

Revista número 64/65. Año 1950

## Contenido de la relación solidaria

**Ramón López Domínguez**

Profesor titular de Derecho Civil II

### 1. Obligación simple

Cuando en una obligación el acreedor es *uno*, y el deudor también *uno*, su concepto y su comportamiento funcional no ofrecen dificultades de ninguna clase, porque su esencia no sale del marco estructural normal. La relación obligatoria es, entonces, el *vinculum juris* corriente, con sus naturales elementos: un sujeto acreedor, titular o dueño de la potestad activa (el crédito) y un sujeto deudor, titular o dueño de la potestad pasiva (la deuda).

Siendo uno el sujeto activo (acreedor) y uno el sujeto pasivo (deudor) la relación obligatoria da al primero la facultad de exigir al segundo el cumplimiento de la actividad prometida, y le impone el deber de no entorpecer el espontáneo cumplimiento que idóneamente quiera hacerle el deudor; y, por su parte, este, se impone el deber de cumplir dicha actividad prometida, y tiene la facultad de desobligarse tan pronto como idóneamente quiera hacerlo.

Esta idoneidad de cumplimiento, comprende, desde luego —conviene hacerlo notar—, el pago íntegro o total de la prestación como si la obligación fuera indivisible.<sup>(1)</sup>

Si hay resistencia, entorpecimiento, retardo, etc., la ley acude con efectos adecuados a fin de que la parte remisa, ordinariamente el deudor, cumpla con el deber jurídico que le impone la obligación y, subsidiariamente, indemnice el daño que su actitud cause a la otra.<sup>(2)</sup>

### 2. Obligación plural

Pero, cuando en vez de haber un solo sujeto hay en alguna o en ambas potestades de la obligación dos o más sujetos, es decir, cuando hay «pluralidad de sujetos», se altera, en cierto modo, la estructuración normal de la obligación, y, lógicamente, también su substancia y su funcionamiento, suscitándose, entonces, dificultades y problemas que el jurista tiene necesidad de explicar o determinar.

---

<sup>(1)</sup> artículo. 742 y 673 del Código Civil Argentino.

<sup>(2)</sup> La ley, generalmente, no se ocupa de los efectos de la obligación que podríamos llamar «conceptuales» o de mera doctrina; prevé únicamente efectos «accidentales» para el caso de violación del derecho, resistencia o reticencia del agente: artículo 505 del CC, si deliberadamente (dolo), artículos 506, 507; si involuntariamente (culpa), artículos 512, 511; si temporariamente (mora), artículos 509, 508, 510; si inimputablemente (caso fortuito), artículos 513, 514.

No son, desde luego, una novedad estas dificultades y problemas; vienen, algunos, desde el Derecho Romano, o del derecho intermedio y los más graves, quizás, del propio derecho moderno, sin que el empeño puesto por grandes maestros haya logrado hacer plena luz en ellos.

La pluralidad subjetiva, puede presentarse en forma disjunta (alternativa) o conjunta (en concurso, *concurso partes fiunt*).

En el primer caso, cuando es disjunta o alternativa, hay verdadera yuxtaposición de obligaciones en planos diferentes, —una en lugar de otra u otras—, bajo presupuestos subjetivos distintos y concebidas de tal modo que la actuación de una de ellas implica la eliminación automática de las demás.

En el segundo caso, cuando hay conjunción, la pluralidad cobra un sentido especial, trascendente, pues los sujetos que la integran actúan contemporáneamente en un mismo plano, todos a la vez.

La obligación así constituida se llama en nuestro derecho *obligación mancomunada*.

### 3. La obligación plural en nuestro derecho

El método usado por nuestro codificador ha sido, a este respecto, objeto de críticas.

Después de estudiar las Obligaciones «en general» lo hace con relación al «objeto» y, luego, con relación a las «personas», dedicando los dos últimos capítulos de la parte referente al objeto, a las obligaciones *divisibles e indivisibles*, separadamente, y los dos primeros títulos de la parte referente a las personas, a las obligaciones *simplemente mancomunadas* y *solidarias*, separadamente, también.

Se advierte que resultan así cuatro partes en vez de tres, como se ve en todos los códigos, y que, además, las disposiciones destinadas a reglar la obligación divisible son, en poco más o menos, las mismas de la obligación simplemente mancomunada, con evidente repetición de materia.

Teóricamente, sin embargo, el planteamiento del asunto guarda relación con la técnica mencionada, que, en principio, como tal, no es objetable; pero, prácticamente, conduce al efecto indicado, si al normativizar su contenido «con relación al sujeto», no se elimina la llamada obligación simplemente mancomunada.

En realidad, lo que pasa, es que el elemento clasificador utilizado es deficiente. No es la oposición de «objeto» y «sujeto» lo que aquí interesa sino, la actualización de la *pluralidad subjetiva* frente a la obligación misma. Es el método que sigue el Proyecto de 1936, como también el Código Civil de China, el Código Civil del Distrito Federal de México y el que siguen Windscheid, Planiol y Ripert, Besta y también Lafaille y De Gasperi.

### 4. Simple mancomunación

La regla que gobierna el funcionamiento de la obligación mancomunada es la llamada *regla de división*: la obligación, al contacto de la pluralidad, se divide, automáticamente, en tantas obligaciones, distintas y separadas, como sujetos integran la pluralidad. En realidad, solo aparentemente, hay una obligación, pues en verdad lo que hay es un haz de obligaciones distintas, independientes las unas de las otras, que se deshace o desgrana en el instante

mismo de quedar constituida la obligación;<sup>(3)</sup> y al fraccionarse esta en tantas obligaciones como sujetos actúan en ella, la titularidad del crédito y de la deuda se fracciona también desintegrándose en porciones subjetivas libres, autónomas, y la unicidad de la obligación queda automáticamente destruida.

Esta división subjetiva arrastra consigo, desde luego, el objeto y lo divide también en tantos fragmentos como partes subjetivas hay, activas o pasivas, o activas y pasivas a la vez; y de todo ello resulta que cada sujeto es acreedor o deudor solamente de su respectiva porción objetiva y titular exclusivo de su respectiva potestad: deuda y responsabilidad se concentran en él, activa y pasivamente, y la nueva obligación que así resulta para cada uno se comporta absolutamente como una obligación simple.

## 5. Solidaridad e indivisibilidad

La regla de división tiene, sin embargo, dos excepciones;<sup>(4)</sup> dos casos en los cuales la obligación no se divide: a) cuando la ley o las partes, así lo disponen (obligación solidaria); b) cuando la naturaleza de la prestación no permite que esta sea dividida a los fines de su cumplimiento (obligación indivisible).

La solidaridad y la indivisibilidad resultan así meras *modalidades* de la obligación mancomunada.

Siendo como es la solidaridad una excepción no apoyada en elemento objetivo, como lo es la indivisibilidad, requiere, desde luego, expresión clara e inequívoca en su fuente<sup>(5)</sup> y si esta es la convención, además, causa y forma congruentes con las del acto principal.

En nuestro derecho la obligación solidaria sigue, por lo demás, los delineamientos funcionales de la solidaridad romana, que después examinaremos.

El acreedor, o cada acreedor, puede exigir a cualquiera de los deudores el pago de la deuda, por entero o por solo la parte respectiva; y cualquiera de los deudores, a su vez, puede pagar al acreedor, o a cualquiera de los acreedores si no media prevención de alguno de ellos, la, deuda, con efecto extintivo para todos, total o parcial, aun si emplea medios supletorios de pago, u opone excepciones comunes o propias que afecten exclusivamente la obligación.<sup>(6)</sup>

Acreedores y deudores se comportan de esta manera, cada uno como dueño exclusivo de su respectiva potestad, y sus actos influyen substancialmente en la obligación hasta extinguirla, afectando a todos, salvo cuando se refieren a situaciones jurídicas exclusivamente personales suyas.<sup>(7)</sup>

<sup>(3)</sup> Giorgi, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I n. 72. Roma, 1906.

<sup>(4)</sup> Giorgi, G. (*op. cit.*) N° 79.

<sup>(5)</sup> artículo 701 CC.

<sup>(6)</sup> artículo. 705 y ss. CC.

<sup>(7)</sup> Pothier, *Traites des obligations*, n. 258 a 282. París, 1781.

Savigny, *Le droit des obligations*, parr. 16 y ss. París, 1873.

Windscheid, B., *Diritto delle Pandette* (Trad. de Fadda y Bensa), II, parr. 292 a 301, Torino, 1930.

Giorgi, G. (*op. cit.*) n. 68 a 224.

Van Wetter, *Curso elemental de derecho romano* (Trad. de Michelena), II parr. 333 a 336 y 340, Madrid, 1889.

Salleilles, R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, n. 112 a 129, París, 1914.

Stoffi, N., *Le obbligazioni in generale*, n. 26 a 69. Torino, 1932.

Ascoli, *Sulle obbligazioni solidali*, Roma, 1890.

Hartman, *Solidar- und Korrealobligationen nach schweizerischem Obligationenrecht*, 1886. Rodière, A., *De la solidarité et de*

## 6. La obligación solidaria en Roma

Los romanos admitieron siempre la posibilidad de diluir la potestad subjetiva de la obligación poniéndola en cabeza de varias personas. No vieron nunca inconveniente para que dos personas prometieran juntamente a otra una misma prestación; o una persona prometiera a dos juntamente la misma prestación; o para que se diera a un mismo pupilo, dos tutores; o el testador designara en su testamento dos albaceas; o una persona diera mandato, para un mismo asunto, a dos personas juntamente; o dos personas, juntamente, dieran mandato a otra para el mismo asunto.

En los textos romanos no aparece nombre especial dado a la obligación plural; para designarla emplean locuciones o perífrasis tales como *duobus reis constituendis*<sup>(8)</sup> o *duobus reis stipulandi*, o *duobus reis promittendi*<sup>(9)</sup>, y a veces *plures reis*, *dúos reis*, y en un solo texto, *correi*<sup>(10)</sup> de donde los primeros comentadores del derecho intermedio hicieron *correal*, *correalidad*, voces estas completamente extrañas al léxico del Derecho Romano, como lo es también la palabra *solidaridad*, de uso relativamente mucho más reciente (mediados del siglo XVIII). Pothier dice *solidad*, y también muchos autores del Derecho Italiano. En aquellos pueblos en que la vigencia del Derecho Romano perduró más, o llegó a tiempos que podríamos decir actuales, como en Alemania, 1900, ha seguido usándose la voz *correalidad*. En España, por una grave y a la vez rara desviación idiomática, se ha usado, en la ley y en la doctrina, la voz *mancomunidad* como sinónima de solidaridad.

Roma no dejó claramente expuesta una teoría completa de la relación solidaria. Pero su concepto fluye lo mismo a través de numerosos textos suficientemente explícitos que han dado a los intérpretes cuanto necesitaron para rehacer su contenido.

La solidaridad como instrumento jurídico, halló en la *stipulatio* su más adecuada forma de expresión, y es, sin duda, de su mecanismo simple y típico, que derivan, en buena parte, las características de esta especie obligacional.

Es su fuente principal y la más antigua. Es una forma de obligarse, de derecho quirritario, exclusiva, al principio, de ciudadanos romanos. La *stipulatio* se celebra en un solo acto principal, con la solemnidad *per aes et libram*, y la indefectible presencia de partes, pues es forma contractual verbal, *verbis*. El acreedor (*stipulandi*) pregunta al deudor (*promittendi*) —en este caso varios, *duobus reis*,— uno a uno, si promete la prestación que le indica (de ordinario, por lo menos en su origen, una suma de dinero, después extendióse a otras prestaciones) y luego recoge la respuesta de cada uno, o de todos juntos, pero referida, necesariamente, a *una misma y única, prestación (eadem pecunia, eadem species)*. La relación

*l'indivisibilité*, París, 1852.

Eiselen, *Correalität und Solidarität*, 1891.

Segré, *Le obbligazioni solidali*, Torino, 1922.

Albertario, E., *Le Obbligazioni* (Corso di diritto romano), Milano, 1936.

Betti, *L'efficacia stintiva della litis contestatio nelle obbligazioni solidali passive*, Camerino, 1917.

Borja Soriano, M., *Teoría general de las obligaciones*, n. 1468 a 1523. México, 1944. Puig Peña, F., *Teoría general de la Obligación* (Tratado de derecho civil español), I, pp. 37 y ss., Madrid, 1946.

Colagrosso, E., *Teoría generale delle obbligazioni e dei contratti*, n. 52 y ss. Roma, 1946. Huc, T., *Commentaire theorique et pratique du code civile*, París, 1894.

Marassi, L., *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1914.

<sup>(8)</sup> D. 45. 2.

<sup>(9)</sup> D. 45. 2. 3 pr. y 16. C. 8. 40.

<sup>(10)</sup> D. 33. 3. 3. 3.

solidaria quedaba establecida, sin otro nombre especial, como queda dicho, que el de *obligatio duo reis*, u otras locuciones análogas.

En el derecho antiguo esta forma común de obligarse exigió el empleo de palabras de ritual; pero durante todo el período clásico ya esto no era necesario; bastaba el empleo de palabras precisas y claras; podían las partes expresarse en griego, si lo entendían; pero un movimiento de cabeza, no bastaba, debía usarse palabras, porque la «*stipulatio*», era, precisamente, forma verbal de obligarse.

Morigerada un tanto la rigidez del derecho, la obligación pudo ser contraída solidariamente también por los *perigrini* en contratos consensuales de buena fe, pero siempre mediante *stipulatio*, aunque, entonces, sin la formalidad *per aes et libran*, que ya había quedado reducida, aun entre ciudadanos, y en pleno derecho clásico, a un mero símbolo, que concluyó por desaparecer totalmente, aceptándose, además, dejar constancia de la convención en un instrumento escrito (*cautio*) en el que llegó también a darse por realizada la *stipulatio* misma, cayéndose así, finalmente, a la forma escrita común, actual, más dúctil y maleable.

La prestación debía resultar, necesariamente, debida *in solidum*.<sup>(11)</sup>

Convencionalmente, de dos modos podía surgir la solidaridad por medio de estipulación: en acto originario, si como queda expresado todas las interrogaciones de una parte referidas a la promesa común de la otra formaban, en definitiva, un solo y mismo acto completo; o un acto accesorio posterior, si después de constituida por *stipulatio* una obligación (simple o plural), le seguía, para asegurarla y fortificarla, un nuevo contrato por palabras, distinto, aunque accesorio, con igual objeto, en el que interviniera de una parte el deudor o deudores anteriores y de la otra un nuevo acreedor adjunto del anterior o anteriores, llamado (*adstipulatur*); o el mismo acreedor o acreedores anteriores de una parte y de la otra, un nuevo deudor para responder del anterior, llamado *adspromissor* (o *sponsor*, *fidepromissor* o *fidejussor*). En el primer caso hay un solo acto y las partes contratantes reciben el nombre de *correi* o *conrei*,<sup>(12)</sup> que expresa *concursu* o cooperación, significativa de la natural idea de solidaridad, la cual, en definitiva no es más que un trasunto de defensa o de seguridad, tan lógicas y a menudo necesarias en el campo obligacional en que actúan los intereses económicos. En el segundo caso, hay un nuevo contrato que refuerza al anterior, dándole a la obligación mayor apoyo y seguridad.<sup>(13)</sup>

Pero la solidaridad puede también resultar de una disposición de última voluntad con oportunidad de un legado<sup>(14)</sup> y finalmente, puede resultar de la ley misma, como en el caso

<sup>(11)</sup> I. 3. 16 pr. y 1.

<sup>(12)</sup> En Derecho Romano la voz *reus* designó lo mismo el deudor que el acreedor, aunque más generalmente, el deudor de quien se exige el cumplimiento de la obligación.

<sup>(13)</sup> Ortolan, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano* (Trad. Pérez de Anaya), II p. 187. Madrid, 1896. artículo 2005 e. c. arg.

<sup>(14)</sup> D. 1. 8, 1 inic. D. 31. 11. 16.

de delito;<sup>(15)</sup> de los cotutores y curadores;<sup>(16)</sup> en los de comandantes,<sup>(17)</sup> comandatarios,<sup>(18)</sup> banqueros asociados<sup>(19)</sup> y, en este caso, aun tratándose de solidaridad activa.<sup>(20)</sup>

## 7. Especies de obligación solidaria. De la Glosa a Ribbentrop

Tan interesante institución jurídica despertó, a partir de los primeros comentaristas en el derecho intermedio, y continuó durante todo el tiempo que brilló la Escuela de la exegesis, un bien justificado afán por inquirir su verdadera esencia y su exacto contenido, analizando al efecto los numerosos textos dispersos en el *Corpus juris* y las sucesivas referencias de los autores que trataron la materia.

Pothier dejó expresada su tesis de la relación solidaria en los siguientes términos: *L'obligation solidaire est une, par rapport a la chose qui en fait l'objet, le sujet et la matiere; mais elle est composée d'autant de liens qu'il y a de personnes différents qui l'ont contractée.*<sup>(21)</sup>

La obligación solidaria es una pero contiene tantos lazos o vínculos, como sujetos actúan en ella activa o pasivamente. No pasó desapercibido sin embargo que, técnicamente, esta tesis encerraba una contradicción; era necesario darle una explicación.

Pothier halló práctico suponer que cada sujeto interviniente era deudor por su parte y fiador de los demás.<sup>(22)</sup> A esto se le llamó fianza recíproca. Era una explicación más concreta que la suministrada por la Glosa: cuando se habla de una *obligatio* se tiene en mira la deuda, es decir la identidad económica del objeto debido (activa o *pasivanete*) y cuando se habla de *plures obligationes* se mira la esencia misma de la obligación solidaria; con lo cual, como dice Alberti<sup>(23)</sup>, en realidad, el problema quedaba sin explicación.

Fue necesario intentarla por otros caminos.

Ya Dumoulin y Domat y el mismo Pothier habían observado que diferenciando las fuentes de solidaridad se daba con efectos distintos, pero no ahondaron mayormente el examen, ni dieron con nuevas soluciones.

Fue Keller<sup>(24)</sup> quien en las primeras décadas del siglo XIX, distinguiendo las fuentes, observó que no a todas las obligaciones *duo reis* alcanzaba el efecto procesal extintivo de la *litis contestatio*; que tal extinción ocurría en las surgidas de *stipulatio*, pero no cuando la solidaridad derivaba de otra fuente, de la ley, por ejemplo en los delitos, con la única salvedad de los casos comprendidos en la ley Furia durante los dos primeros años. Esta diferencia de efectos y de fuentes llevó a Keller a suponer dos especies de solidaridad: correal y simple solidaridad, o *in solidum*, o sin correalidad.

<sup>(15)</sup> C. 4. 8. 1.

<sup>(16)</sup> C. 5. 52. 2 inic.

<sup>(17)</sup> D. 17. 1. 59, 3.

<sup>(18)</sup> D. 17. 1. 60. 2.

<sup>(19)</sup> D. 2. 14. 25 pr. 25, 5.

<sup>(20)</sup> D. 2. 27 pr. inic.

<sup>(21)</sup> Pothier, *op. cit.*, n. 263.

<sup>(22)</sup> Pothier, *op. cit.*, n. 264.

<sup>(23)</sup> Alberti, A., *Le obbligazioni solidali sorgenti de stipulazione correaie nella dottrina del diritto intermedio*, p. 188. Torino. 1987.

<sup>(24)</sup> Keller, *Ueber Litiscontestatio und Urtheil nach classischem römischen Recht* (La litiscontestatio y la sentencia en el derecho clásico romano) parr. 50. Zurich. 1927.

Pero en realidad fué Ribbentrop,<sup>(25)</sup> quien poco tiempo después, haciendo suya la tesis decotómica de Keller, llegó tras un paciente análisis a separar y clasificar los numerosos textos romanos en los cuales la *litis contestatio* planteada por uno, producía efecto extintivo para todos. En estos casos, que llamó de obligación correal, la obligación aparecía en toda su verdadera y propia *unidad*; en cambio en todos aquellos casos en que la «litis contestatio» no producía tal efecto extintivo, negó a la obligación, igual carácter unitario, no viendo en ella más que una *pluralidad de obligaciones* meramente solidarias o «in solidum».

Este aporte verdaderamente técnico de Ribbentrop, creando una dogmática de incuestionable interés acerca de la esencia de la relación solidaria, daba al problema de la unidad de la obligación y pluralidad del vínculo un punto de apoyo concreto y definido, cualquiera que fuese su grado de acierto.

Esta doctrina hizo fortuna.

Fue una de esas doctrinas que, como ciertas palabras empleadas técnicamente, a veces al azar, cobran éxito y van de boca, en boca, de libro en libro, ganando en extensión y en matices, hasta diluirse tanto, que pierden todo contacto con la realidad; cobran formas de mito, se multiplican sus virtudes y, al final, su punto de partida, su concepto originario, queda tan lejos y tan indefinido, que se duda de su verdadero y exacto significado; hasta que viene la reacción: se analiza, se confronta, y la palabra o doctrina, pasa y se olvida.<sup>(26)</sup>

Los más renombrados juristas subscribieron la tesis de Keller y Ribbentrop: Pucheta, Fitting, Vangerow, Savigny, Leonhard, Baron, Brinz, Demangeat, Hölder, Mourlon, Stamler, Aubry y Ran, Enneccerus, etc., aunque cada uno acotándola a su modo, desde su particular punto de vista y a menudo no sin ciertas graves contradicciones.

Luego vino la reacción. Ya antes de finalizar el siglo XIX la crítica se había abierto camino y a pesar de la gran influencia de la estela de eximios juristas que la sostenían la polémica cobró mucho interés y al fin dejó un saldo, por cierto, decididamente contrario a ella.

Hartmann y Eisele en Alemania y Ascoli en Italia la atacaron, y uno a uno fueron sumándose nuevos impugnadores. El derecho actual tiene tendencia marcada al abandono total de aquella doctrina, estableciendo que la solidaridad, cualquiera que sea su fuente o sus matices de funcionamiento, o sus modalidades y circunstancias particulares atinentes, es siempre una, homogénea. La tesis actual más generalizada no admite división alguna de la obligación solidaria.

Comparten esta opinión, aunque a veces con argumentaciones muy diferentes, además de Hartmann, Eisele y Ascoli, Binder, Van Wetter, Maynz, Ortolán, Giorgi, Bonfante, Duchon, Costeco, Segré, Alberti, Colagrosso y entre nosotros Colmo y Lafaille.

La teoría de Keller y Ribbentrop llegó tarde para el Código Napoleón, pero su influencia fue, con todo, muy grande en la doctrina debido a la autoridad de los comentaristas que la acogieron y popularizaron.

Nuestro Código la ignora.

## 8. Naturaleza de la relación solidaria

Hasta Pothier la doctrina había seguido la tradición romana: unidad en la obligación, pluralidad en la relación subjetiva. La contradicción de estos presupuestos es más aparente

<sup>(25)</sup> Ribbentrop, *Zur Lehre den correalobligationen* (Teoría de las obligaciones correales), p. 39. Gottingen, 1831.

<sup>(26)</sup> Rops, D., citado por Bonecasse, *La pensée juridique française*, I n. 21. París, 1933.

que real. ¿Cómo podía ser *una* la obligación y *varios* los vínculos, siendo «obligación» y «vínculo», en suma, la misma cosa (*obligatio est juris vinculum...*)?

Pothier lo explica. Los sujetos son varios, porque pueden tener «qualités differentes»<sup>(27)</sup> y se apoya en Papiniano: *Et si maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio*. Pero esta cita debe leerse completa: «Cuando dos que estaban en *distintos lugares* se obligaron a hacer, y estipulé que me habían de dar alguna cantidad en Capua: se ha de dar a cada uno el tiempo que se regule necesario; pues aunque se obligaron por una misma causa, esto no obstante, la obligación es respecto de cada uno».<sup>(28)</sup> Que es como si se dijese: aunque la obligación es *una* y debe ser ejecutada por cada deudor, o con respecto a cada acreedor, «in toto et totaliter», es evidente que el hecho mismo del cumplimiento puede, y debe, lógicamente, acceder a la posición personal de cada sujeto, sin que haya de decirse por eso que tal circunstancia o accidente afecta la esencia o substancia de la obligación en cuanto al vínculo pluralmente contraído ni al objeto prometido *in solidum*.

Lo mismo ocurría en asunto de modalidades<sup>(29)</sup> que, como el lugar del pago, podían también ser distintas en unos y otros sujetos, sin que se desnaturalizara la unicidad de la obligación, porque estos accidentes no afectan elementos constitutivos de la misma.

Ribbentrop al bifurcar el concepto de obligación solidaria, estableció que la *obligación correal*, surgida de *stipulatio*, es *una y uno* el vínculo que liga los sujetos, a pesar de la pluralidad en que actúan y a pesar de los accidentes mencionados; pero que no ocurría lo mismo en la obligación *simplemente solidaria*, o *in solidum*, en la cual, hay tantas obligaciones distintas y separadas como sujetos deudores, no obstante deber todos la misma cosa y quedar extinguida por el pago que alguno de ellos haga al acreedor.

Se objetó, sin embargo, que también en la obligación correal romana hay pluralidad de obligaciones, aludiendo, con argumentaciones que sería largo y difuso reproducir, a la situación tradicional del problema a través de la Glosa y de Pothier.<sup>(30)</sup> Participaron de esta objeción entre otros, Rückert, Kunze, von Helmholtz, Fritz y Walner, estos dos últimos combinando la teoría de unidad con la pluralidad.<sup>(31)</sup>

Baron, sostiene que en la obligación solidaria hay pluralidad de obligaciones respecto de cada sujeto, y una obligación respecto de todos juntos. Siebenhaar, dice que las obligaciones varias de los sujetos, son al mismo tiempo una sola obligación. Hölder, que la obligación de uno es concebida como la obligación del otro. Hartmann, admite que la pluralidad de las obligaciones es la regla, pero que en ciertos casos hay unidad de obligación. Ryk, dice que hay pluralidad de obligaciones, pero que sus efectos se manifiestan como los de una obligación única con pluralidad de sujetos. Dernburg, sostiene que se trata de varias obligaciones reunidas en un mismo «vínculo jurídico».

<sup>(27)</sup> Pothier, *op. cit.* n. 263.

<sup>(28)</sup> D. 45. 9. 2.

<sup>(29)</sup> I. 3. 16. 2. artículo 702 c. c.

<sup>(30)</sup> Ver Alberti, A. *op. cit.*, p. 188. Pothier, *op. cit.*, n. 263.

<sup>(31)</sup> Ver Windscheid, B. *op. cit.*, parr. y nota 292.

De Gasteri, L. *Tratado de las obligaciones*, n. 830, Buenos Aires, 1946.

Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, n. 1125 nota 48, Buenos Aires, 1950.

Colmo, A., *De las obligaciones en general*, n. 527/8/9 y 533/4/5, Buenos Aires, 1928.

Besta, E., *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937.

López Domínguez, Ramón. *Obligaciones Solidarias en el Derecho civil argentino* (Tesis). Santa Fe, 1914.

Otros autores trataron de explicar el concepto de la relación solidaria oponiéndolo al de la obligación alternativa (Girtanner). Fitting ve la esencia de la obligación correal en la indeterminación que presenta hasta el instante de la reclamación. Windscheid, aunque reconoce que hay algo de cierto en esta opinión, en conclusión, no la acepta, y a nuestro juicio, con razón, pues como ya lo hemos advertido más arriba, en tanto que en la obligación alternativa las prestaciones, y los sujetos mismos, actúan en planos diferentes, uno en defecto del otro, hasta que la concentración de la obligación se produce por la elección, en la obligación solidaria los sujetos actúan *ab initio*, en un mismo plano y están de inmediato *in obligationen* conceptualmente, con abstracción absoluta de cualquier operación externa.

Brinz, finalmente, volviendo a la teoría que era tradicional al tiempo de proponer Ribbentrop su dogmática, dice que aun en la simple solidaridad hay unidad de obligación, pero, acepta a la vez, en alguna ocasión, la explicación, tan corriente en la exegesis francesa, de suponer representación de un sujeto por otro.

La doctrina francesa no ha participado con el mismo ardor que la germana en la dilucidación del problema de la unidad y pluralidad en materia de obligaciones solidarias. Le ha bastado mantenerse fiel a la tradición romana, seguida por el derecho intermedio hasta Pothier y persistir en su *teoría del mandato tácito*, originariamente suya, tan simple como es y tan arraigada como está, después de su larga y constante difusión desde los tiempos de Renusson<sup>(32)</sup>, contemporáneo de Domat (1625-1696), que la definió en estos términos: «Se presume que estando todos (los sujetos) ligados a la misma deuda y por una misma causa, se comunique entre ellos todo lo que les sea común, pues (acreedores o deudores) *son considerados como mandatarios respectivamente unos de otros*; y en cuanto a la respectiva obligación común, lo que se hace contra uno, se reputa hecho contra todos, siempre que sea para conservar la deuda y no para variar su naturaleza o aumentarla».

Pothier participó también de esta teoría, haciendo suya la fórmula de Dumoulin, y apoyando su propia concepción en la *fianza recíproca*, de tal modo que la relación solidaria resultaría contraída solamente *ad conversandam et perpetuandam obligationem, no autem ad augendam*.<sup>(33)</sup>

Toullier,<sup>(34)</sup> acogió con decisión y entusiasmo la explicación del mandato tácito y la exegesis, compartió con él ese mismo pensamiento, casi con unanimidad, aunque con numerosas variantes, a veces, notablemente ingeniosas, raras y en algunos casos contradictorias.

El propio Código Napoleón se hizo eco de esta idea o teoría a través de Pothier, y de los discursos de los Tribunales en el Cuerpo legislativo.<sup>(35)</sup>

La teoría cobró pleno auge en la doctrina francesa y en los autores que se inspiran en ella; pero en Alemania se la recibió con gran frialdad.

En nuestro Código no hay rastro aparente en su texto, aunque sí en las notas de los artículos 706, 708, 711, 714 y 853, en las cuales se hace mención de ella, aunque el hecho carece de toda importancia, pues revelan un mero trasplante de fuentes francesas, que no trascienden a las normas atinentes, las cuales más bien, prescinden de tal teoría, como en las sanciones de la culpa y de la mora.

<sup>(32)</sup> Renusson, *Traité de la subrogation*, VII. 27 y 31.

<sup>(33)</sup> Pothier, *op. cit.*, n. 273.

<sup>(34)</sup> Toullier, *Le droit civile française*, VI, n. 729. París, 1839.

<sup>(35)</sup> Mouricauld (Ver Loqué, *Legislation civile*, XII p. 564); Favart (Ver Fenet, *Travaux préparatoires*, XIII p. 33. Ver Duchon, *De l'idée de représentation dans la solidarité*, París, 1907).

Pero, en esta tesis, como en la anterior, también la reacción se hizo presente y se abrió camino la crítica, y tanto que no es aventurado afirmar que hoy la idea del mandato, como explicación de la relación solidaria a pesar de la influencia poderosa de los grandes maestros que la apoyaron, invocaron o defendieron, se bate en retirada. Le son contrarios Huc, Geny, y Binder; y una gran cantidad de autores, entre ellos Saleille, Colin y Capitán, Moreau, Barassi, Planiol y Ripert, Josserand, Baudry Lecantinerie y, entre nosotros, Colmo y Lafaille, están francamente contra ella o le oponen muy serios reparos.

Lo cierto es que, sin gran esfuerzo, es fácil arribar a la conclusión de que la idea del mandato tácito no explica concluyentemente la relación solidaria y que, por el contrario, nos aleja de sus fuentes originarias; y de su esencia, sin provecho alguno.

La idea del mandato, en efecto, es irreal, porque no es cierto que los codeudores, ni tampoco los coacreedores celebren ningún acuerdo, expreso ni tácito, por el cual se den mutuamente mandato para regir sus respectivos comportamientos frente a la obligación solidaria que contraen.

No es cierto, tampoco, que la ley presuma tal mandato, explícita ni implícitamente, ni siquiera como un efecto extensivo del mismo, ni mucho menos de otros institutos en los que se presenten efectos de índole parecida como por ejemplo la sociedad, fianza, depósito, comodato, subrogación, matrimonio, usufructo, condominio, etcétera.

No es, por lo demás, necesario que la ley establezca tal presunción ni tampoco las partes: la decisión de aquella o de estas, basta para que actúe por sí sola la relación solidaria.

En muchos casos, sería imposible esa presunción, como cuando se trata de obligaciones emergentes de delitos o de quasidelitos, porque la *ratio legis* sería evidentemente torpe, y en otros sería imposible la analogía: el mandato es revocable y, el que aquí se supondría no lo es; el mandato es renunciable, aquí no lo sería; el mandato se extingue por muerte del mandante o del mandatario, aquí no; el mandatario no responde de la inejecución de su mandante, aquí sí.

Parece además poco serio pensar en un mandato otorgado solo para lo provechoso o conveniente sin aceptar la contingencia de que pueda también actuar para lo que no lo sea. Y es ilógico pensar en un mandato, entre deudores, dado para perjudicarse en interés ajeno: para conservar o perpetuar la obligación (*ad conservandam et perpetuandam obligationem*).

Pero, sobre todo, es inútil e inocua la expresada idea porque en realidad, tal supuesto mandato tácito nada explica y ninguna luz arroja sobre el contenido de la relación solidaria, por lo menos, mejor ni más completa o más jurídica que la que sus fuentes originarias arrojan. En cambio desorienta, complica e induce al error.

Geny<sup>(36)</sup> llama a la idea del mandato tácito «teoría peligrosa». «A menudo, dice aludiendo a ella con motivo de su aplicación judicial, es dable ver cómo el procedimiento de las construcciones abstractas, cuando se olvida su carácter esencialmente subjetivo y maleable, puede llegar en cierto modo, a estereotiparlas mediante concepciones predeterminadas, inmutables, revestidas de falsa objetividad, que lejos de ensanchar y fecundar el campo de nuestra ciencia, lo retraen y lo esterilizan».

Geny elogia a Tissier, que la combate en una nota puesta al pie de un fallo de la Corte de Cesación de París que, en 1891, invocándola, casó una sentencia por violación de la ley.<sup>(37)</sup>

<sup>(36)</sup> Geny, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, n. 74. París, 1932.

<sup>(37)</sup> Sirey, 93. 1. 81-83.

Tissier y Geny se muestran contrarios a la decisión de la Corte de Casación, no precisamente por su grado de acierto o desacierto, ya que, acaso, pudo ser justa, pero por otros motivos; claman porque eleva a la jerarquía de principio de derecho la idea del mandato tácito, que es puramente doctrinaria, una mera hipótesis científica, y casa con él una sentencia por violación de la ley.<sup>[38]</sup>

## 9. En busca de una solución

Como se ve, el problema de la unicidad del vínculo sigue en pie, aunque un tanto desbrozado de inquietudes y aspectos confusos, hasta cierto punto, aclarados, que hacían difícil y hasta penoso todo intento de dilucidación definitiva.

Su estado actual, confiesa Windscheid, es poco confortante, y no hay perspectiva de que haya conciliación de opiniones.

Pero, no olvidemos que «lo inesperado debe ser siempre esperado por la ciencia».

Se trata de un fenómeno jurídico complejo, no obstante su aparente simplicidad; precisamente por eso y además por que palpita en él una realidad de actuación cotidiana, útil y a la vez dúctil, es apasionante en sumo grado.

Ser *una* la obligación y *varia*, al mismo tiempo la relación jurídica; sentir la realidad de su *unicidad* y ver el despliegue de *efectos unilaterales* múltiples que la actualizan, es motivo más que suficiente para incitar al jurista hacia la búsqueda de explicaciones, ya que «in jure, quod non aphet non est».

Pero esas explicaciones, toman formas y coloridos de lo más diversos, raros, caprichosos, ingeniosos; y cuando ya se cree haber dado con la solución, con apoyo de ratiocinios convincentes y paradigmas de evidente objetividad, un nuevo escollo, una nueva duda, obliga a volver al punto de partida.

¿Será que en este caso, como en muchos otros, la solución está, precisamente, en ese punto de partida, o próxima a él, en las fuentes mismas del concepto, en su sola estructura, en su esencia y en su finalidad?

Acaso es útil no olvidar que la idea de impedir la división de la prestación que forma el objeto de una obligación plural, no responde a más finalidades que las de comodidad y seguridad en su cumplimiento. Y que esas finalidades se cumplen verificando la prestación *in solidum* por entero, *toto et totaliter* y una sola vez. Y que es por eso que todos los acreedores, y cada uno de ellos, tienen derecho a la misma prestación; y todos los deudores, y cada uno de ellos, tienen el deber de pagar la misma prestación: *eadem pecunia, eadem res, eadem species*.

Que por eso cada acreedor, o cada deudor, aun sabiendo, respectivamente, que en las relaciones particulares con sus coacreedores o con sus codeudores, su derecho, o su débito, no es tan extenso, actúa lo mismo, cada uno como si fuese el dueño exclusivo y único del crédito o de la deuda, y, si es acreedor, elige el deudor a quien ha de reclamar el pago y le exige y percibe de él la prestación, toda entera o parcialmente, extinguiendo el crédito para todos; y, si es deudor, paga la prestación en especie o con medios supletorios de pago hasta extinguir la obligación, sin derecho a exigir cooperación de nadie y, en uno y otro caso, con abstracción completa de las acciones de ajuste, rendición de cuentas o regresivas,

---

<sup>[38]</sup> Baudry-Lacantinerie, *Precis*, II, n. 203. París, 1909.

porque son un evento extraño a la relación solidaria que, de ocurrir, será después de estar extinguida esta y, en su caso, con sujeción a las previsiones de la respectiva convención privada entre coacreedores o entre codeudores, o de la ley, pero desde luego extrañas a la naturaleza de la relación solidaria, a su fuente, estructura y funcionamiento.

Esto puede conducir a confirmar la unicidad de dicha relación jurídica como presupuesto conceptual y a demostrar que su contenido se explica pura y únicamente por sí mismo, como contenido *típico* o *sui generis*, sin acudir a equívocas comparaciones ni a contrastes o símiles artificiosos de ninguna clase y con el apoyo exclusivo de sus elementos estructurales que conducen a la misma conclusión: un sujeto activo titular del crédito y un sujeto pasivo titular de la deuda, que, en uno u otro caso, o en ambos a la vez, pueden serlo varias personas juntamente; además una prestación en el objeto como aspiración única del acreedor o de los coacreedores, o deber único del deudor o de los codeudores, y, percibida, o pagada, *in solidum*, una sola vez (*una res vertitur*, todo el *totaliter*, es decir, como *unum debitum*); además, una fuente (convención, última voluntad o la ley), y una causa que la respalda y explica cuando esa fuente no es la ley sino la voluntad particular.

Ya hemos visto, por lo demás, que la circunstancia de aparecer diluida la potestad obligacional en cabeza de varias personas no la desnaturaliza y que si las varias personas actúan juntamente y en un mismo plano, puede la pluralidad formando un solo haz ser el soporte idóneo de un derecho y de una obligación de decir de un vínculo jurídico.

El vínculo en este caso surge entre haz y haz si en ambas potestades hay pluralidad, y nada impide que como tal conserve ese vínculo la unidad con que se contrae, si al mismo tiempo la prestación, que hace su objeto y su fuente y su causa participan también de esa unidad.

Se ha objetado que, a menudo, concurren accidentes o circunstancias que minan esa doble unicidad; las modalidades, ciertos hechos personales y el lugar del pago y, además los efectos procesales extintivos de la *litis contestatio* que no se aplicaban a los casos de solidaridad que no fluían de *stipulatio* romana.

Sin embargo hoy la doctrina tiene hecho criterio definido al respecto y no ve en tales eventos sino meros accidentes o circunstancias, que no afectando los elementos estructurales de la relación jurídica, no alteran su nexo substancial, imprimiéndole, tan solo, aspectos, acentuaciones, particulares coloridos, pero extrínsecos siempre el vínculo mismo.

Efectivamente, en cuanto a modalidades, lugar del pago, y también ciertos hechos y situaciones exclusivamente atinentes a la persona de cada uno de los sujetos que componen la respectiva pluralidad, tales como la capacidad y los vicios del consentimiento, es indudable que se trata de accidentes o circunstancias que no trascienden a los elementos constitutivos, consubstanciales del vínculo obligatorio.

En cuanto al dolo, la culpa, y la mora, es notorio que son situaciones o estados jurídicos del sujeto a quien se imputan en razón de actos individuales frente al cumplimiento de la obligación, sin que, desde luego, lleguen a eximir a los demás de cumplir lo mismo la obligación.

Y como estas, otras situaciones derivadas también de hechos personales, que llegan o no a afectar a todos, según que trasciendan o no al nexo común de obligación, tales como prescripción, cosa juzgada, etcétera.

La insolvencia es, evidentemente, asunto extraño a la relación solidaria, posterior a ella. Lo que pasa después de cumplida una obligación es evidentemente, cosa ajena a la misma,

la cual ya no existe. El deudor que pagó, pagó lo que debía, lo que prometió pagar *in solidum* al acreedor; no tenía por qué contar con los demás. La repercusión de ese hecho en su patrimonio, o en el de terceros, como acto o derecho reflejo, es en definitiva, un asunto externo, propio de otra relación jurídica distinta, la de codeudores o coacreedores entre sí.

Y, finalmente, la *litis contestatio*, el escollo más serio en la posición tradicional del problema, en realidad, tampoco trasciende al aspecto conceptual o estructural del vínculo solidario. Se trata de un instituto procesal de explicable aplicación en Roma respecto de la obligación solidaria, no precisamente porque la esencia de esta lo exigiera como algo inherente a la relación misma, sino por el juego ordinario de *litis* y sentencia y por el concepto que se le asignaba como acto extintivo del derecho reclamado en justicia al quedar sustituido automáticamente por el derecho a la sentencia, y el correlativo deber de someterse a ella, como a una nueva fuente de derechos y de obligaciones, cualquiera que fuese su resultado.<sup>[99]</sup> Mal podía, de consiguiente, ejercitar de nuevo su derecho el acreedor, si ya no lo tenía, ni de otro modo reproducirlo su coacreedor, por aquello de que *bis de eadem rem, non est actio*.

Si Ribbentrop y los numerosos autores que compartieron su tesis fincaron en la *litis contestatio* su más serio argumento, fue porque su efecto extintivo no se producía en las llamadas obligaciones simplemente solidarias o *in solidum* y sí en la obligación correal por lo cual se pensó que mientras el vínculo solidario era *uno* en esta era *vario* en aquellas, generando tantos vínculos como sujetos hay en la obligación y dando, de este modo, pie bastante para bifurcar el concepto básico de solidaridad.

La doctrina lo advirtió observando los cambios y evolución del mencionado instituto procesal, y volviendo al tamiz del examen y de la investigación los textos y fuentes originarios de la *obligatio duobus reis*.

Pero entre tanto, la quiebra de esa teoría dejó, como ya lo hemos dicho, dos valiosas enseñanzas, que son a la vez un aliciente para continuar la búsqueda de una solución estable y de una explicación más convincente del problema que nos ocupa; una, la del maestro: la solidaridad *correal* (verdadera solidaridad para Ribbentrop) es *una* como obligación y *uno* el vínculo que genera; y otra, la de la reacción suscitada en la doctrina por dicha teoría: no hay especies distintas de solidaridad, esta es una, homogénea.

---

<sup>[99]</sup> Savigny, *op. cit.* p. 160. Es posible ver en este efecto de la *litis contestatio* romana, y en la cita precedente, el antecedente del artículo 700 de nuestro CC en cuanto hace de la sentencia una fuente de solidaridad.