

Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común.

SUMARIO: 1. *Precisiones históricas y conceptuales.*—2. *Los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil español.*—3. *Las obligaciones plurales extracontractuales.*—4. *Las obligaciones plurales derivadas de acto ilícito civil.*—5. *La peculiar construcción francesa.*—6. *Apreciación crítica de la misma.*

1. PRECISIONES HISTÓRICAS Y CONCEPTUALES

Ante el hecho de una concreta relación obligatoria con unidad de objeto y pluralidad de sujetos parece natural surja la pregunta de si el acreedor (o uno de los acreedores) podrá reclamar la totalidad de la prestación a cada uno de los deudores (o al deudor), o si, por el contrario, el derecho de crédito y el débito quedarán divididos en tantas partes cuantos sean los acreedores y/o deudores, de acuerdo al principio *concursum partes fiunt*. Y parece del todo natural también que la pregunta siguiente y obligada consista en inquirir si en semejante evento lo normal será la posibilidad de la exigencia y el cumplimiento *ad integrum* o más bien el fraccionamiento de la prestación debida. Esto es, si el régimen ordinario vendrá dado por la mancomunidad o por la solidaridad en el caso de relaciones obligacionales con más de un sujeto en la titularidad activa y/o pasiva de las mismas.

Lo de menos es que para explicitar semejante situación se acuda, como hacen algunos autores, a sostener que en un determinado ordenamiento jurídico rige una presunción a favor de una u otra variedad obligatoria (es decir, legalmente se presume la mancomunidad o la solidaridad de las obligaciones), o más bien, como prefieren otros, se trata de que la ley ha establecido al respecto una regla general que, como

toda determinación normativa de este tipo, puede conocer y conoce excepciones.

En Derecho romano parece que rigió el principio de que en el caso de obligaciones con varios acreedores y deudores tenía lugar la división de la prestación (a efectos activos y pasivos) entre los mismos. Acorde, según se pretende, con el carácter individualista de dicho ordenamiento histórico («sistema del egoísmo disciplinado», lo llamó IHERING), la tesis dominante, que cuenta con el notable espaldarazo que supuso la adscripción y defensa de la misma por SAVIGNY, sostiene que en el mundo jurídico romano la posibilidad de que un acreedor pudiese reclamar el todo (*singulis solidum debetur*) y la necesidad de que un deudor viniese obligado a cumplir el todo (*singuli solidum debent*), esto es, la solidaridad, constituía una situación anómala, extraordinaria o excepcional que sólo podía operar, al menos en el ámbito contractual, cuando así lo hubiesen establecido de manera clara los propios interesados.

En el Derecho romano clásico, la fuente principal, y aún única para algunos (PEROZZI), de la solidaridad fue la *stipulatio* celebrada de una determinada manera. Cuando varios deudores contestaban uno tras otro, *spondeo* (o la vez, *spondemus*), a las preguntas del acreedor *Maevi, spondesne mihi centum dare? Semproni, spondesne mihi eosdem centum dare?*, surgía la obligación solidaria pasiva; y cuando habiendo formulado uno de los acreedores la pregunta *spondesne mihi centum dare?*, y cada uno de los demás, a su vez, apostillando *spondesne mihi eosdem centum dare?*, el único deudor contestaba a todas estas preguntas con un *utrique vestrum centum dare spondeo*, nacía la obligación solidaria activa. Más tarde, en los Derechos postclásico y justinianeo, al recaer la esencia de la solidaridad no en el requisito formal de la *unitas actus*, sino en el *animus* de los contratantes, cualquier contrato pudo servir para producirla, especialmente aquellos de los que nacían *actiones bonae fidei* e, incluso, para un destacado grupo de romanistas, el mismo mutuo y los contratos *litteris*.

También el testamento podía ser fuente de obligaciones solidarias cuando el testador disponía, por ejemplo, *Titius heres meus aut Caius heres meus Stichum servum Sempronio dato*, en cuyo caso los *heredes instituti* venían obligados a cumplir solidariamente el *legatus per damnationem* a su cargo establecido; mientras que surgía la solidaridad activa a favor de varios legatarios *per damnationem* cuando la fórmula utilizada fuese *Titius heres meus Caio aut Sempronio, utri ille velit, decem dato*. Lo mismo ocurría respecto a las obligaciones derivadas de delito en el caso de pluralidad de autores, ya que el Derecho justinianeo hacía derivar la solidaridad de la unidad del hecho ilícito cometido, como

cuando un *servus* o un animal perteneciente en condominio a varios dueños ocasionare un daño o cuando diversas personas, *communi conspiratione*, ejecutasen un delito. Y, en fin, había casos en que surgía la solidaridad por mandato directo de la ley entre varios obligados, precisamente por la peculiaridad de los deberes que les incumbían: cotutores, cocuradores, codeudores de una prestación indivisible, *sponsores*, *fidepromissores*, *fideiussores*, etc. (1).

No se crea, empero, que la tesis del carácter dominante o normal de la mancomunidad en el Derecho romano no ha conocido la oposición de quienes, con uno u otro grado de amplitud, estiman que la solidaridad tuvo una esfera de aplicación sensiblemente superior a la que de ordinario se admite. Es el caso de BONFANTE, para quien las obligaciones constituidas en un mismo acto deben considerarse solidarias como regla general, al menos durante el Derecho clásico, ya que las disposiciones contrarias a la solidaridad, que la presentan como supuesto de excepción, fruto de la voluntad expresa de las partes, o son normas justinianeas, o fueron interpoladas por los compiladores de los textos clásicos. En el mismo sentido, para ALBERTARIO, el carácter excepcional de la solidaridad sólo se presenta claro fuera de la estricta área de la *stipulatio*, ya que en ésta, lo ordinario, precisamente por su naturaleza formal rigurosa, sería el nacimiento de una obligación solidaria en el caso de que varios deudores contestasen en idéntico sentido la pregunta formulada por el único acreedor. Todavía en forma más acentuada, DE FRANCISCI, siguiendo el parecer de PINELES de que la solidaridad debió ser la regla general lo mismo para el Derecho romano que para los antiguos Derechos germánico y eslavo, considera que «en la antigüedad (romana) lo normal debió ser la solidaridad, ya que el pago, la compensación, la ejecución, la pérdida o la destrucción de la *species* por causa fortuita, el juramento sobre la existencia de la obligación, la *litis contestatio* obtenida por obra o en las relaciones de uno de los sujetos, extinguían las obligaciones en todos los demás» (2).

Sea como fuere, lo cierto es que sobre la base de los textos romanos conocidos, originales o interpolados, pocas dudas pueden existir de que en dicho sistema jurídico hubo una clara inclinación a considerar que en el caso de una relación obligatoria con pluralidad de titulares activos o pasivos debía considerarse como norma de principio que la misma era una obligación mancomunada o parciaria (*pro parte, pro rata*), y que sólo el juego de especiales circunstancias y la valoración de concretos

(1) Cfr. nuestro *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, págs. 37 y ss.

(2) DE FRANCISCI: *Síntesis histórica del Derecho romano*, Madrid, 1954, páginas 482-483.

intereses podían determinar en dicho supuesto que la obligación asumiese la condición de *in solidum* (*pro toto*). Así resulta del Digesto, *partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spondisse, ita duo rei promitendi fierent* (3), del Código (4) y en especial de la Novela 99, 1, *si pactum fuerit speciale, unumquemque teneri in solidum*, disposición esta última que constituye la más clara manifestación del criterio romano restrictivo de la solidaridad, en la que encuentran su más directo punto de apoyo histórico los ordenamientos que acogen similar concepción y que, en opinión de ALBERTARIO, representa un típico fruto de la época bizantina, época en que la piedad por el deudor prevalece sobre los objetivos extrínsecos del crédito y del comercio (5).

En el Derecho medieval español no se regula en forma general la figura de la solidaridad obligacional; es más, incluso se desconoce el término solidaridad. Empero, según ha resaltado con abundante apoyo documental HERNÁNDEZ-GIL, la idea esencial que encierra dicha institución jurídica es contemplada y aplicada en supuestos de fianza y se descubre como muy acusada, incluso en cuerpos legales de distinta procedencia e inspiración, una directriz orientada hacia los resultados propios de la solidaridad (6). Fueron las Partidas, sorprendentemente, las que, bajo la influencia de una especial interpretación del Derecho romano, establecieron, en el decir de BENITO GUTIÉRREZ, «la solidaridad o correalidad como regla, y la parcialidad como excepción», aunque, rectamente miradas las cosas, las mismas se limitaron a consagrar la presunción de solidaridad tan sólo en dos específicos casos relativos a la fianza (P. 5, 12, 8, y P. 5, 12, 10).

Contra esta concepción reacciona la Novísima Recopilación, y en su libro 10, título 1, ley 10 se pronuncia de manera tajante contra la idea de que pueda existir una presunción de solidaridad en el Derecho español, en los siguientes términos: «Establecemos, que si dos personas se obligaren simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dixere, que cada uno sea obligado *in solidum*, o entre sí en otra manera fuere convenido e igualado; y esto no embargante qualesquier leyes del Derecho común que contra esto hablan: y esto sea guardado así en los contratos

(3) D. 45, 2, 11, 1 y 2.

(4) C. 8, 40, 2.

(5) ALBERTARIO: «Elementi romano-classici ed elementi romano-giustiniane nel nostro Diritto delle obbligazioni», en *Studi di Diritto commerciale in onore di Vivante*, Roma, 1931, pág. 11.

(6) HERNÁNDEZ-GIL: «El principio de la no presunción de la solidaridad», en *Revista de Derecho Privado*, 1947, págs. 84 y ss.

pasados como en los por venir». Clara admisión, pues, de que si alguna presunción rige al respecto será la de la mancomunidad.

El Proyecto de Código Civil de 1851, que en su artículo 1.058, denominando «mancomunidad» lo que hoy legalmente se llama «solidaridad», dispone que «no hay mancomunidad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la ley». GARCÍA GOYENA señala como precedentes de esta norma los artículos 1.202 del Código francés, 1.155 del napolitano, 1.292 del sardo, 897 del de el cantón de Vaud, 1.318 del holandés y 2.088 del de la Luisiana, recuerda los textos romanos fundamentales al respecto y que cabe constituir la mancomunidad (solidaridad) por testamento si así lo expresa el testador, o se sigue necesariamente de su disposición, usando de palabras disyuntivas (*aut*), así como que también es posible que surja directamente de disposición de la ley, y, tras indicar que la responsabilidad por los delitos o faltas envuelve, asimismo, por punto general, la mancomunidad (solidaridad), concluye de manera principista que «cuando dos o más personas se obligan a una misma cosa en favor de un mismo acreedor, sin expresar la mancomunidad, cumplen con la obligación pagando cada uno su parte; exigir la totalidad de uno solo, es suponer una obligación más; y aún cuando hubiera duda sobre esto, debería ser interpretada en favor del deudor» (7). Como se ve, clara admisión del criterio francés recogido en el artículo 1.202 del *Code Napoléon*.

2. LOS ARTÍCULOS 1.137 Y 1.138 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El Código Civil español de 1889 mantiene esta misma línea y hasta resulta más limitativo, ya que se olvida de mencionar de manera específica a la ley como fuente de la solidaridad, aunque, desde luego, ello no plantee ningún problema para admitir la idoneidad de este mecanismo. Según el artículo 1.137: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria». Y el artículo 1.138 dispone en el mismo sentido: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

(7) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 569.

La intención y expresión de los transcritos preceptos de nuestro Código Civil son claras. La circunstancia de que en una relación obligatoria específica concurren varios sujetos en la posición activa, en la posición pasiva o en ambas «no implica» que cada uno de los varios acreedores o cada uno de los varios deudores pueda reclamar o esté obligado a ejecutar la totalidad de la prestación adeudada, aunque, desde luego, ello no supone que quede excluida la posibilidad de que semejante acontecer tenga lugar, ya que cabe que «la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria». Esto es, si en las obligaciones plurales, su sola existencia no determina el que se configure la situación, así denominada gráficamente por el profesor LACRUZ BERDEJO, de «todos y cada uno por el todo» (8), a *contrario sensu*, ello significa que la situación normal o automática será la de la división del crédito y de la deuda en tantas partes cuantos sean los acreedores y los deudores, y, en consecuencia, que la mancomunidad constituirá el supuesto común, mientras que la solidaridad vendrá conformada como el evento excepcional.

Como antes expresábamos, es indiferente que para reflejar esta peculiar configuración de las obligaciones con pluralidad de sujetos en nuestra normativa se recurra a señalar que en el Derecho civil español la mancomunidad es la regla general y la solidaridad la excepción, o bien se indique que entre nosotros rige la presunción de mancomunidad, en el sentido propio de las presunciones *iuris tantum* de que el favorecido por ellas (acreedor o deudor en un supuesto de obligación plúrima) queda dispensado de toda prueba respecto al fraccionamiento de la prestación, y de que es posible su destrucción mediante prueba en contrario, claramente aludida en el artículo 1.137, «cuando la obligación expresamente lo determine», y en el artículo 1.138, «si del texto de las obligaciones... no resulta otra cosa» (arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil).

Lo que quizá ya no tiene tanto sentido es que en la doctrina civil española se haya prácticamente generalizado la expresión de «principio de no presunción de solidaridad» o, de manera más escueta, la de «no presunción de solidaridad». Esta terminología la utiliza por primera vez HERNÁNDEZ-GIL y tiene su fuente directa, como una suerte de dependencia conceptual, en la literalidad del artículo 1.202 del Código Civil francés, que habla de «la solidaridad no se presume», sin advertir el error dogmático que supone caracterizar jurídicamente una situación por su faceta negativa y no bajo su aspecto positivo. Cuando en presencia de varios sujetos afectados por un vínculo obligatorio el objeto

(8) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, página 58.

debido se divide entre ellos como situación normal u ordinaria querida por la ley, la recta definición de semejante acontecer debe hacerse resaltando lo que ocurre (la división) y no lo que deja de ocurrir (la indivisión), es decir, que la presunción legalmente establecida debe considerarse no como una presunción de no solidaridad, sino como una presunción de mancomunidad, porque, aunque ambas no son más que una y otra cara de la misma realidad, es más correcto en las formulaciones conceptuales de una situación jurídica contemplar la figura y no la contrafigura.

Con todo, por más que no resulte exacto hablar de presunción de no solidaridad, ya que éso es la mera consecuencia de lo que la ley formula de manera directa y positiva, todavía es más rechazable la expresión de HERNÁNDEZ-GIL «no presunción de solidaridad», por lo que supone de inversión a la hora de caracterizar la figura jurídica contemplada en el Código Civil. Este formula de manera clara e indubitada una presunción de mancomunidad, y, en consecuencia, querer definir jurídicamente esa situación como de no presunción de solidaridad, no sólo supone un enfoque errado y defectuoso, sino una deformación de la voluntad legal, porque, por más que desde el ángulo lógico no pueda haber duda de que cuando el legislador establece la presunción de mancomunidad al mismo tiempo está excluyendo la presunción de solidaridad, ya que no puede querer a la vez dos cosas contrapuestas y excluyentes, lo que no cabe es configurar ese estado de cosas como una situación de no presunción, porque no hay duda alguna de que la ley pretende establecer una genuina presunción, y, por tanto, es a esta circunstancia a la que debe atenderse en el momento de calificar la *quaestio iuris*.

Es, en base concretamente a esta sola circunstancia, por lo que quizá resulte más conveniente y más respetuoso con la *ratio legis* enfocar el problema que se está considerando en el sentido de que la ley lo que hace en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil es establecer la mancomunidad como régimen general u ordinario de las obligaciones plurales, permitiendo invertir esta situación mediante voluntad en contrario. En suma, la mancomunidad como regla y la solidaridad como excepción, ya que, como dice SANCHEZ REBULLIDA, «si, respecto de una determinada obligación con pluralidad de sujetos nada han previsto la ley ni, en su caso, la voluntad de las partes, se regirá por las normas de las obligaciones mancomunadas» (9).

Es obvio que no es propio de este estudio el adentrarnos en la consideración profunda de lo que significa la dicción legal de que la solida-

(9) SANCHEZ REBULLIDA: «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos», en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, III, Pamplona, 1969, pág. 569.

ridad haya de establecerse «expresamente» (art. 1.137 del Código Civil), aunque sí resulta obligado hacer algunas consideraciones al respecto. Tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas han resaltado, prácticamente de manera unánime, que la constitución de una obligación de este tipo no requiere la utilización del vocablo solidaridad ni ninguno otro determinado, ya que es suficiente que de los términos empleados se derive con adecuada certidumbre que los interesados han querido generar un vínculo obligatorio que permita exigir o sujete a cumplir íntegramente la prestación debida, pues lo que el legislador quiere paten- tizar cuando habla de «expresamente», aquí como en otros lugares del Código Civil, es que se trate de una voluntad real en tal sentido, esto es, que las partes desean de manera verdadera y firme, aunque no lo hayan manifestado en forma expresa, que la obligación a nacer tenga la condi- ción de solidaria, por lo que, tal como han reconocido diversas Sentencias del Tribunal Supremo (Sentencias de 10 y 11 de octubre de 1927 y 14 de marzo de 1934), cabe la posibilidad de que la voluntad al respecto de los interesados pueda emitirse en forma tácita y se infiera por la vía de indagar la intención de las partes mediante el juego de todos los factores y circunstancias (*facta concludentia*) que obren en el supuesto específico de que se trate; y, en tal sentido, la jurisprudencia habla de los hechos, actos y circunstancias presentes en el caso que puedan entrañar la existencia de la solidaridad (por ejemplo, recibos suscritos por todos los vendedores), ya que, como dice la Sentencia de 14 de marzo de 1934, la existencia de la solidaridad ha de discriminarse en cada caso particular «según las circunstancias y el relieve jurídico del mismo».

No se trataría, pues, de un problema de declaración, sino de un problema de voluntad, por lo que siempre que exista intención o volun- tad de solidaridad, así habrá que reputar el vínculo, por más que aqué- lla no se haya declarado de manera expresa, y, en consecuencia, incluso en el supuesto de que se haya utilizado el término solidaridad expresa- mente, si resultare que las partes no la querían en realidad, la obliga- ción nacida no tendrá semejante carácter, ya que, como también dice la Sentencia de 2 de junio de 1960, una obligación será solidaria siem- pre que de su texto pueda «deducirse que la voluntad de los contratan- tes fue la de crear una unidad en la obligación y la responsabilidad *in solidum* de los cointerésados».

En un sistema como el nuestro, en el que prima la intención sobre la manifestación (arts. 675 y 1.281 del Código Civil) y en el que está consagrado desde el Ordenamiento de Alcalá el principio espiritualista de libertad de forma en la emisión de la voluntad contractual, parece

que la conclusión, en la materia que se considera, no puede ser distinta de la que se acaba de apuntar y en tal sentido deberán entenderse los artículos 1.137 y 1.138 en tema de solidaridad. Sobre estas bases, resulta claro que el texto de dichos preceptos no puede tomarse en su estricta literalidad, sino bajo los condicionamientos genéricos que en nuestro sistema jurídico informan el mundo de la voluntad y de su declaración, y, en consecuencia, podrá estimarse la solidaridad, aunque no haya declaración de voluntad expresa en tal sentido, siempre que de las circunstancias concurrentes en el negocio de que se trate pueda inferirse que esa fue la intención de las partes, esto es, que, tal como ha reconocido el Tribunal Supremo en varias sentencias, cabe considerar la existencia de obligaciones solidarias en base a meras declaraciones de voluntad tácitas.

SANCHO REBULLIDA piensa, contrariamente, que si bien la «expresión» del artículo 1.137 no requiere la utilización del término «obligación solidaria» ni de otro determinado, resulta evidente, sin embargo, que dicho precepto exige expresión de voluntad en el acto constitutivo de la obligación, y que el artículo 1.138 no admite más pruebas en contrario que la resultante del texto de la obligación. En consecuencia, considera que, conforme al Código Civil, sólo habrá lugar al mecanismo de la solidaridad cuando la obligación (no los datos extrínsecos a la relación misma o a su fuente) lo determine expresamente (no implícita o tácitamente), constituyéndose (la solidaridad está en la constitución misma del vínculo y no en la interpretación o en el tratamiento del constituido sin determinación de su carácter) con la naturaleza de solidaria, y requiriéndose para destruir la presunción de mancomunidad legalmente establecida que del texto de la obligación (y no de los datos externos a la misma) resulte otra cosa (10).

Con lo que, en nuestra opinión, resulta que si se entienden de esa manera los artículos 1.137 y 1.138, el propósito aperturista y expansivo que preside el razonamiento de considerar que no hace falta para que surja la solidaridad que se utilice la locución «obligación solidaria» u otra determinada se difumina un tanto y hasta corre el riesgo de diluirse, porque estimar que, en cualquier caso, semejante carácter deberá constatar expresamente en el texto mismo del contrato, sin que sea posible recurrir a elementos extraños al estricto acto constitutivo del vínculo, supone una visión tan restringida del fenómeno que prácticamente determina la exclusión del propio punto de partida, ya que si no hace falta utilizar la palabra solidaridad, pero se precisa que semejante condición conste en el texto mismo del negocio que da origen a la obligación, se

(10) *Ibíd.*, pág. 573.

está retirando con una mano lo que se da con la otra, porque difícilmente existirá otro camino para constituir una obligación solidaria por vía contractual que atribuir esa nominación específica a la relación generada.

Semejante visión choca contra lo que es normal en el ámbito contractual y supone una concepción tan rigurosa de las obligaciones solidarias que escasamente tiene encaje dentro del principio que rige en nuestro sistema jurídico de que en caso de discordancia entre voluntad y declaración debe prevalecer la primera, aparte de que al excluir la posibilidad de que la condición de solidario de un vínculo obligatorio pueda surgir por vía interpretativa y tenga que constar necesaria, clara y expresamente en su propia textualidad en el momento constitutivo mismo nos remite a la aplicación mecánica del criterio *in claris non fit interpretatio* que hoy goza de escasa aceptación y que en nuestro Derecho resulta manifiestamente marginado por los artículos 675 y 1.281 del Código Civil. Por lo que, en definitiva, parece más razonable admitir con HERNÁNDEZ-GIL que la determinación de la solidaridad queda sometida a las reglas de interpretación contenidas en dichos artículos, y que, en consecuencia, habrá de estarse, ante todo, a la fijación de la intención de las partes, intención que puede resultar de las palabras utilizadas y coincidir con ellas, pero que puede también resultar de la ponderación de otros datos (actos coetáneos, anteriores y posteriores) y de la utilización de criterios de interpretación superiores al literal, como el lógico, el sistemático y el teleológico, que a veces captan una intención en claro desacuerdo con el sentido literal de las palabras utilizadas (11).

En este mismo sentido, Díez-Picazo, aunque considera que la tesis de HERNÁNDEZ-GIL de que no es preceptiva una declaración de voluntad expresa parece chocar con el texto del artículo 1.137, que habla de «expresamente», estima que, «sin embargo, tiene, a mi juicio, razón al entender que nada impide poner en juego todas las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil». Ya que si bien normalmente la solidaridad negocial vendrá establecida en el propio negocio constitutivo del vínculo, nada obsta también a que la misma derive de los pactos y reglamentos que entre sí hayan concertado los interesados en la relación solidaria, recordando en esta dirección la Sentencia de 18 de marzo de 1949, que estimó que los demandados eran deudores solidarios porque, como socios de la Caja Rural de un Sindicato Agrícola, tenían establecida la solidaridad en los estatutos, reglamentos y acuerdos del sindicato (12), criterio jurisprudencial que venía a ratificar otro anterior en el mismo sentido,

(11) HERNÁNDEZ-GIL: «El principio...», *loc. cit.*, págs. 93-94.

(12) Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, páginas 414-415.

pues la Sentencia de 14 de noviembre de 1934, aunque no atribuye valor absoluto a una cláusula general de solidaridad contenida en unos estatutos sindicales («es deber de los socios inscritos asumir la responsabilidad solidaria e ilimitada con todos sus bienes de todas las obligaciones de la sociedad»), sí reconoce, empero, que cabe tomarla en consideración si las circunstancias particulares del caso litigioso lo permiten.

Interpretación, por lo demás, que vendrá impuesta en numerosos casos por el juego de normas jurídicas distintas a los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, porque si, por ejemplo, según el artículo 4.º de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, «los estatutos de las cooperativas de primer grado establecerán la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios por las obligaciones sociales y podrán señalar el carácter solidario o mancomunado de la misma...», resultará que, en el caso de que se hayan inclinado por el primer tipo de responsabilidad, los socios quedarán obligados solidariamente por más que en el contrato generador de la obligación no se haya hecho referencia expresa alguna al carácter solidario que asumía la misma, circunstancia que prueba de manera suficiente que aunque, en línea de principio, en el plano contractual no nace la solidaridad si no existe una voluntad efectiva y real en tal sentido, ello no supone, empero, ni que semejante voluntad deba constar de manera manifiesta y expresa, siendo posible su indagación a través de los medios y con los resultados que genéricamente se aceptan a la hora de inquirir la intención efectiva de las partes, ni que necesariamente dicho proceso exploratorio deba agotarse en el interior, en el texto del contrato, pues cabe la toma en consideración de otros elementos que, aun no constitutivos de la obligación, sean determinantes para conocer la naturaleza y alcance de la misma.

No otro es el pensamiento de CASTÁN cuando dice que debe entenderse que «sí cabe una solidaridad derivada, por vía de interpretación, no del texto del contrato, sino de la intención de las partes, o sea de la voluntad tácita exteriorizada mediante un determinado comportamiento (actos u omisiones)» (13). Tesis para cuya admisión no representa obstáculo alguno la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que, aparte de la posibilidad antes apuntada que diversas sentencias establecen, de buscar la fuente de la solidaridad en los «hechos, actos y circunstancias presentes en el caso», el mayor número de las resoluciones del Supremo se limitan a declarar, en forma absolutamente inocua para aquélla, que el Código no exige que se emplee precisamente el término obligación

(13) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, III (*Derecho de obligaciones*), Madrid, 1978, pág. 133.

solidaria, pues basta que los usados, por su significación gramatical y lógica, evidencien la voluntad de los contratantes de deber prestar o poder pedir íntegramente las cosas objeto de la obligación. Y en tal sentido una larga serie de sentencias reiteran esta constante doctrina: Sentencias de 8 de junio de 1915, 11 de febrero de 1927, 2 de marzo de 1950, 2 de junio y 28 de septiembre de 1960, 5 de mayo de 1961, 14 de febrero y 22 de octubre de 1964, 17 de mayo de 1967, 11 de mayo y 7 de diciembre de 1968, 22 de noviembre de 1969, 19 de noviembre de 1970, 30 de marzo y 4 de mayo de 1973, 20 de abril y 16 de diciembre de 1976, 2 de junio de 1980, etc.

Lo curioso es que buena parte de las dificultades suscitadas en este punto se diluyen, en nuestra opinión, con sólo reducir los términos legales a su exacto sentido y ámbito de aplicación. Así, SANCHEZ REBULLIDA, por ejemplo, basa en gran medida sus planteamientos en el hecho de que para destruir la presunción de mancomunidad haga falta que *del texto* de la obligación resulte otra cosa, ya que el artículo 1.138 no admite más prueba en contrario que la resultante de dicho *texto* obligacional. Ahora bien, rectamente miradas las cosas, aparte de que sería muy difícil demostrar que en el caso en estudio la destrucción de la presunción de mancomunidad legalmente establecida no puede producirse más que a través de un único medio de prueba, se advierte que con bastante frecuencia se pone a jugar el artículo 1.138 del Código en un campo que no es el suyo y se le engarza en indebida conexión con el artículo 1.137 *eiusdem* de cara a la contemplación de la solidaridad en nuestro Derecho como un régimen excepcional en la esfera de las obligaciones con pluralidad de sujetos.

En efecto, si, como dice el artículo 1.137, la concurrencia de dos o más acreedores y de dos o más deudores «no implica» la solidaridad, lo que sí «implicará», en consecuencia, será la mancomunidad, y, por tanto, al contemplar el mencionado precepto esta última situación como hipótesis normal u ordinaria en el caso de obligaciones plurales, es obvio que se está refiriendo de manera primaria a las obligaciones mancomunadas, no sólo porque la excepción que el mismo recoge en orden a la solidaridad no tendría sentido sin haber plasmado antes el principio general, sino, además, porque constituyendo el primer artículo de una sección que se intitula «De las obligaciones mancomunadas y solidarias», resulta del todo natural y lógico que se refiera básica y fundamentalmente a las obligaciones mancomunadas.

Por tanto, cuando el artículo siguiente (el 1.138) habla de «las obligaciones a que se refiere el artículo anterior», esta expresión no hay que entenderla, tal como suele hacer la generalidad de la doctrina, en

el sentido de vincularla a las obligaciones solidarias, ya que dicho artículo precedente lo que primariamente contempla es las obligaciones mancomunadas, y, en consecuencia, todo el entramado de que el carácter solidario de una obligación debe emanar del propio *texto* de su acto constitutivo se desmorona por resultar improcedente la referencia.

El artículo 1.138 del Código Civil se circunscribe exclusivamente a las obligaciones mancomunadas y viene a establecer algo que, por lo demás, se entiende como perfectamente lógico: si en el texto de una obligación mancomunada no se ha establecido otra cosa, «el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya». Por el contrario, si se considera que la remisión al texto de las obligaciones es para determinar si las partes han querido constituir un vínculo solidario, la conclusión, en caso de respuesta negativa, de que entonces la relación generada se entenderá dividida en tantas partes iguales como sujetos, será algo que no guarda relación con el punto de partida: si no se contempla la solidaridad, hay mancomunidad (circunstancia que no necesita repetirse, pues ya lo ha sancionado el artículo 1.137), pero lo que ya no guarda correspondencia es vincular la ausencia de solidaridad al fraccionamiento de la prestación debida en tantas cuotas iguales cuantos sean los sujetos intervinientes.

Los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil español guardan conexión y están entrelazados, pero no en orden, como normalmente considera la doctrina, a establecer el régimen de la solidaridad en nuestro ordenamiento, sino a materializar la esfera de actuación y supuesto normal de las obligaciones solidarias mediante el juego de dos presunciones *iuris tantum*. A través de la primera se dispone que si las partes no han querido, con determinadas garantías de seriedad y certidumbre, otra cosa, la obligación con varios titulares será una obligación mancomunada; por conducto de la segunda resulta que si, en presencia de una relación obligatoria de esta última naturaleza, los interesados no han convenido algo diferente en orden a la distribución del crédito y del débito entre ellos, la misma estará dividida (su objeto, se entiende) en tantas partes iguales como sujetos haya, sin que de dicha circunstancia quepa derivar, por el contrario, que han querido constituir un vínculo solidario, ya que solidaridad se opone a mancomunidad, pero no hay forma de contraponer ésta a «partes iguales», en cuanto sus ámbitos conceptual y existencial son diferentes.

La mayoría de los ordenamientos civiles sigue el mismo criterio que el español de considerar regla general la mancomunidad o reparto de la prestación entre los distintos sujetos tratándose de obligaciones contractuales, aunque en los Códigos más perfeccionados y técnicos se cons-

tata la clara orientación a consagrar el principio contrario, favorable a la solidaridad. Así, en el Derecho suizo, cuando varios deudores sopor-ten una prestación indivisible, sin hallarse vinculados ni por pacto ni por ley al régimen de la solidaridad, según el artículo 70 del Código de las Obligaciones, «cada uno estará obligado a toda la prestación», situación que aunque, como dice VON TUHR, está basada en la naturaleza de la prestación y no tiene en la ley el trato jurídico de la solidaridad, «se equipara a ésta en todos los puntos esenciales» (interrupción de la prescripción, régimen de reembolso y subrogación entre los varios deudores, etc.) (14).

Pero la inversión del criterio tradicional y general se produce de manera tajante y claro en los Códigos Civiles alemán e italiano de 1942. A tenor del parágrafo 427 del B.G.B., «si varios se obligan por contrato conjuntamente a una prestación divisible, responden en la duda como deudores solidarios», mientras que «si varios adeudan una prestación indivisible, responden como deudores solidarios» (§ 431). Y en el mismo sentido, de acuerdo al artículo 1.294 del *Codice civile*, «los codeudores están obligados solidariamente, si de la ley o del título no resulta otra cosa», mientras que «las obligaciones indivisibles son reguladas por las normas relativas a las obligaciones solidarias, en cuanto sean aplicables» (art. 1.317). Estamos en presencia, por tanto, de sistemas que han establecido la presunción de solidaridad en el caso de obligaciones con pluralidad de sujetos nacidas de contrato, rompiendo con el criterio mucho más extendido y tradicional de presumir la mancomunidad en dicho supuesto.

Aunque, según se ha explicado, el establecimiento de la solidaridad en las obligaciones contractuales deba considerarse con todas las ponderaciones y facilidades expuestas, no cabe duda de que en nuestro ordenamiento civil, en cuanto rige en él la presunción de mancomunidad, la solidaridad sólo operará cuando conste por medios intrínsecos o extrínsecos que ése ha sido el querer de los interesados. Ahora bien, por más que tal sea la situación normal, hay casos, dentro de la misma órbita contractual, en que el nacimiento de las obligaciones solidarias no depende de la voluntad de las partes, sino directamente de la ley. Es lo que ocurre en el supuesto de pluralidad de mandantes, ya que según el artículo 1.731 del Código Civil, «si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato»; en el contrato de comodato cuando el mismo se concluya con varios comodatarios, ya que a tenor del artículo 1.748 *eiusdem*, «todos los comodatarios a quie-

(14) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pág. 283.

nes se preste conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella, a tenor de lo dispuesto en esta sección»; en el contrato de sociedad colectiva, pues de acuerdo al artículo 127 del Código de Comercio, «todos los socios que forman la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente», y en el contrato de sociedad en comandita por lo que hace a los socios colectivos de la misma (art. 148 del Código de Comercio).

3. LAS OBLIGACIONES PLURALES EXTRA CONTRACTUALES

Hasta aquí nos hemos venido ocupando en exclusiva de las obligaciones nacidas de contrato. ¿Qué ocurrirá al respecto en la esfera de las obligaciones extracontractuales? ¿Regirá en ellas también la presunción de mancomunidad en el caso de que se presenten con pluralidad de sujetos? Cuando en virtud de alguno de los hechos distintos al contrato previstos en el artículo 1.089 como fuente de las obligaciones nos encontremos con una relación obligatoria plural y no conste de manera clara el carácter solidario de la misma, ¿qué criterio se utilizará para resolver en un sentido o en otro?

Aunque es cierto que de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil no puede derivarse sin más, tal como ha pretendido algún autor, que la regla sentada en los mismos valga tan sólo para las obligaciones nacidas de contrato, ya que se trata de preceptos genéricos que sirven para cualquier tipo de obligaciones con indiferencia de su origen y forman parte de un libro del Código Civil que, por más que se intitule «De las obligaciones y contratos», comprende no sólo las obligaciones derivadas de convención, sino también las que se contraen sin convenio y las nacidas de culpa o negligencia, no lo es menos que existe una clara tendencia tanto de la doctrina como de la jurisprudencia a restringir el juego de la presunción de mancomunidad al campo de las obligaciones contractuales. Operan aquí factores derivados del signo de nuestro tiempo, poco propicio a la exaltación de los criterios individualistas que en el fondo son los que justifican la regla del artículo 1.137, ya que, como con acierto ha destacado HERNÁNDEZ-GIL, «es manifiesto que en virtud del auge que desde hace tiempo vienen adquiriendo las ideas sociales, con la consiguiente declinación del individualismo, existe un clima general propenso a la solidaridad» (15).

Ya en una fecha tan temprana como 1903, nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de diciembre) consagró la tesis, a pesar del silencio legal en tal sentido, de que en el supuesto de que el pago de lo indebido

(15) HERNÁNDEZ-GIL: «El principio...», *loc. cit.*, pág. 95.

se hubiese hecho a favor de más de una persona, éstas venían obligadas solidariamente a la repetición, en razón de que el principio tradicional, favorable a la mancomunidad, consagrado de nuevo en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, no es aplicable al caso en cuestión, «ya porque no cabe pacto alguno en las obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico, consistente en el cobro de lo indebido, impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable, sustrayéndolo a las contingencias que de la mancomunidad pueden derivarse». Es revelador y sintomático de los nuevos aires que van a correr en esta materia que ante una manifestación de obligación plural derivada de acto lícito no contractual (cuasicontrato en la defectuosa terminología de nuestro Código), como es el cobro de lo indebido, respecto a la cual la ley guarda silencio y, en consecuencia, procedería la aplicación de lo que en forma genérica establece el artículo 1.137 para toda clase de obligaciones con pluralidad de sujetos, la simple circunstancia de que se trate de una obligación generada fuera del contrato es suficiente para excluirla de la férula del mencionado precepto.

Respecto a las obligaciones nacidas directamente de la ley que afecten a varios sujetos, es obvio que no existirá cuestión alguna cuando la misma ley establezca expresamente la solidaridad activa, pasiva o mixta, en cuyo caso nos encontraremos ante un supuesto de solidaridad *ex lege*, claramente distinguible de aquellos otros en que la misma opera *ex voluntate*, así como de los que tratándose de obligaciones surgidas de contrato la ley impone, empero, la vinculación solidaria. Y, sin embargo, en ausencia de expreso pronunciamiento normativo, parece, en una primera impresión, que tanto por el carácter principista que reviste el artículo 1.137 del Código Civil aplicable a todas las obligaciones que, con indiferencia de su origen, presenten pluralidad de titulares activos o pasivos, como por la propia dicción de dicha norma, que sólo impone la solidaridad «cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria» (términos que valen lo mismo para las obligaciones contractuales que para las legales y aún, apurando su sentido gramatical, encajan mejor en éstas que en aquéllas), parece podría concluirse que su tratamiento no debería ser distinto del que se asigna en idénticas circunstancias a las obligaciones contractuales.

Esto es, si en las obligaciones que nacen de la voluntad de las partes no existe solidaridad, sino cuando las mismas tienen, como gráficamente ha dicho nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias, «voluntad de solidaridad», parece que en las obligaciones de origen legal la conclusión debería ser en idéntico sentido de que sólo se acepte la condición

solidaria de las mismas cuando la propia ley se la haya asignado, máxime cuando se supone que el legislador tiene unas posibilidades de expresión y soporta unas exigencias de claridad y precisión que no se dan en la misma medida entre los particulares. A pesar de ello y aunque evidentemente no tenga la misma justificación, igual que hemos visto que en el campo de las obligaciones contractuales se admite que cabe la solidaridad por la vía de la interpretación, no del texto del contrato, sino de la intención de las partes, se comienza a aceptar también por algunos autores que cuando existe concurrencia de obligados en los casos en que una disposición legal impone la obligación sin expresar el carácter de la responsabilidad de aquéllos, «se considera suficiente para establecer la solidaridad, aunque tal carácter de la responsabilidad no aparezca determinado expresamente en la norma que contempla el caso de la concurrencia de obligados, la posibilidad de deducirla interpretando que tal fue la solución querida por el legislador» (16).

Así, por ejemplo, aunque a tenor del artículo 1.084 del Código Civil, «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos...», disposición que **parece permitir el razonamiento de que como el precepto dice que la responsabilidad es solidaria para cada coheredero después de la partición de la herencia, a contrario sensu, la responsabilidad de los mismos será mancomunada antes de la partición**, la mayoría de la doctrina española se inclina por considerar que también antes de la división hereditaria los coherederos responden solidariamente de las deudas del difunto, ya que, como escribe en tal sentido ALBALADEJO, «el artículo 1.084 no pretende variar la responsabilidad después de la partición (pues ¿qué fundamento habría para ello?), sino simplemente constata (puesto que con la partición desaparece la comunidad hereditaria) que no habiendo ya bienes hereditarios comunes con los que responder de las deudas, subsiste sólo la responsabilidad (que también antes existía) por las mismas con los bienes propios de los coherederos, entre cuyos bienes propios se encuentran ahora los que antes de la partición eran comunes» (17).

A mayor abundamiento, aunque según el artículo 891 del Código Civil, «si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa», la doctrina mayoritaria española (SÁNCHEZ ROMÁN, LACRUZ, VALLET DE GOYTISOLO, etc.) entiende, no obstante la clara dicción legal que habla de manco-

(16) GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid, 1983, pág. 238.

(17) ALBALADEJO: «La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición», en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, pág. 504.

munidad entre los legatarios, que debe rectificarse la letra de la norma y considerar que se está en presencia de una solidaridad legalmente establecida, por más que a esta conclusión deba llegarse por la vía de la hermenéutica (en concreto a través del mecanismo de la *analogía legis*), ya que, resalta en tal sentido ALVAREZ VIGARAY, la situación de los acreedores no puede hacerse más desfavorable por la circunstancia de que el testador haya distribuido la herencia en legados, así que debe aplicarse por analogía el artículo 1.084 del Código Civil a los acreedores, de modo semejante a lo que sucede después de hecha la partición en la herencia a beneficio de inventario, podrán exigir el pago de las deudas por entero de cualquiera de los legatarios hasta donde alcance el valor de sus legados, y como la distribución de la herencia en legados no es motivo que justifique el obligar a los acreedores a dividir su acción entre los legatarios, hay que entender que la división de la deuda entre los legatarios en proporción al valor de sus respectivos legados, establecida en el artículo 891, sólo tiene lugar en las relaciones internas entre los legatarios (18).

También la jurisprudencia se mueve en la misma dirección favorable a la solidaridad en casos típicos en que la ley no la ha declarado de manera expresa respecto a las obligaciones que tienen en ella su fuente. Uno de estos casos, de significativa importancia y transcendencia, es el de la responsabilidad decenal de los contratistas (por vicios de la construcción) y de los arquitectos (por vicio del suelo o de la dirección) que establece el artículo 1.591 del Código Civil. En efecto, aunque dicho precepto no dispone el carácter solidario de la responsabilidad del contratista y del arquitecto por la ruina del edificio, sino que más bien de su propia dicción, como advierte TRAVIESAS (19), resulta que la misma se divide entre uno y otro, diversas Sentencias del Tribunal Supremo reconocen el juego de la solidaridad en dicho supuesto, no obstante el silencio de la norma que establece semejante responsabilidad.

Puede leerse, en tal sentido, en la Sentencia de 5 de mayo de 1961: «Que si bien es cierto que es principio general sentado en el artículo 1.137 de nuestro Código Civil que la solidaridad de los deudores, cuando sean varios, no se presume y debe pactarse expresamente, no lo es menos que conforme determina el artículo 1.138, no se precisa una declaración clara y terminante de la solidaridad, bastando que del contexto de la obligación se deduzca su existencia...; y como quiera que la obligación que ahora se exige no tiene su origen en la convención de las

(18) ALVAREZ VIGARAY: «La distribución de toda la herencia en legados», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, pág. 44.

(19) TRAVIESAS: «Contrato de arrendamiento (obra y servicios)», en *Revista de Derecho Privado*, 1919, pág. 45.

partes, sino que se deriva de un precepto legal, el artículo 1.591..., es evidente que en el caso que se resuelve en que la ruina fue originada tanto por los defectos del suelo y del cálculo como de la obra y también por vicios de la construcción y la mala calidad de los materiales empleados, sin que pueda determinarse la proporción en que dichos diversos elementos hayan influido en la realidad de la ruina ocasionada, debe apreciarse que dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que contiene el precepto, con la identidad del origen legal de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hacen nacer la solidaridad que se deduce del artículo 1.591...». Y en la Sentencia de 18 de noviembre de 1975 que «dada aquella igualdad de responsabilidad habrá de tener el carácter solidario que resulta del texto de la propia obligación que la ley establece».

Esta doctrina, que encuentra en numerosos autores favorable acogida, ya que, como dice GARCÍA CANTERO, «no hay obstáculos para imponer de hecho una responsabilidad solidaria, basada en la naturaleza de las cosas, cuando la ruina se deba tanto a vicio de la dirección como de la construcción» (20), es un reflejo más del fenómeno antes apuntado de extender el ámbito de actuación de la solidaridad, en base sobre todo a la consideración de que se debe favorecer todo lo que tienda a asegurar al lesionado la reparación más firme y eficaz del daño sufrido, junto a una orientación también creciente a aumentar el grado de responsabilidad y compromiso de aquellos que profesionalmente prestan sus servicios a la sociedad y a intensificar la protección y derechos de los consumidores y usuarios. Como escribe, en relación al último punto comentado, CADARSO PALAU, «la tendencia a una mayor severidad en la apreciación de la responsabilidad de los profesionales de la construcción, y paralelamente la disposición de favor hacia la víctima, son factores que contribuyen en forma considerable a legitimar la posición que, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se muestra propicia a la solidaridad, cuando, concurriendo varios sujetos responsables, no es posible discriminar la parte de cada uno de ellos en la causación del daño» (21).

Y así, poco a poco, por sucesivas decantaciones y delimitaciones, hemos llegado al supuesto que constituye la materia de este estudio: ¿qué ocurrirá cuando afectan a varios sujetos las obligaciones derivadas de la comisión de un acto ilícito no delictual? ¿La responsabilidad dimanante de la culpa extracontractual o aquiliana aparecerá regida por las pautas de la mancomunidad o, por el contrario, estará sometida a las

(20) GARCÍA CANTERO: «La responsabilidad por ruina de edificios *ex* artículo 1.591 del Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pág. 1101.

(21) CADARSO PALAU: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pág. 309.

de la solidaridad? La Ley que crea la obligación de reparar el daño ilícitamente causado (*damnum iniuria datum*, art. 1902 del Código Civil), nada dice en forma expresa respecto al carácter que ha de asumir dicha obligación cuando sean varias las víctimas o varios los autores de la acción u omisión dañosa, y es obvio que en este campo, por el matiz abstracto y genérico que presenta, la ausencia de una declaración legal expresa en pro de la solidaridad no puede suplirse con la misma facilidad con que una similar carencia se cubre en la esfera contractual o, más genéricamente, negocial, ya que en ésta, como sabemos, aunque no se haya declarado expresamente por las partes que desean constituir la solidaridad, la obligación nacida tendrá esta naturaleza siempre que, tal como advierte Díez-PICAZO con gran nitidez y concisión, «quede evidenciada la voluntad de los contratantes de obtener los resultados económicos propios de la solidaridad» (22).

4. LAS OBLIGACIONES PLURALES DERIVADAS DE ACTO ILÍCITO CIVIL

Siguiendo la tónica del Código Civil francés, nuestro Código no contempla específicamente el supuesto de que un hecho ilícito civil haya sido realizado por varios sujetos y, en consecuencia, no entre a calificar como mancomunada o solidaria la obligación de reparar que a todos ellos concierne. El genérico y determinante artículo 1.902 del Código Civil español, que recoge la figura de la culpa extracontractual, se limita a disponer que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Una visión simplista y elemental de las cosas, en base al criterio interpretativo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, podría conducirnos a la conclusión de que en cuanto la responsabilidad extracontractual es tan sólo una variante obligacional modalizada por su específico origen y en cuanto, de manera genérica y principista, nuestro Código Civil, en el libro IV, que engloba todas las clases de obligaciones con indiferencia de su origen, ha sentado, en el artículo 1.137, la presunción de mancomunidad en el caso de vínculos con pluralidad de sujetos, no es necesario adentrarse en una indagación que, irremediablemente, va a estar siempre dotada de una base normativa insuficiente e insegura. Es obvio que una argumentación estrictamente legalista no puede resultar suficiente para resolver un punto como éste, en el que confluyen, a simple vista y en una primera consideración del problema, poderosas razones en pro de la solidaridad.

(22) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 414.

En el Derecho romano rigió la pauta de la responsabilidad conjunta en el supuesto de comisión del delito por varias personas, pero fue concretamente en el campo del *damnum iniuria datum* en el que semejante criterio alcanzó precisión y explicitación normativa. La *lex Aquilia* contempla de manera directa el problema en los dos textos siguientes:

«Pero si fuesen muchos los que hiriesen al siervo, debe examinarse si todos quedan obligados, cual si cada uno de ellos fuere el que matare. Y si realmente apareciere de quién era el dardo que lo mató, el que lo lanzó es el que queda responsable como si él fuere el matador; pero si esto no se averiguare, dice JULIANO que todos quedan obligados como matadores; y que aunque se accionare contra uno, los demás no quedan libres; porque como la ley Aquilia es penal, lo que uno de ellos paga no releva a los demás» (23).

«Los antiguos jurisconsultos resolvieron también que si muchos derribasen una viga y con ella aplastaren a un siervo, todos quedaban responsables por la ley Aquilia» (24).

Como ya hemos señalado, el Código Civil francés no estableció de manera expresa la responsabilidad solidaria de los obligados por la comisión de un acto ilícito común, y aunque esta pauta, como tantas otras del respetado e imitado *Code Napoléon*, influyó en numerosos Códigos Civiles (entre ellos el nuestro) que asimismo omitieron el establecimiento de dicha responsabilidad conjunta, otros muchos también rompieron con el modelo francés y han seguido el camino contrario.

Ya en un Código Civil tan respetuoso con el prototipo galo como es el italiano de 1865 se quiebra semejante formulación, y en su artículo 1.156 dispone que «si el delito o el cuasidelito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado». Como dirá CHIRONI, «la comunión de la acción injuriosa pone, por lo mismo, con razón, a cargo de cada concurrente el resultado que se ha derivado, y, por lo tanto, la norma de la obligación solidaria que nace del delito o cuasidelito a cargo de las personas que hayan concurrido a cometerlo. La disposición es justa y responde perfectamente a los principios... Frente al lesionado sería injusto que, por el hecho del concurso, la posición jurídica de cada injuriante disminuyese de grado o influencia en la entidad del efecto total, porque como por medio de la injuria ha sido lesionado el derecho en toda su integridad por cada uno de los que han participado en cometerla, también la responsabilidad debe ser plena para cada uno» (25).

(23) D. 9, 2, 11, 2.

(24) D. 9, 2, 11, 4.

(25) CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno. Culpa extracontractual*, I, Madrid, 1904, págs. 365-366.

En la esfera americana, el Código chileno, en su artículo 2.317, establece que «si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2.323 y 2.328». En los mismos términos, el artículo 2.344 del Código Civil de Colombia, salvo el cambio de la palabra cuasidelito por la culpa. Según el artículo 1.081 del Código argentino, «la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el Derecho criminal». A tenor del artículo 1.917 del Código Civil para el Distrito y Territorios federales de México, «las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas, de acuerdo con las disposiciones de este capítulo». De acuerdo al artículo 1.195 del Código venezolano, «si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado». Y en forma parecida, los Códigos Civiles de Guatemala (art. 2.289), El Salvador (art. 2.068), Brasil (art. 1.518), etc.

De nuevo en Europa y en la órbita de los ordenamientos germánicos, la regla de la solidaridad en la responsabilidad extracontractual afectante a varios sujetos arranca en un momento tan temprano como 1811, mediante su instauración en el Código austriaco, cuyo parágrafo 1.302 dispone que «si el daño ha sido causado con premeditación o no es posible determinar las partes respectivas de cada uno, todos son responsables conjunta y solidariamente». Después vendrán el parágrafo 830 del Código Civil alemán, según el cual «si varios han causado un acto ilícito realizado en común, cada uno de ellos es responsable del daño», ya que, como dice LARENZ, la comisión conjunta de una acción presupone una cooperación consciente y querida de varios para la obtención del resultado que cada uno quiere como el de su acto, y, en consecuencia, los varios sujetos participantes son en este caso coautores, por lo que el daño producido mediante la actuación conjunta es imputado en toda su extensión a cada uno de dichos coautores (26); y como corolario lógico el parágrafo 840 dispondrá que «si varias personas son responsables conjuntamente por los daños causados por un acto ilícito, sin perjuicio de la disposición del parágrafo 853, párrafo 3.º, responden como deudores solidarios», lo cual significa, según reseña el mismo LARENZ, que el perjudicado puede reclamar la indemnización que le corresponde de cada uno de los obligados a su arbitrio, en su totalidad o en parte, si bien toda ella sólo una vez y con indiferencia de que se trate de un

(26) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, II, Madrid, 1959, págs. 623-624.

supuesto de responsabilidad extracontractual por daños o de uno de responsabilidad por riesgos, ya que ambas categorías están comprendidas en la expresión «acto ilícito» (27).

De acuerdo al párrafo primero del artículo 50 del Código suizo de las Obligaciones, «cuando varios han causado juntos un daño, están obligados solidariamente a repararlo, sin que quepa distinguir entre el instigador, el autor principal y el cómplice». VON TUHR comenta, empero, que no son deudores solidarios por regla general varias personas que respondan del mismo daño sin ser conjuntamente responsables de él, *verbi gratia*, por efecto de dos actos ilícitos independientes el uno del otro, o bien por efecto de un acto ilícito y de la infracción de un deber contractual, o bien porque una de ellas responda como autora de un hecho y la otra por virtud de sus deberes de vigilancia, como poseedora de un animal o como propietaria de un edificio, pero de los principios de la conexión causal se desprende que ninguna de ellas puede descargarse de responsabilidad alegando la de la otra parte y que, por tanto, cada cual responde del daño causado en su integridad (28).

Correspondió luego al Código Civil italiano de 1942 continuar en la misma dirección, sancionando en su artículo 2.055 que «si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño». Si, como con anterioridad hemos señalado, el artículo 1.294 del *Codice* ha consagrado el principio de que «los codeudores están obligados solidariamente, si de la ley o del título no resulta otra cosa», esto es, establece una genérica presunción de solidaridad en todo caso en que en una misma obligación concurren varios deudores, llama a primera vista la atención el hecho de que el legislador italiano se haya sentido impulsado a reiterar la regla en el ámbito de las obligaciones dimanantes de la comisión de un hecho ilícito. Para RUBINO, la razón que ha inducido al legislador actual a una afirmación explícita de la solidaridad en la esfera del hecho ilícito debe indagarse en la oportunidad de reforzar un principio por sí ya reclamable en base a la disposición general enunciada en el artículo 1.294 (29). Para BARASSI, en cambio, la formulación del artículo 2.055 se diferencia de la del 1.294 en el hecho de que la primera excluye la solidaridad en el caso de la responsabilidad objetiva, por lo que el artículo 2.055 supondría una derogación del más amplio artículo 1.294, ya que no es posible admitir en un Código una disposición superflua (30).

(27) *Ibid.*, p. 626.

(28) VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, *op. cit.*, págs. 259-260.

(29) RUBINO: «Delle obbligazioni», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia, 1957, pág. 161.

(30) BARASSI: *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milán, 1948, pág. 562.

En opinión, finalmente, de POGLIANI, la duplicidad de regulación respectivamente para la obligación en general y para la que nace del acto ilícito en particular encuentra su explicación no en un criterio de oportunidad, que no parece eficazmente sostenible, sino en una razón de carácter histórico y en otra de naturaleza sistemática. Por la primera, se observa que el legislador actual ha reconocido la necesidad de respetar la tradición, transfiriendo así al artículo 2.055 aquella regulación específica que era recogida en el artículo 1.156 del precedente Código, si bien lo dispuesto en el artículo 1.294 hubiera sido suficiente para establecer el principio de solidaridad también para los codeudores por hecho ilícito. Por la segunda, se revela que el artículo 2.055 prevé también los efectos del regreso entre los corresponsables en forma autónoma, y por eso diversamente caracterizada respecto a la regla establecida en el artículo 1.299 para las otras obligaciones (31).

El ciclo de establecer la responsabilidad solidaria para los obligados en razón de la comisión conjunta de un hecho ilícito civil o responsabilidad extracontractual conjunta se cierra con el reciente Código Civil portugués de 1966, cuyo artículo 497 ha establecido que «si fueran varias las personas responsables de los daños, será solidaria su responsabilidad». Con semejante disposición el ordenamiento civil de Portugal se ha alineado en el significativo número de Derechos que van plasmando en su seno el principio del sometimiento de los diversos autores del ilícito civil a las resultas de la responsabilidad solidaria.

Frente a los ordenamientos civiles que consagran la responsabilidad solidaria por acto ilícito común, aquellos otros, como el nuestro, que nada establecen al respecto de modo expreso y que, más bien, por el juego mecánico del carácter excepcional que reviste la solidaridad y el principio de *favor debitoris* que, en una primera impresión, parecería quedar afectado de admitirse por vía interpretativa la responsabilidad solidaria, claramente lesiva para los deudores, parece deben entenderse en el sentido de que también en el campo de la culpa aquiliana ha de regir la regla general de la mancomunidad. Por ello, quizá, lo más instructivo para constatar las tensiones y movimientos que se dan en un campo como éste, sometido a la directa presión de factores económicos, sociales, culturales y políticos que pugnan por influir en la forma que deben valorarse y aplicarse las específicas normas jurídicas, sea el contemplar con cierto detalle cómo se han desarrollado los acontecimientos en Francia.

(31) POGLIANI: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milán, 1969, página 250.

5. LA PECULIAR CONSTRUCCIÓN FRANCESA

Como ya hemos dicho, el artículo 1.202 del *Code* determina de manera enfática y rigurosa: «La solidaridad no se presume; se precisa que esté estipulada expresamente. Esta regla no cesa sino en los casos en que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho, en virtud de una disposición de la ley». Y esa disposición de la ley no existe en el ámbito de la responsabilidad extracontractual para el caso en que varias personas resulten vinculadas por la comisión en común de un hecho ilícito. ¿Podrá suplirse la falta de previsión legal? ¿Cabría indagar una supuesta *ratio iuris* que permita cubrir la omisión normativa al respecto? ¿En base a qué hechos y circunstancias será posible la aplicación de un criterio de responsabilidad conjunta que supere una formulación que, aparentemente, pugna con la sensibilidad y los valores medios de la hora presente? ¿Deberá marginarse el juego lógico-formal de los principios del Código y en su lugar operar con estimativas y planteamientos que rebasan el estricto campo de lo jurídico-conceptual? ¿Se tratará, una vez más, del viejo y permanente problema de la colisión entre la letra y el espíritu de la ley, de forma tal que, aunque el Código Civil francés no formule literalmente la responsabilidad solidaria de los coautores del acto ilícito, la intención del legislador, el sentido íntimo de la norma y el objetivo último de la misma propicien, sin embargo, esta conclusión?

Los primeros comentaristas del *Code Napoléon* (TOULLIER, DURANTON, MARCADÉ, ZACCHARIAE, TROPLONG, etc.) fueron contrarios a la idea de solidaridad por hecho ilícito común. Recogiendo y asumiendo ese sentir, LAURENT señala que los primeros autores que han escrito sobre el Código Napoleón se pronuncian contra la solidaridad en materia de delitos civiles, a excepción de DELVINCOURT, y advierte que le resulta fácil a TOULLIER establecer que los coautores de un hecho dañoso no están obligados solidariamente a reparar los daños e intereses, ya que esto no podrá ser una solidaridad legal, porque ¿cómo existirá una solidaridad legal que la ley no establece? En su opinión, aunque el artículo 55 del Código Penal de 1810 pronuncia la solidaridad contra los autores de un mismo crimen, semejante disposición debe ser objeto de interpretación estricta, ya por su carácter penal, ya por establecer una solidaridad legal. Consecuentemente, en su sentir, la tesis negativa de la solidaridad es la correcta, pues no existe solidaridad legal sin ley y no hay ley que la establezca para los delitos civiles ni para los cuasidelitos, debiendo rechazarse también la denominada solidaridad virtual (32).

(32) LAURENT: *Principes de Droit civil français*, XVII, Bruselas-París, 1878, páginas 318 y ss. En una importante obra que resume muy bien el estado de la

Y la verdad es que, desde un riguroso punto de vista conceptual, difícilmente puede ser otra la conclusión, ya que si la solidaridad, en los casos en que expresamente no fue concertada, no admite otra fuente que el directo mandato legal (art. 1.202), será realmente paradójico y contradictorio sostener que estamos ante un supuesto de solidaridad legalmente establecido cuando la propia ley guarda silencio al respecto, tal cual ocurre en el campo de la responsabilidad plural por hecho ilícito civil. La escuela de la exégesis y sus conclusiones rigurosas en materia interpretativa no podrán conducir a una solución que prescinda, por un lado, del juego de la lógica formal, y, por el otro, de la manifiesta ausencia de un precepto específico que en línea de principio se reclamaba como necesario.

Sin embargo, también la tesis contraria encuentra tempranos defensores e, incluso, hunde sus raíces, en una fecha anterior a la promulgación del *Code*, nada menos que en el juicio favorable de POTHIER. Para tan ilustre precursor de la normativa civil codificada, «el tercer caso de obligación solidaria se da respecto a aquellos que han cometido un delito, pues los mismos están obligados solidariamente a la reparación, sin que puedan oponer excepción alguna de discusión ni de división, siendo indigno de ellas» (33). Diversos autores modernos (PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, JOSSERAND, LALOU, etc.) se inclinan en esta dirección, en razón de que, como dicen COLIN y CAPITANT, una jurisprudencia muy antigua, fundada en el Derecho romano y en la práctica del viejo Derecho francés, había establecido que las personas que han causado por su culpa común un daño a otra son responsables respecto de la víctima de la reparación del perjuicio, tratándose, por tanto, de un ejemplo importante del mantenimiento en el Derecho moderno de una regla consuetudinaria, ya que dicha jurisprudencia no se funda en texto positivo alguno. Por lo demás, la Corte de Casación ha variado en lo que respecta a la base jurídica de la solidaridad, ya que mientras en unos casos ha invocado un argumento de analogía derivado del artículo 55 del Código Penal, en otros se apoya en la idea de la imposibilidad práctica de determinar la parte de responsabilidad que corresponde a cada uno de los responsables de un mismo delito civil, y en otros, en fin,

cuestión, DRAKIDES sostiene que en Francia, aunque deba admitirse la responsabilidad solidaria en el ámbito de las obligaciones plurales nacidas de hecho ilícito, respecto a las derivadas de los cuasicontratos hay que defender la tesis de la mancomunidad. DRAKIDES: *Du principe en vertu duquel la solidarité no se presume pas*, París, 1939, págs. 141-142.

(33) POTHIER: *Oeuvres complètes de Pothier, I (Traité des obligations)*, París, 1844, pág. 248.

ha acudido a la noción de la indivisibilidad de la culpa, que no es, en realidad, más que una variante de la anterior (34).

De todas maneras, para la doctrina y la jurisprudencia francesas, siempre respetuosas con la letra de su glorioso Código Civil y poco dispuestas a ignorar las prescripciones que claramente emanen del mismo, la tesis de la solidaridad de los corresponsables por ilícito civil común, que no puede encontrar en la ley apoyo directo y expreso, ha resultado de difícil admisión y se explica que, igual que ha ocurrido en otras materias de subrepticio forzamiento del Código, hayan recurrido a construcciones extrañas para justificar el cambio de sentido que se imprimía al tenor literal de los preceptos civiles. En este caso, el mecanismo *ad hoc* ha sido el de la solidaridad imperfecta, impropia u obligaciones *in solidum*.

La idea de la obligación *in solidum* se basa en que en determinados casos de pluralidad de deudores, aunque cada uno de ellos responda por entero, su responsabilidad es autónoma de la de los otros, ya que el vínculo del que la misma deriva es un vínculo independiente, que ha nacido por sí solo (35). Los efectos civiles y procesales de esta construcción y las importantes diferencias que la separan de la variedad de las obligaciones solidarias propias son palmarios, por más que su punto de apoyo dogmático y legal resulte harto precario, a menos que se quiera aceptar como suficiente la insólita y sorprendente justificación que en su día adelantara MOURLON en el sentido de que «la solidaridad es perfecta cuando existe entre varias personas unidas por un interés común, que tienen entre sí relaciones frecuentes o se conocen...; será imperfecta, cuando la ley la establece entre personas que no se conocen, que no son sino codeudores accidentales o cuando sus relaciones son esporádicas» (36), lo que reduciría la solidaridad a poco más que un fenómeno de conocimiento, amistad o confianza entre los varios sujetos de la relación obligatoria.

Pero es que aunque, como hace Cossío, la noción de obligación *in solidum* se quiera hacer descansar en el hecho de que el vínculo de cada deudor obligado al todo es un vínculo independiente, que tiene una

(34) COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, III (Teoría general de las obligaciones), Madrid, 1924, pág. 379.

(35) Cossío: «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pág. 550. Exagerando esta concepción se llegará a decir que la obligación *in solidum* nace con independencia de toda disposición legal, por la fuerza misma de las cosas; que es una manera de ser de la obligación y que en ella nos hallamos en presencia de un estado puro de hecho, sin intervención del legislador. VINCENT: «L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive», en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1939, págs. 601 y siguientes.

(36) MOURLON: *Répétitions écrites sur le Code civil*, III, París, 1896, n. 1260.

fuente autónoma y ha nacido por sí solo, difícilmente puede encajar en nuestro ordenamiento, ya que el mismo admite la solidaridad por más que los así obligados deriven sus vínculos de títulos distintos, en función de que, según el artículo 1.140 del Código Civil, «la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones». Pues bien, sobre la base del matiz apuntado por COSSÍO, LEÓN ALONSO ha definido entre nosotros la obligación *in solidum* como aquella situación jurídica caracterizada porque «cada vez que varias personas vengan obligadas, todas, a varias prestaciones idénticas, sin que, por tal razón, la deuda pueda ser considerada unitaria o única, nos hallamos ante una obligación de las llamadas *in solidum*, que proporcionará al perjudicado acción suficiente para obtener la satisfacción de forma total de su interés lesionado, si bien debe permanecer absolutamente inalterada la norma de que dicho interés sólo será una vez exigible (37); algo esto último, por lo demás, que ocurre exactamente igual en las obligaciones solidarias normales.

La doctrina francesa mayoritaria, impulsada por la jurisprudencia, se ha deslizado sin mayores problemas por el amplio portillo de las obligaciones *in solidum*. Tras las huellas de DEMOLOMBE, que probablemente fue el primero en hacer uso de este artilugio jurídico (37 bis)), BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, después de resaltar que la doctrina científica se halla dividida en cuatro sistemas: los que defienden la solidaridad perfecta, los de la solidaridad imperfecta, los de la responsabilidad por el todo y los de la responsabilidad por partes viriles, estiman que en el caso de la responsabilidad plural por hecho ilícito no se trata de una obligación solidaria, sino de una obligación al todo que afecta a los coautores de un ilícito civil o de un cuasidelito y comprende la totalidad de los daños y perjuicios, ya que en el sistema de la jurisprudencia, el derecho de los Tribunales a condenar solidariamente a los coautores de un delito civil o de un cuasidelito, resulta imposible encontrar la parte de cada uno en el hecho dañoso (38).

(37) LEÓN ALONSO: *La categoría de la obligación «in solidum»*, Sevilla, 1978, página 208.

(37 bis) Según GIORGI fue DEMOLOMBE quien advirtió lo arbitrario y falso de la distinción entre solidaridad perfecta e imperfecta, y defendió la existencia de una sola especie de solidaridad, si bien admite que hay otras obligaciones similares a las solidarias, porque obligan a todo deudor por entero, de modo que un solo pago libra a todos, y tales son precisamente las nacidas de un hecho ilícito; pero estas obligaciones no pueden llamarse solidarias, ni solidaridad imperfecta a la esencia que las informa, sino que lo más que cabe decir de ellas es que son *obligaciones in solidum*. GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, I, Madrid, 1909, pág. 169.

(38) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des obligations*, II, París, 1907, págs. 410 y ss.

¿Cada deudor delictual soportará, se preguntan los hermanos MAZEAUD, una verdadera obligación solidaria, semejante a la que soporta un codeudor contractual? ¿No será más bien una obligación *in solidum*, es decir, simplemente la obligación para cada uno de pagar el todo, pero sin ninguno de los caracteres de la solidaridad? La cuestión no es baladí, porque si la obligación es solidaria cada uno de los deudores representa a los otros (art. 1.206), la remisión de deuda concedida a uno aprovecha a todos (art. 1.285), la cosa juzgada respecto a uno tiene valor respecto a todos, el recurso interpuesto por uno beneficia a todos, etcétera, mientras que algunas de estas soluciones no deberán ser admitidas en caso de que se trate de obligación *in solidum*.

Piensan los MAZEAUD que en el supuesto de hecho ilícito común los individuos están obligados a pagar el todo porque cada uno ha causado todo el daño, pero la obligación de cada uno de los coautores a la reparación de la integridad del daño no origina una obligación solidaria, sino una simple obligación *in solidum*. La parte lesionada, para conservar su acción contra cada uno de los coautores, deberá interrumpir la prescripción en relación a cada uno de ellos; la sentencia que obtenga frente a uno no será oponible a los otros, y la apelación interpuesta por uno contra una sentencia común no aprovechará a los demás.

Se objetará, con SOURDAT, dicen, que la obligación de cada uno de los codeudores a la integridad de la deuda es forzosamente solidaria, ya que no existen dos tipos distintos de obligaciones al todo, uno *in solidum* y otro solidario, sino un tipo único: la obligación solidaria; a lo que responden que aunque, sin duda, no existe en materia contractual la obligación *in solidum* al lado de la obligación solidaria, en cambio los dos tipos son perfectamente distintos en materia extracontractual. En tal sentido, por más que la mayor parte de las sentencias aplican a los codeudores de una obligación delictual las reglas de la solidaridad, algunas otras, empero, evitan esta asimilación en material delictual y se pronuncian muy netamente por una obligación *in solidum* sin solidaridad (39).

Claro que lo que resta por demostrar es cómo no existiendo la obligación *in solidum* en el ámbito contractual se da, sin embargo, en la esfera delictual, cuando se supone que éste es un punto atinente a la teoría general de la obligación que debe tratarse de la misma manera con indiferencia de cuál sea la concreta fuente obligacional; y sobre todo en base a qué hechos se justifica semejante dualidad en la esfera extracontractual y dónde está el específico apoyo normativo que permite soste-

(39) MAZEAU (Henri y León): *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil, délictuelle et contractuelle*, II, París, 1934, págs. 766 y ss.

ner la existencia de tan singular variedad obligatoria. Si se observa con atención, se invierte el lógico razonamiento e incluso se incurre en petición de principio, pues no es que como en materia extracontractual se dan las obligaciones *in solidum* (afirmación completamente gratuita y *prius* indemostrado), la obligación derivada de la comisión en común de un hecho ilícito tendrá dicha naturaleza, sino que debería ser: como la responsabilidad que surge en el caso de daño injusto ocasionado por varios es por ley *in solidum*, hay que admitir la existencia de esta categoría de vínculos plurales, distinta de la de la solidaridad ordinaria, cosa que no ocurre en la órbita de los contratos, ya que en ésta no existen más que normales obligaciones solidarias, bien por que así lo han estipulado expresamente las partes (solidaridad *ex voluntate*), bien por que en tal sentido lo haya dispuesto la ley de manera directa (solidaridad *ex lege*).

En similar dirección se manifiestan PLANIOL, RIPERT y ESMEIN al advertir que cuando varias personas son responsables de un mismo daño, sin que se pueda dividir el mismo entre ellas, la víctima puede reclamar a cada una la reparación de la totalidad del perjuicio, sea citado a todas las partes, sea citando solamente a una de ellas. Cuando la falta de la persona o de la cosa de la que ésta responda haya sido la causa de la totalidad del daño, la existencia de otro responsable obligado en las mismas condiciones no modifica en nada su responsabilidad. Pues bien, aunque la jurisprudencia, conforme a una antigua tradición, consideró a los corresponsables de un mismo daño como obligados en las mismas condiciones que los deudores que son responsables solidariamente por contrato, de suerte que no sólo la víctima podía reclamar a cada uno de ellos la reparación de la totalidad del perjuicio, sino, además, que estos corresponsables eran considerados como representantes los unos de los otros en la relaciones con el acreedor, sentencias recientes, en cambio, declaran que no hay obligación solidaria, sino obligación *in solidum*, es decir, obligación para cada uno de pagar el todo, pero sin que se produzcan los efectos secundarios de la solidaridad (40).

MARTY y RAYNAUD se preguntan sobre si existe una solidaridad jurisprudencial en materia de responsabilidad por hecho ilícito común. La respuesta es que hay una importante jurisprudencia que ha generalizado la solución del artículo 55 del Código Penal (que declara la responsabilidad solidaria respecto a las condenas pecuniarias), para afirmar en términos generales el derecho de la víctima de un delito civil a demandar de cualquiera de los responsables la reparación integral. Esta jurisperu-

(40) PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: *Traité pratique de Droit civil français*, IV (*Obligations*), París, 1952, págs. 977 y ss.

dencia, consideran, ha conducido a los autores a una reflexión más pausada sobre ciertas obligaciones que pueden existir junto a las obligaciones solidarias y que hoy son habitualmente designadas obligaciones *in solidum*. Semejante idea ha influido, a su vez, sobre la jurisprudencia, de suerte tal que las sentencias recientes de la *Cour de Cassation* precisan a propósito de la responsabilidad de los coautores de un delito fuera de las condiciones del artículo 55 del Código Penal que existe una obligación *in solidum* y no obligación solidaria. En base a ello, por más que el principio de que la solidaridad no se presume se aplica lo mismo a la solidaridad legal que a la convencional, se puede precisar, empero, que al lado de esta verdadera solidaridad existe la obligación *in solidum*, que dichos autores reconocen y para la que no hace falta ni texto legal ni convención expresa (41).

6. APRECIACIÓN CRÍTICA DE LA MISMA

A la vista de los pareceres expuestos y de los esfuerzos dialécticos desarrollados para dar entrada al más importante y determinante efecto de la solidaridad pasiva, la posibilidad de reclamar a cualquiera de los deudores la totalidad de la prestación, aun no existiendo precepto legal que así lo establezca respecto a los hechos ilícitos civiles y contrariando, por tanto, el principio general de que la solidaridad no se presume, a través de la híbrida obligación *in solidum*, ¿qué valoración cabe hacer al respecto?, ¿qué juicio merece el esfuerzo desarrollado en tal sentido por la doctrina y la jurisprudencia francesas?

La primera impresión que se produce es la de estar en presencia de un gran artificio, ya que la nueva figura, ni histórica, ni legal, ni dogmáticamente resiste un análisis riguroso, y luego la de que, en definitiva, se trata de excluir la aplicación de una regla jurídica clara y terminante sin tener el valor de enfrentarla directamente, sino mediante el empleo de subterfugios y mecanismos de dudosa legitimidad. MARTY y RAYNAUD han explicado muy bien el tortuoso camino por el que se ha llegado a la situación reseñada: la jurisprudencia comenzó por reconocer tan sólo que en el caso de un delito civil cometido por varias personas, la víctima podría reclamar de cualquiera de ellas la reparación total del daño causado, pero sin atreverse a calificar conceptualmente en uno u otro sentido semejante estado de cosas; la doctrina científica se muestra receptiva a esta indicación y empieza a preguntarse, al objeto de intentar justificar la aparición de esta sedicente responsabilidad *ad integrum*,

(41) MARTY y RAYNAUD: *Droit civil*, II-1, París, 1961, págs. 784 y ss.

si no existirán, al lado de las ordinarias obligaciones solidarias otras que operarían también en el sentido indicado; la jurisprudencia, a su vez, recoge con presteza la falta de oposición doctrinal y da el paso ulterior de crear una nueva variedad dentro del género de las obligaciones con pluralidad de titulares, la obligación *in solidum*, que operaría tan sólo en la esfera de la responsabilidad plural dimanante de acto ilícito civil y se caracterizaría por la nota de que, mientras en las obligaciones solidarias cada deudor debe «la misma» prestación, en ella está vinculado a la ejecución de «idéntica» prestación que la que afecta a los restantes corresponsables.

¿Existe en este caso una solidaridad creada jurisprudencialmente? A la vista del terminante artículo 1.202 del Código Civil francés, difícilmente cabría admitir la legitimidad de tal variedad, y entonces lo que se hace es recurrir a un subterfugio. Fuera de la expresa convención de los interesados, la solidaridad precisa de un mandato legal que la establezca, pero aquí puede obviarse la prohibición porque nos encontramos tan sólo ante una *obligatio in solidum* que no cabe reconducirla al campo de las obligaciones solidarias. Entre las obligaciones mancomunadas y las solidarias existiría un *tertium genus*, el de las *in solidum*, que evitaría los inconvenientes de las primeras y permitiría eludir la rigidez legal a la hora de admitir la existencia de las segundas.

Lo malo de estas construcciones artificiosas es que no resisten en su exposición el riguroso juego jurídico. Porque, en efecto, si a través de esa sedicente categoría se logra la vinculación de todos y cada uno de los codeudores al pago de la totalidad de la reparación debida, ¿podrá calificarse esta situación como distinta de la ortodoxa solidaridad por más que se sostenga que en la misma no se producen los efectos secundarios de ésta? Un acontecimiento jurídico se nomina de una u otra manera en función de su efecto principal y caracterizador; la presencia o ausencia de meras consecuencias colaterales, efectos accidentales o implicaciones aleatorias en nada cambia la naturaleza de la figura ni permite cobijarla bajo un *nomen iuris* distinto del que, de acuerdo a su sustancia, le corresponde. Una obligación con pluralidad de deudores, en la que cada uno de ellos deba cumplir la totalidad de la prestación a requerimiento del acreedor, es y será siempre dogmáticamente, mientras la ley no disponga otra cosa, una obligación solidaria, por más que se den o no ciertos efectos colaterales o secundarios, sin que sea posible desvirtuar esta elemental consideración principista mediante el intrascendente argumento de que en unos casos se adeuda la misma prestación, mientras que en otros se debe tan sólo idéntica prestación, algo que se revela como mera cuestión semántica y que, desde el punto

de vista legal, ni tiene punto de apoyo suficiente ni produce consecuencias estimables.

Aparte de que toda la construcción encierra una grave e insalvable contradicción interna y de que incurre en clara petición de principio, pues si la obligación *in solidum* se diferencia de la solidaria en que en ella no se dan una serie de notas menores propias de ésta (representación, remisión, cosa juzgada, etc.), debería ser precisamente la ley la que, al establecer en ciertos casos la ausencia de estos efectos secundarios, permitiría la configuración de una nueva variedad de obligación plural, mientras que lo que se hace es precisamente seguir el camino contrario: como se da por existente la categoría de la obligación *in solidum*, debe admitirse también que en ella fallan los caracteres accidentales de los vínculos solidarios, y esto por más que la ley guarde respetuoso silencio al respecto. Con toda evidencia, se invierte el camino lógico y correcto para la formulación de una nueva categoría jurídica.

Claro que la estratagema se presenta a primera vista habilidosa para intentar dejar sin efecto en la esfera de la responsabilidad plural por hecho ilícito el principio general de que la solidaridad sólo se produce por voluntad expresa de los interesados o mandato directo de la ley, acudiendo al sofisma de que en dicho campo la cuestión no tiene por qué plantearse, ya que en él no estamos ante genuinas obligaciones solidarias, sino ante meras obligaciones *in solidum*. Ahora bien, lo que nadie ha explicado de manera suficiente es cómo puede admitirse la existencia de dos especies distintas de obligaciones cuando en ambas la sustancia es la misma (la vinculación de todos y cada uno de los deudores a la ejecución íntegra de la prestación debida), y, siendo esto así, cómo cabe aceptar que se den obligaciones *ad totum* sin que la ley exprese las contemple y establezca, cuando precisamente rige en esta materia el riguroso y principista imperativo de que «la solidaridad no se presume», a menos que ingenuamente se considere que todos los inconvenientes y prohibiciones se desvanecen de manera mágica con tan solo hablar de prestación idéntica en lugar de la misma prestación, algo que no pasa de ser un mero juego de palabras. La vieja y razonable pregunta de LAURENT en el sentido de ¿cómo puede existir una solidaridad legal que la ley no establece?, continúa pesando, como una losa difícil de remover, sobre unas construcciones que, en el fondo, no persiguen otra cosa que buscar pacífico acomodo a una especie de solidaridad pasiva subrepticia y vergonzante.

Tiene razón, pues, el profesor ALBALADEJO cuando estima que el montaje doctrinal-jurisprudencial francés sobre las obligaciones *in solidum* en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, «en defi-

nitiva, se ha planteado como camino para, respetando el texto legal (tan sólo de una manera formal, añadiríamos por nuestra parte) —el artículo 1.202, según el que la solidaridad no se presume—, sin embargo, evitar la mancomunidad a base de decir que ciertamente la obligación solidaria estará (a falta de haber sido establecida excepcionalmente) excluida por aquél, pero no la *in solidum*» (42). Lo curioso es que este gigantesco y rechazable esfuerzo tergiversador, para excluir de la ley lo que ésta con toda claridad incluye, se está relevando en la práctica como innecesario, ya que la más reciente doctrina francesa constata la decadencia operativa de la denominada *obligatio in solidum*, pues, como advierte CHABAS, en los supuestos más frecuentes de accidentes de circulación u otros no viene ya justificada por la equidad, al quedar la víctima suficientemente protegida por los seguros obligatorios vigentes (43).

Aunque respondiendo a orígenes distintos y persiguiendo objetivos diferentes, la construcción francesa sobre la supuesta diferenciación en el campo extracontractual entre obligaciones solidarias y obligaciones *in solidum*, que no sólo carece de expresa apoyo legal, sino que nace, precisamente, para cubrir una hipotética insuficiencia normativa, nos recuerda en alguna medida a aquella otra diferenciación, también en el ámbito de las obligaciones plurales, que el siglo pasado alumbró y en cuya artificiosidad y suerte efímera podría mirarse como en un espejo la que ahora se comenta. Como medio para resolver la aparente antinomia del Digesto de que en el supuesto de obligaciones con pluralidad de sujetos en unos casos se atribuía eficacia extintiva a la *litis contestatio* concluida con uno de los deudores, mientras que en otros se negaba semejante efecto y hacía falta el pago efectivo de la totalidad de lo debido, KELLER y RIBBENTROP elaboraron la teoría de que unos y otros textos justinianeos se referían a dos especies distintas de obligaciones; esto es, que no se trataba de que la *litis contestatio* tuviese una u otra eficacia dentro de la misma especie obligacional, algo que hubiera supuesto una clara *antinomia iuris*, sino que la distinta virtualidad de la misma venía impuesta por el hecho de que operaba ante dos realidades jurídicas diferentes. Las obligaciones que se extinguen por la *litis contestatio* celebrada con algunos de sus sujetos eran las correales, mientras que aquéllas en las que semejante efecto extintivo no tenía lugar eran las solidarias (44).

(42) ALBALADEJO: «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pág. 351, n. 6.

(43) CHABAS: «Remarques sur l'obligation *in solidum*», en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1967, págs. 310 y ss.

(44) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano*, op. cit., págs. 45 y ss.

En las correales, el vínculo es único, aunque existan varios sujetos y, por tanto, en cuanto la *litis contestatio* sólo puede realizarse una vez, y consumada se extingue la acción, es natural que su verificación provocase la extinción de la relación obligatoria; por el contrario, como en las solidarias hay tantos vínculos como sujetos, la *litis contestatio* concluida con uno de ellos provoca la desaparición del ligamen del mismo, pero deja intactos los correspondientes a los restantes obligados. De esta manera, señala CROME, la distinción entre obligaciones correales con unidad de vínculo y simplemente solidarias con tantos vínculos como sujetos se revelaba como un ingenioso expediente ideado por KELLER y RIBBENTROP para resolver una aparente antinomia de las fuentes (45).

La construcción tuvo tanto éxito y gozó de tan general predicamento que, irónicamente, IHERING pudo decir de ella que los jurisconsultos de la segunda mitad del siglo XIX podrían separarse en dos grupos: los que no han escrito y los que han publicado algo sobre las obligaciones correales, y que probablemente no habrá producido más quebraderos de cabeza a los teólogos el concepto de la Trinidad que a los juristas el de esta dualidad o pluralidad. Lo malo es que el ingenioso expediente se reveló como absolutamente artificial desde el momento que quedó demostrado, a través de las investigaciones de EISELE y ASCOLI, que no se estaba en presencia de una supuesta antinomia, sino ante algo tan simple y repetido en la compilación justiniana como son las interpolaciones.

En efecto, en el Derecho clásico, vigente el procedimiento formulario, tenía lugar el efecto extintivo (*rectius*, consuntivo) de la *litis contestatio* respecto a todos los casos de obligaciones solidarias, ya derivasen de *stipulatio*, ya se originasen en delito. JUSTINIANO (46) abolió la eficacia extintiva general de la *litis contestatio*, y, en consecuencia, los textos clásicos que contemplaban la liberación de todos los deudores mediante *litis contestatione cum uno debitorum* debían ser interpolados a través de la inclusión del término *solutio*, único medio ahora efectivo para liberar a todos los obligados. Lo que sucede es que en este punto, cual ocurrió en tantos otros de la compilación justiniana, el encargo se realizó de manera desigual y fragmentariamente, pues mientras algunos

(45) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto francese*, Milano, 1908, pág. 215.

(46) «En general mandamos que, a semejanza de lo prescrito respecto de los mandantes sobre que la acción promovida contra uno de ellos no libera a los demás, se observe también respecto de los fiadores. Pues hallamos que en las obligaciones de éstos se establecen pactos de esta naturaleza, y por esto con la ley general mandamos, que con la elección de uno de los fiadores y del reo principal no queden libres los demás, o que el obligado principal quedará libre de toda responsabilidad con la elección de uno de los fiadores, a no ser que el elegido satisfaga al acreedor; mas quedará íntegro el derecho hasta el completo pago o hasta que por cualquier otro medio le satisfagan». C. 8, 41, 28.

textos clásicos fueron alterados y adaptados a la nueva realidad normativa, otros permanecieron intactos y continuaron reflejando la concepción clásica ya derogada. En ese defecto, meramente sistemático y de ordenación, se encuentra el origen de toda una variedad obligatoria, la de las obligaciones correales, que cautivó a numerosos romanistas y civilistas del siglo pasado y que, durante algunos años, se presentó como una depurada, inteligente y rigurosa elaboración dogmática.

En el caso francés ni siquiera existe la justificación de la antinomia o ambigüedad de los textos normativos, ya que el *Code Napoléon* no se ocupó de una distinción que para ese momento habían abandonado ya los jurisconsultos, ni da pie para sostener que en presencia de una obligación con pluralidad de deudores, en unos casos se produzca la totalidad de los efectos propios de la solidaridad y en otros resulten excluidos los que, de manera gratuita, se denominan efectos secundarios de la misma, por lo que el procedimiento seguido por los autores franceses para introducir la categoría de la *obligatio in solidum* es todavía más arbitrario y posee menor apoyo normativo directo que el que determinados pandectistas del siglo pasado encontraron para crear la sedicente especie de las obligaciones correales.

Y es que, a poco que se observen las cosas, se constata, sin mayor esfuerzo, la irrealidad de la construcción comentada y su clara condición de subterfugio para burlar la tajante prescripción legal de que, fuera del campo contractual, hace falta expreso mandato legal para que surja la solidaridad entre codeudores. Como tal no es el caso en la hipótesis de hecho ilícito civil realizado por varias personas, se le da la vuelta, afirmando que en el mismo, por más que los varios responsables no están vinculados solidariamente (algo que tropezaría de manera directa con el inocultable silencio legal al respecto), lo que sucede es que los corresponsables han quedado sujetos *in solidum*, situación que, aunque excluye algunos de los típicos efectos de la solidaridad pasiva, permite, en cambio, reclamar a cualquiera de ellos la integridad del resarcimiento; con lo que, en definitiva, se consigue el principal y deseado efecto de la solidaridad sin tener que imponer un supuesto de la misma allí donde la ley con toda evidencia no lo ha contemplado.

No se trata, pues, de que se utilizarían dos categorías jurídicas legalmente existentes, obligaciones solidarias y obligaciones *in solidum*, para cubrir con las mismas supuestos de hecho diferentes, sino de que se estaría creando *ex novo* una de ellas para intentar evitar que determinadas hipótesis fácticas queden definitivamente fuera del radio de acción de la otra. Como no se puede predicar sin más, porque contra ello conspira el principio de que «la solidaridad no se presume», que en el caso

de varios ejecutores de un mismo hecho ilícito civil todos ellos respondan solidariamente, se acude al cómodo expediente de defender la existencia en tal hipótesis de una obligación *in solidum* que, de todas maneras, va a permitir se alcance el mismo resultado fundamental: la posibilidad de reclamar a cualquiera de los obligados la totalidad del resarcimiento del daño. Sosteniendo a continuación que el artículo 1.202 del Código Civil francés excluye la solidaridad en el supuesto en consideración, pero no así la responsabilidad *in solidum*, el cuadro se cierra y mediante una hábil estratagema se consigue el mismo resultado que *a priori* resultaba excluido por el tajante dictado legal.

Como ya hemos dicho, el mecanismo, empero, se revela de escasa consistencia y de imposible justificación desde un ángulo dogmático riguroso. En primer lugar, porque no es correcto que para caracterizar una determinada situación jurídica se utilicen conceptos y categorías que se han creado precisamente a la vista de las circunstancias específicas que se dan en aquélla, ya que esto produce la impresión de un montaje artificial y reordenado. Y aquí sucede que a la hora de calificar el *status* en que se hallan los diversos autores de un daño injusto se habla de que los mismos están obligados *in solidum*, pero da la casualidad que esta variedad obligacional se está singularmente creando en el mismo supuesto que se intenta caracterizar; esto es, existe obligación *in solidum* porque los distintos responsables han quedado vinculados de esta manera o los autores del hecho ilícito responden *in solidum* porque están afectados por una obligación de dicha naturaleza. En cualquier caso, una indeseable confusión que desdibuja la categoría utilizada y torna harto insegura y discutible la cualificación que en base a ella se atribuye a los varios deudores en el caso de comisión de un hecho ilícito común.

Y en segundo término, porque cuando el artículo 1.202 del Código Civil francés dispone que «la solidaridad no se presume», está excluyendo de manera básica y fundamental el efecto determinante y definidor de la solidaridad pasiva, es decir, la posibilidad de que el acreedor reclame a uno solo de los deudores la prestación íntegra, ya que de esa y no de otra manera contempla el propio Código en su artículo 1.200 la aludida variedad obligacional al disponer que «hay solidaridad por parte de los deudores cuando todos están obligados a una misma cosa, de manera que cada uno puede ser constreñido por la totalidad, y cuando el pago hecho por uno solo libera a los demás con respecto al acreedor». En consecuencia, si fuera de los casos pactados o de los legalmente establecidos no cabe que en una obligación con pluralidad de deudores se pueda exigir a uno de ellos la totalidad de su objeto, que en eso, en

definitiva, se sustancia la regla de la no presunción de solidaridad, no se puede pretender que semejante prescripción quede sin efecto en base al simple alegato de que en el caso de responsabilidad plural por hecho ilícito no estamos ante una obligación solidaria, sino ante una mera obligación *in solidum*, ya que ello dejaría sin contenido el mandato del artículo 1.202 y desnaturalizaría la noción misma de solidaridad.

Por lo demás, finalmente, tampoco, desde un riguroso enfoque de teoría general de las obligaciones, cabe sostener que en las denominadas obligaciones *in solidum* cada deudor no debe «la misma» prestación que su coobligado, como ocurre en la obligación solidaria, sino una prestación «idéntica», porque ello probablemente nos trasladaría fuera del ámbito de la división de las obligaciones por razón de los sujetos y nos colocaría en el de las clases de obligaciones en función de su objeto, algo que, desde luego, ningún defensor de las obligaciones *in solidum* está dispuesto a aceptar. Aparte de que esa misma concepción supone, como corolario necesario, el aceptar que en la referida variedad obligatoria se da una pluralidad de vínculos diferentes, circunstancia que determina que la misma, aunque terminológicamente se sitúe en la esfera de las obligaciones solidarias, conceptual y esencialmente debería ubicarse en el marco de las obligaciones mancomunadas, de las que resultaría harto difícil y problemático distinguirla.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Profesor Extraordinario
de la Universidad de Zaragoza