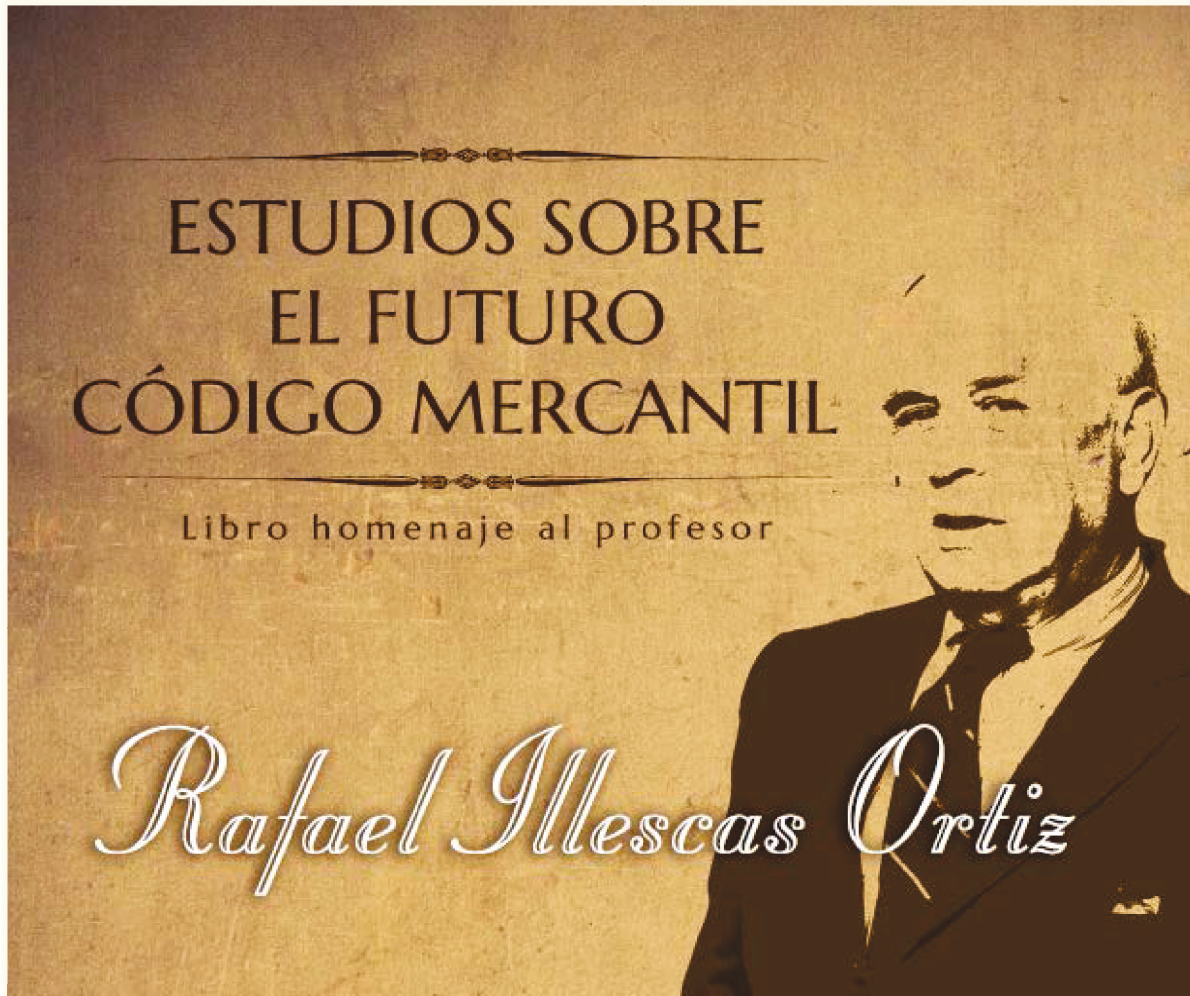




Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Pérez-Serrabona González, José Luis. La solidaridad de las obligaciones mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1687-1706. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/20950>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

DR. JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ*

Resumen

El Código de comercio español vigente no recoge prescripción general sobre el régimen de responsabilidad de las obligaciones con varios deudores, por lo que debe acudir al Código civil que establece, de forma terminante, un régimen de presunción de mancomunidad para las mismas, si bien sí hay numerosas disposiciones legales en sentido contrario. Tanto la doctrina científica (civil y mercantil) como la Jurisprudencia, han reclamado, para estas obligaciones, en el ámbito mercantil, el carácter solidario de la deuda. El Anteproyecto de Código mercantil supone un gran avance en esta materia pues no sólo incluye numerosas normas que recogen el principio de la responsabilidad solidaria, sino que en un precepto consagra de modo general, la solidaridad de las obligaciones mercantiles, lo que puede entenderse ya como una característica distintiva y diferenciadora de las obligaciones civiles.

Contenido

1. Introducción. – 2. La solidaridad de deudores en el sistema español vigente. – 3. La doctrina científica. – 4. El criterio legal del Código de comercio. – 5. Criterios jurisprudenciales. – 6. El nuevo texto. Propuesta y Anteproyecto de Código mercantil. – 6.1. Supuestos concretos de solidaridad en el nuevo texto. – 6.2. La regla general de solidaridad en el PCM. – 6.3. Valoración. – 7. Consideración final y homenaje.

1. INTRODUCCIÓN

El Código de comercio vigente, como se sabe, no incorporó en su texto una regla que hiciera presumir el carácter solidario de las obligaciones. Guardó silencio, por el contrario, sobre esta materia, debiéndose acudir, entonces, al Código civil para conocer el régimen aplicable a las obligaciones en las que hay varios deudores de una misma obligación, salvo que una norma (mercantil) o las partes hayan pactado el carácter de las mismas (solidario o mancomunado). También la solidaridad activa está presente en el tráfico mercantil, aunque ahora nos referimos y limitamos a la solidaridad pasiva, esto es, a la solidaridad de deudores. El principio genérico de solidaridad fue la tónica

* Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Granada. *Seminario de Derecho mercantil MIGUEL MOTOS.*

general en los Códigos de la época del español y en algunos posteriores¹. Sin embargo se puede mantener y se trata de una opinión que compartimos rotundamente, que las exigencias del tráfico mercantil, que descansa en la velocidad circulatoria y en la protección el crédito, hace que la solidaridad llegue a cobrar en la esfera mercantil rango de principio básico, a pesar de que en el Derecho histórico español tampoco se incorporó².

El artículo 1294 del *Codice civile* establece la presunción de solidaridad que sólo quedará destruida si la ley o el pacto de los contratantes así lo determina³ y el Código Comercial portugués, por su parte, señala algo similar⁴, llamado la atención de que el precepto que recoge el principio de solidaridad en las obligaciones mercantiles es seguido en el cuerpo legal por la disposición específica relativa a la solidaridad en la fianza, al igual que el texto del Anteproyecto⁵. De igual modo sucede en el Código de Colombia, en el que abundan los supuestos de responsabilidad solidaria, que se concreta en su artículo 825 de modo terminante⁶ la presunción de solidaridad de deudores en las operaciones mercantiles.

La solidaridad, como nota propia de las obligaciones mercantiles, se dará sólo cuando las partes la hayan pactado con ese carácter, a pesar de que, como hemos dicho, el cumplimiento de las obligaciones mercantiles se caracteriza por su mayor rigor en su

¹ En el BGB se proclamaba la solidaridad aún en la esfera civil, desconociéndose presunciones contrarias a su reconocimiento; también lo hacía el Código italiano de 1882. Así lo recoge, en la actualidad, por ejemplo, PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles. Su régimen en el Derecho español”, en *Obligaciones y contratos mercantiles, Derecho mercantil*, vol. 5, JIMENEZ SANCHEZ (coord.), II, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 567. También LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil*, II, Madrid, Bosch, 1954, p. 20, señalaba que de esta forma –presumiendo la solidaridad– procedieron otras legislaciones extranjeras: “los Códigos de comercio de Portugal, Austria, Hungría, Bulgaria, Japón, Salvador, etc.” El régimen de Francia puede considerarse especial ya que el Código de comercio francés, como el español, tampoco recoge el principio de solidaridad y el Código civil, en el artículo 1202 establece una presunción de signo contrario, pero la diferencia radica en que en Francia un uso mercantil consagró con anterioridad a la entrada en vigor del Code, la solidaridad en materia de sociedades, que se extendía a todos los casos en los que el interés de las partes lo justificase. *Vid.* FONT RIBAS, A., “Génesis y evolución del principio de solidaridad: Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio”, en AAVV, *Estudios Jurídicos homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, t. III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3243 y ss. y MIRANDA SERRANO, L., “Las disposiciones del Código de comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general”, MIRANDA SERRANO, VELA TORRES, DIAZ PICARDO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, en AA.VV. *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA, FERNANDEZ NOVOA, JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), t. 30, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 69 y ss.

² Como ejemplo: Ley X, título I, Libro X de la Novísima Recopilación: “Establecemos, que si dos personas se obligaren por contrato o en otra manera alguna para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dixere que cada uno sea obligado in solidum, o entre sí en otra manera fuese convenido e igualado, y esto no embargante qualesquier leyes del derecho común que contra esto hablan; y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los por venir”.

³ “I condibetori sono tenuti in solido, se dalla lege o dal titolo non risulta diversamente”.

⁴ “Art.º 100.º - Regra da solidariedade nas obrigações comerciais. Nas obrigações comerciais os co-obrigados são solidários, salva estipulação contrária.

§ único. Esta disposição não é extensiva aos não comerciantes quanto aos contratos que, em relação a estes, não constituírem actos comerciais.

⁵ Art.º 101.º - Solidariedade do fiador. Todo o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o respectivo afiançado,”

⁶ “PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD. En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

ejecución lo que impediría, desde una consideración primera y teórica, ejercitar tantas acciones como deudores haya en una obligación en la que éstos supongan una pluralidad.

2. LA SOLIDARIDAD DE DEUDORES EN EL SISTEMA ESPAÑOL VIGENTE

El sistema mercantil español presenta como puntos de partida a nuestra consideración dos cuestiones que han de destacarse: de un lado, la inexistencia en nuestro Derecho positivo de un principio sancionador de la solidaridad en las obligaciones mercantiles; de otro, la entrada en juego, como derecho supletorio del Código civil y con ello, los problemas que plantean los artículos 1137 y 1138, que se dedican a definir el régimen de la responsabilidad en las obligaciones. En lo que se refiere a la primera cuestión –la inexistencia de un principio sancionador de la solidaridad- en el Código de comercio vigente no existe, efectivamente, una regla general que proclame ese régimen solidario en el cumplimiento de las obligaciones constituidas en la esfera mercantil, omisión inadecuada, como desde antiguo criticó nuestra doctrina más clásica, al entender que el principio de la solidaridad se ajustaría mejor a la naturaleza de la obligación mercantil y que incluso respondería mejor a la verdadera voluntad de las partes contratantes. Ante la ausencia de norma civil sancionadora del principio genérico de la obligación mercantil como solidaria y al no poder considerarse como un uso, hay que recurrir al Derecho civil como supletorio del Código de comercio. En materia de obligaciones, frente a la teoría general prevista para ellas en el Código civil, existen particularidades o características de las mercantiles, que sí se recogen en el Código de comercio (así ocurre con el carácter fatal de los términos de cumplimiento, con la exigibilidad de las obligaciones puras o con el régimen de la mora del deudor) pero nada se advierte expresamente y de modo general sobre la solidaridad⁷.

De manera terminante se expresa el Código civil cuando, en su consideración sobre las obligaciones mancomunadas y solidarias, sienta una presunción, por completo adversa al reconocimiento de la solidaridad de las obligaciones (acertada en el ámbito de los contratos civiles), en el artículo 1137⁸: “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,

⁷ Sobre el proceso de formación histórica del Código de comercio español, *vid.* MOTOS GUIRAO, M., BLANCO CAMPAÑA, J., *Centenario del Código de comercio*, vol. I, Madrid, 1991 y vol. II, Madrid, 1993, en donde se analiza con singular detalle el trabajo de cada una de las sucesivas Comisiones que fueron formándose y trabajaron en los diferentes Proyectos de Código. En cada uno de ellos se iban recogiendo o silenciando los posibles caracteres (consagrados legalmente, por ello) de las obligaciones mercantiles. No se incorporó a ninguno de los textos, sin embargo, un régimen de solidaridad que fuese distinto del previsto en el Código Civil unos años más tarde.

⁸ En el Proyecto de Código civil de 1851 –de García Goyena- el artículo 1058 (equivalente al vigente 1137) ampliaba la posible solidaridad negocial (“cuando la obligación expresamente lo determine”) a la solidaridad legal, que podría estar prevista en una norma de Derecho positivo: “No hay solidaridad entre acreedores y deudores sino en virtud de pacto expreso o disposición de la ley”, lo que hubiera sido de mejor técnica legislativa y más acorde con la realidad.

constituyéndose con el carácter de solidaria”, lo que corrobora el 1138⁹. Incluso puede hablarse no del principio de no presunción de solidaridad sino de la existencia de una regla general –la mancomunidad- y la posible excepción de la existencia solidaridad, como mantuvo SANCHO REBULLIDA¹⁰ La interpretación de ambos preceptos lleva a la conclusión de que para considerar que una obligación es solidaria se requiere que así se diga de modo expreso en el texto del contrato, excluyéndose cualquier otra interpretación o presunción. Y por establecerlo así el Código civil, se extenderá el régimen previsto, al ámbito mercantil y a las obligaciones mercantiles, posición que hubo de mantener la Jurisprudencia e intentaba ser superada por la doctrina.

3. LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Debe desatacarse, entre los esfuerzos de interpretación, en contrario, del 1137 (y 1138) la posición a mediados del pasado siglo tanto de HERNÁNDEZ GIL¹¹ como de LANGLE¹². En su consideración y análisis de varias Sentencias del Tribunal Supremo llega el civilista a las conclusiones y propuestas de que el principio de la no presunción de solidaridad, recogido en los absolutos términos del Código civil, no goza de mucha consistencia ni en el orden histórico, ni en el económico, ni en el Derecho comparado (sin tratarse tampoco, propiamente, de un postulado del Derecho natural que deba mantenerse, por lo que sugiere una tendencia a su limitación e incluso a su eliminación¹³. En opinión de HERNANDEZ GIL, seguida por la doctrina de la época, cabe una solidaridad derivada por vía interpretativa, no tanto del texto del contrato como de la intención efectiva de las partes; esto es, de la voluntad tácita, exteriorizada mediante un determinado comportamiento (actos u omisiones). Y en este sentido su propuesta de reforma legislativa que evite las presunciones (en una u otra dirección), aún cuando habría que mantenerla, en su sentido positivo, en el supuesto de concurrencia de deudores en obligaciones con prestación indivisible y en las obligaciones mercantiles; y en aumentar los casos de solidaridad en la norma.

LANGLE, recogiendo la posición de la doctrina más clásica¹⁴, propone resueltamente que el Código de comercio establezca como regla la presunción de solidaridad, admitiéndose la prueba en contrario, aunque el Código civil mantiene la posición contraria, por lo que habrá que atemperar sus rígidos postulados. Para ello hace

⁹ “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.”

¹⁰ SANCHO REBULLIDA, F., “La mancomunidad como regla en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. III, Pamplona, 1969, pp. 567-578.

¹¹ HERNANDEZ GIL, A. “La solidaridad en las obligaciones”, *Revista de Derecho privado*, año XXX, núm. 35, 1 Junio de 1946, pp. 397-411.

¹² LANGLE RUBIO, E., *Manual de Derecho mercantil*, II, 1954, *cit.*

¹³ *Op. cit. Vid. también HERNANDEZ GIL, A. Derecho de obligaciones. Obras completas. Tomo III, Madrid, 1988. p. 406*

¹⁴ *Op.cit.* pág. 20: “... todos los escritores –desde Álvarez del manzano, Blanco Constans y Benito hasta Garrigues y Vicente Gella- condenan la falta en nuestro Co. De una presunción completamente opuesta a la que sienta el Cc.”

cuatro propuestas, en cierto modo seguidas ya en algunas de sus decisiones por los Tribunales:

- La Jurisprudencia española podría seguir la orientación de la francesa, dando entrada a la tradición y a los usos, pues de la práctica comercial se puede deducir este carácter.
- Debería proclamarse la solidaridad cuando pudiera derivarse de la intención de las partes, inferida de las circunstancias concurrentes en el acto o por aparecer de la relación jurídica la voluntad de los deudores de pagar íntegramente lo debido.
- La existencia de la solidaridad debe ser investigada según las reglas de interpretación de los contratos y, en este punto, juega un importantísimo papel el artículo 57 del Código de comercio con su llamada a la buena fe y a la prohibición de tergiversar el sentido usual de las palabras o restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad y contraído sus obligaciones¹⁵.
- Apartándose del criterio establecido en el Código civil, los juzgadores deben abstenerse todo lo posible de aplicar la regla establecida, cuando se trate de obligaciones mercantiles y resolver en sentido contrario, esto es, en pro de la solidaridad y ello en los casos en que se trate de obligaciones que deban ser consideradas como solidarias por su naturaleza (por ejemplo las indivisibles o las que no permitan determinar la parte que corresponde a cada uno de los deudores); en los supuestos en que haya de indemnizarse por daños causados por el incumplimiento de una obligación; y siempre que la obligación no surja de un contrato, sino cuando lo haga de un cuasicontrato o de un acto ilícito civil. Todo ello exige una interpretación muy amplia que tenga en cuenta las palabras que utilizan los contratantes, pero también los actos que éstas lleven a cabo, los intereses en juego y, en su caso, la existencia de un uso que favorezca la solidaridad¹⁶. Su propuesta va dirigida a los Tribunales, al advertirse seguramente como imposible, desde luego muy improbable en la época, una modificación legislativa.

4. EL CRITERIO LEGAL DEL CÓDIGO DE COMERCIO

No existe un precepto en el Código de comercio, como se ha dicho, que recoja el principio de solidaridad como presunción; existe un principio contrario, el de mancomunidad de las obligaciones si no se ha pactado expresamente la solidaridad, en el Código civil, que debe aplicarse ante la ausencia de norma en el Código especial, a pesar de que la solidaridad de deudores pueda considerarse como una nota característica, incluso distintiva, entre la obligación mercantil y la civil. Y por ello las

¹⁵ Cfr. VIEIRA GONZALEZ, A.J., “La interpretación de los contratos privados en el Ordenamiento Jurídico español”, *ciencia.urjc.es/handle/10115/7858*, 10 de julio de 2012.

¹⁶ Nuestra conclusión definitiva, señalaba finalmente LANGLE, *op.cit.*, pág. 22, es que “una jurisprudencia renovadora está llamada a instaurar, en el ámbito mercantil, concepciones menos arcaicas y perjudiciales para el tráfico que las derivadas de la ley común, tomada a la letra y aplicada sin más en la vida de las transacciones comerciales. Aquí incumbe a los juzgadores ir abriendo camino a la doctrina de la solidaridad. Indudablemente, disponen para ello de medios adecuados.

obligaciones mercantiles solo se configuran como solidarias, como muy precisa y claramente ha manifestado la más reciente doctrina¹⁷ “cuando la solidaridad viene establecida por una disposición mercantil (solidaridad legal) o es pactada de modo expreso por los sujetos interviniente en la relación obligatoria (solidaridad negocial)”.

Los numerosos supuestos en los que la ley mercantil prevé la solidaridad en las obligaciones mercantiles, llevan a considerarla como algo propio de este sector del Derecho privado y permite considerar que, efectivamente es un principio inherente (inmanente)¹⁸ que late en nuestro Derecho positivo¹⁹. En el Código de comercio (y en las leyes complementarias) han sido muy numerosos los ejemplos de solidaridad legal²⁰, destacando entre todas las normas quizás, el régimen de solidaridad cambiaria²¹, si bien en el C.co. no incluía ningún precepto con una declaración expresa que reconociera la solidaridad cambiaria²².

¹⁷ A propósito del texto previo al que comentamos en este trabajo (la Propuesta de Código mercantil) señalan MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La Propuesta de Código mercantil consagra la solidaridad como especialidad de las obligaciones mercantiles”, Ccopyme, Consejo Consultivo para la pequeña y mediana empresa, www.cepyme.es/.../11 de nov. de 2013

¹⁸ Así lo consideran MIRANDA y PAGADOR, *op. cit.*

¹⁹ Desde la publicación del Código y en las sucesivas reformas del mismo.

²⁰ Así, sin pretensión de ser exhaustivos, en materia de sociedades personalistas, los antiguos artículos 126,3º, 127, 147 y 148 del C.co., la proclamaban con respecto a todos los socios colectivos y a los colectivos de la comanditaria; el art. 10, señalaba que si la mujer ejercía el comercio quedaban solidariamente obligados a las resueltas de su gestión mercantil todos sus bienes y todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tuvieran en la comunidad o sociedad ganancial (precepto reformado con una nueva redacción dada por la Ley 14/1975, 2 mayo («B.O.E.» 5 mayo), sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges); el 373 (en el supuesto del transportes combinado: si bien este precepto no utiliza la expresión “solidaria”, sin que quepa duda que liga a este clase de responsabilidad a los sucesivos porteadores, lo que corroboró la interpretación jurisprudencial)); y en el 586, en lo que afecta al propietario del buque y el naviero, por los actos del capitán. En la legislación sectorial societaria ocurría lo mismo en las dos leyes fundamentales. La LSA de 17 de julio de 1951 lo hacía en los artículos 7 (los gestores responden solidariamente frente a las personas con que hubiesen contratado en nombre de la sociedad), 13 (los fundadores lo hacen de igual modo frente a la sociedad y frente a terceros de la aportación de la cuarta parte del capital social suscrito, de la valoración de las aportaciones no dinerarias, de la inversión de los fondos destinados a la constitución de la sociedad y de cuantas declaraciones se hagan en la escritura fundacional), 27 (los otorgantes de la escritura responden solidariamente los daños y perjuicios causados por el retraso en el otorgamiento de la escritura o en la presentación o morosidad de sus inscripciones), 28 (extiende ese régimen a los promotores), 40 (los copropietarios de una acción responden solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de su condición de accionista), 45 (para el supuesto de transmisión de acciones con dividendos pasivos, el cesionario responde solidariamente con los cedentes que le preceden y a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada), 117 (los administradores que incumplan las obligaciones de publicidad en materia de emisión de obligaciones lo son frente a los obligacionistas), entre otros. La LSRL de 17 de julio de 1953, por su parte, en los artículos 6,1º (responsabilidad solidaria de los gestores frente a las personas con las que hubiesen contratado en nombre de la sociedad, si ésta no llega a ser inscrita o no acepta tales contratos), 9 (en el caso de aportaciones no dinerarias los socios responden solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros de la realidad de las aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura), 13,2º en el supuesto de responsabilidad de los administradores recogido en ese precepto, si tal responsabilidad se extendiese a más administradores, la responsabilidad de éstos será solidaria) y 23 (los comuneros de una participación social responden solidariamente de las obligaciones de socio).

²¹ Arts. 481, 513, 516, 532 y 542 del Código de comercio, vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley Cambiaria y del Cheque de 25 de julio de 1985.

²² Sí lo hacía en el artículo 542 al tratar del cheque y disponer: “serán aplicables a estos documentos las disposiciones contenidas en el Código respecto a la garantía solidaria del librador y endosantes”, Con la interpretación de los preceptos a que alude el Código se obtenía la conclusión de que todos los que

Esta solidaridad impuesta (legalmente) se puede observar, también como nota distintiva en los contratos mercantiles a fuerza de su inclusión repetida en los vigentes textos legales, en la práctica totalidad de los sectores de la contratación mercantil. En este sentido, en Derecho de sociedades, además de las referencias que hemos hecho a los supuestos en las sociedades personalistas, vigentes en la actualidad (Código de comercio), el TRLSC recoge, de nuevo, un régimen de responsabilidad solidaria para fundadores y promotores de sociedades (arts. 30 y 54), por desembolsos pendientes en el caso de transmisión de acciones no liberadas (art. 85 que hace responsable solidario a cedente y adquirente), en el caso de responsabilidad de los cotitulares de acciones (art. 126) y de administradores (arts. 236.1 y 367.1), así como para los socios, en los casos de aportaciones no dinerarias, en las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 402), También en este sentido el art. 5 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico sanciona como solidaria, la responsabilidad de los miembros de las AIE. En materia de Propiedad Industrial, el art. 78 de la Ley de Patentes hace lo propio. En seguros, el artículo 34 LCS declara la responsabilidad solidaria por las primas vencidas e impagadas en el seguro de daños, entre el adquirente y el transmitente del objeto asegurado. De igual modo, aunque no se contenga con tanta claridad sino que sea necesaria una interpretación en este sentido, ocurre en la Ley 15/2009, en el contrato de transporte terrestre de mercancías (art. 6, en las relaciones entre cargador y porteador contractual y efectivo). En varios supuestos se prevé este tipo de responsabilidad en TRLGDCU, por ejemplo en el caso de productos defectuosos (art. 132), responsabilidad de los causantes de daños cuando concurren varias personas (art. 27.2) y en el art. 132 (“Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados”). También la Ley de Ordenación de la Edificación establece una suerte de responsabilidad solidaria de los agentes que intervienen en el proceso de edificación en concretas circunstancias (cuando no pueda determinarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido o cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales que se causen).

En otro orden de cosas y refiriéndonos ahora a la venta de la empresa, hemos de señalar que se trata de un supuesto contractual que no está recogido en la legislación vigente en cuanto tal; es más, son muchas las dificultades que ofrece el Derecho español para esa transmisión, en la que han de transmitirse diferentes elementos patrimoniales, de muy variada naturaleza, pero como un todo (incluidas las deudas de la empresa). Precisamente en este punto, normas de carácter sectorial, declaran solidaria la responsabilidad entre ambos contratantes (vendedor y adquirente de la empresa), para proteger al tercero acreedor (que, en ocasiones, ni ha tenido posibilidad de oponerse ni consentir en la transmisión)²³.

hubiesen girado, aceptado, avalado o endosado una letra de cambio (sin limitaciones o restricciones en los casos en que ésta procediesen) quedaban obligados solidariamente frente al tenedor de la misma.

²³ El artículo 97,2º de la Ley de Bases de la Seguridad Social señalaba: “En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”. La Ley general Tributaria (de 1973) en su artículo 72 precisaba: “Las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades y entidades jurídicas, serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad”, lo que

De igual modo que más arriba se advertía para el Derecho cambiario, en la regulación del Código de comercio, hay que hacerlo en la actualidad, en lo que afecta a la Ley Cambiaria y del Cheque. De modo terminante el art. 57 de la misma establece que todos “los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responden solidariamente frente al tenedor” de la misma, lo que evita cualquier duda interpretativa que pudiese existir con anterioridad por los preceptos del Código, solución legal que robustece la posición jurídica del acreedor, que es uno de los fines de la propia Ley cambiaria²⁴.

Pero para que la solidaridad pueda predicarse de una obligación mercantil (desde luego igual ocurre para el caso de una obligación civil) sin que una ley específica la haya consagrado en concreto para esa obligación, es necesario como hemos visto, que sean las partes las que lo hayan acordado y lo hayan hecho de forma expresa, pues en cualquier otro caso, por extraño que pueda resultar a los intereses a que sirve la norma, la obligación tendrá carácter mancomunado. Si del pacto expreso de los contratantes o de la ley no se desprende que ha de aplicarse la solidaridad, a cada uno de los deudores solo podrá exigírsele la cantidad que resulte de dividir la deuda en tantos deudores como hubiera. Esa es la regla, presunción de mancomunidad o, mejor, regla general de mancomunidad, del Código civil aplicable a las obligaciones mercantiles.

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia ha sido, como es fácil imaginar, abundantísima tanto en lo que se refiere a la interpretación del Código civil como en lo que, en concreto, afecta a las obligaciones mercantiles. Y es posible encontrar ya una Sentencia en 1891 (cinco años después de la entrada en vigor del C.co. y dos después de la aprobación del C.c.), STS de 1 de diciembre de 1981, que ya atempera y suaviza la dicción literal del precepto al negar que la solidaridad haya de designarse “expresamente”, mediante el empleo de una palabra concreta y específica (“solidaridad”), si se puede deducir de los términos o giros usados (seguida de las STS de 8 de julio de 1915, 11 de febrero de 1927, etc. y de las de 10 y 11 de octubre de 1927 y 11 de marzo de 1931, exponentes éstas de la teoría de que debe entenderse que existe la solidaridad si puede derivarse de la intención de las partes, por las circunstancias concurrentes en el acto, aunque en esta primera época también se encuentran decisiones que van en contra de esta directriz que LANGLE llamó “tan progresiva”, como las STS de 19 de octubre de 1929, 27 de noviembre de 1931 o 26 de abril de 1940). La STS de

consideramos como un caso de responsabilidad solidaria más que subsidiaria. El estatuto de los Trabajadores, en su artículo 44, obligaba al cedente o cesionario de la empresa a comunicar la cesión a los representantes de los trabajadores haciendo responsables a los cesionarios solidariamente de las obligaciones legales nacidas anteriormente durante tres años. Son tres normas extrañas al ámbito mercantil pero que se relacionan con él a través de este supuesto de transmisión de la empresa.

²⁴ *Vid.*, para un estudio completo de la solidaridad cambiaria y sus diferencias con el régimen general de la solidaridad de deudores en el ámbito civil y mercantil, SANCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., “La solidaridad cambiaria”, *Estudios jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Vol. 2, 1993, pp. 99-126

22 de diciembre de 1941, por su parte, es más exigente con una aplicación estricta del 1137 (solo será solidaria si el contrato lo determina expresamente) tanto en el orden civil, en el que se inserta el precepto interpretado, como en el mercantil, al no existir regla especial alguna contraria al C.c. y tener que acudir a éste por el mandato del artículo 50 del C.co. Lo cierto es que la doctrina jurisprudencial ha ofrecido opiniones diferentes, como criterio general flexibilizando la rigidez del 1137 y podemos encontrar ejemplos de resoluciones en las que los juzgadores han apreciado solidaridad, aún cuando las partes no habían pactado nada (STS 26 de abril de 1985, 20 de octubre de 1989 ó 7 de marzo de 1992) o cuando han entendido que se trata de un régimen tácitamente convenido (STS de 23 de junio de 2003) e incluso, sin necesidad de acudir a este criterio de la voluntad expresada o la intención inferida de las partes, proclamando, como se hace en la STS de 16 de octubre de 1989, la solidaridad como un principio general de las obligaciones mercantiles, sin una base legal contundente que permita tal declaración. También a este respecto es decisiva, a la vez que sorprendente, la STS de 11 de julio de 2006 que declara: “olvidan los recurrentes dos importantes cuestiones: a) –que es la que nos interesa en este momento- “que la solidaridad es la regla en el ámbito del Derecho mercantil ya que la rígida norma del artículo 1137 ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles...””.

El estudio de la posición del Tribunal Supremo en esta materia y su evolución desde considerar la mancomunidad como regla y la solidaridad como excepción, que sólo puede darse en muy contadas y concretas situaciones, hasta mantener una posición diferente cuando no contraria sorprende por los distintos pronunciamientos del alto Tribunal²⁵. En efecto, se ha pretendido y logrado eludir la regla de la mancomunidad, posiblemente por no creerla adecuada a las circunstancias fundamentalmente económicas de los contratos en que se aplica. Ha señalado con extraordinaria claridad PEREZ ALVAREZ²⁶, cuáles han sido las dos vías que ha seguido el tribunal Supremo: una primera, haciendo que la solidaridad llegue a alcanzar a obligaciones no incluidas en el ámbito estrictamente contractual (como ocurre en la STS de 24 de mayo de 2004 que señala que la responsabilidad “responde a un fundamento de salvaguarda del interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados” o mediante la creación de una nueva categoría, la de la solidaridad impropia (STS de 17 de abril de 2002) que habrá de aplicarse a los casos de responsabilidad extracontractual cuando siendo varios los agentes, no es posible individualizar la responsabilidad de cada uno)²⁷. En lo que se refiere a la obligaciones contractuales, precisa PEREZ ALVAREZ, citando la STS de 28 de octubre de 2003, que el Tribunal Supremo ha ido otorgando

²⁵ Vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil*, nº 12, 1994; DIAZ DE LEZCANO, N., *La no presunción de solidaridad –estudio en torno a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo-*, Madrid, 1997.

²⁶ PEREZ ALVAREZ, M.A., “En torno al criterio jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito contractual”, *AFDUDC*, 11, 2007, pp. 697-717.

²⁷ GOMEZ LIGUERE, C. ha comentado la STS de 13 de marzo de 2007, que impide un segundo pleito para determinar la responsabilidad de cada uno de los condenados solidariamente, por parte del que indemnizó, en “Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios, para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad”, *InDret*, Barcelona, 2007.

paulatinamente al 1137 del C.c. una interpretación primero declarativa; más adelante extensiva y después semicorrectora e incluso correctora, distinguiendo en su estudio, que seguimos²⁸, tres fases: en una primera, el TS mantiene que no es preciso utilizar expresamente el vocablo “solidaridad” (como sí se exigía en una importante Jurisprudencia previa), bastando con que quede evidente la voluntad de las partes (por ejemplo en STS de 11 de marzo de 1931, 2 de junio de 1960 y 7 de diciembre de 1968); en una segunda fase, a partir de los años 60, se avanza en la flexibilización del precepto y va a hacerse desprender la solidaridad de la mera voluntad (ya solo tácita) de las partes y así, “el contexto de la obligación” o simplemente “las circunstancias concurrentes en el contrato” van a permitir conocer que la intención de las partes fue que imperara el régimen de la solidaridad (así las STS de 19 de marzo de 1970, 15 de marzo de 1982 o 20 de abril de 1985); hasta llegar a una tercera fase, que se sigue principalmente a partir de los años setenta, en la que se llega mucho más lejos, pues se hace derivar la solidaridad de la existencia de algún vínculo entre los (co)deudores, invocando para ello el principio de unidad de fin. De este modo, si los deudores son, por ejemplo, copropietarios de un negocio o simplemente cotitulares del mismo, se entenderá que en virtud del principio de unidad de fin, que el vínculo existente entre ellos, atrae para la obligación contraída, el carácter de solidaria (STS de 4 de mayo de 1970, 30 de marzo de 1973, 16 de marzo de 1976 y, más recientemente, 28 de octubre de 2005). En virtud de todo ello, concluye con un lógico tono de cierto lamento que los órganos jurisdiccionales tienden de modo inexorable a apreciar que la obligación tiene naturaleza solidaria. “Si para el Tribunal Supremo la existencia de un vínculo entre los obligados determina la solidaridad, no es fácil imaginar un solo caso en que se aplique la regla de la mancomunidad”²⁹, sin entrar a considerar si esta postura del Alto Tribunal es conveniente o no sino si es técnicamente correcta o deja de serlo. A nuestro juicio la interpretación de la norma, por conveniente que sea hacerla en uno u otro sentido, tiene sus límites y, frente a una interpretación inadecuada, excesiva o impropia, debería elegirse una reforma legislativa.

MIRANDA y PAGADOR³⁰ estructuran y ordenan en cuatro momentos la “erosión del principio de presunción de no solidaridad”, en lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo que ha ido orientando sus decisiones alrededor, a su vez, de cuatro, postulados. En un primer momento sólo se admite la solidaridad si hay una declaración expresa que la recoge en el contrato, aunque no se exija un término concreto, período de principios del siglo XX (STS de 8 de julio de 1915 y de 11 de febrero de 1927 y 8 de octubre de 1927). En un segundo momento, la solidaridad puede deducirse o inferirse con la interpretación de la intención de las partes, sin que ni siquiera sea necesaria una declaración (sirvan de ejemplo las STS de 10 y 11 de octubre

²⁸ PEREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 704-708 y ss. en donde analiza la fundamentación jurisprudencial de la interpretación correctora del 1137 en materia de contratos, comentando con profundidad y detalle los distintos argumentos que usa el TS: la unidad de fin –STS de 1 de julio de 2002- (o comunidad jurídica de objetivos –STS de 28 de octubre de 2005- o identidad de fin –STS 25 de mayo de 2004-), la realidad social como canon sociológico –STS de 7 de marzo de 1992- y la tutela judicial efectiva –STS de 19 de mayo de 1992.

²⁹ *Op.cit.* pág. 707.

³⁰ *Op.cit.*

de 1927, 14 de noviembre de 1934, 28 de junio de 1956 y 18 de noviembre de 1970, entre otras muchas) En este sentido, la citada STS de 11 de julio de 2006, advierte que basta que aparezca la voluntad evidente de los contratantes de pedir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación para que pueda declararse la solidaridad, Sentencia que cita otras anteriores (de 6 de noviembre de 1997 y de 26 de noviembre de 1994 o de 19 de noviembre de 1991) que son clara muestra de la teoría correctora de la eficacia del 1137. Aún se da un paso más, reconociéndose que hay un principio –y no solo una presunción- cuando se trata de obligaciones mercantiles. Ello lleva a permitir que se investigue la voluntad de las partes y determinarla a través de una serie de indicios que se dan en el ámbito comercial, como puede ser la utilización de un nombre comercial común. El 1137 se considera como una norma interpretativa (STS de 22 de marzo de 1950, 30 de marzo de 1973 y 16 de marzo de 1976). Finalmente, como antes veíamos, el Tribunal Supremo consagra en su doctrina un auténtico principio de solidaridad en las obligaciones mercantiles, propio de la naturaleza de éstas, pero exagerado, sin duda, a la luz de la solución ofrecida por el legislador en el tantas veces citado 1137, de aplicación necesaria a nuestro ámbito, basándose el Tribunal Supremo para mantener tal posición en el artículo 3.1 del Código civil y el criterio de interpretación de las normas que éste ofrece, además de en el hecho de que de este modo se añade “una especificidad más al Derecho mercantil en relación con su tronco origen del Derecho civil” (STS de 20 de octubre de 1989, 7 de marzo de 1992 y 27 de octubre de 1999).

6. EL NUEVO TEXTO. PROPUESTA Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Así las cosas, con las prescripciones legales, cada vez en mayor número, proclives a la declaración e solidaridad en el ámbito de las obligaciones mercantiles, con una doctrina proclive a esa consideración y con una Jurisprudencia cada vez más inclinada al reconocimiento, incluso como principio general, del carácter solidario de las obligaciones mercantiles, se acomete la tarea de preparar un proyecto de nuevo Código mercantil, cuyos hitos hasta ahora son la Propuesta de Código³¹ y el Anteproyecto de Ley de Código mercantil al que nos referimos en este trabajo³². En su Libro Cuarto, “De las obligaciones y los contratos mercantiles en general”, con normas de carácter dispositivo, estructura los deberes en la fase preparatoria del contrato, novedad del derecho positivo mercantil codificado, y regula la perfección y modificación del contrato. Entre las novedades que se incorporan al texto, se establece un principio

³¹ Elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. Cfr. la edición preparada por el Ministerio de Justicia, Madrid 2013. Vid., igualmente, *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, 2014. En dicha obra se incluyen treinta y tres trabajos sobre la propuesta y el Anteproyecto.

³² Aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, con notables diferencias –aunque no en la materia que nos ocupa- con la *Propuesta*. Existe igualmente una edición del Ministerio de Justicia.

contrario al contenido en el Código civil, al establecerse la solidaridad de las obligaciones³³.

Con una relativa coincidencia temporal, en Enero de 2009 (tres años después de publicada la Orden de 7 de noviembre de 2006, del Ministerio de Justicia, por la que se encarga la elaboración de un nuevo Código mercantil a la correspondiente Sección de la Comisión General de Codificación) el Ministerio de Justicia publicó la *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos* (redactado por la sección de Derecho civil de la propia CGC a propia iniciativa)³⁴. En su preparación se tuvo en cuenta el Derecho comunitario y el Derecho contractual europeo así como los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* (PECL). Recientemente ha tenido lugar la reforma del BGB en 2001 (que entró en vigor en 2002) y la del Code de commerce francés. También el Código unificado civil y comercial para la Nación Argentina en el que no se recoge, por cierto, el principio de solidaridad en las obligaciones, Código próximo a su entrada en vigor, con una regulación especialmente sugerente y atractiva del régimen general de responsabilidad³⁵. En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos citada, se contiene una importante modificación del criterio del 1137³⁶, incorporando a su texto la presunción de la solidaridad pasiva (solidaridad de deudores), salvo en el ámbito de los consumidores y la presunción de la mancomunidad activa (de acreedores). Aunque ya no sería necesaria la remisión al Código civil, no existiría en cualquier caso, contradicción entre ambas normas. Caso de que llegase a convertirse en norma esta Propuesta, siguiendo vigente el Código de comercio, las obligaciones mercantiles

³³ Vid. nuestro comentario sobre la regulación de los contratos en el nuevo texto, PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Apuntes sobre la nueva regulación de los contratos en el Proyecto de Código mercantil español", *Juristas do mundo, Publicação oficial do XII Encontro Internacional de Juristas*, Série Excelência Jurídica, volume III, Brasília, 2015, pp. 247 y ss.

³⁴ Cfr. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, Enero de 2009, Ministerio de Justicia. Vid. "Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España", ALBIEZ (dir.), PALAZÓN y MÉNDEZ SERRANO (coord.), y los trabajos de varios autores que en él se incluyen, Barcelona, Atelier, 2011. En su muy interesante y útil trabajo en dicha , señala ALBIEZ (ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta", pp. 15-25): "En estos momentos, la Propuesta es un texto más muerto que vivo, con muy pocas posibilidades de convertirse en un texto legal...", p. 16.

³⁵ Vid. PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, F. J. "El nuevo (proyecto de) Código Civil y Comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos", *Revista Crítica de Derecho Privado*, 2013, Montevideo, nº pp. 381-401

³⁶ Aunque no vamos a entrar en su comentario, baste señalar el contenido del proyectado artículo 1122: "Cuando en virtud de un mismo contrato dos o más personas sean deudoras de una misma prestación que cualquiera de ellas pueda realizar íntegramente, quedarán obligadas solidariamente, salvo que otra cosa resulte de la ley o del contenido del contrato".

Esta regla no es aplicable si los deudores lo son en virtud de un contrato celebrado con un profesional y en el que han actuado como consumidores o usuarios.

Será solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas.

Tanto en el supuesto regulado en el inciso final del primer párrafo como en los demás casos en que no sea aplicable el régimen de la solidaridad, la obligación será mancomunada si otra cosa no resulta de la ley o del contrato. Entre acreedores solo habrá solidaridad cuando así lo determinen el título de la obligación o la ley.

La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.

tendrían la consideración de obligaciones solidarias. Habría tenido, otra vía, la tan necesaria modificación del texto legal, lo que daría la razón a la doctrina y a la jurisprudencia en sus esfuerzos para lograrla.

Se ha señalado en la Exposición de Motivos del PCM que, en materia de “Disposiciones Generales” sobre contratos mercantiles (en el Libro Cuarto) las normas básicas que se incorporan se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional para unificar las reglas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil³⁷. Por ello conviene precisar que en los *Principios de Derecho Europeo de Contratos*, preparados y revisados por la Comisión del Derecho Europeo de Contratos³⁸ se contiene la disciplina de los supuestos de pluralidad de deudores y de acreedores en el capítulo 11, cuyo número 1 está dedicado a las definiciones³⁹, mientras que el número 2 del mismo artículo (1.1.2) lleva por título “Presunción de solidaridad”: “Se presume la solidaridad cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario”⁴⁰. El nuevo texto español ofrece una nueva delimitación de lo que será la “materia mercantil” que ‘girando en torno a los sujetos y a los contratos, se amplía de forma considerable⁴¹ por lo que, de convertirse en texto vigente, existirá una presunción en su articulado –las obligaciones se contraen con carácter solidario- contraria a la que se mantiene el en Código civil que presume, al menos, o declara como norma, salvo que se pacte lo contrario, la mancomunidad.

6.1. Supuestos concretos de solidaridad en el nuevo texto

De igual modo que más arriba nos referíamos a las normas mercantiles (dispersas por el Código vigente y por las leyes mercantiles) que consagraban el principio de solidaridad, cabe decir lo mismo en lo que se refiere al PCM, en cuyo texto, y referido a los distintos sectores, encontramos de nuevo una profusión de normas en las que se apela a la solidaridad. Una vez más nuestro propósito no es exhaustivo, pero sí queremos ofrecer el panorama legislativo, en el texto del nuevo Código, distinguiendo entre las diferentes materias o cuestiones que en él se incluyen.

Así, en determinados contratos, se ha establecido una responsabilidad solidaria: tal es el caso de de los nuevos contratos que han merecido en esta ocasión la atención del legislador: contrato de pública subasta, en el que aparece como responsable solidario

³⁷ En concreto, la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 de abril de 1980; los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales para la Unificación del Derecho Privado y los trabajos de la Comisión Landó sobre el Derecho Europeo de Contratos. Se establece en ella que, en materia de obligaciones y contratos, “se regulan solamente las cuestiones fundamentales, siguiendo básicamente los trabajos de Unidroit y de Uncitral”.

³⁸ Presidida por el profesor Ole Landó.

³⁹ “Pluralidad de deudores y de acreedores. Sección 1. Pluralidad de duadores. Artículo 11.1.1. (Definiciones). Cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación: a) las obligaciones son solidarias si cada deudor responde de la totalidad; b) las obligaciones son separadas si cada deudor responde solo por su parte”.

⁴⁰ “Artículo 1.1.3 (Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios). Cuando los deudores se obligan solidariamente, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento a cualquiera de ellos hasta obtener el cumplimiento total”.

⁴¹ Y que puede llevar a entender que el nuevo texto abarque toda la contratación actual, excepción hecha de la que se realice entre consumidores, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.

el subastador y el promotor⁴² e igual régimen se prevé para la contratación automática en máquinas⁴³, que también se regula. En el contrato de fianza la obligación del fiador es solidaria con la del deudor principal⁴⁴ de igual modo que lo serán cedente y cesionario en el contrato de cesión de créditos garantizados con prenda⁴⁵. También cedente y cesionario responden de igual forma en los contratos de cesión y licencia de bienes inmateriales⁴⁶. En materia de propiedad industrial y en Derecho de la competencia hay un precepto que establece limitaciones para el ejercicio de los derechos de propiedad industrial, que no podrán ser utilizados para realizar prácticas anticompetitivas. El titular de la tecnología que sea objeto exclusivo de propiedad industrial y el fabricante de los productos a los que esa tecnología se aplica, responden solidariamente a los consumidores por defecto de esa tecnología⁴⁷. En el contrato de seguro, que vuelve al texto del Código⁴⁸ se hace responsables solidarios⁴⁹ del pago de las primas, en caso de cesión del contrato, a tomador cedente y cesionario.

⁴² Artículo 422-2. *Anuncio e información de la subasta.*

2. El subastador y el promotor de la subasta responderán solidariamente frente a terceros de los daños y perjuicios causados por la falta de veracidad del anuncio o por la insuficiencia de la información prestada”

⁴³ Artículo 423-4. *Responsabilidad.*

El propietario del espacio en que esté instalada la máquina de contratación y el titular de la actividad que allí se ejercite, responderán solidariamente con el propietario de la máquina y con la persona responsable del suministro de los bienes o servicios ofertados del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato automático”.

⁴⁴ Artículo 578- 3. *Solidaridad.*

1. La obligación del fiador es solidaria con la del deudor principal desde el incumplimiento de ésta. 2. Siendo varios los fiadores de una misma deuda principal serán solidariamente responsables, entre sí, frente al acreedor afianzado. En lo demás subsistirán las consecuencias del carácter accesorio y subordinado de la obligación del fiador o de los fiadores”.

⁴⁵ Artículo 450-4. *Cesión de créditos garantizados con prenda.*

En el caso de garantía constituida con prenda, salvo que el contrato de prenda disponga lo contrario, el cesionario podrá exigir la entrega de la cosa pignorada que estuviera en poder del cedente, pero no de la que estuviera en poder del deudor o de un tercero. Si le fuera entregada, el cesionario asumirá todas las obligaciones propias del derecho de prenda, respondiendo de su cumplimiento solidariamente con el cedente”.

⁴⁶ Artículo 535-6. *Responsabilidad frente a terceros.*

“1. Quien transmita un derecho sobre un bien inmaterial, responderá solidariamente con el cesionario de las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a terceras personas por defectos inherentes al objeto del derecho. 2. El cedente que hubiera debido hacer frente a la responsabilidad mencionada en el apartado anterior podrá reclamar al adquirente o cesionario las cantidades abonadas, a no ser que se hubiere pactado lo contrario, que hubiere procedido de mala fe o que, dadas las circunstancias del caso y por razones de equidad, deba ser él quien soporte en todo o en parte la indemnización establecida a favor de los terceros. Artículo 536-7. Responsabilidad...3. Si como consecuencia de la explotación de una licencia se producen daños y perjuicios a terceras personas por causa de defectos inherentes a su objeto, el licenciante responderá solidariamente con el licenciario de las indemnizaciones a que hubiere lugar”

⁴⁷ Artículo 360-11. *Limitaciones legales y responsabilidad frente a los consumidores...* “

3. El titular de la tecnología que sea objeto de los derechos de propiedad industrial y el fabricante de los productos a los que se aplique responderán solidariamente de los daños causados a los consumidores por defectos de la tecnología protegida aplicada a dichos productos”.

⁴⁸ La LCS de 8 de octubre de 1980 supuso la derogación del Código de comercio y del Código civil, en lo que se refiere al contrato de seguro, regulado en ambos textos, y es una Ley especial que se encuentra en trance de ser reformada, bien por el texto del Anteproyecto que comentamos, bien por el Anteproyecto de Ley español de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011.

⁴⁹ Artículo 582-10. *Transmisión del objeto asegurado.*

En el PCM se define la empresa y se regulan los negocios sobre la misma, concretándose que cuando la empresa se transmita como conjunto, se cederán los contratos, los créditos y las deudas, de las que el transmitente responderá solidariamente con el nuevo empresario⁵⁰, sin tener que acudir a la legislación sectorial (para conocer el régimen de responsabilidad en cada caso) ni al pacto concreto entre empresario transmitente y cesionario.

De una manera mucho más completa y acertada que en el vigente Código se regulan los auxiliares del empresario y la representación de éste. En esa sede se encuentra, también, una nueva manifestación de responsabilidad solidaria, en el supuesto de sustitución del poder⁵¹

Y de nuevo encontramos el clásico principio de la solidaridad cambiaria en el 631.14, que hace responsables frente al tenedor del título a todos los que hubieran firmado como libradores, endosantes o avalistas una letra de cambio, un pagaré o un cheque, a quienes habrá de añadir a quienes hubiesen aceptado una letra de cambio⁵², responsabilidad que se extiende en los supuestos de pluralidad de firmantes, en una

“1. Salvo pacto en contrario, en caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular. Se exceptúa el supuesto de pólizas nominativas para seguros no obligatorios. 2. El asegurado está obligado a comunicar por escrito al adquirente la existencia del contrato del seguro de la cosa transmitida. Una vez verificada la transmisión, también deberá comunicarla por escrito al asegurador en el plazo de quince días. Serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en caso de que éste hubiera fallecido, sus herederos”.

⁵⁰ Artículo 132-4. *La cesión de contratos.*

“1. Salvo pacto o disposición en contrario, el adquirente de la empresa se subrogará automáticamente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial. 2. Sin embargo, la otra parte contratante podrá dejar sin efecto la relación contractual comunicando su decisión al adquirente en el plazo de un mes a contar del día en que hubiera recibido noticia de la transmisión. Esta facultad no existirá en las transmisiones realizadas en el concurso de acreedores. Artículo 132-5. *La cesión de créditos.* 1. La transmisión de la empresa implica la cesión automática de los créditos generados en el ejercicio de la actividad empresarial. El transmitente será responsable de la legitimidad del crédito y, salvo pacto en contrario, de la solvencia del deudor. 2. La transmisión de la empresa deberá ser notificada al deudor. A falta de notificación, el pago realizado de buena fe por el deudor al transmitente será liberatorio. Artículo 132-6. *La asunción de deudas.* 1. El adquirente de la empresa asume todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente. 2. El transmitente de la empresa responderá solidariamente con el adquirente de todas las deudas contraídas para la organización de la empresa y el ejercicio de la actividad empresarial con anterioridad a la transmisión. El adquirente no responderá, sin embargo, de las deudas que no figuren en la documentación contable y empresarial, y de cuya existencia no hubiere sido informado o ni tuviera conocimiento previo. La responsabilidad del transmitente se extinguirá a los tres años a contar de la fecha en que la transmisión de la empresa sea oponible a terceros o en que se produzca el vencimiento de las deudas, si fuera posterior”.

⁵¹ Artículo 121-7. *Sustitución del poder.*

“Los auxiliares de un empresario no pueden, sin el consentimiento previo y expreso de éste, conferir a otras personas las facultades de representación que ostenten. El auxiliar que infringiere esta prohibición responderá solidariamente con el sustituto de las actuaciones de éste frente a los terceros con quienes hubiese contratado. Si el empresario ratificase esas actuaciones, asumirá la responsabilidad y exonerará de ella al auxiliar y al sustituto”.

⁵² Artículo 631.14. *Responsabilidad solidaria.*

“1. Los que hubiesen librado, endosado o avalado un cheque o pagaré o librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responderán solidariamente frente al tenedor. 2. Las personas que hubiesen firmado un título de crédito en un mismo grado, como colibradores, coaceptantes y coavalistas, también responderán solidariamente del pago”.

misma posición jurídica. La disciplina de la LCCH también vuelve al texto Codificado, en el que se contuvo hasta 1985.

Simplemente indicaremos, por último, que en materia de sociedades, los supuestos de responsabilidad solidaria, en el nuevo texto, son abundantísimos. Por supuesto que encontramos los más claros ejemplos en materia de sociedades personalistas y, de esta forma, sus socios soportarán solidariamente (y con carácter subsidiario) las deudas de la sociedad⁵³, al igual que ocurrirá con los miembros de las AIE y de las UTE⁵⁴. En el texto proyectado, que incluye la regulación de las sociedades mercantiles⁵⁵. Entre los supuestos de responsabilidad solidaria en toda clase de sociedades podemos citar el de los administradores por los daños causados por falta de presentación de la escritura para su inscripción o presentación tardía, por los producidos por la interrupción temporal a la página web (de la que pueden disponer las sociedades y que obligatoriamente deberán tener las cotizadas), por los acuerdos que se adopten en el órgano de administración, salvo que prueben que hicieron todo lo posible por evitar el acuerdo⁵⁶; ese mismo tipo de responsabilidad soportan los administradores y alcanza a los socios de la sociedad no inscrita por las deudas sociales⁵⁷. En las sociedades de personas (expresión que utiliza la norma) existe la presunción de que la administración se confiere a todos los socios de la sociedad colectiva, con carácter solidario, salvo que los estatutos (que se exigirán ahora para este tipo social) señalen otra cosa⁵⁸ y se hace responsables solidarios, incluso por deudas sociales, a los comanditarios que incluyan su nombre en la denominación social o que lleven a cabo algún acto de administración, equiparándolos en cuanto a responsabilidad a los colectivos⁵⁹. En las sociedades de capital también son frecuentes los supuestos de responsabilidad solidaria para los fundadores (frente a la sociedad, a los socios incorporados con posterioridad a la constitución y frente a terceros) de la constancia de la escritura, de la exactitud de las declaraciones incluidas en ella y de la adecuada inversión de los fondos para gastos de constitución, así como de la realidad de las aportaciones y de la valoración de las no dinerarias⁶⁰; para quienes hayan celebrado actos y contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción, para los copropietarios de las acciones o participaciones (por las

⁵³ Artículo 221-1. *Sociedades de personas*.

“Son sociedades de personas:

a) La sociedad colectiva, integrada por dos o más socios colectivos, que responderán de las deudas sociales de forma ilimitada y solidaria entre sí y subsidiariamente respecto de la sociedad. Será ineficaz frente a terceros todo pacto social en contrario.

b) La sociedad comanditaria simple, integrada por uno o más socios colectivos, que responderán de las deudas sociales de la misma forma que los de la sociedad colectiva, y por uno o más socios comanditarios, que responderán en los mismos términos que los socios colectivos, pero solamente hasta el importe de lo que se hubieran obligado a aportar”.

⁵⁴ Arts. 292.5 y 293-6.

⁵⁵ Sociedad colectiva, Sociedad comanditaria (simple y por acciones), Sociedad anónima, Sociedad de responsabilidad limitada, Sociedad Anónima Europea, Sociedad Cooperativa, Sociedad Cooperativa Europea, Sociedades Mutuas, Sociedades de Garantía recíproca, Agrupaciones de Interés Económico, Agrupaciones Europeas de Interés Económico y Uniones Temporales de Empresas

⁵⁶ Arts. 213-24.3;212-16 y 215-15, respectivamente.

⁵⁷ Arts. 213,32, 1. Esta responsabilidad es solidaria, personal e ilimitada.

⁵⁸ Art. 221-16.

⁵⁹ Arts. 231.5.1 y 231-6.

⁶⁰ Arts. 231-5.1 y 231-11.

obligaciones)⁶¹. Y aún habrá muchos más ejemplos, en los que se establece un régimen de responsabilidad solidaria para socios (por ejemplo, en caso de liquidación, hasta la cifra de capital social o, en el caso de accionistas titulares de acciones no liberadas, para transmitente y cesionario, durante un plazo de tres años en lo que se refiere a los desembolsos pendientes; o para socios separados o excluidos, en sociedades de personas o para el socio único, si tras seis meses no ha inscrito la situación de unipersonalidad, lo que le acarrearán, como a aquellos, responsabilidad solidaria –su caso con la sociedad– por las deudas sociales)⁶²; los administradores (por ejemplo en el caso de suscripción de acciones propias de la sociedad o de la dominante o por infracción de los deberes legales en caso de disolución por pérdidas o incumplimiento de los deberes de inscripción en casos concretos o, junto a la sociedad dominante, por las instrucciones que se han dado y perjudicado a la sociedad dominada)⁶³; o a las sociedades, en el caso de grupos de sociedades en el caso de separación de socios, respondiendo del reembolso, tanto la dominante como la dependiente⁶⁴.

Si hemos dicho que en el Derecho positivo vigente está inmanente la nota de la solidaridad de las obligaciones mercantiles, debido a la reiterada casuística que se recoge en los textos positivos, a pesar de que no hay una norma de carácter general, de la mera consideración del nuevo texto, que comentamos, podría extraerse idéntica conclusión pues son constantes los ejemplos que de esta apreciación encontramos en él. A fuerza de repetirse una práctica, en los distintos sectores de la contratación y en las diversas normas, aún como decimos, sin la existencia de una regla general que se da para otras cuestiones (la exigibilidad de las obligaciones puras, la fatalidad de los términos de cumplimiento, la mora automática, por ejemplo) puede llegarse a la conclusión de que puede haber un principio general, en este caso de solidaridad de las obligaciones. Pero en el Anteproyecto, además, se contiene ese principio.

6.2. La regla general de solidaridad en el PCM

Como se ha dicho, el Libro Cuarto del Anteproyecto (De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general), disciplina los deberes de la fase preparatoria del contrato, su perfección y modificación, su interpretación, contenido y extinción, además de su incumplimiento, en su Título I. En él pueden encontrarse, expresamente recogidas en el texto, lo que puede considerarse como las notas características de este tipo de obligaciones (las mercantiles): y en ellas, en el artículo 415-1 (en el capítulo reservado al contenido del contrato) la solidaridad de las obligaciones mercantiles, principio general diferenciador y distintivo que se enuncia del siguiente modo:

1. En las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores están obligados solidariamente, salvo pacto en contrario.
2. Todo fiador de una obligación mercantil quedará solidariamente obligado junto al afianzado.

⁶¹ Arts. 231-6 y 231-28.1.

⁶² Arts. 232-40, 233-15, 271-25 y 231-108, respectivamente.

⁶³ Arts. 233-23, 272-12, 291-8 y 201-12.

⁶⁴ Art. 291-18.

El principio general de solidaridad en las obligaciones mercantiles o la presunción de solidaridad, queda incorporado al derecho mercantil positivo. La solución dada por el legislador a esta cuestión nos parece necesaria y acertada y es más que razonable que, en el precepto citado, como ha señalado VERGEZ⁶⁵ haya “afrontado – cómo no- un tema pendiente en el Derecho mercantil español como es el relativo al reconocimiento del principio de solidaridad en las obligaciones mercantiles (415-1), frente al principio actual de mancomunidad que caracteriza al Derecho civil”. No es tanto, pues, una novedad como el reconocimiento de una realidad que estaba fuera de la norma. Tampoco es necesario mayor comentario: las obligaciones mercantiles son solidarias y la solidaridad de deudores es una nota distintiva, característica y propia de esta clase de obligaciones.

La consagración del principio se ha llevado cabo, como hemos visto, en dos postulados o declaraciones generales: la que, con carácter general, reconoce la solidaridad de deudores para las obligaciones y contratos mercantiles, concebida en términos absolutos, aunque con la posibilidad de un pacto en contrario; y la que, referida a un caso concreto, la fianza mercantil, reitera el principio general al señalar que cualquier fiador queda solidariamente obligado, junto al afianzado. Se refuerza, como es propio de este sector de la contratación en el ámbito privado y en las circunstancias actuales, la posición del acreedor frente a la del deudor. El *favor debitoris*, recogido en el artículo 59 del Código de comercio (propio del Derecho mercantil de la época de aprobación del Código) que se erige como un criterio, al menos de interpretación, frente a los postulados del Código civil (artículo 1289) ha actuado como fundamento de la presunción de mancomunidad. Sin entrar en la posible discusión de la razón de ser del propio principio y de quién puede considerarse, en las actuales circunstancias, débil en la relación contractual, hay que, como se ha señalado⁶⁶, dar paso al *favor creditoris*⁶⁷.

6.3. Valoración

El nuevo precepto, que valoramos muy positivamente, nos ha permitido aproximarnos a una revisión de una cuestión siempre pendiente: la solidaridad de las obligaciones como nota característica de las mercantiles. La gran iniciativa que supuso la Propuesta de un nuevo Código mercantil y, en sí mismo, el texto del que dispone el legislador para poder cumplir con su función, el Anteproyecto de nuevo Código mercantil, representan una esperanza en la siempre necesaria reforma del Derecho privado, del Derecho mercantil y, en concreto, del Derecho de obligaciones y contratos. Creemos que la solución

⁶⁵ En su caso, refiriéndose a la Propuesta. *Vid.* VERGEZ, M., “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la *Propuesta de Código mercantil*”, en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, *op. cit.*, pp. 315-326.

⁶⁶ Así lo hacen MIRANDA y PAGADOR, *op. cit.*, con quienes estamos de acuerdo, citando a Díez Picazo cuando precisa que algo nos dice que la vida es más fuerte que las construcciones mentales y se lleva por delante al Derecho tradicional, DIEZ PICAZO, L., *Epílogo, Derecho y masificación social. Tecnología y derecho Privado (Dos esbozos)*, Madrid, 1987.

⁶⁷ MOTOS GUIRAO, M., “La interpretación del contrato mercantil y el artículo 59 del Código de comercio”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1955, pp. 34-47.

adoptada, largamente reclamada por la mejor doctrina y por la Jurisprudencia que, ciertamente, ha tenido que forzar en demasiadas ocasiones la interpretación de preceptos de nuestros Códigos, simple y clara, da respuesta correcta a la demanda existente. De aprobarse el texto proyectado, como en otras muchas cuestiones, la norma positiva solucionará un problema pendiente y, en el caso concreto al que nos referimos, habría que decir, hasta de gravedad, por las consecuencias que se han desprendido de tan inadecuada regulación (la actual). Caso de que no llegue a ser una realidad legal y positiva, el problema seguirá vigente y, con él, la actuación que quizás suponga incluso extralimitación de su función (criticada muchas veces con toda razón) de los Jueces y Tribunales; la realidad económica seguirá, por su parte, exigiendo la mayor parte de las veces esta clase de responsabilidad.

7. CONSIDERACIÓN FINAL Y HOMENAJE

A pesar de las críticas que se han hecho al Anteproyecto, con muchas de las cuales también aquí mostramos nuestro desacuerdo, entendemos que se trata de un texto histórico, elaborado en una época en la que se advierte un nuevo proceso codificador, similar al que se siguió (de manera ejemplar) en el siglo XIX en España, en Europa y en todo el mundo. Dadas las actuales circunstancias (fundamentalmente políticas) el entusiasmo o confianza (e incluso esperanza) que supuso la aprobación del texto por el Consejo de Ministros ha desaparecido en gran medida. El propio Presidente de la Sección que lo ha elaborado, el Prof. Rodrigo Bercovitz que con toda precisión y acierto al referirse a la nueva regulación en materia de obligaciones y contratos advierte que va a ser una regulación aplicable a todas las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos en el mercado (“es preciso recordar que existiendo una diferenciación entre Derecho mercantil y Derecho civil no es admisible considerar que las normas mercantiles se conviertan en civiles por su generalización. Lo que caracteriza al Derecho mercantil no es su especialidad frente al Derecho civil, sino la realidad que regula, esto es, la materia mercantil constituida por las actividades de quienes se dedican habitualmente a ofrecer públicamente bienes o servicios para su contratación con terceros, esto es, para captar clientela”)⁶⁸ se pregunta sobre el valor de la Propuesta y del Anteproyecto. La primera tendrá el valor de una obra doctrinal señala, cuyos planteamientos y soluciones podrán invocarse para solucionar problemas y destaca su importancia en materia contractual ya que los contratantes pueden someter su contrato a la regulación que hace la misma (que puede servir como modelo de contrato atípico) “sino además porque en muchos casos el articulado incluido en el Código (desde luego, añadimos nosotros, la materia objeto de nuestra reflexión –la solidaridad de las obligaciones–) lo que hace es expresar en artículos lo que ya estaba reconocido como vigente en el tráfico mercantil”. El segundo permite el inicio del trámite de discusión parlamentaria y si llegara a aprobarse, Derecho positivo.

⁶⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Presentación del Anteproyecto de Código mercantil”, *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, op. cit., p. 51.

En cualquier caso, desde un sentimiento de cierta resignación a lo que parece inevitable, que el Anteproyecto solo quede en eso (nada más y nada menos), hemos de admirarnos de la gran aportación que la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación ha hecho a la Ciencia jurídica, al Derecho mercantil y a los propios operadores económicos. La tarea es digna de elogio y merecedora de gratitud.

Estas modestas reflexiones sobre la solidaridad de deudores en el ámbito mercantil, a propósito de su consagración como presunción y regla en el Anteproyecto, quieren ser un acto de reconocimiento a quienes han formado y forman la Comisión General de Codificación (a todos y cada uno de ellos), de manera especial a la Sección de Derecho mercantil, que nos ha regalado este texto. Singularmente, ha de servir como muestra de afecto y reconocimiento, de respeto y de homenaje a uno de ellos (por su dilatada vida, que ahora inicia otra etapa, como docente e investigador), el Profesor RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, discípulo de grandes maestros, maestro de grandes discípulos que también están creando su propia escuela, en una Universidad –de maestros y discípulos- que quizás esté empezando a desaparecer. La presencia constante de su magisterio la mantendrá.