

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Mendoza-Alonzo, P. y Parra-Sepúlveda, D. El principio de no presunción de la solidaridad de deudores: del Code Napoléon a los principios del *soft law*. *Revista Jurídicas*, 12 (2), 103-116. DOI: 10.17151/jurid.2015.12.2.8.

Recibido: 30 de septiembre de 2015
Aprobado: 01 de diciembre de 2015

EL PRINCIPIO DE NO PRESUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD DE DEUDORES: DEL CODE NAPOLEÓN A LOS PRINCIPIOS DEL *SOFT LAW**

PAMELA MENDOZA-ALONZO**
DARÍO PARRA-SEPÚLVEDA***

RESUMEN

El siguiente estudio analiza la tradicional regla de que la obligación solidaria de deudores no se presume. Se sostiene que dicha regla está evolucionando hacia el criterio inverso, a saber: de presunción de la solidaridad. Este fenómeno se aprecia principalmente a nivel internacional, pues se adecua mejor a las exigencias de una economía global. El estudio parte con un examen de la evolución del principio de la no presunción de la solidaridad en el siglo XIX, enfocado en aquellos códigos civiles europeos que han marcado las pautas en esta materia. En la segunda parte se revisan los principales intentos de atenuar o hasta eliminar el mencionado principio de algunos ordenamientos jurídicos durante el siglo XX. En tercer lugar se examinan las normas de *soft law* del siglo XXI que consagran la regla contraria, de presunción de la solidaridad. Finalmente se concluye que se debe repensar el principio de la no presunción de la solidaridad, el cual es todavía dominante en los sistemas

legales latinoamericanos, a la hora de unificar el derecho de los contratos en Latinoamérica.

PALABRAS CLAVE: obligaciones solidarias, deudores, contratos, *soft law*, *favor debitoris*.

* El presente artículo forma parte de los resultados de investigación del proyecto DIUFRO D115-0078 "La acción directa en contra de la empresa aseguradora y su consagración en el Derecho chileno", financiado por la Dirección de Investigación de la Universidad de La Frontera.

** Doctora en Derecho. Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. E-mail: pamela.mendoza@ufrontera.cl.

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4474-0727>

*** Doctor en Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile.

E-mail: dparra@utalca.cl.

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4024-570X>



THE LEGAL PRINCIPLE THAT SOLIDARY LIABILITY CANNOT BE PRESUMED: FROM THE *CODE NAPOLEON* TO THE PRINCIPLES OF *SOFT LAW*

ABSTRACT

This article analyses the legal principle that solidary liability cannot be presumed. It is argued that this principle has been evolving towards an opposite criteria, that is the presumption of solidarity. This phenomenon is mainly observed at an international level, as it suits the needs of a global economy. The study begins by examining the evolution of that principle in the 19th century, focusing on those European Civil Codes which have set the standards in this subject. The second part reviews the major attempts to mitigate or even eliminate the aforementioned principle from some legal systems during the 20th century. In third place the rules of modern Soft Law from the 21st century are examined which enshrine the opposite principle of presumption of solidarity. Finally, it is concluded that the presumption of non-solidarity, which is still a dominant principle in Latin American legal systems, must be reconsidered, when the time comes to harmonize contract law in Latinamerica.

KEY WORDS: presumption of solidarity, debtors, contracts, *soft law*, *favor debitoris*.

INTRODUCCIÓN

En los códigos civiles decimonónicos europeos, influenciados por el Código de Napoleón, se consagra la regla general de que si en un contrato concurre más de un sujeto como acreedor o deudor ambos deben cobrar o responder por su cuota o parte de la deuda. Excepcionalmente la deuda tendrá el carácter de solidaria siempre que se pacte expresamente como tal, pues la obligación solidaria no se presume. Esta idea es conocida en español como el “principio de no presunción de la solidaridad” (Hernández, 1947, p. 81).

No obstante, por su rigidez, se observa en el derecho europeo una paulatina propensión hacia la atenuación y/o eliminación del “principio de no presunción de la solidaridad”. Este cambio ha venido de la mano de la jurisprudencia nacional (como es el caso francés y español) o de la reforma de algunos códigos civiles (cuyo ejemplo más evidente es el italiano). Esta tendencia ha sido plasmada en la redacción de las normas de *soft law*, las cuales surgen como intento de unificar el derecho privado europeo a partir de principios. Estas normas internacionales —no vinculantes— consagran la idea inversa, a saber: de presunción de solidaridad.

En el presente artículo trataremos la evolución de este principio en el derecho europeo. En especial nos referiremos a algunos códigos del siglo XIX, algunos códigos civiles modernos reformados en el siglo XX y algunas normas de *soft law* propias de este siglo, así como a las distintas soluciones que se dan para los mismos casos. Sostenemos que el fenómeno de extensión de la solidaridad que se aprecia principalmente a nivel internacional se adecua mejor a las exigencias de la economía de mercado, cada vez más globalizada. Esta idea es la que tendremos que tener como ejemplo en los intentos de unificar eventualmente el derecho latinoamericano de los contratos.

EL PRINCIPIO DE NO PRESUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES DECIMONÓNICOS

Fundamento

El Código Civil de Napoleón estableció la fórmula que ha marcado la pauta en esta materia. El artículo 1202 establece: “la solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi”. A *contrario sensu*, en el caso en que exista más de un deudor, la deuda se entiende dividida por partes. Se tuvo en consideración en su redacción, principalmente, la Novela 99 de Justiniano y la opinión de Pothier (1764) (Hernández, 1947).

Esta misma línea siguen los códigos civiles de origen decimonónico como, por ejemplo, el español en Europa (artículos 1137¹ y 1138²) o el colombiano en Latinoamérica (artículo 1568, inciso final³) (Hernández, 1947). La inspiración individualista de estos códigos, propia de la época en que fueron dictados, ha sido determinante a la hora de restringir la configuración de una responsabilidad colectiva. En consecuencia, en estas legislaciones, prima el principio básico de que cada quien es responsable por su propia deuda a menos que expresamente las partes establezcan lo contrario.

Unido a la responsabilidad individual, otro fundamento de esta regla se encuentra en el principio *favor debitoris* (Pothier, 1764); el cual tiene origen en el derecho romano, al menos posclásico (Camacho, 1998)⁴. Este principio, consagrado la mayor parte de las veces de una manera implícita, se sustenta en la idea de que el deudor es la parte más débil en la relación contractual por lo que se debe propender a su protección. Por esta razón el “principio de no presunción de la solidaridad” se toma como ejemplo de manifestación del *favor debitoris*, pues en el caso de existir varios sujetos deudores se entiende que la forma de responder y que es menos perjudicial para el deudor es por su parte de la deuda (Castán, 1961).

Sin embargo, el principio del *favor debitoris* no es hoy un principio irrefutable en el derecho de los contratos. Podemos afirmar que no hay razones de peso que lo hagan primar por sobre el *favor creditoris*, ya que es erróneo y arbitrario considerar siempre al deudor como la parte más débil (Rogel, 2010; Schötz, 2013)⁵. Por ello,

¹ “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”.

² “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”.

³ “En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.- Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.- La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”.

⁴ Según Rogel (2010), es cuestionable el origen romano (tanto antiguo como clásico) de este principio. Esto por la misma idea de que el deudor respondía de su deuda con su persona y no con sus bienes. Recoge este autor la idea de que la *Lex Poetelia Papiria* solo atenuó la anterior circunstancia y que a la larga fue una medida que favoreció al acreedor “pues pocos pagos pueden esperarse de un deudor encarcelado y mal alimentado” (Rogel, 2010, p. 24-25). En su opinión, hay “nulos vestigios específicos e incuestionables, también y a la postre *humanitas* y *caritas* a un lado”, en el Derecho romano posclásico, cristiano y justiniano” (Rogel, 2010, p. 34). Esto hace infructuosa la ‘sacralización’ de dicho principio .

⁵ Como destaca Moisset de Espanés (2006) “el «favor debitoris» sólo es aplicable cuando el deudor ha cumplido con los deberes de lealtad y probidad que gobiernan el funcionamiento de la relación jurídica obligatoria, comportándose con absoluta buena fe, y cumpliendo con exactitud sus prestaciones” (p. 2). Un ejemplo en el que es cuestionable que el deudor sea la parte débil, lo plantea Rogel, ya que el *favor debitoris* cobró relevancia a propósito de la deuda externa de diversos países latinoamericanos. En estos casos, advierte el autor, los deudores son los bancos y los acreedores las personas que han depositado en ellos sus ahorros los cuales son los grandes perjudicados (Rogel, 2010). Otro tanto se puede decir de las obligaciones nacidas por la producción de un daño, pues en estos casos la víctima es para todos los efectos acreedora de la deuda.

hoy en día, se sostiene que el principio del *favor debitoris* ha evolucionado al del *favor debilis* (Vásquez, 2014) debido a que este último principio va más allá de la aplicación en la interpretación de las cláusulas ambiguas en un contrato (Schötz, 2013; Vásquez, 2014)⁶.

En consecuencia, si los principales fundamentos que inspiraron al “principio de no presunción de la solidaridad” no son absolutos, al menos *de lege ferenda*, se puede repensar la conveniencia de su establecimiento. Esto por la función de garantía que cumple la solidaridad, la cual facilita el cobro de la deuda⁷. En este sentido, en la doctrina española, uno de los primeros autores en proponer la atenuación de su interpretación fue Hernández (1947). A su juicio, “el principio de la no presunción de la solidaridad ni ofrece una trayectoria histórica totalmente definida, ni constituye un dogma invariable, ni responde, en fin, en todos los casos a efectivas necesidades del tráfico” (p. 85). En definitiva, según su opinión, no es un postulado propiamente de derecho natural que haya de mantenerse por lo que “es muy clara y general la tendencia hacia su limitación y hacia su eliminación”. Así, el autor invita a meditar acerca de la conveniencia de una modificación legislativa en este tema (Hernández, 1947). Posteriormente, también refiriéndose al caso español, Díaz de Lezcano (1997) admite que “hoy puede hablarse de una verdadera crisis del mismo, pues en la práctica rige, en bastantes casos, el principio opuesto (presunción de la solidaridad)” (p. 31).

LOS INTENTOS DE MODIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO PRESUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN LOS DERECHOS FRANCÉS Y ESPAÑOL

La interpretación jurisprudencial

Hechos los anteriores alcances, llama la atención que tanto en el ordenamiento francés como en el español la revisión de la regla ha venido principalmente de la mano de la jurisprudencia. El Legislador ha hecho eco de esto en algunas leyes especiales, pero no ha alterado la regla general. En efecto, los tribunales se han manifestado de manera bastante temprana en contra de una interpretación estricta;

⁶ Sobre el principio del *favor debilis*, advierte Schötz (2013): “si bien puede tener una función interpretativa, su aplicación es más amplia, y sustenta la fundamentación misma de la norma o solución. Este principio, tanto en su enunciación como en su aplicación concreta a distintas situaciones jurídicas, es predicable universalmente” (p. 118). De todas formas, apunta Castán (1961) que como el *favor debitoris* va en ayuda de la tendencia de proteger al más débil en la relación contractual, puede mantenerse el mencionado principio: “naturalmente limitado a los casos de duda, no se opondrá a la justicia y constituirá un aspecto más de la humanización del Derecho y de su dulcificación por la equidad” (p. 850).

⁷ En opinión de Hernández (1947) la solidaridad de deudores “desde un punto de vista general y objetivo, otorga mayor seguridad al tráfico jurídico. Y todo ello redundando en hacer de ella un valioso instrumento de crédito. Por eso en la esfera del comercio y del Derecho mercantil, especialmente, puede decirse que resulta verdaderamente necesaria, mientras en la del Derecho civil patrimonial, que afecta a relaciones económicas bien semejantes, es, por lo menos, muy conveniente” (p. 95-96).

admitiendo, al menos, la manifestación de voluntad tácita para constituir una obligación como solidaria.

Sin duda, las principales manifestaciones de la inversión de la regla contra ley en dichos ordenamientos jurídicos se dan en materia mercantil y con respecto a la responsabilidad por daños. En ambas situaciones no ha habido una norma general que específicamente se refiera a la forma en que deben responder, si por partes o solidariamente. Por esta razón, lo natural y lógico en estos casos es recurrir a las reglas generales las cuales establecen que la solidaridad debe pactarse expresamente (tanto entre las partes como con respecto al legislador) y por lo tanto los responsables son llamados a responder por partes. Por las características del derecho mercantil, en el derecho francés, la presunción de solidaridad se ha aceptado por los tribunales bajo el argumento de que dicha regla no ha sido alterada desde el antiguo derecho (Hernández, 1947). También los tribunales han admitido responsabilidad de una pluralidad de responsables por un hecho dañoso. En esta última situación, conscientes de los impedimentos legales, la jurisprudencia ha creado una figura distinta a la obligación solidaria: la obligación *in solidum*, la cual nace por la “fuerza misma de las cosas” y desconoce los efectos secundarios de la solidaridad. Por ello, también se la ha llamado “obligación por el todo” (Vincent, 1939).

Lo mismo puede apreciarse en el derecho español donde el Tribunal Supremo manifiestamente ha hablado de una interpretación ‘correctora’, incluso en materia netamente contractual, atendiendo a criterios como la “unidad de fin de las prestaciones” y existencia de “una comunidad jurídica de objetivos”. De igual forma lo deduce de la “naturaleza de las obligaciones” o emplea el criterio de la “realidad social” (Pérez, 2007). Esta interpretación correctora hace que en variados casos en la práctica se presuma la solidaridad, aunque el Tribunal Supremo no lo reconozca abiertamente.

Igualmente la jurisprudencia española ha ido propagando esta interpretación correctora en el ámbito mercantil y en el extracontractual, a partir de la creación de la llamada “solidaridad impropia”, en términos semejantes a los de los tribunales franceses. Sin embargo, a diferencia del caso francés, distingue conceptualmente a la “solidaridad impropia” de la “solidaridad propia” y solo a partir del año 2003 estableció diferencias materiales entre una y otra (relativas a la interrupción de la prescripción). Así, la “solidaridad propia” es aquella configurada por la voluntad de las partes o del legislador y se le aplican todos los efectos, principales y secundarios. Por otro lado, según el Tribunal Supremo español, la solidaridad impropia es una especie de solidaridad que nace con la sentencia de condena al margen de la ley y se configura cada vez que no se puedan determinar cuotas de responsabilidad por la misma indivisibilidad del daño generado (Mendoza, 2015).

Se puede observar que en ambos ordenamientos los tribunales han tenido una función de fuente formal del derecho sin estar, en principio, llamados a serlo en dichos casos puesto que, en estricto rigor, no están llenando una laguna jurídica.

Los proyectos de reforma

Como consecuencia de la situación anteriormente descrita, en los últimos años, existe una alta disposición a revisar los códigos civiles en materia de obligaciones y contratos para adaptarlos a los nuevos tiempos; por tanto, se han propuesto diversos proyectos de reforma. Sin embargo, todavía no se traducen en reformas legislativas concretas.

Destaca en España la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, hecha en el año 2009 por la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil) de dicho país. En ella se propone abiertamente invertir la regla decimonónica y declarar la “presunción de solidaridad” (al menos, en materia contractual) en el artículo 1122 (inciso 1) que dispone: “[c]uando en virtud de un mismo contrato dos o más personas sean deudoras de una misma prestación que cualquiera de ellas pueda realizar íntegramente, quedarán obligadas solidariamente, salvo que otra cosa resulte de la ley o del contenido del contrato”. Restringe, por su parte, la solidaridad extracontractual en el inciso 2, al prescribir que: “[s]erá solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas”.

Aunque no se señala expresamente, la propuesta no hace más que sugerir la consolidación legislativa de una realidad de facto en ese país (Mendoza, 2015). Justamente, la Comisión General de Codificación (2009) destaca en la exposición de motivos la necesidad de establecer una regulación acorde con los tiempos que corren, teniendo como segunda finalidad: “buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy [...] en espera de una unificación de las normas de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse” (p. 11-12). La misma idea sigue la Comisión General de Codificación (Sección segunda, de Derecho Mercantil) en el “Anteproyecto de Ley de Código Mercantil español”, de 30 de mayo de 2014, que bajo la premisa de modernizar el derecho mercantil en materia de obligaciones y contratos expresamente consagra la presunción de la solidaridad de las obligaciones mercantiles en su artículo 415-1 (párrafo 1).

Más escrupulosos se han mostrado en Francia, pues los proyectos de modificación al derecho de obligaciones francés no han establecido expresamente la inversión de la regla de que la solidaridad no se presume. La iniciativa de reforma más conocida es el *Avant-Projet de réforme du Droit des obligations et du Droit de la prescription* del año

2005, que proponía abiertamente eliminar la obligación *in solidum*, estableciendo expresamente la solidaridad en materia extracontractual; a pesar de ello, conservaba la regla del actual artículo 1202. El mismo Catala et al. (2005) aclara que se tomó la decisión de conservar dicha regla, pues “les risques et les profits de se renversement radical étaient mal mesurés et difficilement mesurables” (p. 54).

Silencio sobre la obligación *in solidum* guardó el *Projet d’Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* de 2015⁸. El mencionado proyecto conserva la regla del artículo 1202; esta vez, en el inciso final del artículo 1310, señala: “[l]a solidarité est légale ou conventionnelle; elle ne se présume pas”. Sin embargo, no exige que sea expresamente declarada; por lo que da pie a la admisión de la voluntad tácita, la cual es la tendencia de los códigos civiles modernos que conservan dicha regla.

Si bien, en ambos países existe una corriente de pensamiento que aboga por las reformas antes dichas, la realidad es que hoy en día todavía se conservan intactas y plenamente vigentes las regulaciones originales del siglo XIX; donde la jurisprudencia sigue siendo la que está realizando una labor de cambio.

EL PRINCIPIO DE LA NO PRESUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES DEL SIGLO XX

En general, los códigos civiles reformados o dictados en el siglo XX mantienen el principio de que la solidaridad no se presume; aunque no siempre en estos términos. Se diferencian de la regulación decimonónica en que la forma de configurarla es menos estricta, pues no establecen rigurosamente la necesidad de una manifestación ‘expresa’ de la voluntad; por lo que, a *contrario sensu*, bastará una manifestación de voluntad ‘tácita’ en este sentido. A modo de ejemplo, el Código de Obligaciones suizo en el artículo 143 de 1907 solo exige una ‘declaración’ de solidaridad⁹. Por su parte, el portugués de 1967 tampoco impone esta exigencia en el artículo 513¹⁰. Lo mismo se puede decir del artículo 6.6 del Código Civil holandés de 1992¹¹ (Caffarena, 2002; Mendoza, 2015).

⁸ Para el análisis de dicho proyecto y la revisión de proyectos anteriores en Francia, nos remitimos al trabajo de Momberg (2015).

⁹ “Il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu’ils déclarent s’obliger de manière qu’à l’égard du créancier chacun d’eux soit tenu pour le tout.- 2. A défaut d’une semblable déclaration, la solidarité n’existe que dans les cas prévus par la loi”.

¹⁰ “(Fontes da solidariedade) A solidariedade de devedores ou credores só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes”.

¹¹ “1. Is een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd, dan zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.- 2. Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.- 3. Uit een overeenkomst van een schuldenaar met zijn schuldeiser kan voortvloeien dat, wanneer de schuld op twee of meer rechtsopvolgers overgaat, dezen voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zullen zijn”.

Por su parte, destacan por salir de los esquemas tradicionales el Codice Civile italiano y el Bürgerliches Gesetzbuch alemán (BGB). El Codice Civile italiano de 1942, en el artículo 1294, establece: “[i] condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente”. Este código invirtió la regla objeto de estudio, la que anteriormente replicaba el ejemplo francés en el artículo 1088 del código de 1895. Este ejemplo de asunción expresa de la presunción de la solidaridad no ha sido imitado por códigos civiles modernos, los cuales mayoritariamente siguen la regla tradicional en los términos anteriormente expuestos. Sin embargo, como veremos en el apartado siguiente, dicha regla ha sido replicada en gran parte de los intentos de unificación del derecho de contratos europeo.

Sostiene Caffarena (2002) que la inevitable generalización de la obligación solidaria, va aparejada con una disminución de la rigurosidad de su régimen. Esto porque la obligación solidaria, entendida de la forma tradicional, es muy severa para el deudor: si se considera que, además del derecho del acreedor a cobrar “el todo” al codeudor que elija (*ius electionis*), se suma la llamada “propagación de los efectos de la solidaridad”. Un claro ejemplo de esta tradicional configuración se encuentra en la regulación española, la cual en el artículo 1141 (inciso 2) establece abiertamente que: “[l]as acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos”.

Uno de los derechos nacionales que ha disminuido considerablemente el rigor de la obligación solidaria es el BGB (hecho que no se aprecia en el Código Civil italiano), tomado por Caffarena (2002) como ejemplo para sustentar su planteamiento. Justamente, si revisamos el § 425 BGB¹², notaremos que los denominados efectos secundarios de la solidaridad prácticamente no existen (llama la atención que ni siquiera la insolvencia de alguno de los codeudores afecte a los demás). En consecuencia, cuando el § 427 BGB¹³ generaliza la solidaridad a aquellos casos en que varias personas se hayan obligado conjuntamente por medio de *contrato* a realizar una prestación divisible (a menos que haya pactado lo contrario), no lo hace más que en la posibilidad del acreedor de cobrar el ‘todo’.

Por las razones antes mencionadas, habitualmente, se cita el caso alemán como otro ejemplo de un ordenamiento que ha invertido legalmente la tradicional regla de no presunción de la solidaridad (Mendoza, 2015); sin perjuicio de que el §

¹² “Wirkung anderer Tatsachen. (1) Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.- (2) Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzug, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteil”.

¹³ “Gemeinschaftliche vertragliche Verpflichtung. Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner”.

420¹⁴ mantenga la regla tradicional que, ante la duda, la prestación se divide en partes iguales. Sin embargo esta última norma se limita a la prestación divisible no proveniente de un contrato, lo que reduce su alcance. Además, el § 431 BGB¹⁵ considera solidaria la obligación de quienes deben realizar una prestación indivisible. Por su parte, el § 840 BGB¹⁶ expresamente declara la solidaridad entre los responsables por un daño.

LA PRESUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD DE DEUDORES EN EL SOFT LAW EUROPEO

En estas últimas décadas, podemos apreciar un marcado interés en unificar los distintos regímenes de derecho privado. Esta inquietud se observa principalmente a nivel europeo, pues ha venido de la mano de la creación de un derecho supranacional de la Unión Europea, por lo tanto la necesidad de unificar criterios en materia civil y mercantil entre los diversos Estados miembros ha sido una consecuencia natural y lógica de este fenómeno. En esta materia, se persigue realizar un proceso de “europeización del Derecho privado” y como meta más ambiciosa elaborar un “Código Civil Europeo” (Martín, 2005, p. 2).

Dichos esfuerzos se manifiestan, hoy en día, a través de diversos principios que se pueden calificar de *soft law* por su carácter no vinculante (Mendoza, 2015). Estas normas se han originado en torno a iniciativas privadas o por encargo de instituciones de la Unión Europea (sin perjuicio de estar incluidas Naciones de otros continentes) y que hoy sirven de importante guía si se precisa actualizar o interpretar los derechos nacionales (Vaquer, 2013)¹⁷.

Así, los principales méritos y/o desafíos de todas estas iniciativas han sido elaborar soluciones que intentan compatibilizar realidades tan disímiles como las provenientes del *Common law* con las del derecho continental. Asimismo, valioso resulta el intento de concebir al derecho privado como un todo; sin diferenciar entre derecho civil y derecho comercial y, en consecuencia, aunar las soluciones.

¹⁴ “Teilbare Leistung. Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt”.

¹⁵ “Mehrere Schuldner einer unteilbaren Leistung. Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner”.

¹⁶ “Haftung mehrerer. (1) Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner.- (2) Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatz des von einem anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der andere allein, im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet.- (3) Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 833 bis 838 zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der Dritte allein verpflichtet”.

¹⁷ Explica Vaquer (2013): “[e]l Soft Law europeo no es derecho vigente, sino derecho académico, aunque haya sido auspiciado por las instituciones europeas, cuya pretensión es favorecer la convergencia de los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro en una tendencia hacia un nuevo derecho común europeo” (p. 94).

Sin embargo, y sin perjuicio de la considerable obra que es el “Proyecto de Marco Común de Referencia” (*Draft Common Frame of Reference —DCFR—*), en general, se aprecia todavía una dispersión en estas iniciativas; por lo que la instauración de un “Código Civil europeo”, vinculante, no se vislumbra como una realidad a corto plazo.

Sin perjuicio de lo antes dicho, existe unidad de criterios en la materia en estudio en las propuestas de armonización de los contratos en Europa (Mendoza, 2015).

En efecto, en el año 2002, el “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos” (“Proyecto de Pavía”) invierte el tradicional principio de que la solidaridad no se presume y requiere pacto expreso en su artículo 88.1. Justamente, el citado artículo dispone que:

[s]alvo pacto o disposición legal en contrario y a reserva de que la ley no disponga otra cosa, cuando deriva del contrato la obligación a cargo de dos o más deudores de cumplir una misma prestación, el acreedor tiene el derecho de exigir, a su elección, la ejecución integral a cualquiera de ellos, y la ejecución efectuada por un codeudor extingue la obligación.

Por su parte, en el año 2003 la “Comisión Lando” publicó los “Principios de Derecho Contractual Europeo” Parte III (*Principles of European Contract Law —PECL—*) regulando la pluralidad de deudores (Malo, 2009). Así, el artículo 10:102¹⁸ presume la solidaridad contractual y la extracontractual en los apartados 1 y 2 respectivamente. Repite la misma idea el artículo 4:103¹⁹ el “Proyecto de Marco Común de Referencia” (*Draft Common Frame of Reference —DCFR—*) a cargo del *Study Group on a European Civil Code* del año 2009.

Asimismo, el *European Group on Tort Law* en el año 2005 publicó los “Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil” (*European Principles on Tort Law —EPTL—*). En ellos se establece a la solidaridad como regla general específicamente en materia de responsabilidad extracontractual, en el artículo 9:101(1), al señalar que “[l]a responsabilidad es solidaria si todo el daño sufrido por la víctima o una parte diferenciada del mismo es imputable a dos o más personas”.

Finalmente, en el año 2010, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado dicta los “Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales”, los cuales prescriben, en el artículo 11.1.2 que “[s]e presume la solidaridad cuando

¹⁸ “When solidary obligations arise (1) If several debtors are bound to render one and the same performance to a creditor under the same contract, they are solidarily liable, unless the contract or the law provides otherwise. (2) Solidary obligations also arise where several persons are liable for the same damage.- (3) The fact that the debtors are not liable on the same terms does not prevent their obligations from being solidary”.

¹⁹ “If the terms do not determine the question, the liability of two or more debtors to perform the same obligation is solidary. Liability is solidary in particular where two or more persons are liable for the same damage”.

varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario”²⁰. Estos principios tienen una especial importancia por su aplicación práctica en la toma de decisiones arbitrales y judiciales de comercio internacional (Pablo-Romero, 2014)²¹.

Como se ha podido apreciar de las propuestas enumeradas, la pluralidad de deudores está regulada de manera expresa y consolidan a la obligación solidaria como la regla general en los supuestos de pluralidad de deudores o coautores en su caso. Con ello, se refleja la tendencia a expandir la aplicación de la solidaridad que actualmente opera con cierta timidez en los códigos civiles más modernos.

CONCLUSIONES

Podemos afirmar que en las legislaciones europeas se observa una tendencia a expandir la aplicación de la obligación solidaria en el ámbito contractual, pero no se observa una tendencia a invertir el carácter excepcional de la solidaridad como regla general tal como lo hizo el Código Civil italiano.

Sin embargo, en los intentos de unificar tanto el derecho contractual como el derecho mercantil europeo, existe un claro indicio o llamado a revisar esta estricta regla. En consecuencia, es posible predecir que en el futuro, los derechos nacionales deberán acercar regulaciones a lo previsto en normas de alcance supranacional que son propias del siglo actual.

Creemos que se debe tener en consideración en los derechos nacionales latinoamericanos la evolución en el derecho europeo de la estricta regla de que la solidaridad no se presume. Entre otros aspectos, repensando el mismo principio del *favor debitoris* al igual que la exigencia expresa de la solidaridad y la limitación de la llamada “propagación de los efectos de la solidaridad”. Posiblemente, como herederos del Código de Napoleón, es atrevido sugerir de *lege ferenda* la inversión de la regla; aunque, al menos, se puede reconsiderar su estricta configuración siguiendo el ejemplo del *soft law* europeo.

²⁰ “(Presunción de solidaridad) Se presume la solidaridad cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario”.

²¹ Como resume Pablo-Romero (2014): “[v]arias son las razones del éxito de los Principios. En primer lugar, la flexibilidad a la hora de su aplicación; en segundo lugar, el lenguaje comprensible de su redacción y de utilización generalizada en la contratación internacional, y, por último, pero no menos importante, el hecho de que sus redactores no buscaran la perfección de un sistema inamovible, sino su más bien su utilidad práctica. Por otro lado, los Principios han sabido renovarse y adaptarse a lo largo de los años a las circunstancias de la contratación comercial, lo que sin duda ha beneficiado también la buena imagen de los Principios como un cuerpo normativo capaz de dar solución a una gran variedad de posibles conflictos” (p. 256).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Caffarena, J. (2002). La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen. En J. Caffarena y J. Ataz. (Coord.). *Las obligaciones solidarias: jornadas de derecho civil en Murcia* (pp. 15-71). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Camacho de los Ríos, F. (1998). El *favor debitoris* en la interpretación de los contratos, aproximación a un proceso de recepción del derecho común. En *Actas del II Congreso Iberoamericano de derecho romano* (pp. 449-459). Murcia, España: Universidad de Murcia.
- Castán, J. (1961). El "favor debitoris" en el derecho español. *Anuario de Derecho civil*, XIV (IV), 835-850.
- Catala, P. et. al. (2005). *Avant-Projet de réforme du Droit des obligations et du Droit de la prescription*. Recuperado de http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.
- Comisión Lando. (2003). *Principios de Derecho Contractual Europeo Parte III*. Recuperado de <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL.html>.
- Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil). (2009). *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Recuperado de <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader>.
- Comisión General de Codificación (Sección segunda de Derecho Mercantil). (2014). *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*. Recuperado de http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_C%3C%93DIGO_MERCANTIL__TEXTO_WEB%2C2.PDF.PDF.
- Díaz de Lezcano, I. (1997). *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, España: Marcial Pons.
- European Group on Tort Law. (2005). *Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil*. Recuperado de <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.
- Hernández, A. (1947). El principio de la no presunción de la solidaridad (tendencia hacia su crisis y delimitación). *Revista de Derecho Privado*, 359, 81-96.
- Instituto para la Unificación del Derecho Privado. (2010). *Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales*. Recuperado de <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.
- Malo, M. (2009). Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 713, 1419-1466.
- Martín, M. (2005). Líneas generales de los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil". *V Congreso nacional de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*. Universidad de Girona, Italia.
- Mendoza, P. (2015). *La obligación solidaria impropia*. Madrid, España: La Ley.
- Ministère de la Justice. (2015). *Projet d'Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Recuperado de http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.
- Moisset de Espanés, L. (2006). El "favor debitoris" y la demora judicial. *Derecho y Cambio social*, 8. Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista008/favor%20debitoris.htm>
- Momberg, R. (2015). La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 24, 121-142.
- Pablo-Romero, M.C. (2014). Avances en la aplicación de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6 (1), 253-268.
- Pérez Álvarez, M. (2007). En torno al criterio jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito contractual. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 697-718.

- Pothier, R. (1764). *Traité des Obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*. Paris, France: Chez Debure.
- Rogel, C. (2010). *Favor debitoris: análisis crítico*. Madrid, España: TEMIS.
- Study Group on a European Civil Code. (2009). *Draft Common Frame of Reference*. Recuperado de http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.
- Schötz, G.J. (2013). El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. *Ars Iuris Salmanticensis*, 1, 115-150.
- Vaquer, A. (2013). El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos. *Ars Iuris Salmanticensis*, 1, 93-115.
- Vázquez, A.J. (2014). La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión en Cuba. *Revista de Derecho Privado*, 27, 155-177.
- Vincent, J. (1939). L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 38, 601-683.