquel que ha sido el primero en ponerlo en movimiento, y que por haber sido más diligente es también el que debe recoger el beneficio de su diligencia?, ¿No habría fraude de parte del deudor que pagase a acreedor distinto del que demandó?; 2° Se ha considerado con justicia que esta iniciativa de uno de los acreedores constituye, por así decirlo, una especie de toma de posesión del crédito y que debe equivaler a una especie de embargo; 3° Puede el acreedor que se adelanta en promover la demanda tener un interés serio en que el deudor no se libere en manos de sus coacreedores, alguno de los cuales puede ser insolvente, caso en el cual no tendría con él sino un recurso estéril.

²⁰ GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 149.

²¹ DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 82 y 83.

Por lo demás, en lo que respecta al principio de prevención y su no admisión en el Código Civil Peruano de 1984, remitimos al lector a nuestros comentarios efectuados en otro estudio²² al analizar el tema de la exigibilidad del cumplimiento total de la prestación, en referencia a los numerales 1176, primer párrafo, y 1186 del Código nacional.

Ahora bien, y tal como antes lo expresamos, si la obligación fuese simultáneamente indivisible y solidaria, el pago efectuado a uno de los coacreedores por parte del deudor común (o codeudores comunes) liberaría al deudor (o codeudores comunes), sin necesidad del otorgamiento de garantía alguna. Esta es la solución que consideramos lógica, ya que tendríamos en conflicto dos normas: una que nos exige el requisito de la garantía (el artículo 1176, última parte del segundo párrafo) y otra que no lo exige (el artículo 1185); pero como este último precepto libera de aquel requisito, es lógico que él prevalezca. Además, habiéndose pactado la solidaridad o estableciéndola así la ley, se ha querido otorgar a la obligación un régimen especial o distinto al que rige, en principio, para las obligaciones con pluralidad de sujetos, esto es la mancomunidad. Adicionalmente, así lo ordena la ley a través del artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil Peruano.

Por último, es claro y también insistimos en ello, que si la obligación fuese divisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1185, y si fuese mancomunada e indivisible se aplicaría, sin duda, el artículo 1176.

Lima, septiembre del 2000.

²² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 97 a 114.