

Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común

MANUEL ALBALADEJO
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. Mancomunidad, regla, y solidaridad, excepción, en las obligaciones en general.—1. Presunción de mancomunidad.—2. Establecimiento de solidaridad.—3. Sentido de haberla establecido "expresamente".—4. Obligaciones *ex voluntate* y *ex lege*.—11. A las obligaciones procedentes de culpa extracontractual, ¿se les aplica el principio de que la mancomunidad es regla?—A) Planteamiento de la cuestión.—5. Obligaciones procedentes de culpa extracontractual.—6. No hay precepto explícito que establezca la solidaridad. 7. Posibles caminos para entender acogida la solidaridad.—8. Argumentos contra la afirmación de que la regla de mancomunidad alcanza sólo a las obligaciones voluntarias.—B) Algunas legislaciones extranjeras.—9. Que establecen la solidaridad como excepción para el caso en estudio.—10. Que acogen como regla la solidaridad pasiva.—C) Nuestra jurisprudencia.—11. Fallos recaídos sobre el caso en estudio:—a) En favor de la solidaridad.—11 bis. Sentencia de 23 de diciembre de 1903—12. Sentencia de 2 de marzo de 1915.—13. Sentencia de 25 de marzo de 1957.—14. Sentencia de 20 de mayo de 1959. b) En favor de la mancomunidad.—15. Sentencia de 23 de marzo de 1921.—16. Sentencia de 21 de junio de 1946.—17. Sentencia de 29 de febrero de 1959. c) Conclusión sobre la jurisprudencia.—18. Disparidad en los fallos.—D) Nuestra doctrina.—19. Opiniones en favor de la solidaridad.—19 bis. Opiniones indecisas.—20. Opiniones en favor de la mancomunidad.—E) Argumentos en pro de la solidaridad.—21. Enumeración de los mismos.—F) Refutación de los mismos.—22. Inexactitud de que la presunción de no solidaridad se reduzca a las obligaciones contractuales.—23. Improcedencia de aplicar por analogía la solidaridad dispuesta en el Código penal para los civilmente responsables de un hecho punible.—24. El argumento de que la solidaridad de los responsables asegura más firmemente el resarcimiento.—25. El argumento de que la solidaridad viene exigida por la naturaleza de la obligación de resarcimiento, en cuanto que cada uno de los que contribuyeron a la producción del daño es responsable de su totalidad.—G) Argumentos en pro de la mancomunidad.—26. Argumentos en pro de la mancomunidad.—III. La mancomunidad rige en caso de pluralidad de obligados por casos de responsabilidad objetiva.—27. Mancomunidad de los responsables objetivos.—28. Argumentos en pro de la mancomunidad.—29. Doctrina sobre Derechos extranjeros.—30. Algunos Códigos que acogen expresamente la mancomunidad en caso de responsabilidad objetiva.—31. Responsabilidad por presunción de culpa.—

IV. Fijación de la parte que corresponde a cada responsable.—32. Preliminar. A) Casos sin dificultad.—33. Casos sin dificultad.—34. Principio para el caso de indemnización en supuestos de responsabilidad objetiva.—B) Casos con dificultad.—35. Casos en que la culpa de los diversos causantes es de diferente gravedad o importancia en orden a la producción del daño.—36. Casos en que conocido el daño y sus causantes se ignore la parte atribuible a cada uno.

I

MANCOMUNIDAD, REGLA, Y SOLIDARIDAD, EXCEPCION, EN LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

1. *Presunción de mancomunidad.*—El artículo 1.137 del C. c. dice: “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 solidaridad”. Y el 1.138: “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”.

En esos artículos se acoge el principio de que la regla es la mancomunidad, y la excepción, la solidaridad. Razón por la que ésta sólo se da cuando se halle establecida por la voluntad de las partes o por la ley.

Sin duda, que en dichos artículos se quiso adoptar el criterio contenido, para el Derecho anterior al Código, en la Novísima Recopilación (10, 1, 10) (1), que deseó sentar y dejar clara definitivamente esa afirmación de: mancomunidad, regla; solidaridad, excepción.

Si hablar de “regla” y “excepción” parece terminología no exactamente adecuada, puede igualmente expresarse la misma idea que pretende exponer, diciendo que “se presume” la mancomunidad, mientras que no se prueba haberse establecido la solidaridad.

2. *Establecimiento de solidaridad.*—El establecimiento de la solidaridad puede hacerse de cualquier forma, expresa o tácita. Basta

(*) En este trabajo me refiero realmente, no sólo a la responsabilidad de varios por acto ilícito común, sino también a la responsabilidad objetiva de varios cuando, por ejemplo, son conductores de la cosa que causa el daño.

El problema que se trata de examinar es el de si los deudores (obligados a reparar el daño) son solidarios o mancomunados.

Ahora bien; las soluciones obtenidas lo son como regla; no he entrado, pues, en cualesquiera casos singulares que tengan o puedan tener en el futuro una regulación especial. A tales casos es obvio que se aplicará la solidaridad o mancomunidad, según dispongan los preceptos especiales que los regulen. Pero es, asimismo, obvio, que si estos preceptos, aun existiendo, no se refieren a la cuestión de la solidaridad o mancomunidad en la responsabilidad, entonces se aplica la regla cuyo esclarecimiento pretende este trabajo.

(1) Cfr. GUTIÉRREZ: *Códigos*, 2.^a ed., IV, Madrid, 1871, pág. 96.

con que, en el caso de que se trate, *efectivamente* exista voluntad de las partes (o, en general, de la fuente de la obligación; así voluntad del testador, si aquélla se instituye en testamento) de quererla, o con que una interpretación adecuada de la ley lleve a la conclusión de que, para aquel caso, su espíritu la dispone por excepción.

Esto se deduce de la propia doctrina sobre interpretación de las normas: aquello de que, en principio, lo que importa, cuando los particulares tienen autonomía para regular sus relaciones jurídicas, es su verdadera voluntad.

3. *Sentido de haberla establecido "expresamente"*.—Sin embargo, para que haya obligación solidaria se requiere, según hemos visto que dispone el artículo 1.137, *in fine*, que "la obligación *expresamente* lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria". Y, a tenor del 1.138, principio, la solidaridad "ha de resultar *del texto* de la obligación".

Ahora bien, el haber sido "establecida *expresamente*" es frase que en la terminología de nuestro Código significa, como tantas veces—y ésta es una de ellas—, no que la solidaridad se instituya mediante una cláusula explícita, o bien a través de un fragmento de la declaración de voluntad que precisamente tenga por fin instituir la, sino sólo que *no se presume*, o sea, que hace falta que *realmente* haya sido querida, es decir, que—según una adecuada interpretación—se deduzca que *efectivamente* (y aún no manifestada de forma *expresa*) hubo voluntad de solidaridad.

Así, pues, basta para que una obligación sea solidaria que, como excepción a la regla de mancomunidad, haya sido *verdaderamente* querida como solidaria (1 bis) por los interesados o por la ley.

(1 bis) El sentido que hemos dado a "*expresamente*", se prueba por diferentes medios:

1.º Desde luego—y en eso no hay duda, y lo admiten doctrina y jurisprudencia—, ni aun interpretando en la forma más rigurosa el término "*expresamente*", puede entenderse que signifique que se haya de haber empleado el vocablo "solidaria" para referirse a la obligación (véase para todo HERNÁNDEZ GIL: *El principio de la no presunción de la solidaridad*, en *R. D. P.*, 1947, págs. 90 y 91). Evidentemente, basta haber querido el concepto de poder exigir los acreedores el todo (solidaridad activa) o tener deber de pagar los deudores el todo (solidaridad pasiva). Con ello es suficiente, aun sin haberse hablado de "solidaridad". Y es más, incluso habiendo utilizado este término, es también evidente que si, por otras circunstancias, queda claro que el espíritu de quien lo manejó sin exacta idea de su sentido jurídico, fué de no conceder a cada uno derecho al todo o de no imponer obligación del todo, la obligación no será solidaria.

2.º Pero, además, es claro que, como se demuestra en muchos artículos de nuestro Código, el legislador utiliza los términos "expreso" y "expresamente" con variedad de significados. Tales como: *efectivamente*, *no de forma presunta*, *específicamente*, de forma *explícita*, *verdaderamente*, etc. Por ejemplo, cfr. artículos 463, 476, 901, 905, 1.090, 1.100, 1.153, 1.169, 1.508, 1.610, 1.755, 1.767, 1.768, 1.827, etc.

En el caso actual de solidaridad "expresa", cabe decir lo mismo que para un supuesto de albaceazgo en el que jugaba el artículo 901 ("Los albaceas tendrán todas las facultades que *expresamente* les haya conferido el testador..."), dice el T. S. —sentencia de 19 de junio de 1958—: "...que *expresamente* se hayan conferido por el testador al albacea esas facultades, adverbio de modo

4. *Obligaciones ex voluntate y ex lege*.—Cuando se trate de una obligación *ex voluntate*, los interesados pueden derogar, para el caso que sea, la regla legal de mancomunidad, o bien la propia ley puede establecer que, excepcionalmente, en ciertos casos, la obligación sea solidaria (así, arts. 1.731, 1.748); aunque, naturalmente (a menos que se trate de precepto cogente), se entiende que los interesados pueden pactar lo contrario (querer la mancomunidad en el caso en que excepcionalmente la ley dispuso la solidaridad). Así, pues, en obligaciones *ex voluntate* la solidaridad puede ser establecida por los interesados o por la ley. Pero en obligaciones *ex lege*, es claro que—en principio—será la ley la que haya de establecer la repetida solidaridad (2).

que, si bien en su rigor literal, parece excluir toda interpretación de la que se deduzca alguna facultad por virtud de la que tácitamente se deba entender conferida, una recta inteligencia de este precepto hace preciso admitir que lo que quiso decir es que no se excluyan aquellas facultades que clara y verdaderamente resulten conferidas a los albaceas, no sólo por la letra y modo expreso del testamento, sino también por una correcta interpretación del mismo”.

En conclusión, el término “expresamente”, utilizado en el artículo 1.137, no tiene el sentido riguroso que corresponde literalmente a este vocáblo (cfr. mi *Negocio jurídico*, Barcelona, 1958, núm. 55), sino que, como se ha señalado en el texto, quiere significar que realmente la solidaridad haya sido querida por los interesados o establecida por la ley. Véase HERNÁNDEZ GIL, págs. 91 y ss., para citas de nuestra doctrina sobre el particular y de la jurisprudencia, en que se apoya la afirmación que he hecho. Con posterioridad al trabajo de HERNÁNDEZ GIL, el T. S. ha seguido manteniendo el mismo criterio. En algunas sentencias se continúa exigiendo literalmente el establecimiento *expreso* de la solidaridad, pero ello no por pretender rectificar la jurisprudencia anterior, sino por reproducir en términos generales la letra del artículo 1.137, sin que realmente trate el T. S. de tomar ahora el término “expreso” en su acepción rigurosa (cfr., por ejemplo, las de 14 de diciembre de 1945 y de 28 de marzo de 1949). Pero en otras muchas se insiste, de nuevo, en que basta que conste la *voluntad de solidaridad*. Así, las de 22 de marzo de 1950, 12 de noviembre de 1955, 23 de junio de 1956, 19 de febrero de 1959, 2 de junio de 1960 y 23 de febrero de 1962. Dice la penúltima: “Que es doctrina de esta Sala, proclamada en decisiones constantes, que para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar de tal expresión: si de su texto, según la excepción con que se inicia el artículo 1.138 del C. c., se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fué la de crear una unidad en la obligación, y la responsabilidad “*in solidum de los cointeresados*”. Y la última, desecha que en el caso discutido hubiese solidaridad activa porque no “aparece evidente la voluntad de los contratantes de poder pedir íntegramente las cosas objeto de la obligación”.

Si no hubiese quedado ya hace tiempo claro el espíritu de la jurisprudencia, bastarían esos fallos para borrar toda duda de que para el T. S. la solidaridad existe cuando, de cualquier forma, es establecida, con tal de que efectivamente pueda deducirse así mediante las reglas de interpretación.

(2) Salvo los insólitos casos de que, una vez nacida la obligación *ex lege*, los interesados acuerden sea solidaria, o que dichos interesados tengan establecido de antemano que si entre ellos llegan a nacer ciertas obligaciones *ex lege* (interviniendo varios deudores o acreedores), sean solidarias.

II

A LAS OBLIGACIONES PROCEDENTES DE CULPA EXTRA-
CONTRACTUAL, ¿SE LES APLICA EL PRINCIPIO DE QUE
LA MANCOMUNIDAD ES REGLA?

A) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

5. *Obligaciones procedentes de culpa extracontractual.*—En el caso de la obligación procedente de culpa extracontractual (art. 1.902) nos encontramos ante una obligación *ex lege*. Y, si son varios los que realizaron culpable o negligentemente la acción u omisión dañosa, ¿quedan obligados a indemnizar mancomunada o solidariamente?

6. *No hay precepto explícito que establezca la solidaridad.*—En ningún precepto explícito establece la Ley la solidaridad para este caso. *Prima facie*, pues, hay que pensar que, frente al lesionado, los culpables quedan obligados solo mancomunadamente.

7. *Posibles caminos para entender acogida la solidaridad.*—Ahora bien:

1.º Sin salirnos de la doctrina, ya sentada, de que la mancomunidad es regla, y la solidaridad excepción, ¿cabe quizás todavía, mediante interpretación, llegar a la conclusión de que en el caso en estudio hay solidaridad, porque, en el mismo, aun no dispuesto de forma explícita, tal ha sido, sin embargo, el espíritu de la ley? Y, si ello no es posible, ¿cabría obtener la conclusión de que hay solidaridad porque viniera impuesta por la naturaleza de la obligación? Sobre ambos puntos, luego volveremos.

2.º Saliéndonos de la doctrina de que la mancomunidad es la regla, podría afirmarse que no lo es en absoluto, o que, aunque lo sea para las obligaciones voluntarias, no lo es, sin embargo, para las legales, y que no alcanza a las procedentes de acto ilícito.

8. *Argumentos contra la afirmación de que la regla de mancomunidad alcanza sólo a las obligaciones voluntarias.*—Mas, en mi opinión, para nuestro Derecho no puede afirmarse que la mancomunidad no sea regla sino para ciertas obligaciones. Pues diferentemente lo es, en general, para cualquier clase de obligaciones, voluntarias o legales. Ese es el espíritu del artículo 1.137 y del 1.138.

Que lo sea para las voluntarias, no ofrece duda.

Que lo sea para las legales, tampoco la ofrece, según creo, va que incluso para estas tiene que haber una regla que rija en defecto de que la ley establezca excepción (3). Y esa regla, aun no estando establecida para las obligaciones legales, porque —admitámoslo a los solos

(3) Que tiene que haber una regla, se sigue de la propia naturaleza de las cosas. Pues no es que se trate de que exista para imponerse a nadie contra su voluntad, sino para aplicarse a los casos en que falta otra regulación. Es, pues, sólo un criterio legal que se utiliza en defecto de todo otro. O, si se quiere, es un sistema que se sigue mientras que no conste que ha sido querido otro.

Eso y no otra cosa, es lo que, significa "presunción" de mancomunidad, o que "en caso de duda" se aplica la mancomunidad (cfr. *B. G. B.*, § 420).

efectos de razonamiento— los artículos 1.137 y 1.138 no se hubiesen dictado para ellas, habrá que buscarla en las fuentes jurídicas supletorias (art. 0: costumbre y principios generales del Derecho), y parece que el principio de mancomunidad, acogido en los repetidos 1.137 y 1.138, serviría como tal fuente supletoria para ser aplicado a las también repetidas obligaciones legales.

B) ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

9. *Que establecen la solidaridad como excepción para el caso en estudio.*—Para bastantes legislaciones extranjeras hay que afirmar que los autores de un acto ilícito quedan obligados solidariamente a reparar el daño causado.

En unas ocurre que, aun no habiendo sido adoptada como regla la solidaridad pasiva (4), sin embargo, entre los casos en que esta es acogida excepcionalmente, está el de culpa extracontractual. Así: En la alemana (5), § 840, 1.º: “Si varias personas son responsables conjuntamente por los daños causados por un acto ilícito... responden como deudores solidarios.” En la suiza (art. 50, 1.º): “Cuando varios han causado juntos un daño, están obligados solidariamente a repararlo.” En la italiana de 1865 (art. 1.156): “Si el delito o cuasidelito es imputable a varias personas, éstas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño ocasionado.” En la chilena (art. 2.317): “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2.323 y 2.328.” En la salvadoreña (art. 2.068): “Si un delito, cuasidelito o falta ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2.074 y 2.079.” En la argentina (art. 1.081): “La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos

Es decir, no se puede mantener la tesis de que no es que un Ordenamiento acepte como regla la mancomunidad o la solidaridad, y la otra como excepción, sino que sin regla previa alguna que acoja una u otra, hay que ver en cada caso—según las normas de interpretación—cuál es la que se adopta en él.

Semejante punto de vista es falso, ya que pudiendo faltar en cualesquiera de los casos concretos pensables una efectiva regulación de esa cuestión, y aun pudiendo ser imposible obtener de los datos que concurren, cuál habría sido la hipotética voluntad aplicable, es, sin embargo, preciso siempre obtener del Ordenamiento jurídico una respuesta a la pregunta: ¿Siendo los deudores o acreedores varios, y a falta de datos sobre el particular, en el caso concreto, se debe o se puede exigir el todo a cada o por cada uno, o sólo una parte?

Pues bien, esa respuesta contiene la regla: si el todo, solidariamente; si una parte, mancomunidad.

(4) La activa no nos importa a este estudio.

(5) La regla general del *B. G. B.* es mancomunidad (§ 420). Para las obligaciones contractuales, se establece, en principio, la solidaridad (§ 427). Pero siendo, la procedente de acto ilícito, obligación extracontractual, se le aplicaría aquella regla, si, como se señala a continuación en el texto, no estuviese exceptuada.

los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal." E igualmente en la francesa, en la que aunque el artículo 1.202 dispone que: "La solidaridad no se presume: es preciso que sea estipulada expresamente. Esta regla no se aplica en los casos en los que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho, en virtud de disposición de la ley", y aunque falta un texto legal que la establezca explícitamente para el caso de culpa extracontractual, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia vienen entendiendo que en él el espíritu de la ley es acogerla (6).

(6) Salvo algunas opiniones, principalmente de autores del pasado siglo, en contra, como LAURENT: *Principes de Droit civil français*, 3.^a ed., XVII, número 319 y sgs.; TOULLIER, ZACCHARIAE y DURANTON (citas en DRAKIDES, pág. 67). Pero también, de algunos modernos: así, DEREUX: *De la réparation due par l'auteur d'une faute seule des fautes dont le concours a causé un préjudice, en Revue trimestrielle de Droit civil*, 1944, págs. 155 y sgs.

La tesis de la solidaridad se remonta a una antigua jurisprudencia en ese sentido y a que ya POTHIER: *Des obligations* (en *Oeuvres*, ed. 1825, tomo I), número 268 había dicho que los que han "concurrido a un delito civil, están todos obligados solidariamente a la reparación. No pueden oponer ninguna excepción... de división, siendo indignos de ella".

Sin embargo, no hay acuerdo sobre si realmente se trata de solidaridad, o más bien de una obligación *in solidum*, figura distinta (aunque dentro de la división genérica de las obligaciones en mancomunadas y solidarias, perteneciese a esta categoría). Parece que en este sentido se orienta actualmente tanto la jurisprudencia como la doctrina. Pero, a nuestros efectos, la cuestión es irrelevante. No importa aquí sino que no es estimada la existencia de mancomunidad. Por lo demás, prescindimos de entrar a ver si verdaderamente existe esa diferencia entre obligación solidaria y obligación *in solidum*, o si se trata de algo que en el fondo es análogo a una repetición de la vieja cuestión sobre solidaridad y correalidad, y que en definitiva se ha planteado como camino para, respetando el texto legal—art. 1.202, según el que la solidaridad no se presume—, sin embargo, evitar la mancomunidad a base de decir que ciertamente la obligación solidaria estará (a falta de haber sido establecida excepcionalmente) excluida por aquél, pero no la *in solidum*.

Por la solidaridad: JOSSEKAND: *Cours de Droit civil*, 2.^a ed., II, núm. 785; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, 4.^a ed., II, números 1.035 y sgs.; COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil*, traducción española, 3.^a ed., III, pág. 427 y sgs. En la décima edición francesa de esta obra, por Julliot de la Morandière, II, número 694, se dice, refiriéndose a que los fallos jurisprudenciales más recientes hablan de obligación *in solidum*, en vez de solidaria, que se trata de "variantes de la misma idea". LALOU: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5.^a ed., París, 1955, números 101 y sgs.

Por la obligación *in solidum*: DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon*, 4.^a ed., XXVI, números 293 y sgs.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Delle obbligazioni* (en la trad. italiana del *Traité* de Baudry-Lacantinerie), II, números 1.298 y sgs.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN: *Les obligations* (tomo VI del *Traité pratique* de Planiol, y Ripert, 2.^a ed.), números 685 y sgs.; MARTY y RAYNAUD: *Droit civil*, II, primer volumen, *Les obligations*, París, 1962, número 784; MAZEAUD (II. y I.): *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., II, números 1.958 y sgs.; VINCENT: *Extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive*, en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1939, págs. 601 y sgs., principalmente págs. 667 y sgs.

Más extensamente tratada la cuestión que nos ocupa, en: DRAKIDES: *Du principe en vertu duquel la solidarité ne se presume pas*, París, 1939, capítulo VIII, págs. 65 y sgs.; FRANÇAIS: *De la distinction entre obligation solidaire*

10. *Que acogen como regla la solidaridad pasiva.*—En otras legislaciones acontece que, por adoptarse la regla de solidaridad pasiva, ésta es aplicable al caso de culpa extracontractual. Así, en el Código italiano de 1942, cuyo artículo 1.294 dispone que: "Los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o del título no resulta otra cosa." Presupuesto ese artículo, es inútil que el 2.055, 1.º, diga, tratando de los hechos ilícitos, que: "Si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño."

C) NUESTRA JURISPRUDENCIA

11. *Fallos recaídos sobre el caso en estudio.*—Por lo que respecta a nuestro Derecho, la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el particular:

a) *En favor de la solidaridad*

11 bis. *Sentencia de 23 de diciembre de 1903.*—La sentencia de 23 de diciembre de 1903, dictada para una hipótesis no exactamente del caso en estudio, pero que contiene razonamientos válidos para él, se decide por la solidaridad. Se trataba de que dos personas recibieron de una entidad bienes, no todos los cuales les pertenecían. Entrega que fué hecha por error o negligencia. Y entiende el T. S. que la obligación de reintegrar recae solidariamente sobre los que recibieron lo indebido, porque: "El principio de nuestra legislación tradicional, consagrado nuevamente por los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, de que la obligación única contraída a cargo de varios deudores o en beneficio de varios acreedores, es mancomunada cuando expresamente no se pacta la solidaridad, no es aplicable al presente caso, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico, consistente en el cobro de lo indebido, impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable, sustiayéndole de las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse, contingencias que deben recaer, en todo caso, sobre los que se aprovecharon del error ajeno" (6 bis).

12. *Sentencia de 2 de marzo de 1915.*—Otra sentencia de 2 de marzo de 1915 condena solidariamente a varios concejales de un Ayuntamiento a resarcir daños y perjuicios por la destitución ilegal que de

et obligation in solidum, París, 1936, capítulo VI, págs. 87 y sgs. Para la doctrina y jurisprudencia belga, BOULLENNE: *La responsabilité civile extracontractuelle devant l'évolution du Droit*, Bruxelles, 1947, título XI, págs. 207 y sgs.

(6 bis) En Francia, como hemos visto, generalmente se estima que es solidaria la responsabilidad por acto ilícito, pero no ocurre así en cuanto a los cuasicontratos. Aunque la cuestión es discutida, una opinión se inclina a que en éstos la responsabilidad sea mancomunada. Cfr. para todo, DRAKIDES, *Du principe en vertu duquel la solidarité ne se presume pas*, París, 1939, páginas 141 y 142.

un funcionario municipal se llevó a cabo por acuerdo (ilícito) de los mismos.

13. *Sentencia de 25 de marzo de 1957.*—Otra sentencia de 25 de marzo de 1957, también se decide por la solidaridad. Se trataba de perjuicios causados por una liquidación de sociedad conyugal y partición hereditaria, perjuicios de los que se estima responsables conjuntamente al cónyuge viudo y al defensor judicial de los menores herederos del cónyuge difunto, declarándose que deben resarcirlos solidariamente. Dice la sentencia: “Que en el segundo motivo del propio recurso, se impugna la solidaridad proclamada en el fallo contra el recurrente, defensor judicial, y el rebelde, padre de la demandante, por estimar a ambos responsables de los daños y perjuicios a ésta ocasionados, alegando como argumento capital, que aquélla sólo se da cuando expresamente se pacta o la Ley le impone, invocando en su apoyo los artículos 1.090, 1.101, 1.137 y 1.138 del Código civil, en los cuales no se sabe si se apoya la aludida sentencia, que omite toda fundamentación sobre el particular; pero al discriminar esta Sala, a los fines de este motivo, la naturaleza de las obligaciones que a ambos incumben, la infracción de éstas (cometidas o no) y la causa de la responsabilidad e imputabilidad correspondiente también a cada uno de ellos, conforme a la sentencia, resulta: primero, que se declara la nulidad de unas particiones por la nulidad del nombramiento de defensor, imputable al padre porque omitió parientes cercanos que conforme a la ley debieron serlo y no lo fueron por un fraude de ley; segundo, consecuencia de esta nulidad debieron practicarse nuevamente aquellas particiones, mas como el padre dispuso en favor de extraños de los bienes que debían ser su objeto, y estos no pueden ser aportados a la masa, debe sustituirlos el propio padre con el importe de su valor, razonándose la condena en la parte que corresponde a la demandante y fijando cuantitativamente los daños causados, imputabilidad que sólo alcanza al repetido padre que los enajenó, seguramente en fraude de sus hijos, lo que no podría hacer sin la previa aprobación particional por el defensor; tercero, que aquellas particiones eran un despojo de los hijos, aprobadas con evidente falta de diligencia del defensor, que prestó su incorrecto consentimiento a las mismas, causante de un daño a la reclamante que se identifica con el imputado al padre; ahora bien, como se desprende de lo expuesto, ambos vienen condenados por distintos motivos, cada uno por sí solo productor del daño, y, por tanto, los dos, por razón de causalidad y de responsabilidad, obligados a repararlo totalmente, en satisfacción del derecho correlativo del acreedor, la actora, de obtener de cualquiera de ellos la reparación íntegra de aquél, o sea que por separado conjuntamente han de pagarlo en total, sin pérdida alguna para ésta, lo cual desemboca en una situación de solidaridad, ya que los actos distintos a cada uno imputables respectivamente y de por sí cualquiera de ellos causante del daño total, produjera indudablemente el efecto de repararlo íntegramente cada uno de ellos, lo que es suficiente para el sostenimiento del fallo que mal puede violar, único aspecto en que se

suponen infringidos unos artículos que en la sentencia no se invocan ni aplican y que tienen un apoyo en los supuestos de hecho a que se deja aludido, pues el derecho al total reintegro a la menor, si bien es cierto que permite el cumplimiento parcial por cada uno, es a condición de que uno o los dos lo hagan del íntegro importe de lo debido, ya que por sus actos propios, aun independizados, lo provocaron íntegramente, siendo igualmente desestimable este motivo, pues también existe solidaridad cuando ésta se deduzca de la naturaleza de las obligaciones en que concurren varios deudores siempre que estén individualmente sujetos al cumplimiento íntegro de la misma, y, a la manera de colofón de lo expuesto, ha de afirmarse como lógica deducción que los hechos recogidos y resultancia de la sentencia recurrida y de los autos, todo en relación conjunta, la connivencia de defensor y padre para adjudicar a éste, con perjuicio de los menores, lo mejor y de más valor de la herencia, despojándolos de sus bienes mediante una actuación unida y solidaria porque sin ella no lograrían tan injusto fin, que no puede menos de engendrar, como queda expuesto, una responsabilidad de igual naturaleza si ha de ser garantizada la reparación del daño causado, con lo que se desecha el segundo motivo del recurso porque tampoco se está en presencia de una infracción netamente contractual y sí en presencia de deberes legales infringidos en perjuicio de menores especialmente protegidos y amparados, en lo que es manifiesto el interés público de reparar aquéllos en beneficio de las personas desvalidas, que es el sentido rector de los preceptos legales a ellos referentes.”

14. *Sentencia de 20 de mayo de 1959.*—Una última sentencia de 20 de mayo de 1959 referente a un caso de daños causados a la propiedad de una finca, con ocasión de obras realizadas en ésta, daños imputables al administrador de la misma por abandono de sus deberes y facultades en manos de los que realizaron aquéllas. Por un lado, por la mala calidad de los materiales, por la mala ejecución de los trabajos y porque no se hicieron todos los necesarios, siendo, sin embargo, todo cobrado como bueno y bien hecho; por otro, porque a causa de ello hubieron de hacerse nuevas obras después, se irrogó el consiguiente perjuicio.

Y afirma la sentencia que se puede justamente decir que el administrador abandonó completamente sus funciones, y que los constructores, “arrogándose facultades que no tenían, pero con el consentimiento del verdadero administrador, ejecutaron una tan deficiente administración y ejecución de las obras, que cooperaron con el señor de la F. [el administrador], a la realidad de los perjuicios causados a la propiedad; por lo que resultando los tres demandados igualmente responsables de las consecuencias de su conjunta y mala gestión, los tres deben responder solidariamente del pago de los perjuicios ya anteriormente fijados”. Declaración de solidaridad que, según agrega más adelante la sentencia, se funda “en síntesis en la existencia de dolo civil y cobro de lo indebido” (las cantidades realmente injustificadas por las obras que no las valían). Y, a base de ello, razona así: “Con-

siderando que en líneas generales según el mismo significado etimológico, por dolo se entiende todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo por sí para sorprender la buena fe ajena generalmente en propio beneficio, tratándose por eso de un acto ilícito, en que viene a resumirse el estado de ánimo de aquel que no sólo ha querido el acto que constituye infracción al principio genérico del "alterum non leadere", sino que también ha previsto y querido las consecuencias antijurídicas de él provenientes, características éstas de por sí ya suficientes para diferenciar el dolo de la culpa en sentido técnico, en la cual, existiendo la voluntariedad del acto, no existe, sin embargo, la voluntariedad de las consecuencias antijurídicas, continuando siendo bajo tal exacto aspecto, la mejor definición del dolo la ofrecida por el Derecho romano, atribuida a Labeon, "omnis calliditas fallacia, machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita", de la que resultan los dos elementos constitutivos del dolo, el uno subjetivo, voluntarista, que consiste en el "omnis decipiendi, fallendi circumveniendi", es decir, en la mala intención, y representativo del substrato mismo del dolo, y el otro objetivo, material, que consiste precisamente en la acción u omisión, en una palabra, en el medio a través del cual la voluntad del autor del dolo viene a realizarse, siendo, pues, el efecto inmediato y combinado de los dos elementos, la voluntad viciada, o el incumplimiento de la obligación, o en general el acto ilícito en síntesis, como se desprende de la sentencia de esta Sala de 12 de enero de 1928, la infracción de la Ley cometida con malicia, gravedad que reconoce nuestro Código civil en el artículo 1.102 al proclamar la nulidad de la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo, y que también debe acarrear la solidaridad entre los coautores, máxime en casos como el de autos en que es rayano con el ilícito penal, por lo que indudablemente debe extendersele el tratamiento jurídico expresamente formulado por la Ley penal."

"Considerando que a mayor abundamiento, asimismo ha declarado esta Sala, en su sentencia de 23 de diciembre de 1903 —que acoge la recurrida—, que el principio de nuestra legislación tradicional, consagrado nuevamente por los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, de que la obligación única contraída a cargo de varios deudores o en beneficio de varios acreedores, es mancomunada cuando expresamente no se pacta la solidaridad, no es aplicable al caso de cobro de lo indebido, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del acto jurídico consistente en el cobro de lo indebido, impone la necesidad del total reintegro al perjudicado, en cuanto sea dable sustrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad pueden derivarse, contingencias que deben recaer en todo caso sobre los que se aprovecharon del error ajeno, doctrina legal suficiente para mantener, en el caso de autos, el fallo recurrido."

En cuanto a que quepa aplicar el criterio de solidaridad que la ley penal establece para los responsables civiles de un delito o falta, es

cosa sobre la que después volveremos. Mas en cuanto a que en el caso de la sentencia hubiese un cobro indebido, parece que hay que afirmar lo forzado de la equiparación al típico cuasicontrato de cobro de lo indebido (art. 1.895). Equiparación que posiblemente tenga por base la aproximación del caso a la hipótesis ya resuelta por la sentencia de 23 de diciembre de 1903 (que cita la de 20 de mayo de 1959, que estamos examinando), para fundar en la doctrina de aquélla el fallo que se dicta por ésta. Cuando más acertado hubiese sido apoyarse en la de 23 de marzo de 1957.

b) *En favor de la mancomunidad*

15. *Sentencia de 23 de marzo de 1921.*—Una sentencia de 23 de marzo de 1921 rechazó la solidaridad.

Se trataba de que una cantante había celebrado un contrato con una entidad para la impresión de discos en exclusiva, mas, a pesar del mismo, los impresionó también para otra sociedad que había sido notificada por la primera de la exclusiva adquirida. Tanto la cantante como la última sociedad fueron estimados por el Tribunal inferior solidariamente responsables. Pero el T. S. desechó tal solución, apreciando responsabilidad sólo mancomunada nacida “de actos culposos colectivos que realizaron (la cantante y la segunda sociedad), con los cuales la primera cometía infracciones contractuales, y la segunda incurria en responsabilidades civiles extracontractuales; y ambas obligaciones no pueden estimarse solidarias, ya que sólo deben tener ese carácter, a tenor del último apartado del artículo 1.137, las que expresamente así lo determine su título y aquellas otras de cuyo texto resultare, según establece la condicional excepción con que empieza el 1.138, procediendo aplicar la regla de este último precepto a fin de presumir la deuda dividida en dos partes iguales y reputar las dos deudas distintas; y al no estimarlo así, la sentencia que se impugna también infringe el artículo 1.137 del Código civil en el concepto expresado por el cuarto y último motivo del recurso”.

16. *Sentencia de 21 de junio de 1946.*—Igualmente, otra sentencia de 21 de junio de 1946, aunque no contenga ella misma un fallo estimando la mancomunidad, contempla un caso en el que ésta fué decretada por el Tribunal inferior, pudiendo haber apreciado, por el contrario (e independientemente de razones de otra índole que se señalan en los considerandos), la solidaridad, ante unos daños causados por la conducta colectiva de varias personas.

17. *Sentencia de 19 de febrero de 1959.*—Por último, la sentencia de 19 de febrero de 1959, en la que se utiliza lujo de razonamientos para decir todo lo contrario de lo que después se habría de afirmar en la tan próxima a ella de 20 de mayo del mismo año (vista más arriba). Se trataba de unas obras de reparación hechas por dos constructores, obras que por su incompetente y defectuosa realización dieron lugar a que se desplomase el tejado de la casa en que se habían llevado a cabo, produciéndose consiguientes perjuicios. El letrado de

la demandante, quizás a la vista de la insegura jurisprudencia sobre casos similares, pidió la condena de los demandados, no solidariamente, y, de forma subsidiaria, mancomunadamente, sino *ya solidaria ya mancomunadamente*, a la correspondiente indemnización por los desperfectos ocasionados en las cosas sobre que cayó la techumbre, y a que realizasen las necesarias obras para reponer el local al estado que tenía antes de ocurrir el hundimiento. Y el T. S. declara: “Que en nuestro Derecho positivo, en contraste con otros extranjeros y con algún sector doctrinal tendentes a fortalecer los vínculos obligatorios con la concurrencia de varios sujetos pasivos, sobre todo si no es fácil discriminar y separar con nitidez las respectivas responsabilidades por la índole de la fuente que las origina, no se establece la solidaridad fuera del pacto y de la común intención de las partes que desean dar unidad a las relaciones jurídicas en cuanto a la prestación, salvo que la ley en sus expresos mandatos y autorizaciones determine lo contrario como excepción, según informan para sus acotados supuestos fácticos los artículos 145, 1.084, 1.731, 1.748 y 1.890 del Código civil, excepciones que confirman y convalidan la norma general contenida en los artículos 1.137 y 1.138 del propio Cuerpo legal, infringidos por la Sala de instancia, el primero por su aplicación indebida, y el segundo, por falta de aplicación, así como también infracción de las sentencias de 27 de noviembre de 1931 y 14 de diciembre de 1945, cuya inobservancia es acusada en el cuarto motivo del recurso protegido por el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, ya que el Tribunal “a quo”, contrariamente al Juzgado, estableció una obligación solidaria al pago de la cantidad procedente, a su juicio, como indemnización adecuada a la actora y a cargo del patrimonio de los demandados constructores de las obras, señores P y G, pero constituyendo por su cuenta el principio de la solidaridad pasiva, a pretexto —reflejado en el quinto considerando— de existir fundamentos de justicia y de equidad, con olvido de que el legislador patrio cuando desea que el Juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos para dar paso a decisiones encauzadas en tales principios superiores, así se manifiesta sin ambages, autorizándolo, cual prueban con más o menos amplitud los artículos 44, 1.103, 1.690, entre otros; y por todo esto debe ser casada la recurrida, y sólo por este motivo, manteniéndola en lo demás.”

c) *Conclusión sobre la jurisprudencia*

18. *Disparidad en los fallos.*—Como por lo expuesto puede apreciarse, la jurisprudencia no es precisamente uniforme. Y tampoco es que haya evolucionado, de decir una cosa en una época a decir otra en otra, sino que lo mismo sostiene una tesis que la contraria. Por último, y en concreto, en las sentencias más recientes, ni siquiera se da el caso de que las circunstancias particulares de los diversos supuestos aconsejasen, en equidad, aceptar la solidaridad en unos y la

mancomunidad en otros, porque se trata en todos ellos de hechos sustancialmente equivalentes que requieren un tratamiento igual.

D) NUESTRA DOCTRINA

19. *Opiniones en favor de la solidaridad.*—En cuanto a nuestra doctrina, la mayor parte de los autores que tratan el problema en especial, optan por la responsabilidad solidaria de los causantes del daño. Así: Castán (7), para el que, apoyándose en la sentencia de 1903, la solidaridad imputesía como sanción de una falta se da, desde luego, en los casos que prevé el Código, y “parece que en la [responsabilidad] civil derivada del artículo 1.902”. Pérez y Alguer (8), basándose en que la regla de no solidaridad del artículo 1.137 sólo parece referirse a las obligaciones convencionales, en que lo dispuso la antes citada sentencia, y en que —como luego veremos— también el Código penal establece la solidaridad de los responsables civilmente por un delito o falta. Puig Brutau (9), fundamentándolo en que “cada uno de los que han cooperado o actuado conjuntamente en el acto ilícito son responsables de la totalidad del daño producido”, en que la solidaridad la establece, según lo dicho, el Código penal, y en la sentencia de 25 de marzo de 1957. De Buen-Batlle (10): “Cuando varias personas —dicen— hayan cometido en común una falta, e incurran por eso en la sanción civil derivada del artículo 1.902 de nuestro Código, hay motivos para creer que responderán solidariamente del daño causado. Inclina a tal solución el principio de Derecho que inspira el primer apartado del artículo 109 del Código penal, y los razonamientos de la sentencia de 23 de abril de 1903, más arriba citada, en la cual se dice que la solidaridad existe, aunque no se haya pactado, en el caso de restitución por pago de lo indebido.” Puig Peña (11). Y Borrel Maciá (12), apoyándose en la sentencia de 23 de diciembre de 1903, y alegando que en materia extracontractual no tiene razón de ser el considerar —como en la contractual— la solidaridad como excepción, pues “no es —dice— la voluntad de las partes la que crea la obligación, sino que ella surge de una manera unilateral, en virtud de un acto realizado libremente por una persona, en relación con otra; y la ley da eficacia y sanciona la obligación natural de reparar los perjuicios causados. El precepto legal que en el orden del Derecho positivo obliga a indemnizar es el artículo 1.902 del Código civil, el cual sólo dice que está obligado el causante del daño a reparar el que ha cau-

(7) *Derecho civil*, III, 7.ª ed., Madrid, 1951, pág. 71, nota 1.

(8) Anotaciones a la trad. española del *Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, II, 2.º, Barcelona, 1935, pág. 675.

(9) *Fundamentos de Derecho civil*, I, 2.º, Barcelona, 1959, págs. 189 y sgs.

(10) Notas a la trad. española del *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, III, 3.ª ed., Madrid, 1951, pág. 456.

(11) *Tratado de Derecho civil*, IV, 1.º, Madrid, 1951, pág. 43.

(12) *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942, págs. 250 y sgs, § 113.

sado, y son los Tribunales de justicia los que, aplicando la disposición legal citada, han de determinar la forma cómo se repara el daño; y al determinarlo (en caso de existir dos o más culpables), son los encargados de establecer si, para la reparación, precisa la solidaridad entre los deudores. Cuando se exige el cumplimiento de una obligación derivada de contrato, el Tribunal sentenciador ha de examinar el texto del mismo e interpretarlo y analizarlo para ver si era o no voluntad de los contratantes establecer una obligación de carácter solidario, se diera o no tal nombre a la obligación contraída. En la culpa extracontractual, no es así; no se ha de analizar ningún convenio: el artículo de la ley que da eficacia a esta obligación de carácter natural, sólo dice que está obligado a reparar el daño causado; y si dos personas, conjuntamente, realizan un acto ilícito a consecuencia del cual el perjudicado pierde, por ejemplo, 50.000 pesetas y los actos realizados por los dos culpables son un solo acto no divisible, siendo uno de ellos insolvente, evidentemente que no se repara el daño mediante la indemnización que uno sólo haga de 25.000 pesetas, quedándose el perjudicado con un crédito de otras 25.000 contra el insolvente. Es preciso distinguir, a pesar de todo, si los dos causantes del daño lo realizan conjunta, simultáneamente, si se trata de un solo daño, o realizan dos daños. En el segundo caso, la responsabilidad y la indemnización de cada uno de ellos puede separarse, no deben ser solidarias. Por esto creo —concluye Borrell Maciá— que, de la recta interpretación del artículo 1.902 del Código civil, en relación al 1.137, se desprende que la responsabilidad debe considerarse solidaria cuando sean dos o más los que son culpables de un solo daño: doctrina que viene a corroborar el Código de comercio, al tratar del abordaje, y el Código penal.”

19 bis. *Opiniones indecisas.*—Alguno, como Borrell y Soler (12 bis), reconoce que “si en el orden contractual es el consentimiento de las partes lo que puede crear obligaciones correales, en el orden extracontractual debe ser la ley quien imponga la solidaridad, y, sin embargo, el Código no la dispone, por lo menos explícitamente”. Y luego agrega que: “... pero cuando dos o más concurren y suman sus actos para realizar un mismo hecho dañoso, no parecería justo que, por ser insolvente uno de ellos, la indemnización del daño se redujese a la mitad a cargo del culpable que fuese solvente, quedando sin indemnizar el resto”. Citando a continuación Derechos extranjeros que adoptan la solidaridad.

20. *Opiniones en favor de la mancomunidad.*—Sin embargo, no falta quien, como Traviesas (13), con ocasión de referirse a la *actio de effusis et deiectis*, dice que: “Si dos o más cabezas de familia habitasen una misma casa o parte de ella, responderán mancomunadamente del daño causado. La obligación solidaria tiene que ser expresamente establecida (art. 1.137 C. c.), y el Código no la establece en

(12 bis) *Derecho civil español*, III, Barcelona, 1955, págs. 604 y 605.

(13) *La culpa*, en R. D. P., 1926, pág. 296.

el caso del artículo 1.910. La regla, por lo demás, es aplicable a todos los otros supuestos de responsabilidad." Y como Díaz Pairó (14), después de preguntarse si la presunción de mancomunidad, contenida en el artículo 1.137, se aplica a todas las obligaciones o sólo a los procedentes de contrato, y de recoger la sentencia de 23 de diciembre de 1903, advierte que: "Nos parece erróneo ese punto de vista que arranca de no haber sabido corregir la fórmula del artículo 1.137, omisa, según hemos visto: el verdadero principio es que no hay solidaridad más que cuando la establecen las partes o el legislador; tanto en el caso del pago de lo indebido como en el de la responsabilidad por delito civil, no existe la primera, pero tampoco la segunda, y, por ello, de acuerdo con ese principio y en armonía con las razones en que el mismo se basa, debe optarse por el carácter mancomunado de la obligación, cualquiera que sea su fuente."

E) ARGUMENTOS EN PRO DE LA SOLIDARIDAD

21. *Enumeración de los mismos.*—En definitiva, los argumentos alegados en pro de la solidaridad de los responsables por acto ilícito, son:

1.º Que la presunción de no solidaridad contenida en los artículos 1.137 y 1.138 parece referirse sólo a las obligaciones convencionales, y, por tanto, no a las de acto ilícito.

2.º Que el principio de solidaridad en cuanto a la responsabilidad civil, entre los responsables criminalmente de un delito o falta (Código penal, art. 107), induce a pensar que igualmente serán responsables solidarios los que cometen en común un acto ilícito no punible.

3.º Que la solidaridad de los responsables asegura más firmemente el resarcimiento.

4.º Que cada uno de los que han cooperado a un acto ilícito es responsable de la totalidad del daño producido, ya que éste podría haber sido causado íntegramente por la sola conducta de cada uno de los responsables.

5.º Que la solidaridad existe, aun no establecida por los interesados o por la ley, cuando, concurriendo varios deudores, así se deduzca de la naturaleza de la obligación. Hipótesis que se da en el caso en estudio.

F) REFUTACIÓN DE LOS MISMOS

22. *Inexactitud de que la presunción de no solidaridad se reduzca a las obligaciones contractuales.*—Vamos a examinar uno por uno estos argumentos:

Que la presunción de no solidaridad de los artículos 1.137 y 1.138

(14) *Introducción al Derecho de obligaciones*, II, La Habana, 1943, páginas 180 v 181.

se refiera sólo a las obligaciones convencionales, es afirmación fácilmente refutable.

Ciertamente, tal afirmación no es que se haya hecho por vez primera por alguno de nuestros autores, sino que antes lo había sido por la doctrina y jurisprudencia francesa para el Código Napoleón (15). Y, por haber sido este inspirador tan frecuentemente del nuestro, quizás se pensó que cabía aplicarla al Derecho español.

Ahora bien, en rigor, entendemos que independientemente de que sea o no exacta para aquél, no lo es para éste. Sin ocuparnos más del primer extremo, basta probar el segundo. En efecto, nuestros artículos 1.137 y 1.138 se refieren a la obligación en general; no a la que nazca de determinada fuente, como los contratos (16). Por eso no hay por qué excluir que sean aplicados a las obligaciones procedentes de actos ilícitos. Estas podrán estimarse solidarias, si se prueba que, por otras razones, la ley las exceptúa de aquella regla. Pero no cabe sostener, de entrada, que lo sean porque tal regla no las alcance en principio.

Por otro lado—y este argumento bastaría por sí solo—, insis-

(15) Cfr., entre otros, MAZEAUD, número 1.943, PLANTOL-RIPERT-BOULANGER, número 1.036 (en ellos más citas). En efecto, el artículo 1.202 del Código de Napoleón, que proclama la mancomunidad como regla, se encuentra en el Título "De los contratos o de las obligaciones contractuales en general", y en el párrafo primero de aquél se dice que la solidaridad no se presume; es preciso que sea expresamente *estipulada*. Luego es que, tanto por la rúbrica del título como por hablar de *estipulación*, se piensa en referirse sólo a las obligaciones contractuales. (Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, número 1.300, recogiendo la opinión de LAROMBIERE.)

Sin embargo, es lo cierto que el artículo 1.202 del Código francés se limita a presumir la mancomunidad en términos muy generales, y podría entenderse aplicable a las obligaciones extracontractuales, como admiten ciertos autores franceses (cfr. LALOU, núm. 103; DRAKIDES, núm. 142). De éstos, algunos encuentran base en ello para defender la mancomunidad en la obligación extracontractual (así LAURENT, XVII, números 318 y sgs.). Pero, en general, los que se inclinan por la solidaridad, independientemente de la no aplicación del artículo 1.202, apoyan ésta en tratarse de una solución admitida por una antigua jurisprudencia, o en otras razones de más peso que aquélla (por ejemplo, LALOU, loc. cit.; PLANTOL-RIPERT-BOULANGER, loc. cit.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, número 1.301, etc.). Como dice DRAKIDES (loc. cit): "Incluso si se admite que el artículo 1.202 no está escrito sino para los contratos (lo que, por lo demás, no está absolutamente demostrado), queda que la solidaridad, siendo por su propia naturaleza una excepción al Derecho común de las obligaciones plurales, no podría ser establecida sin pacto expreso o sin disposición legal." También, cfr. VINCENT, págs. 662 y sgs.

(16) En el mismo sentido, DÍAZ PAIRÓ, pág. 181. También, implícitamente, HERNÁNDEZ GIL, pág. 82. Y véanse, asimismo, en especial, los razonamientos de la sentencia de 19 de febrero de 1959.

El título I (del libro IV) de nuestro Código lleva la rúbrica "De las obligaciones", y el Capítulo III (en el que se encuadran los arts. 1.137 y 1.138), "De las diversas especies de obligaciones". Los títulos siguientes se ocupan de las diversas fuentes de obligaciones y, entre ellas, de los contratos en general, de los mismos en particular, y en el XVI, bajo la rúbrica "De las obligaciones que se contraen sin convenio", no de las especialidades de tales obligaciones, sino de las fuentes extracontractuales.

tiendo en lo que ya he señalado (17), si la presunción de mancomunidad no fuese aplicable a las obligaciones extracontractuales, no cabría sino reducirse a una de estas otras dos soluciones:

1.^a A afirmar que respecto de ellas no hay presunción de ningún tipo, ni de mancomunidad ni de solidaridad. Lo que es inaceptable, por las razones ya expuestas (18). Pero que, aun aceptándolo, nos llevaría, no a afirmar que son solidarias, sino a—presupuesto que no se presume que lo sean—tener que probar, por otras razones, que efectivamente lo son.

2.^a A afirmar que respecto de ellas rige la presunción de solidaridad. Afirmación que también habría que probar por otras razones, y no sólo por la de negar que les sean aplicables los artículos 1.137 y 1.138, porque, de por sí, la exclusión de éstos no implica la aplicación de la regla contraria, sino que dejaría en el aire la cuestión de qué regla se aplicaría. Y no cabe duda de que, como también hemos señalado (19), a falta de otro precepto legal aplicable al caso, procedería acogerse al principio de Derecho que aquéllos artículos contienen.

23. *Imprudencia de aplicar por analogía la solidaridad dispuesta en el C. penal para los civilmente responsables de un hecho punible.*—Que la solidaridad entre responsables de un acto ilícito civil se base en que el Código penal establece la solidaridad de los responsables por delitos o faltas, es cuestión que se presta a bastantes consideraciones (19 bis).

El artículo 107 del Código penal dispone que “los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables [en responsabilidad civil] solidariamente entre sí...”.

A la vista de este artículo, puede razonarse así: Supone una muestra de cuál es el espíritu de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad civil procedente de actos ilícitos, puesto que los delitos son unos de ellos, y no cabe pensar que la solidaridad se establezca como castigo por ser delictuoso el acto ilícito, ya que el resarcimiento del daño no es un castigo para el delincuente (por haber sido delito su acto ilícito), sino un medio de reparar al lesionado. Por lo cual parece que igual razón hay para aplicar la solidaridad en caso de que el hecho dañoso sea delito, como en el de que no lo sea.

A base de ese razonamiento quedaría justificada la solidaridad de los deudores de la reparación por acto ilícito civil.

Ahora bien, cabe oponer dos objeciones de peso:

1.^a La responsabilidad solidaria impuesta en el Código penal pro-

(17) *Supra*, número 7.

(18) *Supra*, número 7.

(19) *Supra*, número 7.

(19 bis) Por supuesto, damos por hecho que no hay problema de aplicación por analogía de disposición penal. Cualquier obstáculo oponible a dicha aplicación analógica de la ley penal, lo entendemos soslayado a base de estimar que, realmente, en el caso que nos ocupa no se trata de un precepto punitivo, sino de uno sustancialmente civil en cuanto referente a la responsabilidad civil, y no penal.

cede, no de que sea ilícito el acto dañoso, sino de que, *por ser punible*, deben de ser tratados con más rigor sus autores, y reforzarse lo más posible los derechos de la víctima (20). Lo que se consigue mediante la solidaridad. Aquel aserto se probaría observando que, además de la responsabilidad solidaria, dentro de su respectiva clase, de los autores, cómplices y encubridores, el C penal establece, en ese mismo artículo, una *responsabilidad subsidiaria* de los componentes de cada clase, para caso de insolvencia de los de las otras; ello demuestra, sin duda, que quiere reforzar la seguridad de la reparación. Luego apoyándose la solidaridad en el reforzamiento de esta seguridad y en un trato más riguroso al culpable, y procediendo, tales reforzamiento y rigor, de ser punible el acto, no hay por qué pensar que sea aplicable a la responsabilidad por actos ilícitos no punibles la expresada solidaridad.

2.^a El argumento de analogía sobre el artículo 107 del C. penal, argumento en cuya virtud se justificaría la solidaridad de los codenudores por acto ilícito civil, se salta limpiamente la teoría de las fuentes, formulada en el artículo 6 del C. c. Según éste, a los principios generales del Derecho sólo se acude (21) a falta de ley (y de costumbre; pero esto no importa ahora) aplicable. Ahora bien, la solidaridad sería acogida como principio de Derecho revelado por el artículo 107 del C. penal. para los actos ilícitos. Pero es que no se da el supuesto necesario para acudir a dichos principios generales, ya que hay ley aplicable: el artículo 1.137, que establece la mancomunidad, salvo excepción; excepción que no se ha probado se dé en el caso en estudio.

24. *El argumento de que la solidaridad de los responsables asegura más firmemente el resarcimiento.*—En cuanto a que sea argumento en pro de la solidaridad la consideración de que mediante ella se asegura más firmemente el resarcimiento del lesionado, lo primero que hay que advertir es que en todo caso existe una clara diferencia entre la obligación procedente de acto punible y la de acto no punible. En aquél el espíritu de la ley favorable al reforzamiento lo prueba el artículo 107 del C. penal, según hemos visto, al establecer, no sólo la responsabilidad solidaria, sino la subsidiaria. En éste no lo prueba ningún texto; por lo que para acogerlo como argumento es preciso antes demostrar que está en el espíritu de la ley.

Que con la solidaridad se asegura el resarcimiento, es cosa obvia. Pero, a tenor de lo expuesto, no se trata de que ello sea ya un argumento en pro de aquélla, sino de ver si la ley ofrece apoyo para admitir que se ha aceptado como preferible la mayor seguridad del acreedor; y, esto demostrado, tendremos el argumento en favor de la solidaridad.

Ahora bien; la preferencia de la ley por la mayor seguridad del

(20) Sobre el reforzamiento que la solidaridad de los deudores constituye para el que sufre el daño por acto ilícito civil, véase lo que se dice *infra*, número siguiente, examinando si puede ser argumento a favor de la misma.

(21) Directamente, se sobreentiende. Cfr. mis *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1961, págs. 53 y 54.

acreedor no se puede sostener sin más, por el solo hecho de que éste haya sido víctima de un acto ilícito (cosa que, intuitivamente, es cierto que inclina más el ánimo en su pro que en el de los causantes del daño). Pues la verdad es que lo que la balanza se incline a favor de aquél, es perjuicio para el codeudor solvente frente a uno eventualmente insolvente. Ya que el acreedor cobrará, pero ¿podrá después obtener el deudor, que pagó, el reembolso de la parte correspondiente al insolvente?

No se olvide que hay que partir de que la solidaridad no se imponga por otras razones, y de que sea atribuible a cada deudor una parte del resarcimiento. Esto presupuesto, es injusto mantener la solidaridad sobre la base de que beneficia al acreedor, porque este beneficio es a costa de librarle de un riesgo que se endosa a los deudores. Y pensar que eso es precisamente lo que quiere la ley, sólo es posible cuando haya indicios de que efectivamente prefiere el agravamiento de la posición de éstos. Deducción que no hay texto en que apoyar. Mientras que para mantener la tesis contraria sí que se puede alegar el principio de "*favor debitoris*", a tenor del que, en la duda, hay que inclinarse en beneficio de éste, librándole de la solidaridad (22).

Si ciertamente, a primera vista, parece que es equitativo decidir cualquier duda en disfavor de quienes causan un daño, sin embargo, no puede negarse que contra ello militan las razones expuestas. Además de que, partiendo de la base de que a cada uno de los varios causantes les sea atribuible una porción de la responsabilidad encaminada al resarcimiento, no hay por qué exponerlos a soportar también la parte de responsabilidad que inicialmente no pese sobre cada uno, puesto que el disfavor con que la ley los mire sólo será en el ámbito de la de cada uno.

Por otro lado, el argumento que venimos refutando, en el fondo se apoya en la idea de que la protección al acreedor por daños debe de ser mayor que la del acreedor por cualquier otra clase de obligación. Lo que es inexacto, porque presupuesto cualquier crédito, no cabe duda de que para la ley sea absolutamente respetable y digno de la máxima protección. Luego, salvo el caso de que se conceda excepcionalmente una aún mayor a alguno (como en el caso del artículo 107 del C. penal), los demás no es de pensar que tengan unos menos que otros; y, teniéndola igual, el crédito extracontractual no sería más privilegiado (por la solidaridad de los deudores) que el contractual.

Para acabar con el argumento que estamos examinando, conviene recordar que el T. S. ha manifestado que el vínculo de solidaridad, como agravatorio de la responsabilidad, no es presumible (sentencia de 20 de marzo de 1943), y que no es lícito considerar existente "la solidaridad pasiva a pretexto de existir fundamentos de justicia y de equidad (que, al fin y al cabo, eso sería el querer reforzar las garan-

(22) Ya DOMAT había advertido esto: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1829, II, pág. 321.

tías del acreedor), con olvido de que el legislador patrio cuando desea que el juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos, para dar paso a decisiones encauzadas en tales superiores principios, así lo manifiesta sin ambages..." (sentencia de 19 de febrero de 1959) (23).

25. *El argumento de que la solidaridad viene exigida por la naturaleza de la obligación de resarcimiento, en cuanto que cada uno de los que contribuyeron a la producción del daño es responsable de su totalidad.*—Los dos últimos argumentos en pro de la solidaridad los vamos a examinar juntos, porque, en síntesis, el 5.º viene a ser una especificación del 4.º En efecto, según éste la solidaridad se basa en que siendo cada uno de los que realizaron el acto ilícito responsable de la totalidad del daño, es también deudor de la totalidad de la reparación. Y, según el 5.º, la solidaridad se deduce de la naturaleza de la obligación. Pero, al fin y al cabo, es esa naturaleza la consistente en que hubo producción de un daño íntegramente atribuible a todos y cada uno de los que concurren a su producción, razón por la que la obligación de repararlo es también de naturaleza total para cada cocausante.

Todo lo anterior sería, sin duda, apoyo irrefutable de la solidaridad, siempre que no fallase uno de los dos pilares que son conjuntamente necesarios para el argumento: 1.º La conducta de cada uno de los causantes fué suficiente, ella sola, para causar la totalidad del daño. 2.º En virtud de ello, cada uno de los causantes es responsable de todo él, y debe resarcirlo íntegramente. Aunque, naturalmente, como no hay tantos daños totales como conductas causantes, no haya que resarcir

(23) Contra todo lo expuesto, no tienen fuerza ciertos argumentos o ejemplos, un tanto lacrimosos, utilizados a veces:

Así cuando (como hacen algunos, como MAZEAUD, núm. 1.943) se dice que hay que favorecer a la víctima del daño mediante la imposición de solidaridad a los deudores, ya que aquélla no pudo —como habría podido si la obligación hubiese sido contractual— prevenirse estipulando la solidaridad. Semejante tesis tiene la fácil respuesta de que si la ley lo considera conveniente —como, en efecto, hacen algunos Códigos— es ella misma la que establece tal solidaridad en los casos en que, por no tratarse de obligaciones contractuales, no cabe que sea pactada, para prevenirse, a solicitud del acreedor. Y no estableciéndola la ley, lo único que cabe es criticarla por no hacerlo, y pedir que sea modificada.

Igualmente cuando (como también dice MAZEAUD, *loc. cit.*) se alega que —no aceptando la solidaridad de los causantes del daño— el lesionado, por ejemplo, por una colisión de dos automóviles, siendo insolvente uno de ambos conductores culpables, sería de peor condición que el lesionado sólo por un automovilista solvente. Preguntándose: El aumento del número de culpas y de responsables, ¿va a disminuir la reparación del daño? Cabe responder que ciertamente, no, que tal aumento no es él el que puede, eventualmente, disminuir la reparación, sino que es la insolvencia del causante la que la pone en riesgo. Y que aún podría haber pasado algo peor al pobre peatón: ser atropellado por un solo automovilista que resulte insolvente a la hora de reparar.

Está claro que lo que pone en peligro la indemnización no es el número de responsables, sino la insolvencia de quienes (uno o muchos) lo sean. Y también está claro que el pretendido argumento de no empeorar la condición del acreedor se puede deshacer diciendo que con la tesis impugnada no se tiende a evitar la *disminución* de la seguridad que el crédito de aquel tiene en el caso, podríamos decir normal, sino que se intenta conseguir un *aumento* de esta seguridad.

el todo tantas veces como sujetos culpables hay. El daño total se resarce una sola vez, ya que una sola vez se ha producido. Lo resarce cualquiera de los que deben la reparación íntegra, y luego, entre sí, los codeudores reparten la totalidad de la reparación.

Antes de entrar en el examen del último argumento en pro de la solidaridad, creo que conviene insistir en que aun en el caso de que sirviese para fundamentarla, sólo serviría para ello cuando efectivamente el daño íntegro hubiese procedido de cada uno de los cocausantes, de haber actuado solos, ya que, en otro caso, no se puede decir que la conducta de cada uno tenía virtualidad para producirlo íntegro, ni, por tanto, que haya razón para que cada uno responda de la totalidad de él.

Lo que podríamos llamar imputabilidad del daño íntegro a cada uno de los que realizan un acto ilícito común, no se da:

1.º Si, de cualquier forma, es imputable exclusivamente a cada uno de los coautores una parte de la conducta total, parte a la que pueda adscribirse determinada porción de daño.

En este caso, realmente no hay un acto dañoso realizado en común, sino diversos actos ilícitos, que, aunque a algunos efectos puedan considerarse conjuntamente, a los fines del resarcimiento del daño deben distinguirse unos de otros y enjuiciarlos separadamente en cuanto de dicho resarcimiento se trata. Por ejemplo, por negligencia de dos personas que hacen, a la vez, una reparación en un coche de otro, una le daña la carrocería y la otra, después, provoca un incendio que lo destruye por completo. Aquélla responderá del valor del desperfecto ocasionado; ésta, del valor que aún conservaba el coche después del deterioro (24).

2.º Si la producción del daño requiere la concurrencia de las varias conductas, de manera que cada una por sí sola no lo hubiese producido.

Por ejemplo, por negligencia de dos claveros que no custodian debidamente sus dos llaves, ambas precisas para abrir las dos cerraduras de una caja fuerte, y las confían indebidamente a un empleado, éste la abre y roba su contenido, que, después, no puede ser recuperado ni indemnizado por insolvencia del empleado. Con lo cual la negligencia de aquellos dos daña al propietario en la cuantía de lo robado (24 bis). O bien, dos personas suscriben un documento lesivo para otro, pero sólo eficaz con la firma de aquellos dos. O pongamos por caso, para tomar un acuerdo, que es injusto y perjudicial a un tercero, es preciso un cierto número de votos favorables, que se obtienen porque la mayoría de los votantes no tiene escrúpulos en otorgarlos (24 ter).

(24) Otras hipótesis, por ejemplo, en DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1946., pág. 139.

(24 bis) Partimos, naturalmente, de la base de que la negligencia no constituya un caso de imprudencia punible (C. penal, art. 565), ya que si así fuese se aplicaría la solidaridad, a tenor del artículo 107 del C. penal.

(24 ter) Más casos, por ejemplo, en DE CUPIS, págs. 139 y 140.

Tampoco en estos casos *sub 2.º*, aun aceptando como buena la tesis de la responsabilidad solidaria por acto ilícito realizado en común, procedería declarar responsables solidarios de todo el daño a quienes con la concurrencia de sus diversas conductas infligieron a otro daño o un conjunto de daños que quepa estimar como daño global.

Y vayamos ahora al llamado caso de daño ocasionado por varios en común, imputable (25) íntegramente a cada uno de los causantes.

¿Está justificado admitir en él una solidaridad basada en que cada uno es responsable del todo?

Creemos que no, porque por mucho que se diga que la conducta de cada uno es causa de todo el daño o que tenía virtualidad para producir el daño total, es lo cierto que, en el caso concreto, no lo produjo ella sola, sino juntamente con la de los demás.

O sea, es que en realidad no es el daño íntegro imputable a cada uno de los causantes, sino que sólo le es imputable a cada uno una conducta que en potencia pudo haber provocado el daño total, pero que no lo provocó efectivamente íntegro ella sola.

Una cosa es que el daño que cada uno pudo hacer por sí solo, lo hubiese causado efectivamente por sí solo (entonces sí que respondería del todo), y otra que cuando concurrieron varios a causarlo hayan hecho entre todos lo que si bien pudo hacer uno solo, no lo hizo.

Cuando la responsabilidad proceda de observar una cierta conducta, cabrá que se exija responsabilidad entera a todo el que la haya observado, aunque el resultado de las varias conductas juntas haya sido el mismo que podría haber producido una sola. Pero cuando la responsabilidad procede de (además de haber observado la conducta) haber producido un cierto resultado (el daño), no es exigible por entero sino a quien lo causó por entero. Y aunque la conducta de uno hubiese sido apta para producirlo por sí sola (potencia), si efectivamente no lo produjo (acto), sino en concurrencia con otras, la responsabilidad total no es exigible a cada uno de los partícipes, porque dicha responsabilidad procede del daño, y éste, en el caso concreto, no ha sido efectivamente ocasionado en su integridad por cada uno de aqué-

(25) Como sabemos, el artículo 1.156 del C. italiano de 1865 ya hablaba de "delito o cuasi delito imputable a varias personas", y el de 1942 (art. 2.055) de "hecho dañoso imputable a varias personas". De antiguo ya se vino dando a tales expresiones un sentido demasiado amplio, según la posición que mantengo en el texto. Así, GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, trad. española, 2.ª edición, I, Madrid, 1928, decía que el precepto se aplica "todas cuantas veces el hecho dañoso sea único y tenga por causa una deliberación tomada de común acuerdo o una intervención material de varios autores". También insistiendo en la unidad del hecho, cfr., por ejemplo, MAROI, voz *Obbligazione*, en *Dizionario pratico del Diritto privato*, IV, § 17, pág. 273. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, en "Studi sulle obbligazioni", I, 1918, pág. 298. DE CUPIS, pág. 139, advierte que, sin embargo, en cuanto el daño sea producto de un haz de actividades concurrentes, de diversos sujetos, estas actividades, subjetivamente distintas, no cesan de ser tales, es decir, subjetivamente distintas, simplemente porque de ellas derive un único daño: en realidad, la ley —concluye— ha querido referirse a la hipótesis en que un mismo daño deriva de diversas acciones de varios sujetos responsables, juntos concurrentes a su producción.

llos, sino por todos juntos; razón por la que la responsabilidad del total, sólo es exigible a todos ellos juntamente (25 bis). Así, que cuando se trata de reparación específica indivisible, la conducta reparadora sólo puede ser exigida conjuntamente contra los varios obligados. Pero si se trata de indemnización del perjuicio, la obligación (no siendo solidaria) se divide entre los obligados (cfr. C. c., arts. 1.139 y 1.150).

Todo lo anterior, a menos que haya un precepto que, como en el caso del artículo 107 del Código penal, imponga excepcionalmente a cada uno la responsabilidad por el todo. Precepto que no existe para los actos ilícitos civiles, que sólo quedan sometidos (art. 1.093) a lo dispuesto en los artículos 1.902 y siguientes, y en lo que estos no determinen sobre las obligaciones (de reparación) que nazcan, a las reglas generales de las obligaciones, y, entre ellas, a los artículos 1.137 y 1.138.

Poniendo en plural el artículo 1.902, y a continuación el 1.137, se ve más plásticamente la exactitud de la tesis que propugno: "Los que por acción u omisión causan daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, *están obligados a reparar el daño causado.*" Ahora bien: "La concurrencia... de dos o más deudores [de dos o más que *están obligados*] en una sola obligación, no implica que cada uno... deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación [o la ley] expresamente lo determine constituyéndose con el carácter de solidaria."

G) ARGUMENTOS EN PRO DE LA MANCOMUNIDAD

26. *Argumentos en pro de la mancomunidad.*—Hasta aquí me parece que están suficientemente refutados los argumentos en que se ha venido apoyando la solidaridad de los deudores de reparación de daño causado por acto ilícito.

En mi opinión no hay que dar argumentos para demostrar que su obligación es mancomunada, pues esto es lo que se presume mientras que no se pruebe la solidaridad, que rebatidos sus sedicentes apoyos, se esfuma.

Ahora bien, como lo que abunda no daña, tampoco está de más señalar algunos puntos que hacen ver cómo la mancomunidad defendida es perfectamente adecuada al caso. En efecto:

En primer término, el riesgo que la falta de solidaridad provoca es el de que el lesionado no llegue a recibir la reparación íntegra si cualquiera de los causantes del daño es insolvente; lo que no ocurriría si, siendo la obligación solidaria, es solvente alguno de ellos. Pero este no es un riesgo especial que acarree la división de la deuda, sino que (aunque, ciertamente, sin tal división se daría menos) es simple-

(25 bis) Lo que decimos no puede refutarse, por ejemplo, advirtiendo cómo la responsabilidad penal por un delito puede alcanzarse íntegramente a todos y cada uno de los que participaron en él. Pues es evidente que hasta para justificar la diferencia el diverso fundamento de la responsabilidad criminal, y el de la civil por daños.

mente una parte del riesgo que toda deuda implica, de que el deudor (uno o varios) sea insolvente, total o parcialmente. Ciertamente que se aminora creando más responsables o haciendo que cada uno de ellos responda por el todo. Pero estos procedimientos no son un medio de evitar la *disminución* de la garantía normal del acreedor, sino un medio de *aumentar* esta garantía normal.

Lo mismo que el que sean varios los causantes no aumenta el daño total tampoco tiene por qué aumentar la garantía del dañado, que ha de fijarse habida cuenta del daño y no del número de los que le causan. Piénsese que que sea insolvente uno de los codeudores es una hipótesis y un peligro para el acreedor, sustancialmente iguales a que lo fuese parcialmente el responsable único, si el hecho hubiese sido cometido sólo por una persona. Hasta podría decirse que si los causantes fueron varios, han de correr menos riesgo que siendo uno, ya que, proporcionalmente, es más perjudicial el que daña por su sola conducta que el que sólo contribuye con otros, dentro de una conducta total, a realizar el daño, pues su potencia de daño podrá ser total, pero *in actu* su lesividad es menor.

Por último, si por la naturaleza de la obligación que genera el acto ilícito, se hubiese de responder íntegramente, por todos los participantes, del acto ilícito común, holgaría que ello fuese establecido especialmente por ningún Derecho. Luego, si muchos lo hacen, es porque el propio modo de ser de la obligación no lo implica, sino que permite la responsabilidad parcial de cada participante. Y cuando esta cabe, y un Derecho (como el nuestro) acepta como regla la responsabilidad por partes si es posible, dicha regla, no habiendo excepción para el caso de actos ilícitos, hay que aplicarla a éstos.

III

LA MANCOMUNIDAD RIGE EN CASO DE PLURALIDAD DE OBLIGADOS POR CASOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

27. *Mancomunidad de los responsables objetivos.*—A tenor de las razones en que he basado la responsabilidad mancomunada de los que realizan en común un acto ilícito dañoso, es evidente que para los supuestos en que nuestro Derecho acoja la responsabilidad objetiva, entiendo que si los llamados a responder son varios, quedan obligados, no solidaria, sino mancomunadamente.

No pretendo aquí dilucidar cuándo —en los casos en que se discute— hay responsabilidad por culpa y cuándo la hay objetiva (25 ter).

Presupuesta la solución de esa cuestión, parto de la base de que, sin duda, la responsabilidad objetiva existe en ciertos casos, como: el del poseedor o el que se sirve de un animal, que responde (salvo que hubiese habido fuerza mayor o culpa del perjudicado) de los perjuicios

(25 ter) Sobre este punto, véanse mis *Instituciones*, págs. 995 y sgs.

que cause (art. 1.905); el del propietario, que responde por los daños ocasionados por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades y (salvo fuerza mayor) por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito (art. 1.908, 2.º y 3.º); y el del cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, que responde por los daños causados por las cosas que se arrojasen o cayesen de la misma (art. 1.910).

Y en ellos (o en otros posibles) entiendo que si hay cotitularidad en las situaciones de que se trata —así, el animal es coposeído por varios o son varios los que se sirven de él, o el árbol está en condominio o una vivienda está habitada en coarrendamiento o en copropiedad, etc., por más de un cabeza de familia—, de los daños responden mancomunadamente los obligados a repararlos (26).

28. *Argumentos en pro de la mancomunidad.*—Apoyos, para mi opinión, con vistas a nuestro Derecho, lo son los siguientes:

1.º Faltando la culpa en la hipótesis de responsabilidad objetiva, no servirían de fundamento para sostener la solidaridad en el caso presente, aquellos argumentos (como el de analogía sobre el art. 107 del C. penal) que, de forma directa o indirecta, justifican sobre la culpa la responsabilidad solidaria en el caso de responsabilidad por culpa.

2.º Artículos como los 393 y 575 del C. c., y 3, b, 2.º (la cuota de participación en el total del inmueble “servirá de módulo para determinar la participación [de los condueños] en las cargas y beneficios por razón de la comunidad”), y 9, quinta, 1.ª, y sexta, 2.º, de la ley de propiedad horizontal facilitan un argumento de analogía para afirmar que por igual razón que son mancomunadas (por aplicación de los artículos 1.137 y 1.138) las obligaciones de levantar las cargas del condominio o de la medianería, lo son las de indemnizar por daños que la cosa en condominio o en medianería ocasione.

3.º Es obvio que los artículos 1.137 y 1.138 no tienen menos razón de aplicarse en caso de responsabilidad objetiva que en el de responsabilidad por culpa.

29. *Doctrina sobre Derechos extranjeros.*—Para los Derechos extranjeros que adoptan la solidaridad en la responsabilidad por actos ilícitos, la doctrina no es siempre unánime. Algunos autores estiman que tal solidaridad se extiende también al caso de pluralidad de res-

(26) En el caso del artículo 1.910, desde luego, a tenor de sus antecedentes históricos, hay que entender que si habita la casa, o la parte correspondiente de ella, más de un cabeza de familia, responde del daño aquel de cuya familia procede la culpa, si la hubo (así, *Partidas*, 7, 15, 25, y Proyecto de 1851, artículo 904. Igualmente otros Códigos, como el argentino, art. 1.119, y cfr., además, *infra*, número 30). Ignorándose, responderán todos mancomunadamente. El Proyecto de 1851 establecía, entonces, la responsabilidad solidaria, en el artículo 1.904 (dice este artículo que responden “mancomunadamente”, pero es que en el Proyecto, “mancomunado” significa “solidario”: cfr. art. 1.056). Pero, en punto a mancomunidad o solidaridad, a falta de declaración expresa de la ley, hay que decidirse por aquélla, según lo establecido, como ya hemos visto, por el C. c., por la Novísima Recopilación, y porque, en el caso presente, además, existe el argumento de que el Código suprimió lo que decía el Proyecto.

ponsables objetivamente (26 bis). Pero otros piensan que en este caso (o, por lo menos, en las hipótesis singulares del mismo para las que hablan) debe aplicarse la mancomunidad (27).

30. *Algunos Códigos que acogen expresamente la mancomunidad en caso de responsabilidad objetiva.*—Por último, algunos Códigos que establecen la solidaridad en la responsabilidad por actos ilícitos, expresamente acogen la mancomunidad para casos de responsabilidad objetiva o hasta de responsabilidad por culpa, pero no por dolo. Así: El de Chile y el de El Salvador, que son literalmente iguales en esta materia, y disponen (arts. 2.323 y 2.074, respectivamente) que: “El dueño de un edificio es responsable a terceros... de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso se dividirá entre ellas la indemnización a prorrata de sus cuotas de dominio”, y que tampoco hay responsabilidad solidaria de los que habitan en la parte de que se trate, por los daños causados por una cosa que cae o se arroja de un edificio sin culpa o mala intención (si se dan éstas, responde sólo el autor) (arts. 2.068 y 2.079 del Código de El Salvador, y 2.317, 2.328 del de Chile). Y el argentino suprime la solidaridad si el acto ilícito se realizó sin intención de causar daño (artículos 1.081 y 1.108).

31. *Responsabilidad por presunción de culpa.*—Habiendo adoptado en este trabajo la tesis de que los deudores del resarcimiento están obligados mancomunadamente, tanto en el caso de responsabilidad por culpa como en el de responsabilidad objetiva, es claro que no tiene alcance práctico advertir que en las hipótesis en que la ley establece la responsabilidad por presunción de culpa (por ejemplo, *in vigilando, in eligendo*: así, art. 1.903, etc.), es aplicable lo dicho para el primer caso, cuando los presuntos culpables sean más de uno (por ejemplo, condueños de un establecimiento o codirectores del mismo, respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los

(26 bis) Así: Para el alemán, a tenor del § 840, 1.º, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, II, 1.º, pág. 444, y II, 2.º, pág. 731; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. española, I, Madrid, 1958, pág. 501. Para el italiano de 1865, CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*, trad. española, II, 2.ª ed., Madrid, 1928, número 470. Para el francés, MAZEAUD, número 1.029, PLANIOL-RIPERT-ESMETN, números 610 y 684, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, IV, número 2.963. Cabría quizás entender que en algún caso se defendiese la responsabilidad solidaria por partir el autor que lo hiciese de la idea de que, en alguna forma, la responsabilidad no es puramente objetiva, sino basada en presunción de culpa. Pero, sin duda, muchos de ellos mantienen la solidaridad aún partiendo de la rigurosa responsabilidad objetiva.

(27) Así, para el Derecho francés, LALOU, 107 bis (más citas en BAUDRY-LACANTINERIE, número 2.963, nota 3, y en MAZEAUD, número 1.029, nota 3). Para el italiano de 1942, MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., § 169, número 26, i). Para el suizo, VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. española, I, Madrid, 1934, pág. 295. Cfr., también sobre el particular con Derecho comparado, PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*. Montevideo, 1954, número 325.

ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones) (28).

IV

FIJACION DE LA PARTE QUE CORRESPONDE A CADA RESPONSABLE

32. *Preliminar.*—Al estudiar la parte de reparación que corresponde a cada responsable, es útil examinar no sólo lo que dicen los que opinan que la responsabilidad es mancomunada, sino también lo que dicen los autores, jurisprudencia o Códigos que acogen la solidaridad, ya que luego, al referirse al régimen de reembolso entre los varios deudores solidarios, o relación interna entre ellos, muestran un criterio en cuanto al reparto, que a nosotros nos puede servir para hacer este reparto en la relación externa entre deudores y acreedores.

A) CASOS SIN DIFICULTAD

33. *Casos sin dificultad.*—La mencionada fijación de la parte de daño que corresponde resarcir a cada responsable, no tiene dificultad, si se fija la participación en él de los varios causantes. Cada uno responde sólo de la suya.

Esa participación aparece clara:

1.º Cuando es discriminable qué parte de daño corresponde a cada parte de conducta, y está determinado qué parte de ésta fué realizada por cada sujeto.

2.º Cuando aun habiendo un daño procedente de conductas de varios conjuntamente productoras de aquél en globo, y sin posibilidad de adscripción a cada uno de parte concreta, sin embargo, según las circunstancias se puede estimar la parte alicuota que a las conductas diversas corresponde en el total.

Por ejemplo, los daños causados al dueño por el robo que hizo posible la negligencia de los dos claveros que dejaron sus llaves simultáneamente y con descuido equivalente al mismo empleado, deben repararlo aquéllos por partes iguales, porque sus negligencias han contribuido a producirlo en iguales partes alicuotas.

34. *Principio para el caso de indemnización en supuestos de responsabilidad objetiva.*—Igualmente si se trata de responsabilidad objetiva, cada obligado a resarcir lo está, en principio, en proporción al derecho que tenga sobre la cosa causante del daño.

Ya que, en cuanto la responsabilidad es objetiva (y presupuesto que hemos descartado que alcance solidariamente a los responsables), cada copartícipe no cabe que sea responsable por la cuantía de su culpa; luego será deudor según su cuota de participación en la cosa que produciendo el daño da lugar a responsabilidad.

(28) Cfr. TOSERRO, voz Solidariedad, en *Nuovo Digesto italiano*, XII, parte 1.ª, Torino, 1940, pág. 557, nota 2, última parte.

Si el daño se causa por culpa de ambos o de uno de los titulares de la cosa, hay responsabilidad por culpa (29), se entienda o no que también subsiste la objetiva (que ese es problema en el que no podemos entrar [30]).

Si se entiende que subsiste la responsabilidad objetiva, el dañado podrá dirigirse bien contra el culpable o bien contra los responsables objetivos (contra cada uno por su cuota de participación en la cosa). Si se entiende que la responsabilidad por culpa borró la objetiva (31), sólo le cabe al dañado dirigirse contra el culpable (pero, de cualquier forma, si comienza reclamando a los responsables objetivos, será quien de éstos no sea culpable el que haya de probar que hubo uno que lo fué, razón por la que ya no existe su responsabilidad objetiva).

En todo caso, si resarcen el perjuicio los responsables objetivos, pero, de ellos, alguno obró diligentemente y otro no, dando así lugar a dicho perjuicio, creo que aquél podrá reclamar a éste la parte que le hubiese tocado reparar, puesto que, en el fondo, entre ellos, vendría a darse un caso del artículo 1.902 (ya que uno, por acción u omisión culpable, produjo un daño al otro, daño consistente en tener que contribuir a la reparación del primer perjudicado).

B) CASOS CON DIFICULTAD

Se presentan dificultades en los casos siguientes:

35. *Casos en que la culpa de los diversos causantes es de diferente gravedad o importancia en orden a la producción del daño.*—1.º Cuando faltando la igualdad (o proporcionalidad) absoluta entre las circunstancias relativas a las diversas conductas, puede estimarse que cabe que no contribuyeran igualmente (o en la proporción conocida que sea) al daño.

Así, en el ejemplo anterior, un clavero debe estimarse más negligente que el otro porque éste confió su llave al empleado, con dos atenuantes: sabiendo que no tenía la otra y que debía ausentarse del

(29) Una cuestión es que en la hipótesis de responsabilidad objetiva se responda sin necesidad de culpa (ya que se trata de que quede así más asegurada la indemnización a favor de eventuales dañados por quien obtiene las ventajas de la cosa que crea el riesgo de perjuicio) y otra que haya responsabilidad por culpa cuando hay culpa en un caso que sin necesidad de ésta daría lugar a responsabilidad (objetiva).

(30) No se trata, naturalmente, de que quepa exigir una indemnización a base de la responsabilidad por culpa y otra a base de la objetiva, sino de si para exigir la indemnización única se *pueda* o se *deba* seguir uno de ambos caminos, que pueden llevar a distintos responsables, con diferente solvencia.

Por eso no tiene interés la posible responsabilidad por culpa de la misma (o mismas) personas responsables objetivamente.

(31) Una de las posibles objeciones contra esto es la de que, si el responsable por culpa es insolvente, y solventes los demás responsables objetivos, ¿va a ser de peor condición —no pudiendo obtener el resarcimiento— el dañado por culpa que el dañado sin culpa? Pero podría responderse que su peor condición no dependería de *cómo* se le daña, sino de la solvencia del responsable que en cada caso fije la ley.

lugar donde estaba la caja, con lo que el alejamiento evitaría riesgo de intentar abrirla; mientras que aquél conocía que ya había recibido la primera, y que el proyecto de ausentarse se había cancelado.

Ante ello, ¿qué hacer? ¿Condenar a resarcimiento mayor al uno que al otro? ¿O pensar que en definitiva ambos deben pagar lo mismo, puesto que al fin y al cabo lo que importa es que sin las dos llaves no se podía abrir la caja, luego cada uno facilitó a medias el poder hacerlo?

En mi opinión, se debe:

Partir en principio, y mientras que no haya constancia de otra cosa, de que el total se divide en tantas partes iguales como deudores haya (art. 1.138).

Cuando, por algún motivo, deba razonablemente desecharse la idea de igualdad, será cuestión que —en definitiva ante el desacuerdo de los interesados— resolverán los Tribunales, a los que entonces compete, a la vista de las circunstancias, fijar la cuantía de la responsabilidad de cada deudor. A falta de otro precepto, aquí sí que creo puede aplicarse por analogía el artículo 106 del C. penal, según el que: “En el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno” (32).

En bastantes Derechos extranjeros, bien establecido de forma explícita por la ley, bien a base del espíritu que en la misma suelen hallar doctrina y jurisprudencia, cabe afirmar que (con más o menos reconocimiento —cuando proceda— de libertad de apreciación al juez) arrancando de la presunción de igualdad, a falta de datos en contra, se acepta que cuando la gravedad de la culpa sea mayor en unos participantes que en otros, la cuantía de la proporción de indemnización a cargo de cada uno será proporcional a la gravedad de su culpa en orden a la producción del daño.

Así, el Código italiano de 1942 habla de pagar cada uno (33) “en la medida de la gravedad de la respectiva culpa y de la entidad de las consecuencias derivadas de ella. En la duda, las distintas culpas se presumen iguales” (art. 2.055, 2.º y 3.º). E igual cabe decir para el Derecho alemán, a base del § 426 y del espíritu que revela

(32) Artículo 106, que no contradice al 107. Pues, como establece éste, en responsabilidad civil procedente de hecho punible rige la solidaridad de los causantes; y el 106, al hablar de fijación de cuotas, se refiere a la relación interna entre éstos.

(33) Conviene señalar, de nuevo, que lo que digo a continuación respecto de la distribución de la carga de la reparación entre los obligados a ésta, no es porque los Códigos, doctrina y jurisprudencia a que me refero admitan la mancomunidad, sino porque, presupuesto que opto por ésta, es aplicable al reparto de la reparación entre deudores mancomunados el razonamiento que aquellos hacen para el reembolso que, aceptada la solidaridad, puede obtener de sus codeudores el deudor que indemnizó íntegramente al perjudicado.

el 254 (34), para el suizo (35), para el francés y para el belga, según entienden la jurisprudencia y la doctrina (36), etc.

No obstante, según otra opinión, también mantenida para alguno de los Derechos anteriores en los que la solución no la da explícitamente la ley, es erróneo calcular la parte de responsabilidad de cada deudor por la gravedad de la culpa con que contribuyó a la producción del daño que debe de ser resarcido. Pues cuando ese daño se produce por concurrencia de culpas diversas, de forma que todas han sido necesarias para producirlo, realmente lo lógico es que todos los culpables contribuyan por partes iguales a reparar un daño que a pesar de las diferentes gravedades de sus culpas, sin embargo, todos contribuyeron igualmente a producir, ya que sin la culpa de cualquiera no se habría producido (37).

En todo caso, lo que es evidente es que si para algún supuesto concreto que la ley regule en particular se halla establecido que el resarcimiento se divida en cierta forma entre los responsables, habrá que atenerse a la forma dispuesta, sea por partes iguales o sea a tenor de la gravedad de cada culpa.

(34) LARENZ, pág. 511; ENNECCERUS, págs. 457 y 458.

(35) VON TUHR, págs. 295 y 296.

(36) Por ejemplo, LALOU, número 111; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, número 1.040; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, número 687; BOUILLENNE, número 251. Extensamente y con gran número de razonamientos, DEREUX, en especial, páginas 157 y sgs. Para este autor, dentro de ciertos límites no deberían quedar obligados solidariamente los causantes frente al perjudicado. Pero presupuesto que lo queden, luego entre ellos deberá repartirse la indemnización según la gravedad de sus culpas.

(37) Así BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, número 1.306. MAZEAUD, números 1.973 y sgs. Dicen los MAZEAUD: "Es también imposible, nos parece, fijar la parte de cada uno por la gravedad de su culpa. Ciertamente, las culpas que han concurrido a la realización del daño pueden ser de diferentes gravedades; el cómplice que ha estado al acecho, es menos culpable que el asesino que ha asestado el golpe. Pero cada una de las culpas ha causado por sí sola, por muy leve que haya sido, todo el daño. Todas las culpas, cualesquiera que sean sus gravedades respectivas, han contribuido, pues, igualmente a la producción del perjuicio. Supongamos... que sea precisa una fuerza de 100 k. para mover un vagón. Primus aporta un esfuerzo de 99 k. El vagón no se mueve. Secundus agrega el empuje de 1 k. El vagón se mueve, rueda, hiere a Tertius, etc. ¿Se concibe que Secundus sea menos causa que Primus? Evidentemente, no, puesto que sin Secundus no habría ocurrido nada, lo mismo que sin Primus. La gravedad de la culpa no tiene, pues, influencia sino para la pena. Y precisamente porque la jurisprudencia tiende siempre a hacer una pena de la reparación del daño, es por lo que a menudo no duda en dividir la parte de indemnización de cada uno de los coautores, en relación con la gravedad de cada una de sus culpas..."

Continúan diciendo los MAZEAUD que la única solución lógica es la de que respondan todos por igual, y concluyen: "En ausencia de texto, la solución lógica es la única defendible. En realidad cada culpa ha causado igualmente el daño, puesto que cada una lo ha producido ella sola por entero. Hay una igualdad absoluta que dicta la solución. En las relaciones de los coautores entre sí, la carga de la reparación debe recaer igualmente sobre cada uno de ellos, porque cada uno es igualmente causa del daño. La deuda se divide por cabezas entre los coautores solventes. El que ha pagado puede obtener de cada uno de los demás una parte calculada así, es decir, una porción viril."

36. *Casos en que, conocido el daño y sus causantes, se ignore la parte atribuible a cada uno.*—2.º Cuando, conocido el daño y el grupo causante, se ignora la parte atribuible a cada uno, o incluso no está probado que todos los que tomaron parte en un hecho con cuyo motivo se produjo otro daño, hayan sido causantes de éste.

En tal caso la cuestión queda entre dos consideraciones: una, que no paguen justos (¿?) por pecadores; otra, que dificultades de prueba (no poder demostrar quiénes lo hicieron) no vayan a impedir en la práctica siempre la indemnización.

En mi opinión:

Por un lado, no hay que olvidar que la causalidad del daño no tiene que ser exclusiva y puramente material, sino que también puede imputarse —según las circunstancias— a quienes, aun sin participar personalmente en el acto inmediatamente causante del daño, intervinieron, sin embargo, en el hecho que mediatamente dió ocasión a aquél. Por otro lado, a la vista de las exigencias de la realidad práctica, que normalmente no permitirá precisar y probar quién o quiénes, y en qué cuantía, causaron inmediatamente el daño, no se puede requerir la prueba directa, pues ello equivaldría de hecho a privar de la indemnización. Además, jugando con un razonable sistema de presunciones, se puede estimar —salvo prueba en contrario— causantes inmediatos del daño a todos los que intervinieron en el hecho, y en la cuantía en que intervinieron.

Por lo demás, resuelto quiénes deban responder, creo que en principio cabe aplicar lo ya dicho sobre la inicial presunción de igualdad y las facultades de los Tribunales para fijar la cuota de cada uno.

Y decidiéndose que —aun sin prueba directa de haber participado en el daño— respondan (a falta de conocerse los verdaderos causantes) todos los que concurrieron a realizar el hecho con cuyo motivo se produjo el daño, pienso que —dentro de lo ya dicho— la parte de cada uno en éste venga en principio determinada por su cuota de participación en aquél.