

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Las obligaciones solidarias

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: Introducción.—1. Pluralidad de sujetos en la obligación y sus formas principales: obligaciones mancomunadas simples o parciarias y obligaciones solidarias. Concepto de las obligaciones solidarias. Sus clases: solidaridad activa, pasiva y mixta.—2. Estructura jurídica de las obligaciones solidarias: teoría de la obligación única y teoría de la pluralidad de obligaciones. Las llamadas obligaciones correales: su inexistencia como categoría *a se*.—3. Naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias: a) Doctrina de la representación, derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege*; b) Doctrina de la mutua fideiusión o afianzamiento; c) Doctrina de la alternatividad subjetiva; d) Doctrina de la unidad de «débito» con pluralidad de «responsabilidades»; e) Doctrina de la titularidad fiduciaria; f) Doctrina de la unidad o identidad de la prestación.—4. Construcción adoptada: las relaciones externa e interna a la luz de la legitimación y de la doctrina del injustificado enriquecimiento.—5. ¿Es esencial a la solidaridad el derecho de regreso?—6. La pretendida categoría autónoma de la obligación *in solidum*.—7. Sucinta idea del régimen de las obligaciones solidarias: clasificación de las excepciones oponibles por el deudor en la solidaridad pasiva y enumeración de las causas de extinción de las obligaciones solidarias.—8. La no presunción de solidaridad, sus excepciones y revisión moderna del principio en la doctrina y en la jurisprudencia: hacia un nuevo principio de presunción de la solidaridad en el Derecho de hoy.

INTRODUCCION

Las obligaciones solidarias son aquellas obligaciones pluripersonales en las que cada acreedor o cada deudor puede y debe, respectivamente, exigir o cumplir la totalidad de la prestación, sin perjuicio de un posible ajuste de cuentas ulterior entre los acreedores o deudores mediante el ejercicio de la llamada acción de regreso.

Este tipo de obligaciones, propio de los más antiguos ordenamientos jurídicos, vuelve en el Derecho de este tiempo a tener actualidad y vigencia cada vez más extendida en las leyes especiales de nuestro país, hasta el punto de hablarse de la crisis, o al menos de la limitación, del principio de no presunción de solidaridad y caminarse hacia un nuevo principio opuesto de presunción de la misma, consagrado ya en algunos Códigos extranjeros. De ahí la conveniencia de dedicar nuestra atención a este tema del Derecho vivo.

Desde hace muchos años (1953), en mis lecciones de cátedra, me viene preocupando el problema de la construcción jurídica de las obligaciones solidarias. A lo largo de estas notas tendremos ocasión de pasar revista a las principales doctrinas propugnadas al respecto.

Partiendo, estructuralmente, de la teoría de la pluralidad de obligaciones con unidad de prestación, ya que la teoría de la obligación única es trasunto de un viejo residuo histórico (la pretendida «obligación correal» responde efectivamente al régimen clásico de la solidaridad en el Derecho romano), desecharemos —entre otras— la doctrina de la mutua representación derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege* y la doctrina de la mutua fideiusión o afianzamiento, para intentar un nuevo ensayo de construcción, distinguiendo las relaciones externa e interna entre los acreedores o deudores a la luz del concepto de legitimación y de la doctrina del injustificado enriquecimiento, a partir de la teoría de la unidad o identidad de la prestación.

Trataremos de responder a la pregunta de si es esencial a la solidaridad el derecho de regreso, cuestión que, una vez resuelta negativamente, despejará el camino para rechazar la pretendida categoría de la obligación *in solidum*, que carece de propia autonomía.

Seguirá una sucinta exposición del régimen jurídico de las obligaciones solidarias, ceñido a la clasificación de las excepciones oponibles por el deudor en la solidaridad pasiva y a la enumeración de las causas de extinción de las obligaciones solidarias.

Por último, estudiaremos el significado y alcance del principio de no presunción de solidaridad recogido en los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, sus cada vez más numerosas excepciones —sobre todo en materia de solidaridad pasiva por su reconocida función de garantía— que, lejos de confirmar la regla de la mancomunidad, la van minando hasta ponerla en serio trance de revisión tanto por la moderna doctrina como por la más progresista jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Esperamos que al final de nuestro recorrido podamos contemplar el mecanismo de las obligaciones solidarias con más claridad y menos complejidades que con las que habitualmente suele verse por las doctrinas tradicionales de la representación o del afianzamiento, sin caer en construcciones todavía más alambicadas, como las de alternatividad subjetiva, unidad de *débito* con pluralidad de *responsabilidades* o titularidad fiduciaria, que no explican bien ni totalmente el fenómeno.

1. CONCEPTO Y CLASES DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

La pluralidad de sujetos en la obligación tiene dos formas principales: obligaciones mancomunadas simples o parciarias y obligaciones mancomunadas solidarias, prescindiendo de las llamadas obligaciones conjuntas o «en mano común» (*zur gesammten Hand*), que nuestro Derecho desconoce, pues si bien el art. 1.139 C.c. prevé la hipótesis de que varios deudores mancomunados tengan que ser demandados *colectivamente*, ello es consecuencia de la indivisibilidad de la prestación y no de la naturaleza del vínculo, como lo prueba el art. 1.150 C.c., según el cual cuando la prestación inicial es incumplida, se transforma («se resuelve», dice nuestro Código civil) en el deber de indemnizar dinerariamente daños y perjuicios, que ya es divisible *pro partes* y resulta por tanto prorrateable entre cada uno de los deudores.

En las obligaciones mancomunadas simples o parciarias la pluralidad subjetiva conduce a la fragmentación (*concurso partes fiunt*). Tanto el crédito como la deuda se descomponen o dividen en créditos o deudas totalmente independientes que recaen sobre una parte de la prestación (siempre —claro es— que ésta sea divisible por su naturaleza) o, como dice nuestro Código civil en el art. 1.138, «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». Realmente, existen entonces varios objetos correspondientes a los varios sujetos y varios vínculos obligatorios.

En las obligaciones solidarias, en cambio, la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores implica que cada uno de aquéllos tiene derecho a pedir o que cada uno de éstos debe prestar íntegramente lo que es objeto de la obligación (art. 1.137 *a sensu contrario*).

Nuestro análisis se va a concretar en las obligaciones solidarias, forma la más sugestiva de concurrencia de una pluralidad de sujetos, cuya caracterización general, como titularidad solidaria, es que un derecho subjetivo de crédito, o el deber de prestación correspondiente al mismo, pertenece por entero a cada uno de los sujetos activos o pasivos, sin que su contenido se multiplique o acumule, ya que tan sólo puede ser realizado una vez (Hernández-Gil *senior*).

Según el autor que acabo de citar, a la vista de los arts. 1.137 *a contrario*, 1.141, 1.142, 1.144 y 1.145 C.c., la esencia de la obligaciones solidarias estriba en que, partiendo del supuesto de la concurrencia de una pluralidad de sujetos, cada uno de los varios acreedores puede exigir del deudor común o de cada uno de los varios deudores la totalidad de la prestación; y, a su vez, cada uno de los diversos deudores están obligados a la totalidad de la prestación con respecto al acreedor común o a cada uno de los varios acreedores; pero de suerte que la prestación únicamente tiene que realizarse una vez. En la relación externa, que es

la que media entre los acreedores o deudores solidarios y el deudor o acreedor común, en principio, es como si no hubiera división de créditos o deudas, porque se debe el todo o se es acreedor del todo. Mas en la relación interna, que es la que une a los distintos acreedores o deudores entre sí, cada uno —salvo pacto contrario (vid. *infra*, 5)— figura sólo como acreedor o deudor de una parte, según se deduce de los arts. 1.143, párrafo 2º, y 1.145, párrafo 2º, C.c.

Tres clases de solidaridad en las obligaciones son posibles: 1. cuando la pluralidad se da del lado de los acreedores, tenemos la solidaridad activa o los créditos solidarios; 2. cuando la solidaridad se manifiesta del lado de los deudores, tenemos la solidaridad pasiva o deudas solidarias; y 3. puede que concurren ambas pluralidades, hablándose entonces de solidaridad mixta, que es una combinación de las dos primeras.

2. ESTRUCTURA DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

En punto a la estructura de la obligación solidaria, la teoría llamada de una unidad de obligación sostiene que aquélla es *única*. Según esta doctrina (defendida, entre otros, por Zacharie, Crome, Ascoli y Gangi) la pluralidad de sujetos no implica necesariamente pluralidad de obligaciones, sino, a lo sumo, pluralidad de relaciones subjetivas dentro de la unidad, pues nada se opone a que un sólo vínculo ligue entre sí a varias personas. La unidad del objeto (prestación) determinaría la unidad de obligación.

Estas razones técnicas explicarían la propagación de los efectos al grupo en la solidaridad (cfr. arts. 1.141, párrafo 2º, 1.252, párrafo 3º, y 1.974 C.c.): el pago hecho por un deudor, *ad exemplum*, extiende sus efectos a los demás deudores solidarios, es decir, los libera al extinguirse la deuda. El pago hecho a un acreedor propaga igualmente sus efectos al grupo de los acreedores solidarios, extinguiendo el crédito. Lo mismo cabe decir con respecto a los restantes hechos distintos del pago, a los que la ley reconoce virtualidad extintiva (cfr. arts. 1.156, 1.143, párrafo 1º y 1.145, párrafo 1º, C.c.). La interrupción de la prescripción de acciones aprovecha y perjudica por igual a todos los acreedores y deudores solidarios.

En apoyo de esta tesis se invocan los textos de las fuentes romanas donde se habla de *una obligatio*, *eadem obligatio* o expresiones similares (Inst., 3, 17; D. 45, 2, 6, 3; D. 45, 2, 13; D. 45, 2, 19; D. 46, 4, 16).

De cara a nuestro Derecho se podría aducir el art. 1.137 C.c. que igualmente habla de «una sóla obligación» y de obligación solidaria en singular. Expresiones parecidas, «la deuda» o «la obligación», se encuentran en los arts. 1.142 a 1.148 C.c. Por el contrario, el art. 1.138,

con referencia a las obligaciones mancomunadas simples, habla de «obligaciones», «créditos» y «deudas», en plural.

Claro es que estos argumentos de texto o literales no prueban gran cosa, dada la conocida falta de rigor técnico de nuestro Código civil.

Desde el punto de vista histórico, la teoría de la unidad de la obligación está ligada a la existencia de la pretendida categoría de las llamadas «obligaciones correales», que vendrían a ser una subespecie o subtipo de las obligaciones solidarias, caracterizadas por la unidad del vínculo obligatorio, no obstante la concurrencia de varios sujetos.

El origen y los fundamentos de la pretendida categoría son que en el Digesto aparecen dos series de textos entre sí contradictorios: en D. 11, 1, 8; D. 11, 1, 20; D. 14, 1, 1, 24; D. 21, 2, 51, 4; D. 44, 2, 21, 4; D. 45, 1, 116; D. 45, 2, 2; D. 45, 2, 16; D. 46, 2, 31, 1, se regulan supuestos de relaciones obligatorias solidarias, atribuyéndose a la *litis contestatio* efectos extintivos objetivos, con eficacia por tanto respecto de todos los acreedores o deudores, de manera que ésta tendría eficacia consuntiva también con relación a los que no fueron parte en el pleito. Por el contrario, en D. 9, 3, 4; D. 13, 6, 5, 15; D. 16, 3, 1, 43; D. 26, 7, 18, 1; D. 26, 7, 18, 42; D. 27, 3, 15, etc., donde asimismo se regulan supuestos de relaciones obligatorias solidarias, se advierte que sólo el pago efectivo produce efectos extintivos objetivos y no la *litis contestatio*.

Si un mismo acto (la *litis contestatio*) produce diversos efectos con respecto a relaciones jurídicas parecidas, es que hay algo desigual en el seno de las mismas. Y en busca de tal desigualdad o diferencia se llega a la conclusión de que las obligaciones solidarias admiten dos configuraciones o subtipos: 1. La obligación puede concebirse como una y única: la unidad sustancial no se rompe por la concurrencia de varios acreedores o deudores; uno es el vínculo que liga a todos, una y la misma prestación debida, el objeto. Y si es una la obligación, de ahí, por consiguiente, la eficacia extintiva reconocida a *litis contestatio*, ya que siendo la obligación única, no podría deducirse en juicio sin consumirla también para los demás. Tales serían las «obligaciones correales», contempladas en el primer grupo de textos antes citados. 2. Pero cabe asimismo concebir que la pluralidad de sujetos no se integre dentro de la unidad sustancial de la obligación, sino que haya una pluralidad de obligaciones; tantos créditos y débitos distintos cuantos sean los acreedores o los deudores, si bien enlazados o conexiónados entre sí. Tal sucede cuando falta la unidad y la identidad del objeto o prestación. Pues bien: de ahí —de esa pluralidad de obligaciones— que, en general, carezcan de eficacia objetiva los actos que se verifiquen en la persona de un acreedor o de un deudor, y que sólo la tenga el cumplimiento o pago y los actos equiparados al mismo por su efecto extintivo; y de ahí, en concreto, que la deducción en juicio de la obligación de uno de los sujetos

no consuma las obligaciones de los demás, según resulta de la segunda serie de textos.

Tal es, a grandes rasgos —insuperablemente resumidos por Hernández Gil *senior*, a quien hemos seguido muy de cerca— la teoría de la distinción entre correalidad y simple solidaridad (formulada por Keller, Ribbentrop, Savigny y Winscheid, entre otros).

Pero ¿debe aceptarse hoy esa distinción? Desde el punto de vista del Derecho positivo español, no: baste invocar el segundo párrafo del art. 1.144 C.c., a cuyo tenor las reclamaciones entabladas contra uno de los deudores solidarios no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. No hay, por tanto, el efecto consuntivo denotador de la unidad del vínculo obligacional, ya se sitúe dicho efecto en la contestación a la demanda (*litis contestatio*) o ya en la demanda y emplazamiento para contestarla (momento de la constitución de la relación jurídica procesal, según la doctrina hoy comúnmente seguida).

En el plano histórico tampoco parece aceptable la distinción entre obligaciones correales y simplemente solidarias tras las investigaciones de Ascoli y Eisele, a las que —entre otros— se adhiere Binder, demostrativas de que lo que hay es una contraposición entre el régimen de Derecho clásico y el del Derecho justineano. En el Derecho romano clásico, la *litis contestatio* producía siempre efectos extintivos plenos en las relaciones solidarias. Justiniano (en C. 8, 40, 28) hacer abolir los efectos extintivos de la *litis contestatio*. Por consiguiente, los textos en que se exige el pago o equivalente del mismo para que se den los efectos extintivos están interpolados, como expresivos de la concepción justiniana. El que no todos los textos aparezcan interpolados probablemente obedece a omisiones de los compiladores. Mas lo verdaderamente importante es que correalidad y simple solidaridad no son categorías distintas, sino el régimen clásico y el justiniano de una sola institución: la solidaridad.

Aparte de su quiebra en el orden histórico (las interpolaciones descubiertas por Eisele y Ascoli echaron por tierra la artificiosa tesis que distingue obligaciones correales y obligaciones meramente solidarias), tampoco en el orden dogmático o técnico-constructivo es aceptable dicha doctrina. Como agudamente observa Hernández-Gil *senior*, «por mucho que se fuerce la dialéctica es imposible hacer perceptible la diferencia que puede haber entre unidad o identidad del objeto e igualdad, para derivar, respectivamente, de tales conceptos la correalidad y la simple solidaridad. Resulta absolutamente insuperable concebir un *quid medium* entre unidad y multiplicidad. Lo que no es singular, uno, es plural, vario, múltiple. El Derecho tiene que ceñirse aquí a estos axiomas gramaticales y matemáticos». Y una consideración finalista y práctica —continúa argumentando el mismo autor— también nos aparta de la pretendida distinción, puesto que en este caso nada se opone a que la

igualdad económica de las dos supuestas figuras (correalidad y simple solidaridad) sea subrayada por una igualdad en cuanto a la estructura jurídica.

Desechada la teoría de la unidad de obligación, hemos pues de acoger la teoría de la pluralidad de obligaciones, defendida, entre nosotros por Hernández-Gil *senior*. Es hoy ésta la *communis opinio doctorum*.

En apoyo de la misma se pueden aducir los textos de las fuentes romanas en que se habla de *plures obligationes, utraque obligatio*, etc. (Inst. 3, 17, 1; D. 45, 2, 3; D. 45, 2, 7; D. 45, 2, 9, 2; D. 45, 2, 13; D. 46, 1, 5; D. 46, 2, 3, 1; D. 46, 3, 93).

Sus argumentos básicos son estos: la concurrencia de varios acreedores o deudores provoca la existencia de otras tantas obligaciones, si bien conexas por la unidad o comunidad de fin o interés económico, por la unidad del objeto (prestación) y de la causa, en el sentido técnico-jurídico propio de causa de la obligación.

En efecto, hay en las obligaciones solidarias un fin común que adquiere su expresión jurídica en la identidad de la causa obligatoria. Cuando falta esta unidad de fin, expresada por una misma causa, habrá otra clase de obligaciones, distinta de las obligaciones solidarias (las llamadas «obligaciones cumulativas»).

En cuanto al objeto (prestación), es desde luego único. Si todos deben o pueden pretender el todo —cualidad esencial a la solidaridad— todos deben o pretenden lo mismo. El art. 1.137 C.c., entendido *a sensu contrario*, cual si fuera el cliché en negativo de la obligación solidaria, configura a ésta como el derecho a exigir o el deber de prestar «íntegramente las cosas objeto de la misma». La prestación es sólo una, aunque venga atribuida a varios sujetos. Realizada la prestación, la relación obligatoria solidaria, en su aspecto externo, se extingue (art. 1.145 C.c.). No hay, por tanto, mera unidad o comunidad de fin o intereses, aunque también exista. Hay, además, una unidad del objeto o prestación, concebida como conducta debida, que se dirige a dar, hacer o no hacer algo (cfr. art. 1.088 C.c.).

Contra la unidad del objeto no atenta el que en las relaciones internas los acreedores o deudores lo sean de cuotas determinadas y, en la duda, de cuotas en principio iguales (arg. *ex* art. 1.138 C.c.).

No es rigurosamente preciso que la relación obligatoria solidaria tenga la misma causa de nacimiento o reconozca como fuente el mismo acto (contrato o acto jurídico en sentido estricto), con tal que los diversos actos tengan la misma naturaleza o, al menos, sean compatibles entre sí.

En la relación obligatoria de carácter solidario existe una pluralidad de vínculos que integran varias obligaciones, tantas cuantos sean los sujetos que en concepto de acreedores o deudores solidarios figuren obligados. Esa pluralidad de vínculos obligacionales tiene por

base la división interna de la deuda o el crédito en deudas o créditos parciales, división que si por lo general se mantiene en el seno de la relación interna, a veces aflora a la superficie y se muestra en la relación externa, como ocurre en el supuesto contemplado por el segundo párrafo del art. 1.148: de las excepciones que personalmente correspondan a los demás deudores sólo podrá servirse el deudor solidario en la parte de la deuda de que aquéllos fueren responsables. De este precepto resulta que la división interna de la deuda, normalmente mantenida siempre dentro de ese plano, es proyectada hacia el exterior, con la inevitable consecuencia de tener que considerar las obligaciones de cada uno de los deudores solidarios como distintas unas de otras.

Dentro de este orden de ideas, también ha de considerarse la posibilidad de que, en virtud de una remisión parcial, un deudor se libere de su parte en tanto los demás permanezcan obligados. A tenor del art. 1.146, «la quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libera a éste de su responsabilidad para con los codeudores en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos», de manera que cuando en el momento de ser hecha la remisión parcial la deuda no haya sido satisfecha por otro, aquella tiene en parte efectos liberatorios para uno de los obligados. Nueva confirmación de que en la solidaridad existe una pluralidad de obligaciones.

Por último, hay otra razón determinante de la necesidad de concebir como diferenciadas las obligaciones de los diversos sujetos obligados solidariamente: el art. 1.140, según el cual «la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones». Luego cada obligación podrá tener sus propias determinaciones accidentales (condiciones, plazos, modos, distintos lugares de prestación, etc.) o límites (cfr. art. 1.084, párrafo 1°).

En consecuencia, con Hernández-Gil *senior*, nos inclinamos resueltamente por la teoría de la pluralidad de obligaciones. El baluarte histórico más firme que sirvió de sustento a la teoría unitaria o de la unidad de obligación, especialmente vinculada a la pretendida categoría romana de la correalidad, consistente en los efectos consuntivos de la *litis contestatio*, quiebra en el Código civil, desde el momento que el acreedor puede dirigirse, indistintamente, contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, conforme a lo establecido en el art. 1.144; pero, a tenor del propio precepto, «las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo».

3. NATURALEZA JURIDICA DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Como pretendidas explicaciones de la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias se han formulado muy diversas doctrinas: la que aplica a la solidaridad el concepto de representación derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege*, la de la mutua fideiusión o afianzamiento, la de la alternatividad subjetiva, la de la unidad de «débito» con pluralidad de «responsabilidades», la de la titularidad fiduciaria y la de la unidad o identidad de la prestación, principalmente.

a) Doctrina de la representación, derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege*

Según esta teoría (formulada primero por Renusson y desarrollada después por Toullier, Durantou, Aubry y Rau, Lomonaco, Piola, Venzi, Sánchez Román, Valverde, De Diego, etc.), sólo se consigue explicar bien el conjunto de los efectos de la solidaridad admitiendo la existencia de un mandato tácito recíproco entre acreedores o deudores solidarios, gracias al cual se representarían los unos a los otros entre sí.

En nuestra jurisprudencia hay claros ecos de esta doctrina. Así, según la sentencia de 2 de octubre 1907, «dadas las consecuencias legales que produce toda solidaridad, es manifiesto que el apelante (que era el deudor) pudo asumir la representación de los demás coherederos sin necesidad de poder (expreso) de los mismos». Y todavía, con mayor amplitud, la sentencia de 13 marzo 1943 declara que «constituye principio generalmente admitido en la doctrina científica el que, por virtud de la existencia de la solidaridad activa, se produce un mandato recíproco de exacción del crédito íntegro entre los acreedores, y, de análoga manera, en la solidaridad pasiva se da, también con carácter recíproco, un mandato de pago de la totalidad de la deuda entre los deudores; doctrina la indicada que refleja nuestro Código civil, el cual —aparte las normas relativas a la solidaridad activa, no atinentes al caso del presente litigio— ordena, en su art. 1.137, que cada deudor solidario viene obligado a cumplir íntegramente la prestación; establece en el artículo 1.141, párrafo 2º, que la acción ejercida contra uno de los deudores solidarios perjudica a los demás, y consigna en el 1.148 que, frente a las pretensiones del acreedor, puede el deudor solidario utilizar todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales; de las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables». En igual sentido se pronunció la resolución de la Dirección General de Registros de 18 enero 1945.

La doctrina de la representación derivada de un mandato tácito recíproco sólo explicaría la solidaridad voluntaria pero no la legal (cfr. arts. 145, párrafo 2º, 229, 237, párrafo 1º, 1.084, 1.731, 1.748 y 1.890 C.c., art. 135, párrafo 3º, del Reglamento de expropiación forzosa, arts. 126, párrafo 3º, 127, 148, párrafo 1º y 151 reformado C. de com., arts. 15, 18, 30-32, 46, 74-3º, 133-2º, 211, 232, 259 y 262-5º del texto refundido de la ley de sociedades anónimas y art. 11 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada, art. 107 C. penal, art. 65, párrafo 2º, de la Ley de Prensa e imprenta, art. 49, párrafo 2º, de la Ley de propiedad intelectual, art. 48, párrafo 3º de la ley de hipoteca mobiliaria, art. 20 del D. L. de 22 de noviembre 1917, arts. 42-44 del Estatuto de los trabajadores, art. 97 de la Ley general de la seguridad social, art. 27, párrafo 2º, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, etc.), donde no tiene sentido hablar de un mandato basado en la voluntad tácita o *per facta concludentia*. Pero es que, además, constituye un recurso poco recomendable el intentar explicar una institución jurídica (obligación solidaria) por vía de remisión a otra (mandato representativo) o por el mecanismo de una ficción (representación legal), si se pretende salvar así el escollo de la solidaridad *ex lege*. El mandato representativo o el apoderamiento legal resultan aquí figuras extrañas que cuadran poco con el régimen de la solidaridad, pese a que todo sucede *como si* en verdad existiese tal representación, voluntaria o legal. Obsérvese que en nuestro Derecho el deudor solidario puede servirse de las excepciones que personalmente correspondan a los demás deudores en la parte de deuda que éstos fueren responsables (art. 1.148, *in fine*), cual si ostentara la representación personal de los mismos.

Nos parece, sin embargo, que existe un argumento decisivo para rechazar la doctrina de la representación: el hecho de que en la solidaridad falte en absoluto la actuación *nomine alieno* (*contemplatio domini*) por parte del acreedor que cobra o del deudor que paga el *totum* objeto de la obligación. Su actuación es siempre *nomine proprio*, ejercitando una facultad o posibilidad que les corresponde legalmente (arts. 1.141, 1.142 y 1.143, párrafo 2º, C.c.).

Creemos que la propagación o extensión de los efectos de la solidaridad se puede explicar por otros derroteros menos artificiosos que los propuestos por la doctrina en examen.

b) Doctrina de la mutua fideiusión o afianzamiento

Pablo de Castro avanzó ya la idea de que la esencia de la solidaridad se cifra en la existencia de una mutua fideiusión. En nuestro tiempo, Sraffa y Bonfante llegaron a idéntica conclusión, afirmando

que en las obligaciones solidarias todo sujeto es deudor directo de la propia parte y fiador de la parte de los demás: el todo lo debe cada uno en dos conceptos distintos, como *debitor* y como *fideiussor*. Entre nosotros, Puig Ferriol trata de identificar la solidaridad pasiva con la fianza.

Sin desconocer la función de garantía que desempeñan tanto la solidaridad pasiva como la fianza (por todos, vid. Caffarena), entre una y otra existen, no obstante, importantes diferencias: 1. la fianza tiene un carácter accesorio, ya que la obligación del fiador se subordina, en cuanto a sus orígenes y existencia, a la deuda principal, según resulta del art. 1.824 C.c., mientras que en la solidaridad la nota de la accesoriidad no se da; 2. la fianza tiene, además, carácter en principio subsidiario (arts. 1.822, párrafo 2º, y 1.830) y la solidaridad no, y si bien cabe una fianza solidaria, en la que el beneficio de excusión no tiene lugar (arts. 1822, párrafo 2º, y 1.831, nº. 2), aun entonces no existe una equiparación absoluta entre deudor solidario y fiador que se obliga solidariamente con el deudor, porque: a'. entre uno y otro siempre habrá la diferencia de que, al paso que el primero sólo podrá exigir de sus codeudores la parte de la deuda que corresponda a cada uno de ellos (art. 1.145, párrafo 2º), el fiador solidario o el avalista cambiario que hayan pagado podrán reclamar la cantidad total de la deuda (arts. 1.838, nº. 1 C.c. y 37, párrafo 2º, y 133, párrafo 2º, de la Ley cambiaria y del cheque); b'. además, «los fiadores, *aunque sean solidarios*, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo» (art. 1.852 C.c.); c'. por último, mientras que el fiador solidario o el avalista cambiario no pueden oponer al acreedor las excepciones que sean puramente personales del deudor (arts. 1.853, *in fine*, C.c. y 37, párrafo 1º, y 133, párrafo 1º, de la Ley cambiaria y del cheque), el deudor solidario sí puede servirse de las que personalmente correspondan a los demás deudores en la parte de deuda de que éstos fueren responsables (art. 1.148, *in fine*, C.c.).

A la vista de todo lo anterior, hay que concluir, con Hernández-Gil *senior*, que subsisten importantes diferencias entre la solidaridad y la fianza, incluso cuando se trata de fianza solidaria, por lo que no es dable explicar la una en función de la otra. La remisión que el párrafo segundo del art. 1.822 hace a los arts. 1.137 a 1.148, cuya observancia invoca si el fiador se obligase solidariamente con el deudor principal, no debe entenderse en el sentido de que dejen entonces de tener aplicación las reglas relativas a la fianza contenidas en los arts. 1.838, 1.852 y 1.853 (cfr. sentencia del T.S. de 21 abril 1931).

Finalmente, la doctrina en examen intenta explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad pasiva recurriendo a otra figura muy distinta (la cofianza), lo cual es ya harto criticable; mas en modo alguno da explicación de la solidaridad activa, ciertamente menos importante pero ad-

mitida y regulada en el Código civil. ¿Acaso se pretenderá decir que cada acreedor sea con respecto a los demás acreedores un simple *adiectus solutionis causa*? Evidentemente que no: el régimen legal rotundamente lo desmiente.

c) Doctrina de la alternatividad subjetiva

Esta teoría trata de equiparar las obligaciones solidarias a las alternativas. Fitting, Arnds, Serafini, Demolombe, etc. parten de la existencia de un derecho de elección subjetivo en las obligaciones solidarias, que permite efectuar el pago a cualquiera de los acreedores, o bien permite al acreedor reclamarlo de cualquiera de los deudores, en una situación paralela sustancialmente idéntica a la que se produce en las obligaciones alternativas: así también en las obligaciones solidarias una prestación es debida al uno o al otro de los acreedores, o bien por el uno o por el otro de los deudores. La relación obligatoria solidaria se caracteriza por presentar una primera fase en que los sujetos activos o pasivos están *prima facie* indeterminados; sólo por la elección cesaría ese estado de relativa indeterminación y se determinaría concretamente la persona del acreedor o del deudor, la cual devendría el único sujeto de la relación obligacional solidaria, activa o pasiva. De ahí el concepto y la denominación de «obligaciones subjetivamente alternativas» que por esta doctrina se da a las obligaciones solidarias.

Esa simetría o paralelismo entre la hipótesis de pluralidad de objetos y de sujetos carece de consistencia, porque en las obligaciones solidarias no sólo es deudor aquel contra el cual se dirige el acreedor, ni acreedor aquél al que, de entre varios, el deudor satisface la deuda; con el ejercicio de la acción o con el pago no se determina quién debe o quién tiene el derecho de exigir, sino simplemente quién *paga* o quién *cobra*. Diversamente a lo que ocurre en las obligaciones alternativas, en las obligaciones solidarias lo único decisivo no es la facultad de elegir (expresamente o por el acto concluyente del pago), sino la efectiva realización de la prestación debida, como lo prueba que el acreedor puede dirigirse contra todos los deudores solidarios *simultáneamente* (art. 1.144), cosa que se contradice también con la necesidad inherente a las obligaciones alternativas de que la elección (y, en su caso, la ejecución) verse por entero sobre una de las prestaciones debidas (indivisibilidad del derecho de elección *ex art.* 1.131) (Hernández-Gil *senior*).

Así, pues, se debe negar que las obligaciones solidarias sean, en sí mismas, obligaciones subjetivamente alternativas.

d) Doctrina de la unidad de «débito» con pluralidad de «responsabilidades»

Se trata de una aplicación más de las que se han tratado de dar a la conocida teoría de la distinción entre «débito» (*debitum*, *Schuld*) y «responsabilidad» (*obligatio*, *Haftung*).

Kulenech afirma que en las obligaciones solidarias hay unidad de débito y pluralidad de responsabilidades. Y Pacchioni utiliza aquella teoría cuando dice que constituye el fundamento y el fin de la solidaridad pasiva asegurar la responsabilidad de una determinada deuda poniendo a disposición del acreedor todos los bienes de varias personas, independientemente de ser o no deudores. A su juicio, la solidaridad pasiva se resuelve en un reforzamiento de la responsabilidad por una deuda determinada. Los llamados deudores solidarios pueden ser también no deudores, pero son siempre responsables de una deuda de otro; mas aún en tal caso, si bien no son deudores, figuran ante el acreedor común *como si lo fueran*, en el sentido de que los acreedores pueden considerarlos como tales, exigiendo de ellos la totalidad de la prestación debida.

En contra de esta doctrina (asumida en su esquema operativo fundamental por Lacruz) cabe decir, en primer lugar, que su punto de partida es inaceptable: débito y responsabilidad no son hoy dos elementos distintos y autónomos que puedan jugar por separado uno de otro, sino dos momentos diferentes (deber de prestación, art. 1.088; realización del mismo, art. 1.911) de un único concepto: el de la obligación, que tiene naturaleza unitaria y no dual o compleja.

En segundo lugar, la doctrina de Pacchioni en concreto, referida fundamentalmente a la solidaridad pasiva, es inadmisibles: como observa Hernández-Gil *senior*, la distinción entre no ser deudor, pero venir considerado *como tal*, es una sutileza poco firme, pues cada uno de los obligados solidariamente no sólo *responde*, sino que también *debe*.

e) Doctrina de la titularidad fiduciaria

Es una de las doctrinas más sofisticadas que últimamente se han expuesto acerca de la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias.

Según Ballarín, la titularidad solidaria sería de naturaleza fiduciaria: cada acreedor (o deudor) puede comportarse como si fuera único, lo que no tiene nada que ver con la representación. «La solidaridad activa —escribe Ballarín— no es negocio idéntico al mandato, ni a la sociedad, por más que esté relacionado con ellos, en cuanto la confianza común es el denominador del que deriva, en todas la hipótesis, la posibilidad de que un sujeto gestione el interés ajeno». La confianza —continúa afirmando— juega un papel muy distinto tratándose de

la solidaridad activa: actúa del mismo modo que la doctrina ha señalado como el característico del negocio fiduciario, o sea provocando un desplazamiento patrimonial, perfecto frente a terceros, limitado *inter partes*.

Para Ballarín la solidaridad, tal como la regula el Código civil español, es un caso de negocio fiduciario, el único legalmente sancionado. A su juicio, todos los requisitos que se vienen exigiendo al llamado negocio jurídico fiduciario los encontraríamos en la solidaridad activa. Habría, en efecto, una doble consideración en ésta: la de los terceros, frente a los cuales se crea una legitimación plena (cada acreedor puede actuar como si fuera acreedor único); y la *inter partes*, donde el acreedor actuante debe rendir cuentas (art. 1.143, párrafo 2º) y responderá *inter creditores* por su dolo o culpa (arg. ex arts. 1.141, párrafo 1º y 1.143).

Es posible que la confianza quiebre y cualquiera de los acreedores realice actos perjudiciales con abuso de confianza. De ahí el riesgo y la peligrosidad que la solidaridad activa lleva consigo, como ocurre en el negocio fiduciario, dada la desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido con el mismo.

En suma, según Ballarín, en la solidaridad el fin común perseguido (cobrar el crédito con más facilidad o satisfacer la deuda con más comodidad) determina una posibilidad de actuación fiduciaria frente a terceros, una legitimación para obrar en nombre propio, pero en interés de todos los acreedores o de todos los deudores; esto en la relación externa, mientras que en la interna se debe responder frente a los demás cotitulares (activos o pasivos) de la relación jurídica obligacional.

La doctrina ahora en análisis, aunque es ciertamente brillante, no resiste la más leve crítica.

Si se siguiera la «doctrina del doble efecto» para el negocio fiduciario —integrado por un negocio real positivo de transmisión de un derecho o cosa y por otro negocio obligatorio negativo de comportarse con arreglo al fin limitado de gestión o garantía propuesto (*pactum fiduciae*); o por un solo negocio informado por la *causa fiduciae* (atípica), determinante tanto de los efectos reales o transmisivos, como de los meramente obligacionales— resulta que en la relación jurídica solidaria faltaría el desplazamiento patrimonial típico de la fiducia: ni los acreedores solidarios se transfieren entre sí los créditos ni los deudores solidarios las deudas; cada uno de ellos está simplemente legitimado *ad extra* para actuar *nomine proprio* y en interés ajeno, pero sin previa transferencia de la titularidad plural (activa o pasiva) de la obligación.

Si se siguiera la doctrina, hoy prevalente desde la crítica del Prof. Castro, de que la titularidad fiduciaria es en definitiva una especie de titularidad aparente, puramente externa y formal, que envuelve un mandato o una garantía real, llegaríamos a la conclusión de que la relación

jurídica solidaria nada tiene que ver ni con la *fiducia cum amico contracta* (mandato encubierto) ni con la *fiducia cum credito contracta* (una especie de prenda o hipoteca oculta, a la romana), aunque la solidaridad pasiva desempeñe una cierta función de garantía y la solidaridad activa suponga una peculiar forma de gestión de intereses ajenos en nombre propio, pero sin constituir en el primer caso una de las formas de garantía real ni el segundo un mandato.

Decir, en fin, que la solidaridad es el único ejemplo de negocio fiduciario legalmente sancionado en el Derecho español nos parece sumamente atrevido, habiendo como hay claros casos de fiducia legal (p. ej., arts. 2-3º y 45 L.H. y 172, párrafo 1º, y 353-2 R.H.); mas no precisamente éste.

f) Doctrina de la unidad o identidad de la prestación

Un importante grupo de autores (por todos, Hernández-Gil *senior*, Gómes da Silva, Soto Nieto) entienden que no es preciso definir un concepto por otro para explicar la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias.

A juicio de Hernández-Gil *senior*, antes de acudir a otra institución jurídica para aclarar la *ratio iuris* de la solidaridad, es necesario hacerlo a base de elementos que entran en juego en ésta. Si característica típica de la solidaridad es que cada uno de los obligados venga considerando como obligado al todo, para justificar esto no hay necesidad de pensar en nada más. Esa obligación respecto del todo, cifrada en la *unidad de prestación*, tiene por sí suficiente virtualidad jurídica y fuerza cohesiva para explicar los efectos de la solidaridad.

Según Gómes da Silva, la unidad de la prestación tiene dos aspectos: *objetivamente*, en las obligaciones solidarias hay una sola prestación que es objeto de los créditos y de las deudas solidarias; *subjectivamente*, cada acreedor tiene derecho personal a toda aquella prestación, y cada deudor la debe por entero.

En síntesis, derechos de crédito y deudas solidarias son los que tienen el mismo objeto, una sola prestación.

Por eso —a juicio de Gómes da Silva— es preferible adoptar la expresión *identidad de la prestación*. Las obligaciones solidarias serían las obligaciones que, aunque distintas, tienen el mismo objeto, de donde resulta que se tornan interdependientes, manteniéndose sus sujetos en idénticas posiciones jurídicas, salvo posibles excepciones (cfr. art. 1.140 C.c. español).

Concluye Gómes da Silva afirmando que la solidaridad no es un vínculo jurídico al que le falte autonomía, un vínculo jurídico que se reduzca a otra institución, como la representación, fianza, etc. Por el con-

trario, la solidaridad difiere esencialmente de cualquier otra figura, siendo por consiguiente una institución conceptualmente autónoma.

También para Soto Nieto la unidad o identidad de prestación tiene suficiente fuerza aglutinante y explicativa de la situación personal de los obligados solidariamente.

Nos parece, en principio, aceptable esta doctrina. Pero cabe hacer una serie de puntualizaciones o matizaciones a la misma, que nos ayudarán a comprender mejor y más cabalmente la figura jurídica en cuestión.

4. CONSTRUCCION ADOPTADA

En las obligaciones solidarias hay que distinguir las relaciones externa e interna.

En la primera (relación externa) el mecanismo de la solidaridad se puede explicar perfectamente a la luz de la *legitimación*.

Como es sabido, la *legitimación* consiste en la posición del sujeto respecto al objeto, que se requiere para practicar con perfección o plena eficacia determinado acto a éste atinente. Según Ladaria, consiste en el reconocimiento hecho por la norma de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto determinado, bien sea en la esfera jurídica propia (legitimación directa) o bien en la esfera jurídica ajena (legitimación indirecta y legitimación excepcional o extraordinaria).

Pues bien, en la solidaridad activa, cada acreedor está excepcionalmente legitimado o facultado para cobrar en su propio nombre la deuda por entero y para realizar los demás actos al pago equiparados por lo que mira a su efecto extintivo (arts. 1.141 y 1.143, párrafo 1º), en aras de la mayor facilidad y agilidad del derecho de crédito, simplificación que redundará en beneficio de la seguridad, una de las exigencias fundamentales del Derecho, junto a la justicia; por su parte, en la solidaridad pasiva, cada deudor, además de obligado, está excepcionalmente legitimado o facultado para pagar en su propio nombre la deuda por entero (art. 1.145, párrafo 1º), también en aras de la sencillez y comodidad de las relaciones inter-subjetivas y en beneficio de la *securitas*, pese a que créditos y deudas, respectivamente, están en principio internamente divididos.

En la relación interna comoquiera que de ordinario hay en realidad una pluralidad de obligaciones, se torna necesario un ajuste de cuentas: el acreedor que cobre totalmente o ejecute cualquiera de los actos equiparados al cobro del crédito por su efecto extintivo (novación propia, compensación, confusión o remisión) responderá a los demás acreedores solidarios de la parte que realmente les corresponde en la obligación (art. 1.143, párrafo 2º); el deudor que pague la deuda por completo pue-

de reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo (art. 1.145, párrafo 2º), sin perjuicio de una posible subrogación parcial al amparo del art. 1.210-3º, por algunos autores discutida (como es el caso de Hernández-Gil *senior*), pero admitida expresamente por el B.G.B. (párrafo 426-2º) y por el C.c. peruano de 1984 (art. 1.260-1º) entre otros cuerpos legales extranjeros.

El llamado derecho de regreso o «pretensión de nivelación patrimonial» entre acreedores o deudores se funda en el injustificado enriquecimiento que se podría producir de no realizarse el referido ajuste de cuentas. Es un resultado que viene impuesto por la justicia conmutativa: *suum quique tribuere*, hay que dar a cada uno lo suyo.

He aquí como *seguridad* y *justicia*, los dos polos fundamentales a que el Derecho tiende, se combinan en la dinámica de las obligaciones solidarias, superponiéndose como mecanismo de cobertura una legitimación meramente externa sobre la pluralidad obligacional de ordinario subyacente, y tratándose de corregir después internamente los resultados injustos a que ello en definitiva conduciría a través de una pretensión de enriquecimiento injusto (acción o derecho de regreso entre coacreedores o codeudores), mediante la cual el que pagó debe ser reembolsado por los demás hasta donde alcance su parte, y aquel a quien se hizo el pago debe reembolsar en la misma medida a los demás que concurren con él en la relación obligacional solidaria.

Mas a veces la relación interna sale a la superficie proyectándose al exterior, como ocurre cuando un deudor solidario hace uso de las excepciones personales de los demás codeudores en la parte de que éstos fueren responsables (art. 1.148 *in fine*), y tal puede ser la quita o remisión (parcial) hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, naturalmente antes de ser pagada *in toto* la deuda por cualquiera de ellos; después, no liberaría al deudor remitido de su responsabilidad para con el codeudor o los codeudores que hubieren pagado íntegramente la deuda (cfr. art. 1.146).

5. LA SOLIDARIDAD Y EL DERECHO DE REGRESO

Hemos de preguntarnos ahora si es esencial a la solidaridad el derecho de regreso.

La doctrina corriente es que ese derecho es connatural a las obligaciones solidarias, sobre todo partiendo de la teoría —ya rechazada— de la mutua representación, derivada de un mandato tácito recíproco o *ex lege*.

Sin embargo, el carácter dispositivo o supletorio de la normativa del Código civil en este punto es sostenido por algunos autores, como Gó-

mes da Silva y Soto Nieto, partiendo de la teoría de la identidad o unidad de la prestación.

Según el primero, el derecho de regreso no es esencial a la solidaridad, sino que está establecido *supletoriamente*, por ser más equitativo que, teniendo de ordinario todos igual derecho o debiendo todos igualmente, el beneficio o la carga se reparta entre todos también.

Para el segundo, se trata de una *presunción legal*, y, frente a ella y desplazándola, prevalecerá la razón jurídica determinante del compromiso asumido por cada uno de los codeudores o, en su caso, coacreedores. Habrá que atender, por tanto, a las plurales relaciones jurídicas que les vincularon en el seno del compromiso solidario. Puede así, incluso, eliminarse el derecho de nivelación al haber efectuado el pago aquél que, en definitiva, estaba llamado a atenderlo (por ejemplo, la entidad aseguradora del responsable civil, quien asume el deber de prestación en su totalidad, según los arts. 73 y 76 de la Ley de Contrato de seguro). Puede, por el contrario, ofrecerse una acción de regreso por la totalidad del pago efectuado, sin minoración alguna, cuando la deuda es atendida por alguien que, a la postre, estaba absolutamente liberado de ello (por ejemplo, el responsable civil oportunamente asegurado, como resulta de los preceptos acabados de citar).

A nuestro juicio, el Código civil parte del *id quod plerunque accidit*: que existe un interés común, y por tanto establece en principio la división del beneficio o de la carga de la obligación entre los diversos acreedores o deudores solidarios (arts. 1.143, párrafo 2º, y 1.145, párrafo 2º). Pero esta regla general no tiene un valor absoluto e inderogable, sino que es subsidiaria y supletoria de lo que se hubiere dispuesto en el título de la obligación, el cual puede excluir, en todo o en parte, el principio de la división, debiendo incluso entenderse que ésta no tiene lugar desde que se pruebe que la obligación fue contraída sólo en el interés de uno o de algunos de los codeudores o, en su caso, coacreedores (cfr. art. 1.203 C.c. peruano de 1984).

En todo caso, el derecho de regreso o nivelación sería válidamente renunciable, siempre que la renuncia no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros (art. 6-2º, C.c.). Pero, yendo más lejos, nosotros entendemos que aquí, en esta materia, cabe la «exclusión voluntaria de la ley aplicable» (art. citado), por tratarse de normas de Derecho dispositivo o supletorio, siempre —claro está— que se prevea una normativa de sustitución o de supresión pura y simple del derecho de regreso. Por cierto que, según los párrafos 426 y 430 del B.G.B., la pretensión de nivelación no siempre juega necesariamente en la solidaridad de las obligaciones.

6. LA LLAMADA OBLIGACION «IN SOLIDUM»

Excluido que el derecho de regreso sea consustancial a la solidaridad, queda despejado el camino para rechazar la pretendida categoría autónoma de la obligación *in solidum*, si se la configura como una obligación pluripersonal sin división interna, muy similar a la solidaria.

Entre nosotros, Alfonso de Cossío y José R. León Alonso han intentado forjar esta categoría, como distinta de las obligaciones solidarias.

Según el primero, la obligación *in solidum* aparece como una forma de corresponsabilidad, que *a priori* no supone vínculo personal entre las distintas personas que concurren en una obligación por títulos diferentes.

A juicio del segundo, «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 inalterable la norma de que dicho interés sólo será una vez exigible».

En la *praxis* de la obligación *in solidum* cabrían —según León Alonso— dos soluciones: 1) una solución estricta, sin ninguna posibilidad de repetición o división interna, por impedirlo —a juicio de algunos— el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (cfr. arts. 1-305 y 1.306 C.c.), al tenerse que invocar como fundamento de la repetición un acto ilícito (civil o penal), siendo así que en realidad se parte de algo perfectamente lícito: el pago total efectuado; y 2) una «solución aconsejable», en la que se vializa la posterior distribución de lo íntegramente resarcido, muy próxima a la mecánica de la solidaridad.

León Alonso se inclina hacia la segunda postura; y también Cossío y Corral cuando afirma que «si entre varios corresponsables, uno sólo indemniza, es evidente que ello produce un beneficio en el patrimonio de los demás corresponsables, lo que les obligará, para que no se produzca un enriquecimiento torticero, a participar, mediante una acción de *in rem verso*, en esa indemnización».

De seguirse la primera postura de las dos anteriormente indicadas, la obligación *in solidum* sería simplemente una obligación solidaria sin derecho de regreso, cosa que —como hemos visto (*supra*, n.º. 5)— es perfectamente admisible en nuestro Derecho.

De seguirse la segunda postura, se estaría reconociendo implícitamente que entre la obligación *in solidum* y las obligaciones solidarias no hay en realidad ninguna diferencia específica, ni por su estructura, ni por su mecánica; sólo existe un mero cambio de *nomen*, acaso para escapar habilidosamente a la limitación que supone la vigencia del principio de no presunción de la solidaridad. Pero si la jurisprudencia española, complementando nuestro ordenamiento jurídico (cfr. art. 1-6º, C.c.),

ha admitido ya abiertamente la *solidaridad* de los obligados a responder por acto ilícito común (sentencias del T.S. de 23 diciembre 1903, 2 marzo 1915, 25 marzo 1957, 20 marzo 1959, 14 febrero 1964, 8 mayo 1965, 8 febrero 1967, 20 mayo 1968, 14 octubre 1969, 20 febrero y 16 noviembre 1970, 4 y 14 mayo 1973, 20 marzo 1975, 10 noviembre 1981, 14 noviembre 1984, etc.), parece que huelga inventarse una nueva categoría obligacional para huir de la regla de la mancomunidad (arts. 1.137 y 1.138 C.c.), como se hiciera en Francia para eludir así el art. 1.202 del *Code Napoléon*, según el que «la solidaridad no se presume; es necesario que sea expresamente estipulada».

7. REGIMEN DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Por lo que se refiere al régimen jurídico de las obligaciones solidarias, ya nos hemos ocupado del derecho de regreso entre coacreedores o codeudores (arts. 1.143, párrafo 2º, y 1.145, párrafo 2º), que no es más que una pretensión de injustificado enriquecimiento, concretamente una *actio de in rem verso*, porque aquí el enriquecimiento se produce indirectamente, a través de un patrimonio intermedio: el del acreedor que cobra el todo o el del deudor que paga íntegramente, habiéndose de realizar después la oportuna nivelación patrimonial.

Ahora sólo aludiremos brevemente a la clasificación de las excepciones oponibles por el deudor en la solidaridad pasiva y a la enumeración de las causas de extinción de las obligaciones solidarias, tema éste investigado en profundidad por Caffarena y a cuyo excelente libro nos remitimos para mayor desenvolvimiento.

A juicio de este autor, junto a los dos tipos de excepciones que contempla expresamente el art. 1.148: excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación (por ejemplo, nulidad del contrato-fuente de la obligación solidaria) y excepciones personales (por ejemplo, vicios del consentimiento de uno de los deudores solidarios en la constitución de la relación obligatoria), hay que tener en cuenta un tercer tipo: las excepciones personalísimas (por ejemplo, minoría de edad o incapacitación por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, de uno de los deudores solidarios). Cada uno de estos tipos tiene un régimen jurídico diverso. Las primeras (excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación) son oponibles por todos los deudores solidarios en igual medida; las excepciones personales son oponibles por aquel deudor en cuya cabeza se dan sin límite alguno, y por sus codeudores en la parte de deuda de que aquel fuera responsable; las personalísimas únicamente son oponibles por el deudor en cuya persona se dan, sin que los demás puedan servirse de ellas en ninguna medida.

La remisión parcial de la deuda que se hace sólo en favor de un deudor solidario, produce la total liberación del deudor beneficiado y da lugar a una excepción personal, de la que podrán servirse los demás deudores en la parte de deuda de que aquél fuera internamente responsable. En el art. 1.146 para nada se contemplan las relaciones externas de la obligación solidaria, que deben seguir en este punto las reglas generales. El precepto sólo se refiere a las *relaciones internas* en un supuesto específico, y no es posible extraer de él consecuencias para alterar el régimen de las relaciones externas entre acreedor y los deudores solidarios, contenido en el art. 1.148. Así es —según Díez-Picazo— como se conexionan y compatibilizan ambos artículos, el 1.146 y el 1.148 C.c.

En cuanto a los modos de extinción de las obligaciones solidarias únicamente hemos de apuntar aquí que funcionan como tales, además del pago, la novación extintiva o propia, la compensación, la confusión, la remisión total, la imposibilidad sobrevenida o la dificultad extraordinaria de la prestación en la solidaridad pasiva y la prescripción extintiva cuando coincida el momento inicial del plazo prescriptivo para todos los deudores solidarios, amén de otras causas generales de extinción de las obligaciones, como el término final o el cumplimiento de una condición resolutoria.

8. DE LA PRESUNCION DE MANCOMUNIDAD A LA PRESUNCION DE SOLIDARIDAD

Nuestro Código civil recoge en términos demasiado absolutos el principio de no presunción de solidaridad en sus arts. 1.137 y 1.138, pese a no gozar de muy sólido apoyo ni en el plano histórico, ni en el económico ni en el del Derecho comparado, sin que, por lo demás, se trate de una exigencia que imponga la *natura rerum*. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha introducido ya importantes atenuaciones y la mejor doctrina (por todos, Hernández-Gil *senior*) habla de una tendencia hacia su crisis y su limitación.

Así, el requisito de que la solidaridad ha de determinarse «expresamente» (art. 1.137), lo ha interpretado la jurisprudencia en el sentido de que no es preciso que se utilice necesariamente el término «solidaridad» ni ninguno otro determinado. Lo decisivo no son las palabras utilizadas, pues «expresamente» no es igual a «literalmente», sino la idea que estas palabras expresen y la voluntad que, en consecuencia, se incorpore a la misma y se exteriorice. Como la idea esencial a la solidaridad es la de realizar o exigir totalmente la prestación por cualquiera de los deudores o acreedores, si tal idea se pone de manifiesto a través de ciertas expresiones o en el conjunto de las utilizadas, la relación obligatoria ha de reputarse constituida con el carácter de solidaria (siguen este

criterio, entre otras, las sentencias de 1 diciembre 1891, 8 julio 1915, 11 febrero 1927 y 11 marzo 1931). Incluso nuestra jurisprudencia reconoce eficacia constitutiva de la solidaridad a la declaración de voluntad tácita o *per facta concludentia*, por vía de interpretación de la voluntad de las partes (cfr. sentencias de 10 y 11 octubre 1927, 11 marzo 1931, 14 noviembre 1934 y, más recientemente, 7 enero 1984 y 26 abril 1985), si bien no faltan pronunciamientos a primera vista contrarios (por ejemplo, sentencias de 19 octubre 1929, 27 noviembre 1931, 26 abril 1940 y 20 marzo 1943, las dos últimas comentadas críticamente por Hernández-Gil *senior*).

Según este último autor, con arreglo a la jurisprudencia, apreciada en su conjunto, para constituir la obligación como solidaria no es preceptiva una declaración de voluntad expresa, quedando la determinación de la solidaridad sometida a las reglas de la interpretación (arts. 675 y 1.281-1.289 C.c.). Habrá de estarse, ante todo, a la fijación de la intención de las partes, que puede resultar de la ponderación de otros datos (actos anteriores, coetáneos y posteriores —art. 1.282—, el conjunto de cláusulas —art. 1.285—, etc.) y de la utilización de criterios de interpretación superiores al literal, como el lógico, el sistemático o el teleológico, que a veces captan una intención en claro desacuerdo con el sentido literal de las palabras utilizadas.

Basta, por tanto, una manifestación de voluntad tácita, siempre que se pruebe la existencia de la solidaridad y se compruebe su alcance a través de la interpretación, pues el que la alegue ha de destruir una presunción *iuris tantum* de mancomunidad (arts. 1.137 y 1.138) probando directamente el hecho mismo de la solidaridad (arg. *ex* arts. 1.137 *in fine* y 1.214), aunque sólo sea mediante actos concluyentes; acaso no bastaría para ello la simple prueba indiciaria o de presunciones *hominum* (arts 1.249 y 1.253).

Las más recientes decisiones jurisprudenciales, sin embargo, dan un paso adelante manifestando que «el art. 1.137 ha merecido una interpretación semicorrectora... cuando hay interna conexión —o comunidad jurídica de objetivos— entre las prestaciones de los diversos deudores» (sentencias del T. S. de 2 marzo 1981, 7 abril 1983 y 13 febrero 1984).

Hoy, pues, puede hablarse de una verdadera crisis del principio de la no presunción de solidaridad. Existe un clima general cada vez más propenso a la solidaridad, con el declive del individualismo y el auge del solidarismo económico, social y político. Como con gran visión de futuro escribía hace ya muchos años Hernández-Gil *senior*, «cuando entre varias personas existe una interdependencia y comunidad de intereses y en función de las mismas actúan en la vida del tráfico, cabe afirmar que el Derecho debe dar entrada en sus fórmulas normativas a esa situación; y reforzarla, antes que desarticularla» (cfr., en el mismo sen-

tido y casi con idénticas palabras, la sentencia del T.S. de 10 noviembre 1981).

Por eso, algunos ordenamientos jurídicos más avanzados como el alemán (parágrafo 427) o el italiano (art. 1.294) han implantado el principio de la presunción de solidaridad en materia de deudas nacidas de contrato o con carácter general (tanto para las obligaciones contractuales como para las extracontractuales). Y se explica que en nuestro Derecho la jurisprudencia limite cada vez más el ámbito de vigencia del principio de la no presunción de solidaridad, circunscribiéndolo —aunque no siempre— a las obligaciones contractuales y evitando su extensión a otra zonas en las que aquélla puede aparecer, como cuando se trata de responsabilidades derivadas del cobro de lo indebido o enriquecimiento injusto (sentencia de 8 abril 1976, que se remite a las de 23 diciembre 1903 y 20 mayo 1959); de pluralidad de autores en caso de culpa extracontractual (sentencias antes recordadas a propósito de la pretendida categoría de la obligación *in solidum*, supra n.º 6); en la esfera del arrendamiento de obra para las obligaciones de promotores, contratistas, subcontratistas y profesionales (arquitectos, ingenieros y aparejadores o arquitectos técnicos) que intervienen en la construcción cuando no puede precisarse la participación de cada uno de ellos en la ruina o defectos de la construcción (sentencias de 5 mayo 1961, 17 mayo 1967, 1 febrero y 18 noviembre 1975, 14 noviembre 1978, 31 octubre 1979, 29 marzo 1980, 2 marzo, 12 febrero, 21 abril, 9 octubre y 5 diciembre 1981, 15 marzo y 6 octubre 1982, 9 marzo 1983, 17 febrero, 5 marzo, 8, 13, 16 y 23 junio, 26 octubre, 26 noviembre y 1 diciembre 1984, 31 enero, 12 marzo, 17 junio y 30 diciembre 1985, 17 febrero, 10 octubre, 10 y 15 noviembre 1988, 28 octubre 1989, 21 diciembre 1990, 22 marzo y 28 mayo 1991, etc.); en caso de contrato de seguro de responsabilidad civil, hipótesis en que se declara la solidaridad entre asegurador y asegurado, de modo que ambos son indistintamente responsables del daño ante la víctima (sentencias de 18 febrero 1967, 14 octubre 1968, 26 marzo 1977, 28 marzo 1983, etc.); en los supuestos de coactuación dolosa aun en el ámbito contractual (sentencias de 25 marzo 1957 y 20 mayo 1959); en el caso de compra de géneros para un establecimiento mercantil llevado en copropiedad, cuyos integrantes quedan solidariamente obligados frente al proveedor (sentencias de 30 marzo 1973 y 1 febrero 1975); o cuando se contrata con quienes giran bajo un mismo nombre comercial (sentencia 16 noviembre 1989); «solución en pro de la solidaridad, que ha sido propugnada asimismo para las situaciones en que, si bien los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes, todos ellos responden a una misma causa y se ha producido, entre los varios interesados, interdependencia y comunidad de intereses» (vid. sentencia de 10 noviembre 1981, que resumió muy bien las diversas excepciones jurisprudenciales a la regla de la mancomunidad).

Por su parte, la doctrina más autorizada (Hernández-Gil *senior*) — aunque no falten prestigiosas voces discordantes (Lacruz, Albaladejo, Sancho Rebullida)— ha propugnado hacer notables concesiones a la solidaridad, bien sea prescindiendo de toda presunción en pro o en contra de la misma y aplicando las reglas generales de la interpretación y de la prueba, bien respetando la presunción vigente de mancomunidad, pero dando más amplia acogida a los términos de la manifestación de la voluntad en contrario, incrementando los casos de solidaridad *ex lege* y estableciendo una presunción de solidaridad en las obligaciones mercantiles.

Es bastante sintomático de toda una tendencia insoslayable que en algunas leyes especiales, como la de navegación aérea (art. 123), energía nuclear (arts. 52, párrafo 2.º, de la Ley y 20, párrafo 2.º, de su Reglamento), caza (art. 33, párrafo 5.º, de la Ley y 35, párrafo 1.º, a) y b), párrafo 6.º b), del Reglamento), residuos tóxicos y peligrosos (art. 15, párrafo 1.º, de la Ley), conservación de espacios naturales protegidos (art. 37, párrafo 3.º, de la Ley), etc., se haya establecido ya en ciertos casos la solidaridad entre los obligados a responder de los daños causados de una manera objetiva en el ejercicio de determinadas actividades de riesgo.

Por eso no es de extrañar la posición progresista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, muy atenta a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (art. 3, párrafo 1.º, C. c.), prescinde de los arts. 1.137 y 1.138 de nuestro Código civil, ciñéndolos a las obligaciones contractuales en principio, para así dar entrada a una responsabilidad solidaria en el supuesto de concurrencia de varios en la comisión de un acto ilícito civil, llegando incluso a presumir *iuris tantum* la existencia de culpa extracontractual, en un régimen que se puede calificar de responsabilidad «cuasi-objetiva».

No ha de transcurrir mucho tiempo sin que al final acabe imponiéndose la solidaridad en todas las obligaciones mercantiles —y no sólo en las derivadas de la letra de cambio (cfr. arts. 3 y 44, párrafo 1.º, de la Ley cambiaria y del cheque)— sobre la base de los usos de los negocios (arts. 2 y 50 C. de com.), en función de integración de los contratos (art. 1.258 C.c.) o de interpretación integradora de los mismos (art. 1.287 C.c.) pues en la vida real del tráfico mercantil ya funciona la solidaridad sin necesidad de pacto expreso, que de ordinario suele establecerse pero que no pocas veces se sobreentiende. Únicamente resta el reconocimiento, primero jurisprudencial y después legislativo, del principio de la solidaridad, como en tantas ocasiones ha venido ocurriendo al transformarse el *ius vivens* en *ius scriptum*, pese a la inercia o resistencia del último para asimilar los cambios que imponen las nuevas circunstancias sociales.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO: «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 345 ss.
- ALBALADEJO: *La responsabilidad de los herederos por deudas del causante, antes de la partición*, ibidem, 1967, pp. 479 ss.
- ALBERTARIO: *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milán 1948.
- AMORTH: *La responsabilidad del deudor solidario*, trad. esp., con notas de ESPUNY, Barcelona, 1963.
- ARCHI: *La funzione del rapporto obbligatorio solidario*, Milán, 1948.
- ARNDS: *Trattato delle Pandette*, vol. III, trad. it. con notas de SERAFINI, Roma, 1880, pp. 42 ss.
- ASCOLI: *Le obbligazioni solidali*, Milán, 1890.
- BALLARIN MARCIAL: «Titularidad solidaria», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIII, 1962, pp. 170 ss.
- BELLAVITE: *Obbligazioni in solido*, Padua, 1875.
- BIANCHI: *Delle obbligazioni solidali*, Parma, 1878.
- BINDER: *Die Korrealobligationen in römischen und heutigen Recht*, 1899.
- BONFANTE: «Il concetto unitario della solidarietà», en *Rivista del diritto commerciale*, t. XIV, parte I, pp. 685 ss.
- BRANCA: «Obbligazioni solidali, correali e collettive», en *Rivista del diritto commerciale*, 1957, parte I, pp. 151 ss.
- BRUNET: «Observations critiques sur l'obligation *in solidum* en responsabilité delictuelle», en *Gazette du Palais*, 1965, II, pp. 75 ss.
- CAFFARENA: *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, con prólogo de Diez-Picazo.
- CHABAS: «Remarques sur l'obligation *in solidum*», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, t. LXV, 1967, pp. 313 ss.
- COSSIO Y CORRAL: «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español», en *Anuario de Derecho civil*, 1966, pp. 527 ss.
- COSSIO Y CORRAL: Prólogo al libro de León Alonso, *La categoría de la obligación «in solidum»*, Sevilla, 1978.
- CRISTOBAL MONTES: *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, Barcelona, 1985.
- CRISTOBAL MONTES: «El derecho de regreso en la solidaridad de deudores», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1.434 y ss.
- ID: *Las obligaciones indivisibles*, Madrid, 1991.
- DE ACUTIS: «La solidarietà nella responsabilità civile», en *Revista di diritto civile*, t. XXI, 1975, parte II, pp. 531 ss.
- DEMANGEAT: *Des obligations solidaires en Droit romain*, París, 1858.
- DE SEMO: *Le obbligazioni solidali in materia di commercio*, Turín, 1916.
- DINBER: *Die Korrealobligationen in römischen und heutigen Recht*, Leipzig, 1898.

- EISELE: «Korrealität und Solidarität», en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. LXXVII, pp. 374 ss.
- FLORES MICHEO: «Notas para una teoría general de la solidaridad», en *Revista de Derecho español y americano*, julio-agosto de 1956, pp. 5 ss.
- FRANÇAIS: *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation «in solidum»*, París, 1936.
- GOMES DA SILVA: «Da solidariedade nas obrigações», en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1947, ed. separada, Lisboa, 1947.
- GONZALEZ, Amparo: *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en el Derecho romano clásico*, Madrid, 1983, con prólogo de Fuenteseca.
- GUILARTE ZAPATERO: En *Comentarios al Código Civil* (dirigidos por Albaladejo), t. XV, vol. 2, Madrid, 1983, arts. 1.137 a 1.148.
- HERNANDEZ-GIL senior: «La solidaridad en las obligaciones», en *Revista de Derecho Privado*, t. XXX, n.º 351, junio de 1946, pp. 397 ss.
- HERNANDEZ-GIL senior: *El principio de la no presunción de solidaridad (Tendencia hacia su crisis y su limitación)*, *ibidem*, n.º 359, febrero de 1947, pp. 81 ss.
- HERNANDEZ-GIL senior: Notas a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 abril 1940 y 20 marzo 1943, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, pp. 98 ss. y 337 ss.
- HERNANDEZ-GIL senior: «Naturaleza de la obligación alternativa», en *Revista de Derecho Privado*, 1942, pp. 549 ss.
- KELLER: *Über Litis Contestation und Urteil nach classischen römischen Recht*, 1927.
- LACRUZ: «Apuntes sobre las obligaciones solidarias», *Anuario de Derecho Foral (navarro)*, t. I, 1975, pp. 381 ss.
- LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, t. , vol. 1, 2.ª ed., Barcelona, 1985, esp. p. 54.
- LANDUCCI: «*Le obbligazioni in solido*», Padua, 1880.
- LEON ALONSO: *La categoría de la obligación «insolidum»*, Sevilla, 1978, con prólogo de Cossío y Corral.
- MICHELARD: «Observations sur la corrélativité», en *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, t. V, pp. 249 ss. y 357 ss.
- MAZEAUD: «Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuelles», en *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, t. L, 1930, pp. 167 ss.
- MELUCCI: *La teoria delle obbligazioni solidali nel nostro diritto civile italiano*, Turín, 1884.
- PACCHIONI: *Corsodi diritto civile*, vol. II, Roma, 1922, pp. 12 ss.
- PEREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, con prólogo de Sancho Rebullida.
- PUERTA: *La solidaridad del responsable civil y de su Compañía aseguradora frente al perjudicado*, Madrid, 1977.
- PUIG FERRIOL: «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Homenaje a Roca Sastre*, t. II, Madrid, 1976.
- RIBBENTROP: *Zur Lehre von den Korrealobligationen*, Gotinga, 1831.

- SANCHO REBULLIDA: «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos», en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobenas*, t. III, Pamplona, 1969, pp. 569 ss.
- SAVIGNI: *Le Droit des obligations*, trad. francesa, t. I, París, 1863, pp. 220 ss.
- SOTO NIETO: *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo (Vinculaciones solidarias)*, Madrid, 1982, especialmente pp. 11 ss.
- SOTO NIETO: «Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1980, pp. 782 ss.
- SRAFFA Y BONFANTE: «Solidarità o mutua fideiussione?», en *Rivista del diritto commerciale*, 1914, parte I, pp. 905 ss.
- VINCENT: «L'extension en jurisprudence de la notion de solidarit  passive», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, t. XXXVIII, 1939, pp. 601 ss.
- WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. italiana de Fadda y Bensa, t. II, 1925, pp. 144 ss.

