

La regla de la división de la deuda en el regimen civil y la presunción de solidaridad en materia mercantil¹

The Division of the Debt in Civil Law and the Presumption of Solidarity in Commercial Law

DAVID NAMÉN BAQUERO²

RESUMEN

Uno de los aspectos más inquietantes en el derecho de las obligaciones, es el atañadero a las obligaciones con sujeto plural. De antaño, en presencia de varios deudores, se consolidó la regla general de la mancomunidad, es decir, el acreedor debía dirigirse contra cada uno de sus deudores para satisfacer el pago de la deuda. Excepcionalmente, se permitió por mandato de la ley o mediante negocio jurídico, la posibilidad de que el acreedor, se dirigiera contra un solo deudor, para exigir el pago total de la obligación. Estos principios, han sido replanteados en la actualidad, donde la tendencia mayoritaria de los ordenamientos jurídicos, ha sido la de presumir, que en presencia de varios sujetos en el extremo pasivo de la obligación, estos se han obligado solidariamente,

1 Fecha de recepción: 30 de marzo de 2017. Fecha de aceptación: 29 de junio de 2017. Para citar el artículo: Namén, D. "La regla de la división de la deuda en el regimen civil y la presunción de solidaridad en materia mercantil", *Revist@ E- Mercatoria*, vol. 16, n.º 1, enero-junio, 2017. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v16n1.01>

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. LLM en Derecho Internacional Económico y de los Negocios de Georgetown University. Diplomado en Arbitraje Internacional y Resolución de Conflictos de la misma universidad. Docente Investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de Derecho Civil. david.namen@uexternado.edu.co.

con lo que se ha planteado una decadencia del principio de la división de la deuda y el fortalecimiento de la presunción de solidaridad.

Palabras Clave: *Presunción de Solidaridad, Principio de División. Derecho Comercial. Derecho Civil*

ABSTRACT

One of the most interesting topics concerning the relationship between debtors and creditors happens when there are several joint debtors. From the beginning of times, the general rule for this kind of relationships was that the creditors in order to collect payment, had to address their claims against all debtors. Unusually, either by law or contract the parties could change the rule, allowing the creditor to sue for the whole debt against a single debtor. Nowadays, these rules have been rethought, where most legal systems have presumed that in presence of several debtors, they have a joint and several bound. Moreover, this change has raised the concern about the decadence of the principle of the division of the debt and the strengthening of the presumption of solidarity.

Keywords: *Presumption of Joint and Several Debtors. Division of the Debt. Commercial Law. Civil Law.*

INTRODUCCIÓN

Las obligaciones solidarias plantean interrogantes significativos en la disciplina de la relación jurídica obligatoria a propósito de su noción, génesis, estructura, tipología, efectos y la utilidad de su consagración abstracta cuando son varios los deudores de una misma prestación.

De antes el pensamiento jurídico postula el principio general de la ausencia de presunción de solidaridad. No obstante, la naturaleza rígida e inflexible a que conduce esta regla es cuestionada de antiguo y la tendencia contemporánea se orienta a la presunción de solidaridad, ya en forma genérica, ora específica, particularmente en el reciente derecho del *soft law*.

En Colombia, a diferencia del Código Civil, los redactores del Código de Comercio siguiendo el modelo italiano de 1942, se apartaron de la regla conforme a la cual, la solidaridad pasiva surge *ex lege* o *ex negotio*. En efecto, en presencia de varios sujetos en el extremo pasivo de la obligación, se presume que se han obligado solidariamente. Lo anterior, plantea la pertinencia de la inversión del principio. *Ab initio*, el *favor debitoris* basado en la equívoca percepción de debilidad del deudor, y el *favor debilis*, parecían sustentar el principio de no presunción de solidaridad. No obstante, el deudor no necesariamente

es la parte débil de la relación obligatoria ni se encuentra de suyo en situación de indefensión, el *favor creditoris* y la función práctica o económica social de la obligación, comportan la ruptura del extremo dogmático. Incluso, la doctrina actual menciona la crisis de la "presunción de no solidaridad".

Las siguientes líneas procuran introducir al lector en los orígenes de la regla y sus desarrollos normativos. En la primera parte, se hará una breve reseña histórica de la presunción de la no solidaridad; y en la segunda, se abordará la problemática en el ámbito del Derecho Privado Colombiano.

I. LOS ORÍGENES DE LA PRESUNCIÓN DE LA NO SOLIDARIDAD Y SOLIDARIDAD CONTRACTUAL

A. DERECHO ROMANO

La singular influencia del derecho romano en los sistemas jurídicos romano-germánicos es indudable. En sus orígenes, las fuentes de la solidaridad pasiva en el campo contractual, derivan de la *Sponsio* y la *Stipulatio*³, y daban lugar a las obligaciones *correales*⁴.

Según la época del desarrollo del derecho romano, la solidaridad requería elementos o fórmulas adicionales. Así, en el Derecho clásico, además de la presencia de varios sujetos y la identidad en el objeto, era menester la unidad de acto- *unitas actus*-, esto es, que el acreedor hiciera interrogaciones separadas y que todos los deudores respondieran "*spondemus*", ante la misma pregunta⁵.

3 Cfr. Stefano Pellegatta, "La Solidarietà Passiva Nel Diritto Civile Degli Affari: Nuovi Profili Applicativi," (Università degli Studi di Milano-Bicocca), <https://boa.unimib.it/handle/10281/20370?mode=simple>. 9. p. 24. "Se la *sponsio*, poi divenuta *stipulatio*, ha costituito il caposaldo del sistema contrattuale romano, essa era anche la modalità principale attraverso cui potevano costituirsi obbligazioni solidali attive e passive di fonte contrattuale. La stipulazione era infatti lo strumento mediante cui più persone potevano promettere alla stessa o si potevano far promettere dalla stessa persona la medesima e identica prestazione".

4 Cfr. Ambrosio Colin & Henry Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, trad. Demófilo de Buen (Madrid: Reus S.A, 1924), 3. p. 375 "La obligación correal era un medio que tenían los contratantes de burlar el principio de la división de las deudas, ya a beneficio de varios acreedores, ya a cargo de varios deudores. La correalidad pasiva representaba ciertamente, como hoy, un papel más importante que el de la correalidad activa."

5 Cfr. Emilssen Gonzalez, *Derecho Romano II. Obligaciones y Contratos. Fuentes-Recopilación*, 1a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001). p. 44. Inst. [3, 16, pr.]. Dos o muchas personas pueden ser parte conjuntamente en la estipulación o en la promesa. En la estipulación, si después de la interrogación de todos, responde el promitente: *Spondeo*, por ejemplo, cuando habiendo estipulado separadamente dos personas, el promitente responde: respondo de dar a cada uno de vosotros. Porque si responde primero a Ticio, y en seguida, después de la interrogación del otro, responde también, habrá dos obligaciones distintas, y no dos coestipulantes. Dos o muchos copromitentes se dan a conocer

Esta formalidad desaparece en el Derecho Justiniano, bastando al efecto probar de cualquier manera, la intención expresa de crear el vínculo solidario.

En sentido análogo, el efecto liberatorio en las obligaciones solidarias, suscitó importantes reflexiones. Bajo el derecho clásico, se entendió que la *litiscontestatio* de un solo deudor, podría tener efectos liberatorios respecto de los demás. El derecho justiniano suprime esta regla, para consagrar que la *litiscontestatio* únicamente podía liberar al deudor que la hubiera contestado⁶, quien a su vez, conservaba la acción de regreso para recuperar lo pagado frente a los demás codeudores⁷.

Pese a que la figura de la solidaridad contractual era parte del derecho romano, no se erigió como la regla general. En efecto, primó la regla de la división de la deuda⁸ y para que la obligación se entendiera solidaria, era necesaria la existencia de un pacto entre las partes que así los dispusiera.

así: *Mevio, ¿respondes de darme cinco sueldos de oro? Seyo, ¿respondes de darme los mismos cinco sueldos de oro?* Respondiendo cada uno de ellos separadamente: *yo respondo.*

6 *Íbid.*p.46. C. 8, 41 (40), 28 El Emperador Justiniano, Augusto, a Juliano, Prefecto del Pretorio. Mandamos en general que así como se ha establecido respecto a los mandantes, que hecha la contestación contra uno de ellos no quede libre el otro, así se observe también respecto a los fiadores. Porque hallamos que las más de las veces se proveyó en las cauciones de los fiadores en virtud de un pacto de tal naturaleza, y por lo tanto mandamos por ley general, que por la elección de uno de los fiadores o del mismo deudor no quede de ningún modo libre el otro, o que no alcance la exención el mismo deudor por haber sido elegidos los fiadores o uno de ellos, a no ser que se le haya satisfecho al acreedor, sino que subsista íntegro el derecho hasta que por completo se le pague el dinero o de otro modo se le satisfaga. Y lo mismo establecemos tratándose de dos reos de prometer, no permitiendo que por virtud de la elección de un solo deudor se le cause al acreedor perjuicio respecto a otro, sino que subsistan también para el mismo acreedor íntegras las acciones, así personales como hipotecarias, hasta que se le satisfaga por completo. Porque si se concede que se haga esto habiéndose convenido pactos, y vemos que siempre se ejecuta esto en el uso diario, ¿por qué no ha de ser esto permitido por la autoridad de la ley, a fin de que la sencillez de los que hacen los contratos no pueda menoscabar de algún modo el derecho del acreedor? Dada en Constantinopla a los 15 de las Calendas de noviembre, después del Consulado de Lampadio y Orestes, varones esclarecidos (531).

7 *Íbid.*p.49. Gayo 3, 122 Además la ley Apuleya introdujo una especie de sociedad entre los *sponsors* y los *fidepromissores*, pues si alguno de ellos pagó más de su porción, estableció acciones contra los otros por aquello que dio de más. Esta ley se promulgó antes de la ley Furia, en aquel tiempo en que se obligaban por el total; de donde se discute si después de la ley Furia todavía tiene vigencia el beneficio de la ley Apuleya. Y ciertamente, fuera de Italia tiene vigencia, pues la ley Furia tiene valor tan sólo en Italia, pero la Apuleya también en las otras provincias; en cambio, se discute mucho si el beneficio de la ley Apuleya tiene vigencia además en Italia. La ley Apuleya, sin embargo, no afecta a los *fideiussores*, así pues, si el acreedor hubiera conseguido el pago total de uno de ellos, será en detrimento de éste sólo si aquél a quien avaló no es solvente. Pues como resulta de lo dicho antes, el *fideiussor* de quien el acreedor solicita la totalidad podrá pedir, en virtud de la epístola de Adriano, de consagrada memoria, que la acción se ejercite por la parte que le corresponda.

8 Cfr. Pellegatta, "La Solidarietà Passiva (...)", pp.32-35. Una posición mayoritaria alude a

Con la caída del impero romano, la regla de la divisibilidad se difundió ampliamente haciendo que la solidaridad no se presumiera, sino que fuera expresamente pactada. Por esto, el derecho medieval y los posteriores movimientos codificadores europeos, se inclinaron por la regla de la división.

B. CÓDIGOS DEL SIGLO XIX

i. Francés

El Código Civil Francés –en adelante c.c.–, recogió la presunción de mancomunidad del derecho romano, en su artículo 1310 –*anteriormente 1202 c.c.*–. Dispuso: “*La solidarité est légale ou conventionnelle, elle ne se présume pas*”. El Código de Comercio Francés, no hace mención a la solidaridad, por lo que debe acudir al Código Civil, cuando se esté ante obligaciones, cuyo contenido sea mercantil.

La jurisprudencia francesa en excepcionales hipótesis desconoce la regla y aplica la presunción de solidaridad bajo la perspectiva de la voluntad tácita de constituir una obligación solidaria, o en tratándose de varios responsables en la responsabilidad por daños, y en especial, de las obligaciones mercantiles en consonancia con la regla consuetudinaria de la celeridad de las operaciones comerciales.

Los criterios se centran en la inaplicabilidad del artículo 1310 c.c, al tráfico mercantil.

La *chambre commerciale de la Cour de Cassation Française*, desde 1980, sentó esta tendencia, así:

“(…)la *chambre commerciale de la Cour de cassation* est donc venue confirmer la coutume contra legem, largement admise par la jurisprudence, selon laquelle les dispositions de l'article 1202 du Code civil ne s'appliquent pas en matière commerciale. La solidarité est donc présumée et n'est écartée que par une stipulation expresse. Cette particularité s'explique par les garanties dont a besoin le domaine des affaires”⁹.

A su vez, indicó que la presunción se estructura siempre que se esté en la esfera del derecho comercial y se busque preservar las garantías necesarias del comercio:

“[...] Par une jurisprudence constante, dans laquelle s'inscrit directement l'arrêt de la *chambre commerciale* du 21 avril 1980, la *Cour de cassation* écarte l'application

que la regla general en las obligaciones subjetivamente complejas es la de la división y que la solidaridad debe ser expresamente pactada o devenir de la ley.

9 Cour de Cassation (Cass)(Corte de Casación) Com. Avril, 21, 1980, Bull.civ.IV. D. n.º 158 (Fr).

de l'article 1202 en matière commerciale, jugeant que dans ce cas la solidarité doit être présumée en vertu des usages. La règle est alors inversée: la solidarité entre les débiteurs en matière commerciale aura lieu de plein droit, à moins qu'une disposition expresse ne l'ait exclue. Il semble intéressant de s'interroger sur l'exclusion de l'article 1202 du Code civil qu'opère la Cour de cassation en matière de dette commerciale, faisant ainsi application d'une coutume *contra legem*, largement intégrée par la jurisprudence, et dont l'objectif est de fournir des garanties nécessaires dans ce domaine. [...] ¹⁰

Un sector de la doctrina francesa manifiesta su preocupación a partir de esta decisión. En efecto, resalta que la aplicación del principio, se contraponen al "dogma de la autonomía de la voluntad". Dicho de otra forma, la presunción de solidaridad haría nugatorio el principio de la autonomía contractual y cedería frente al desarrollo económico contemporáneo y el carácter financiero del contrato ¹¹. Adicionalmente, respondería a la utilidad del contrato, y disminuye el riesgo del acreedor en caso de insolvencia de uno los deudores, permitiendo al acreedor perseguir a los demás.

ii. Español

El Derecho Privado Español, sigue de cerca la regla de la división. Así, el artículo 1137 del Código Civil Español establece: "*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*

10 Ídem.

11 Cfr. Hubert P. Zouatcham, *De la Solidarité Stipulée à la Solidarité Présuée*, (Les Echos), March 15, 2013, disponible en: http://archives.lesechos.fr/archives/cercler/2013/03/15/cercler_67356.htm. "Il ressort de cette extension une réalité d'encadrement du dogme de l'autonomie de la volonté. La solidarité, telle que consacrée par les nouveaux instruments vient nier l'autonomie de la volonté. C'est ainsi qu'avec de nouvelles législations comme l'acte uniforme relatif aux sûretés, il est énoncé à son article 10 que le contrat de cautionnement est réputé solidaire, ici la loi prend les devants pour présumer la solidarité. Il en est de même dans l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE qui dispose dans son article 110 que les fondateurs et dirigeants sont solidairement responsables des actes pris pour le compte de la société en constitution en cas de non reprise. Ceci est la manifestation de ce que Anne Dannis Fatome dans son ouvrage *Contrat et apparence* appelle déclin de l'autonomie de la volonté dans la mesure où le développement économique contemporain amène les législateurs à protéger l'intérêt des protagonistes, on parle donc d'un dirigisme contractuel dans la mesure où, pour des besoins de sécurité et d'économie, la volonté des parties, serait quelque fois dans les situations où elle porterait atteinte à l'essence du contrat. C'est pour cette raison également que les principes européens du droit des contrats, dans ces articles 10 :102 dans ses alinéa (1) consacre une solidarité contractuel et dans l'alinéa (2) une solidarité en matière délictuelle. Nous constaterons aussi, l'essor de ce principe consacré dans l'avant projet de l'acte uniforme dans ses articles 10/7 et 10/8. Il en découle que le solidarisme rompt avec une conception purement volontariste du contrat, il devient en définitive un instrument de solidarité où les échanges des services doivent l'emporter sur l'opposition des intérêts. On se pose donc la question de savoir, à quoi tient soucis de remise en cause du principe de l'autonomie de la volonté depuis lors toujours consacré ?"

con el carácter de solidaria"; y el artículo 1138 *ibídem*, continúa: "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".

Estos dos artículos sientan las bases de la solidaridad pasiva en el derecho español. En efecto, establecen la presunción de división de la deuda y resaltan la necesidad de pacto entre las partes para que la obligación se entienda solidaria.

Tales lineamientos fueron criticados enfáticamente cuando se redactó el Código de Comercio del año 1885, pues no se entendió la razón por la que debía acudir a las reglas del derecho civil.

La jurisprudencia ha buscado flexibilizar la regla, reconociendo la solidaridad pasiva, incluso cuando no ha sido pactada. La justificación para invertir la regla, se basa en la función económica del contrato y ha sido producto de una evolución que muy bien desarrolla Pérez-Serrabona, en los siguientes términos:

"En una primera, el TS mantiene que no es preciso utilizar expresamente el vocablo "solidaridad" (como si exigía en una importante jurisprudencia previa), bastando con que quede evidente la voluntad de las partes, en una segunda fase, a partir de los 60, se avanza a 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 del contrato" van a permitir conocer que la intención de las partes fue que imperara la solidaridad; 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 la obligación contraída con carácter de solidaria"¹².

Con estos antecedentes, los movimientos codificadores propician la revisión del principio de no solidaridad.

La "Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos", (2009)", sugiere invertir la regla en el artículo 1122 (inciso 1): "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"; y –en su inciso segundo– "será solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente

12 José Luis, Pérez. La solidaridad en las obligaciones mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Ilescas Mescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. 2015 p. 1696. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>.

imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas”.

A su vez, el Libro Cuarto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil del 30 de mayo de 2014, en lo relativo a las obligaciones y contratos mercantiles, contempla: “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.”¹³

Se observa en el derecho español la tendencia a superar la presunción de mancomunidad del código civil, en especial, en las relaciones jurídicas comerciales y en el derecho de daños.

C. CÓDIGOS DEL SIGLO XX

a. Alemán

De una lectura del Código Civil alemán (en adelante B.G.B), se aprecia que en principio la legislación alemana se inclinó por la regla de la mancomunidad para el caso de las obligaciones subjetivamente plurales. Sin embargo, de artículos posteriores, se desprende que también se acoge la presunción de solidaridad.

El § 420 consagra la regla de la divisibilidad y señala que en aquellas hipótesis en las haya pluralidad de deudores y existan dudas acerca de si el contenido de la prestación es divisible, el deudor solo estará obligado a la parte que le corresponde y el acreedor solo podrá exigir una proporción igual¹⁴.

De este artículo, se evidencia que se recoge el postulado que inspiró la redacción del Código Napoleónico y que viene desde el derecho romano.

No obstante, el B.G.B en el § 427 establece una regla especial para el caso en el que varios deudores se hayan obligado contractualmente a la ejecución de una prestación divisible¹⁵.

13 Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Enero, 29 de 2015. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>.

14 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB][Código Civil Alemán], Ago.18, 1896, Bundesgesetzblatt [BGBL.I] 2909 § 420 (Alem.) Divisible performance. If more than one person owes divisible performance or if more than one person may demand divisible performance, then in case of doubt each obligor is only obliged to render an equal proportion and each obligee is only entitled to an equal proportion. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html. El § 420, dispone: “Teilbare Leistung. Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt”.

15 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB][Código Civil Alemán], Ago.18,1896, Bundesgesetzblatt [BGBL.I] 2909.§ 427(Alem.) Joint contractual duty. If more than one person jointly binds himself by contract to render divisible performance then, in case of doubt, they are liable as joint and several debtors. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html> “Gemeinschaftliche vertragliche Verpflichtung. Verpflichtung

Para estos eventos, señala el código, que en caso de duda, se entiende que los deudores se han obligado solidariamente.

Este aspecto es novedoso en el derecho civil alemán. No solo consagra la presunción de divisibilidad, sino que cuando sean varios los deudores obligados contractualmente a una prestación divisible, y en caso de duda acerca de la manera en como se debe asumir la obligación, se entiende que la obligación es *in solidum*, esto es, dispone la presunción de solidaridad.

De su parte, el § 431 dispone la solidaridad en las obligaciones indivisibles¹⁶ y el § 840, respecto de los responsables de un daño¹⁷.

b. Italiano

El Derecho Civil Italiano en sus inicios se inspiró en la presunción de mancomunidad.

Con la expedición del *Codice Civile de 1942*, suprime la duplicidad de regímenes y disciplina de manera uniforme, las reglas relativas a los contratos y las obligaciones, sin considerar su naturaleza.

En lo tocante a las obligaciones solidarias, el *Codice Civile de 1942*, reconoció el auge del capitalismo y la rapidez en el tráfico jurídico para la correcta tutela del derecho de crédito.

En ese orden de ideas, la legislación italiana supera la dualidad de regímenes, en el que para las obligaciones civiles, la solidaridad pasiva debía ser expresamente pactada, mientras que en materia mercantil, esta se presumía¹⁸. La regla

ichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner". En § 425 se dice: "Wirkung anderer Tatsachen. (1) Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.- (2) Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzug, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteil".

16 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB][Código Civil Alemán], Ago.18,1896, Bundesgesetzblatt [BGBl.I] 2909.§ 431(Alem.) "Mehrere Schuldner einer unteilbaren Leistung. Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner

17 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB][Código Civil Alemán], Ago.18,1896, Bundesgesetzblatt [BGBl.I] 2909.§ 846(Alem.)Haftung mehrerer. (1) Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner.- (2) Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatz des von einem anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der andere allein, im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet.- (3) Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 833 bis 838 zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der Dritte allein verpflichtet".

18 Cfr. Pellegatta. "La Solidarietà Passiva (...) p.98 "La disciplina anteriore al 1942, in presenza di una pluralità di condebitori, prevedeva infatti che nei rapporti civili essa dovesse essere

quedó contenida en el artículo 1294 del Codice Civile en los siguientes términos: *"Il condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente"*.

Esta innovación permite presumir la solidaridad entre varios deudores y le facilita a los acreedores, la exigibilidad de la prestación a cualquier de ellos, con lo que el acreedor tiene más posibilidades para satisfacer el crédito.

III. LAS TENDENCIAS DE MODERNIZACIÓN Y ARMONIZACIÓN

El tráfico jurídico experimenta cambios en la economía de mercado con la producción, la comercialización, la distribución, el consumo y la contratación a gran escala, en serie o en masa, la masificación y estandarización de la materia contractual, la globalización y multiplicación de mercados y las relaciones transfronterizas, el desarrollo científico, tecnológico e industrial, los esquemas contractuales predispuestos, la contratación electrónica, el derecho del consumo, las nuevas modalidades dispositivas, la asimetría económica e informativa, el desequilibrio, abuso de la posición dominante contractual o del mercado, el aprovechamiento de la manifiesta condición de debilidad o inferioridad, las cláusulas abusivas, y propician una *"lex mercatoria"*, dinámica, flexible con tendencia ampliamente extendida a la uniformidad mediante la formulación de principios, pautas y preceptos uniformes, próximos o compatibles en los sistemas romano germánico y anglosajón, a modo de *usus mercatorum* o de modernos *restatements* internacionales, como los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales, *"Principles of International Commercial Contracts"* (1994-2004-2010)¹⁹, cuyo artículo 11.1.2., dispone:

stipulata espressamente, ai sensi dell'art. 1188 c.c. previgente, mentre che nei rapporti commerciali venisse presunta, ai sensi dell'art. 40 c. comm. La solidarietà passiva era infatti considerata elemento naturale di ogni obbligazione commerciale soggettivamente complessa dal lato passivo e pertanto, nel dubbio, sottointesa. Già prima dell'innovazione legislativa attuata con il codice civile del 1942, era stata sostenuta l'opportunità di estendere anche alla materia civile la presunzione di solidarietà propria del diritto commerciale. A questo proposito si era evidenziato come quelle stesse esigenze di ordine pratico che consigliavano l'applicazione della regola al diritto commerciale, mantenessero il loro valore pur se riferite alla materia civile. Inoltre, si osservava come alcune eccezioni assai significative al regime della parziarietà già sussistessero anche nel sistema di diritto privato."

- 19 Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Febrero 21 de 2012. M.P. William Namén Vargas, Exp. 1 1001-3 103-040-2006-00537-01. [Colom.]."[...] Los *Principios*, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispo-

“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”

En esta línea de armonización, el Marco común de referencia (Common Frame of Reference) de la comisión europea en el Proyecto de Marco Común de Referencia- Draft Common Frame of Reference of the European Private Law – los “Principles, Definition and Model Rules of European Private Law” (DCFR), auspiciado por el Parlamento Europeo, que compendia los resultados de los trabajos del *Acquis Group* y del *Study Group on a European Civil Code*, presidido Christian von Bar; los Principios del Derecho Contractual Comunitario, los “*Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*” del Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) Hans Schulte-Nölke y Gianmaria Ajani (2007), los trabajos del Grupo de estudio sobre un código civil europeo (*Study Group on a European Civil Code*) y el Grupo de estudio sobre el derecho privado vigente de la unión europea (*Research Group on Existing EC Private Law*), Cristian Von Bar y Eric Clive; el proyecto de *contract code* inglés de Harvey McGregor; la reforma al BGB de 2001 - modernización del derecho alemán de obligaciones- (vigente en 2002), el Código de Holanda, el de Hungría de noviembre de 2009 y los expedidos luego de la URSS, la Ley China de Contratos (1999), el *Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général de OHADA* (1997), el Anteproyecto (*Avant-Projet*) de Reforma del Derecho de las Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (2005), presentado al Ministerio de Justicia de Francia por una comisión de civilistas presidida por el profesor Pierre Catala, la reciente LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures; la Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, y el Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) elaborado por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia de España, entre otros trabajos importantes.

El “Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos” (2002), “*Code Européen des Contrats*” de la Academia de Iusprivatistas Europeos, con sede en Pavía, presidida por Giuseppe Gandolfi, en su artículo 88.1, expresamente recoge la tendencia, así:

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

sitivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos”

IV. EL REGIMEN DUALISTA DEL DERECHO COLOMBIANO

El régimen de Derecho Privado colombiano, se caracteriza por la presencia de dos cuerpos normativos que buscan disciplinar las relaciones jurídico-privadas. Para el caso de las obligaciones civiles, el Código Civil recoge la regla decimonónica de la no solidaridad, cuyas raíces se remontan al derecho francés. En el Derecho Comercial, ocurre lo opuesto, pues en presencia de varios deudores, la solidaridad se presume, siendo más consonante con el derecho italiano y alemán.

A. DERECHO CIVIL: LA NO PRESUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD

El código civil de la unión, acogió la presunción de no solidaridad en las obligaciones civiles. En efecto, del artículo 1568 del código civil se infiere que ante la pluralidad de sujetos, siendo varios los acreedores, cada uno solo tiene derecho a su propia cuota y cuando son varios los deudores, cada cual debe su parte, sin embargo, se entenderá *in solidum*, si la prestación no admite fraccionamiento en sí, o cuando por disposición de la ley o del negocio jurídico, se establece que se debe y se pague por entero a cualquiera de los acreedores.

Teniendo presente lo anterior, es pertinente resaltar algunos aspectos de las obligaciones solidarias cuya naturaleza sea civil.

i. Naturaleza de las obligaciones solidarias

La sistematización de las obligaciones solidarias, plantea un problema antiguo, no resuelto aún, en cuanto su estructura, naturaleza, noción, caracteres, conexión de los intereses crediticios y debitorios, alcances de la legitimación concurrente de acreedores y deudores y, efectos singulares o universales de su actuación.

Sobre estos tópicos, no puede proponerse una solución pacífica por la multiplicidad de factores y la diversidad de tratamiento normativo que existe respecto al ámbito de operatividad de la solidaridad, particularmente, en las denominadas relaciones externas de los diferentes acreedores o deudores y la incidencia de los efectos limitados o extensibles.

En lo que tiene que ver con la naturaleza de las obligaciones solidarias, tres han sido las concepciones explicativas mayormente aceptadas.

La primera concepción, es la unitaria y postula que se trata de una única obligación con pluralidad de sujetos, unidad de prestación para todo el crédito y el débito (*eadem res debita*) y una causa única.

La segunda, es la pluralista y preconiza la presencia de varias relaciones jurídicas obligatorias, tantas cuantos sean los sujetos acreedores y deudores, con independencia de su tratamiento unitario o plural. La pluralidad de obligaciones está coligada por el interés común de los sujetos, un nexo de interde-

pendencia estructural, funcional o económica o por la comunidad del crédito o de la deuda, la tendencia de la prestación y de causa.

Por último, se ha venido dando una posición intermedia que admite las múltiples obligaciones, con tratamiento unitario, en cuanto, el crédito y el débito, es uno mismo, esto es, una misma cosa es la debida y puede exigirse por cualquiera de los acreedores y respecto de cualquiera de los deudores, entre quienes, empero, existen relaciones plurales.

Estas concepciones permitirían decir que la *obligación solidaria*, es una obligación que necesariamente requiere una *pluralidad subjetiva*, demanda una unidad en la relación obligatoria, existe una paridad de trato y necesariamente debe tener una *tipicidad legal ó negocial*, sin perjuicio de la presunción propia del Código de Comercio.

A su vez, en esta clase de obligaciones el acreedor o los acreedores puede satisfacer coactivamente la prestación contra uno o varios de los deudores, quienes deberán el todo y por entero, sin importar la naturaleza del objeto.

El código civil colombiano no alude a la naturaleza de la *obligación in solidum*. Tan solo se limita a consagrar el principio de la divisibilidad y enfatiza que la solidaridad debe tener su fuente en la "convención", el "testamento" ó la "ley"²⁰. Lo anterior implica, que la solidaridad puede ser activa ó pasiva, dependiendo del lugar donde concurra la pluralidad y en ambos casos debe dimanar de la *ley* ó del *negocio jurídico*, es decir, debe ser expresamente declarada, de lo contrario, se entiende que la obligación es divisible.

ii. Fuentes de la Solidaridad

1. Activa

La solidaridad activa, parte de la presencia mínima de cuando menos dos acreedores frente a uno o varios deudores o sujetos pasivos.

Por su configuración, cualquiera de los distintos acreedores tiene derecho y puede exigir íntegro el crédito, de uno, varios o todos los deudores, así, en sus relaciones internas, éstos solo deban parte o cuota o aquellos solo sean titulares de una porción o segmento.

20 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Artículo 1568. Abril 15 de 1887 (Colombia). Definición De Obligaciones Solidarias. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

Naturalmente, la solidaridad activa amplifica el radio de acción de la relación obligatoria, porque cada acreedor actúa por y para todos, tutelando su propio interés y el de los demás.

Ejecutado el deudor por uno de los acreedores, el pago debe realizarlo al ejecutante²¹ y no a los restantes, concentrándose de esa manera la totalidad de los efectos de la relación obligacional.

Cumplida la obligación por cualquiera de los deudores y respecto de cualquiera de los acreedores solidarios ó extinguida por un modo diverso del cumplimiento, deberán resolverse las relaciones internas entre los distintos acreedores de conformidad con lo dispuesto en la ley ó el título obligacional y concorde con la parte o cuota que le corresponda a cada acreedor en el crédito.

En tal caso debe analizarse la posición ó situación jurídica específica del acreedor por cuyo hecho o acto se extinguió la obligación, de conformidad con el título generatriz de la solidaridad, lo que cual determinará la naturaleza de la relación interna, la proporción de cada cual y los efectos inherentes. Si nada se indica, por principio se entenderán todos titulares del derecho de crédito en partes iguales si es titular único completo y pleno de derecho de crédito, naturalmente, los restantes acreedores, no podrán reclamar nada de éste y si lo fuere solo de una parte o cuota procede la distribución interna de lo recibido en la proporción de cada cual y los efectos inherentes.

Cuando la obligación se extingue por el acto o hecho de uno de los acreedores solidarios, éste es responsable frente a los demás²², quienes, en contrapartida a la confianza propia de la legitimación plena, tienen derecho a la reparación e indemnizaciones procedentes.

2. Pasiva

En esta especie de solidaridad se presenta una pluralidad de sujetos pasivos, dos o más frente a uno o varios acreedores, todos deudores del total de la obligación, así en sus relaciones internas lo sean de una parte o cuota de la deuda o fueren garantes de una prestación ajena.

21 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Artículo 1570. Abril 15 de 1887 (Colombia). Preceptúa el art. 1570 C.C.: "El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante. La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de estos no haya demandado ya al deudor".

22 Código Civil Español [CCE]. Real Decreto de 24 de Julio de 1889., Artículo 1143. Abril 24 de 1889 (España). El artículo dispone: "el acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponda en la obligación".

El acreedor, en la solidaridad pasiva, tiene una ventaja real palpable de entrada, por cuanto existe una deuda, responsabilidad conjunta y afectación de tantos patrimonios cuantos deudores hubiere y cada uno de éstos expone íntegro su patrimonio a la ejecución coactiva por el total de la obligación, a punto que a su discreción podrá dirigirse por el total o por su cuota, contra todos a una, contra uno por uno, puede recibir el todo de alguno o una parte proporcional o no de cualquiera de los otros.

Por esto, tiene por función la garantía de varios patrimonios y la extensión de la responsabilidad debitoria, a más de la facilidad de entendimiento de cualquiera de los deudores con el único acreedor o con cualquiera de los acreedores que seleccione (*ius electionis*), sin perjuicio de modificar a discreción la escogencia (*ius variandi*). Pone a disposición del acreedor único o de todos los acreedores la garantía ilimitada de varios patrimonios, el derecho a exigir el total de cualquier o de todos, simultáneamente o progresivamente, sin que pueda invocarse beneficio de división ni de excusión, ni la calidad interna de uno o varios de los sujetos o su interés en la relación²³, a punto que la insolvencia de uno afecta a todos los deudores.

Cumplida la prestación por todos ó por cualquiera de los deudores, bien sea por que se cumplió con la prestación debida ó porque ha operado cualquiera de los otros medios previstos para extinguir las obligaciones, debe entrarse a resolver las relaciones internas entre los codeudores solidarios, según su situación, el título obligatorio, la ley y la medida de su interés en la deuda, sin que las mismas, empero, proyecten efecto respecto de los acreedores, para quienes, todos los deudores son solidarios independientemente del contenido de su relación con los restantes sujetos pasivos²⁴.

23 Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Enero 11, 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez, Exp. 5208 [Colom.] "Bien se conoce, ciertamente, que la solidaridad pasiva tiene como rasgo característico el que todos y cada uno de los obligados responden por el total de la deuda, es decir, que a los ojos del acreedor cada deudor responde como si fuera el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional. Es por esto que la solidaridad constituye una caución para el acreedor; pues así se le garantiza que ningún obligado pueda pretextar que la deuda sea dividida. Trátese, entonces, de la quintaesencia misma de la solidaridad, al punto de que donde se diga obligación solidaria se dice al propio tiempo que para el acreedor todos los obligados son iguales, y a cualquiera puede perseguir por la obligación entera. El acreedor los mira a ras: sencillamente todos son codeudores. No interesa si los deudores reportan beneficio económico de la negociación, o no".

24 Corte Suprema de Justicia [c.s.j], Sala Civ. Enero 11, 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez, Exp. 5208 [Colom.] "Visto que todos los deudores solidarios, sin excepción, están en pie de igualdad con respecto al acreedor, es erróneo sostener que uno de ellos sea apenas fiador. Aunque también es una caución de tipo personal, no es dable confundir la fianza con la solidaridad. Ningún deudor solidario es, *per se*, fiador frente al acreedor. Allí no hay sino codeudores. Queda fácil comprender ahora que el concepto de fiador que asoma en el artículo 1579 del Código Civil no altera, en manera alguna, la ventaja que para el acreedor representa la solidaridad. Tal disposición no involucra a éste para nada, desde que está destinada, *in integrum*, a disciplinar lo que acontece entre los codeudores, mirados

El deudor solidario, se subroga en los derechos y acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, contra los restantes deudores, "pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda" y, sin la solidaridad (art. 1579, 1666, 1668 y 1671 c.c.), es decir, el crédito deviene divisible y solo puede exigirse de cada uno de los demás deudores su parte en la deuda, la cual, será igual, si el título no dispone otra proporción²⁵.

En este caso, la subrogación actúa por ministerio de la ley y en virtud del pago, pero a diferencia del efecto ordinario, la obligación no es idéntica, la misma e igual porque pasa sin la solidaridad aunque con todos los privilegios y seguridades. Tampoco, la mal llamada "subrogación convencional", precisaría la subsistencia de la solidaridad, puesto que se limita a la parte o cuota correspondiente en la deuda y en lo que compete a cada uno de los deudores (art. 1579 C.C.).

En consecuencia, en la definición de las relaciones internas no opera la solidaridad, y la subrogación actúa desprovista de ésta, debiéndose, exigir de cada codeudor *pro quota*, en la parte que corresponda a cada cual según el título o en porciones idénticas, es decir, en lo correspondiente a su interés y en la medida de éste.

De la misma manera, si la fuente de la solidaridad proviene de un negocio jurídico y en éste se regulan las relaciones jurídicas internas entre los codeudores solidarios, con mayor razón, el derecho contractual legitima la posibilidad del llamamiento, por ejemplo, un contrato de fianza, o de fianza hipotecaria o prendaria. No es menester esperar la sentencia para el ejercicio de este derecho; por el contrario, la economía, concentración, coligación, celeridad y conveniencia, son razones adicionales para tal efecto.

B. EL DERECHO COMERCIAL: PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD

Como se ha comentado *ut-supra*, a diferencia de lo que ocurre en el régimen civil, en el ámbito del Derecho Comercial, ante la presencia de varios sujetos

unos a otros, precisamente cuando el acreedor, ya satisfecho su crédito, nada tiene que hacer entonces; ahora el asunto ha quedado reducido a establecer cómo soportan los varios deudores la carga de la extinción de la obligación solidaria. Y como se trata ya de un asunto a definir no más que entre codeudores, es decir, una cuestión interna de deudor a deudor, resulta apenas obvio y justo que se entre a distinguir e identificar quiénes, entre los varios deudores, se aprovecharon del negocio que dio origen a la obligación asumida por todos, porque sería inicuo que, no obstante la diferencia que pudiera existir sobre el particular, a todos se les trate de la misma manera".

25 Code Civil [C.Civ] art. 1213 (Fr.). El artículo dispone: "*Le codebitieur d'une dette solidaire, quil l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autress que les part et portion de chacum d'eux*". Una norma de esta inteligencia no existe en nuestro ordenamiento. Sin embargo, si el título obligacional nada indica debe entenderse que los deudores solidarios son obligados por partes o cuotas iguales.

en una relación jurídica, la solidaridad se *presume*. En efecto, el artículo 825 del código de comercio reza: “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

Los orígenes de esta variación se remontan al *Codice Civile Italiano de 1942* y el *BGB*, donde surgió la necesidad de ampliar las facultades del acreedor frente al cobro de la deuda y preservar la estabilidad de las relaciones comerciales.

Los redactores del Código de Comercio tuvieron en cuenta estas pautas al momento de incluir el artículo 825 *ibídem*. No obstante, esta innovación ha sido fuertemente criticada por contrariar la regla de *Favor Debitoris* y la regla de la divisibilidad, postulando sin más, el rechazo a una posición mas actual y conforme al derecho de crédito.

Pese a las críticas, la solidaridad pasiva trae significantes ventajas para los dos extremos de la obligación. Por un lado, incrementa las posibilidades de defensa del deudor y; por el otro, la afectación de varios patrimonios al total de la obligación, es una ventaja importante para el acreedor, quien encuentra la garantía ilimitada de varios patrimonios y la posibilidad de su realización coactiva de todos, varios o cualquiera de ellos.

La presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 825 *ibídem*, ha de ser entendida conforme a otras disposiciones, como el artículo 822 *ibídem*. Este último, determina que: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. [...]”

Ambas disposiciones han de ser analizadas sistemáticamente para establecer el régimen jurídico aplicable a las obligaciones solidarias que sean de naturaleza mercantil. Esto implica, que en los casos en los que no haya norma especial – y que no resulte contraria a la naturaleza del derecho comercial- se aplicará el régimen civil, en lo demás el Código de Comercio.

En otras palabras, mientras que en materia civil, la regla general es que la solidaridad debe dimanar *ex negotio* o *ex lege*; en materia comercial la regla es la contraria, esto es, en presencia de varios deudores, se presume que estos se han obligado solidariamente, con lo cual se evidencia la imposibilidad de integrar el régimen civil a las fuentes de la solidaridad pasiva.

Sin perjuicio de la presunción de solidaridad comercial, y sin ser exhaustivos, existen múltiples supuestos normativos de solidaridad contemplados en la ley comercial, dentro de los cuales se enuncian, entre otros, los siguientes:

1. El artículo 58 del Código de Comercio, previene la responsabilidad solidaria del propietario, el contador y el revisor fiscal por el pago de multa a la Superintendencia Bancaria o de Sociedades, cuando no pueda determinarse con certeza cuál incurrió en las prohibiciones que señala el artículo 57 del Código de Comercio.

2. Los asociados y los administradores serán responsables solidaria e ilimitadamente por el pasivo externo y los perjuicios causados, cuando haya ilicitud en el objeto o en la causa del contrato de sociedad. -Art. 105 del Código de Comercio.-

3. Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera sea la forma legal que se pacte de ella- Art. 119 del Código de Comercio-

4. En el caso de sociedades que no requieran permiso de funcionamiento, los asociados responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie, a la fecha de la aportación, sea que se hayan efectuado al constituirse la sociedad o posteriormente. – Art. 135, Código de Comercio-

5. Los promotores de las empresas, responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas con el fin de constituir la sociedad. -Art. 140 del Código de Comercio-.

6. Cuando una ó más partes de interés, cuota o acciones, pertenezcan a varios socios, todos son responsables solidariamente por el cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad- Art. 148 del Código de Comercio-

7. Los administradores son solidariamente responsables frente a la sociedad, de los perjuicios que se hayan ocasionado por las decisiones declaradas nulas- Art. 192 y 193 del Código de Comercio-

8. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros- Art. 200 del Código de Comercio-

9. Los asociados, los terceros, el liquidador y el revisor fiscal serán solidaria e ilimitadamente responsables frente a la sociedad, cuando ejecuten actos que no limiten al proceso de liquidación. –Art. 222 del Código de Comercio-

10. Los administradores son solidariamente responsables frente a los asociados ó terceros de los perjuicios que hayan causado por no comunicarles que la sociedad se encuentran en estado de cesación de pagos. -Art. 224 y 458 del Código de Comercio.-

11. Los administradores y el revisor fiscal responderán por los perjuicios que causen a la sociedad, a los socios o a los terceros en la preparación ó difusión de los estados financieros- Art. 24 Ley 222 de 1995-

12. Los socios de la sociedad colectiva, responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. – Art. 294 del Código de Comercio-

13. Los socios gestores o colectivos comprometen su responsabilidad solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales -Art. 323 del Código de Comercio- -

14. Los socios comanditarios no podrán ejercer funciones de representación de la sociedad sino como delegados de los socios colectivos y para negocios específicos. En estos casos deberán indicar, que obran por poder, so pena de

responder solidariamente con los gestores por las operaciones sociales que celebren o ejecuten – Art. 327 del Código de Comercio-

15. En la sociedad de responsabilidad limitada, los socios responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie – Art. 354 del Código de Comercio-

16. Los socios en la sociedad de responsabilidad limitada, podrán responder solidaria e ilimitadamente por los aportes que no hayan sido pagados íntegramente- Art. 355 del Código de Comercio-

17. La omisión de la abreviatura "Ltda.", en la sociedad de responsabilidad limitada, hará solidariamente responsables a los socios frente a terceros. – Art. 357 del Código de Comercio- Lo mismo ocurre en la sociedad anónima, cuando se omita la sigla "S.A".- Art. 373 del Código de Comercio-

18. Los promotores responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones que contraigan desde la constitución de la sociedad hasta la celebración de la asamblea general constituyente.– Art. 59 Ley 222 de 1995-

19. Los cedentes y cesionarios responderán solidariamente del importe de las acciones no pagadas. – Art. 400 del Código de Comercio-

20. Las acciones nominativas en su integridad podrán ser negociadas, pero el suscriptor y los adquirientes subsiguientes, los cuales serán solidariamente responsables del importe no pagado de las mismas. – Art. 405 del Código de Comercio-.

21. Quienes actúen en nombre y representación de personas extranjeras sin dar cumplimiento a las normas que cobijan a esta clase de sociedades, responderán solidariamente con dichas personas, respecto de aquellas obligaciones que contraigan en Colombia. –Art. 482 del Código de Comercio-

22. Cuando la Superintendencia compruebe que el capital asignado a la sucursal disminuyó en un cincuenta por ciento (50%) o más, requerirá al representante legal para que lo reintegre dentro del término prudencial que se le fije, so pena de revocarle el permiso de funcionamiento. En todo caso, si quien actúe en nombre y representación de la sucursal no cumple lo dispuesto en este artículo, responderá solidariamente con la sociedad por las operaciones que realice desde la fecha del requerimiento. – Art.490 del Código de Comercio- -

23. En la sociedad de hecho todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. – Art. 501 Código de Comercio-

24. En el Contrato de cuentas en participación, los partícipes ocultos que revelen su identidad, serán obligados a responder solidariamente con el gestor frente a terceros, desde el momento en que haya desaparecido ese carácter. – Art. 511 del Código de Comercio-

25. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán

solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.- Art. 42 de la Ley 1258 de 2008-

26. El enajenante y el adquirente del establecimiento de comercio responderán solidariamente de todas las obligaciones que hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad. – Art. 528 del Código de Comercio-

27. Las obligaciones que no consten en los libros de contabilidad o en documento de enajenación continuará a cargo del enajenante del establecimiento, pero si el adquirente no demuestra buena fe exenta de culpa, responderá solidariamente con aquél de dichas obligaciones. – Art. 529 del Código de Comercio-

28. El titular y el beneficiario de la marca será solidariamente responsables frente a terceros, por los perjuicios ocasionados en la calidad de los productos o servicios prestados. - Art. 594 del Código de Comercio-

29. Cuando dos o más personas suscriban un título-valor, en un mismo grado, como giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, avalistas, se obligará solidariamente. –Art. 632 del Código de Comercio-

30. Cuando varios transportadores intervengan sucesivamente en la ejecución de un único contrato de transporte por uno o varios modos, o se emita billete, cartas de porte, conocimiento de embarque o remesa terrestre de carga, únicas o directas, serán solidariamente responsables del cumplimiento del contrato en su integridad, como si cada uno de ellos lo hubiere ejecutado. – Art. 986 inciso 1 del Código de Comercio-.

31. Cuando la empresa de servicio público no sea propietaria o arrendataria del *vehículo en que se efectúa el transporte, o no tenga a otro título el control* efectivo de dicho vehículo, el propietario de éste, la empresa que contrate y la que conduzca, responderán solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte. – Art. 991 del Código de Comercio-.

32. El destinatario y el remitente son solidariamente responsables por el precio o flete del transporte y demás gastos que ocasione la cosa con motivo de su conducción o hasta el momento de su entrega, salvo estipulación en contrario – Art. 1009 Código de Comercio.-

33. El deudor y el acreedor anticréticos de un establecimiento de comercio, serán solidariamente responsables respecto de los negocios relacionados con el mismo.- Art. 1225 Código de Comercio-

34. Si son varios los mandatarios y deben actuar conjuntamente, serán responsables solidariamente para con el mandante- Art. 1272 del Código de Comercio.-

35. Cuando el mandato se confiera por varios mandantes y para un mismo negocio, serán solidariamente responsables para con el mandatario de las obligaciones respectivas.- Art. 1276 del Código de Comercio-

36. Los cuentacorrentistas serán deudores solidarios de los saldos a cargo de la cuenta colectiva. - Art. 1384 del Código de Comercio-

37. El agente marítimo, el armador y el capitán responden solidariamente por toda clase de obligaciones relativas a la nave agenciada que contraigan estos en el país. – Art. 1492 del Código de Comercio-

38. El artículo 1532 del Código de Comercio-, ordena: "ocurrido el abordaje por culpa del capitán, del práctico o de cualquier otro miembro de la tripulación, de una de las naves, éstos responderán solidariamente con el armador del pago de los daños causados".

39. Las naves están obligadas a responder solidariamente frente a terceros por los daños causados en el abordaje que sobrevengan por culpa mutua. –Art. 1533 y 1534 del Código de Comercio-

40. Ni el armador, ni el capitán serán responsables para con los cargadores de los daños y perjuicios que les ocasione la arribada legítima. Pero si la arribada fuere calificada de ilegítima, ambos serán solidariamente obligados a indemnizar a los cargadores. –Art. 1543 del Código de Comercio-

41. El armador y el capitán son solidariamente responsables de los daños y perjuicios derivados de la demora injustificada en la continuación del viaje respectivo una vez que haya cesado la arribada forzosa. La agencia marítima también será solidariamente responsable si tiene participación en tal demora. – Art. 1544 del Código de Comercio-

42. El explotador de una aeronave será solidariamente responsable con quien la use sin su consentimiento, a menos que pruebe haber tomado las medidas adecuadas para evitar tal uso. Pero dicho explotador podrá acogerse a los límites de responsabilidad. -Art. 1832 del Código de Comercio-

43. Los administradores serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y acreedores, por la ejecución de algunos de los actos que prohíbe el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

44. Los administradores, contadores públicos y revisores fiscales, serán solidariamente responsables frente al acreedor, por los daños que ocasionen en el caso de que omitan las acreencias que, a sabiendas no hubieren sido relacionadas en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y que no estuvieren registradas en la contabilidad. – Art. 25 de La Ley 1116 de 2006-

45. La apertura del proceso de liquidación judicial del deudor solidario no conllevará a la exigibilidad de las obligaciones solidarias respecto de los otros codeudores. – n.º 9 Art. 50 de La Ley 1116 de 2006-

46. Cuando una sociedad beneficiaria incumpla alguna de las obligaciones que asumió por la escisión o lo haga la escidente respecto de obligaciones anteriores a la misma, las demás sociedades participantes responderán solidariamente por el cumplimiento de la respectiva obligación. En este caso, la responsabilidad se limitará a los activos netos que les hubieren correspondido en el acuerdo de escisión. En caso de disolución de la sociedad escidente y sin perjuicio de lo dispuesto en materia tributaria, si alguno de los pasivos de

la misma no fuere atribuido especialmente a alguna de las sociedades beneficiarias, éstas responderán solidariamente por la correspondiente obligación. – Art. 10 de la Ley 222 de 1995-

47. Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. – Artículo 71 de la Ley 222 de 1995-

48. Las reglas relativas a la responsabilidad solidaria de los administradores, son aplicables a la Sociedad por Acciones Simplificada. – Art. 27 de la Ley 1258 de 2008-

49. La responsabilidad del productor y el proveedor por garantía de la calidad, idoneidad y seguridad de los productos ante los consumidores es solidaria –Artículos 6 y 10 de la Ley 1480 de 2011-

50. El productor y el expendedor son responsables solidarios de los daños causados por productos defectuosos- –Artículo 20 de la Ley 1480 de 2011-

51. El medio de comunicación es responsable solidario con el anunciante por publicidad engañosa, en caso de dolo o culpa grave- –Artículo 30 de la Ley 1480 de 2011-

52. En los procesos de ejecución en que sean demandados el deudor y los garantes o deudores solidarios, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, el juez de la ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación que le informe del inicio del proceso de insolvencia, mediante auto pondrá tal circunstancia en conocimiento del demandante, a fin que en el término de su ejecutoria, manifieste si prescinde de cobrar su crédito al garante o deudor solidario. Si guarda silencio, continuará la ejecución contra los garantes o deudores solidarios. Estando decretadas medidas cautelares sobre bienes de los garantes, deudores solidarios o cualquier persona que deba cumplir la obligación del deudor, serán liberadas si el acreedor manifiesta que prescinde de cobrar el crédito a aquellos. Satisfecha la acreencia total o parcialmente, quien efectúe el pago deberá denunciar dicha circunstancia al promotor o liquidador y al juez del concurso para que sea tenida en cuenta en la calificación y graduación de créditos y derechos de voto. De continuar el proceso ejecutivo, no habrá lugar a practicar medidas cautelares sobre bienes del deudor en reorganización, y las practicadas respecto de sus bienes quedarán a órdenes del juez del concurso, aplicando las disposiciones sobre medidas cautelares contenidas en esta ley. Si al inicio del proceso de insolvencia un acreedor no hubiere iniciado proceso ejecutivo en contra del deudor, ello no le impide hacer efectivo su derecho contra los garantes o codeudores. – Art. 70 de la Ley 1116 de 2006-.

De estas hipótesis normativas, debido a su importancia, vale la pena destacar las siguientes:

i. La Solidaridad Cambiaria

Los títulos valores, son "*documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora*", preceptúa el artículo 619 del Código de Comercio, del cual se desprende su naturaleza formal y los principios de legitimación, literalidad, autonomía e incorporación, distintos de sus elementos esenciales generales o para toda clase [firma del creador y mención del derecho incorporado, art. 621] y particulares o dispuestos para cada uno en concreto [v.gr., letra de cambio [art. 621], pagaré [709], cheque [713], factura cambiaria de compraventa, factura cambiaria de transporte, certificado de depósito, bono de prenda, etc.).

La solidaridad cambiaria es distinta de la solidaridad comercial negocial, se regula por las normas de los títulos valores con todos sus principios, ventajas y acciones y, ésta, por la preceptiva general (arts. 1º y 822 Cód.Com., 1568 y ss. c.c).

Desde esta perspectiva, la negociación de los títulos valores mediante un negocio jurídico distinto del cambiario, entraña la presunción de solidaridad general (art. 825 *ibídem*) más no la cambiaria, porque su negociación por un medio diferente del endoso no genera efectos cambiarios y, por supuesto, tales negocios son mercantiles, al tenor del art. 20, numeral 6º del Cód.Com.

La solidaridad cambiaria se rige por las normas de las obligaciones cambiarias a contrariedad de la solidaridad comercial común, se somete a sus directrices y efectos, aplicándose por remisión explícita, la preceptiva civil en todo aquello que no esté expresamente regulado y no se oponga a sus principios.

La solidaridad cambiaria, sólo actúa cuando los deudores cambiarios están obligados en el mismo grado²⁶ y, en consecuencia, si lo están en diferente grado, no aplica, pudiendo presentarse, empero, la solidaridad negocial común dispuesta por el art. 825 Cód.Com, pues basta la presencia de varios sujetos así estén obligados de diferente grado y manera.

Los otorgantes de un título valor en el mismo grado, ocupan una misma situación o posición jurídica, p.ej., los cootorgantes de un pagaré, coaceptantes de una letra, los coendosantes del título y los coavalistas de éstos, presentándose una pluralidad de personas intervinientes en la misma calidad, grado o situación, quienes responden solidariamente frente al tenedor legítimo.

26 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O n.º 33.339. Preceptúa el Art. 632., "Cuando dos o más personas suscriban un título valor, en un mismo grado, como giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes, avalistas, se obligarán solidariamente. El pago del título por uno de los signatarios solidarios no confiere a quien paga, respecto de los demás coobligados, sino los derechos y acciones que competan al deudor solidario contra éstos sin perjuicio de las acciones cambiarias contra las otras partes".

En esta materia, existiendo pluralidad de deudores, debe distinguirse si son obligados directos o indirectos o de regreso, p.ej., el otorgante de una promesa incondicional de pago o el aceptante de una letra de cambio es directo, pero el endosante respecto de los tenedores posteriores a él es de regreso.

Por consiguiente, no todos los deudores cambiarios ocupan la misma posición o situación jurídica y, de acuerdo, con la autonomía, cada uno de ellos asume una obligación autónoma e independiente y distinta a los de los restantes, dándose una pluralidad subjetiva y objetiva que, para alguna corriente, es un escollo insalvable para la estructuración de la solidaridad.

Con todo, la solidaridad cambiaria, pese a la autonomía²⁷, está expresamente disciplinada por el ordenamiento tratándose de deudores en el mismo grado, por ejemplo, todos directos o indirectos y con una obligación igual frente al tenedor legítimo, por la cual, las relaciones entre los deudores del mismo grado se definen de conformidad con las normas de la solidaridad y las demás responsabilidades cambiarias de los demás intervinientes en el título valor entre sí y frente al tenedor legítimo, concorde a la autonomía, por cuya inteligencia, cada adquirente de un título valor adquiere un derecho propio, originario, genuino, no derivado y, todo suscriptor, se obliga autónomamente, a punto que las circunstancias de ineficacia del derecho o de la obligación de alguno o algunos de los partícipes no afectan los derechos y obligaciones de los restantes (art. 627 Cód.Com), esto es, cada derecho y cada obligación es autónoma e independiente²⁸, a diferencia, por supuesto, de las causas que afectan la relación cambiaria global cuya eficacia es universal, p.ej. la ausencia de firma del creador.

El ordenamiento comercial no regula la hipótesis de la solidaridad cambiaria activa y, por tanto, habiendo varios acreedores, por principio, salvo que sean alternativos, todos deben iniciar colectiva o conjuntamente la respectiva acción, sin perjuicio que cada uno reciba la parte que le corresponde, así como el único titular puede recibir un abono parcial (art. 624 Cód.Com). De la misma manera, todos los acreedores deben endosar conjuntamente el título valor, porque el endoso parcial es inadmisibles; sin embargo, en singular, podrán transferir la parte del crédito por un negocio jurídico diferente del endoso y sin efectos cambiarios, v.gr. cesión del crédito.

Otra problemática aneja es la atañedora al tipo de acción cambiaria, directa o de regreso y, si pueden, ejercerse simultáneamente.

27 Gilberto, Peña Castrillón. *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular*, Editorial Temis, Bogotá, 1981, pp. 213 y ss.

28 Entre otras disposiciones desarrollan la autonomía cambiaria las contenidas en los arts. 619, 622, 627, 631, 636, 639, 657, 659 inciso2, 689, 784 incisos 1, 2, 11, 12 y 13 y 785 del Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O n.º 33.339.

La acción cambiaria es directa cuando se ejerce contra el principal obligado y de regreso contra los demás obligados.

El título valor contiene órdenes o promesas de pago y, el principal obligado, es el aceptante de una orden u otorgante de una promesa cambiaria y sus avalistas quienes ocupan la misma posición del avalado, v.gr., en la letra de cambio, el aceptante de la orden es el directo obligado; en el pagaré, el otorgante de la promesa incondicional de pago; en el bono de deuda, la sociedad emisora del bono y en consecuencia creadora de la promesa de pago; en la factura cambiaria de compraventa y en la de transporte, el aceptante de la factura; en el certificado de depósito a término, el otorgante del mismo, esto es, la institución bancaria o corporación financiera o de ahorro y vivienda y las cajas de ahorro autorizadas; en el cheque se discute la existencia de obligado directo, aún en los de gerencia y certificados, porque contienen una orden de pago que no estaría llamada a ser aceptada, en estos no hay aceptante, considerándose al librador o girador, esto es, quienes emiten la orden, obligados de regreso.

Obligados de regreso o indirectos, son por exclusión, los demás y sus avalistas. La acción cambiaria directa se ejerce por el tenedor legítimo, es decir, quien lo adquirió de acuerdo con la ley de su circulación, contra el obligado directo y, la de regreso por el último tenedor del título [acción de regreso puro] o por un obligado de regreso que ha pagado o a quien se le notificó demanda para el pago [acción de regreso interno o de reembolso, art. 791 Cód.Com.,] y contra los obligados de regreso anteriores a él.

Las acciones tienen diferencias sustanciales en lo concerniente a la legitimación activa y pasiva, su contenido, objeto, la prescripción y caducidad.

Así, la acción cambiaria directa prescribe en tres años desde el día del vencimiento (art. 789); la de regreso del último tenedor en un año desde el protesto si es con protesto o desde el vencimiento y, en su caso, desde que concluyan los plazos de presentación (art. 790) y la del obligado de regreso contra los demás obligados anteriores, en seis meses desde el pago voluntario o de la notificación de la demanda (art. 791); la directa no está sometida a término de caducidad a diferencia de la de regreso; con la directa se procura el pago del principal o del saldo insoluto o la parte no aceptada, los intereses moratorios desde el vencimiento y los corrientes no satisfechos, los gastos de cobranza y, con la de reembolso, idénticos conceptos con excepción de las costas del proceso (arts. 782 y 783 Cód.Com.).

Por otra parte, la interrupción de la prescripción entre uno de los deudores cambiarios no afecta a los demás, "salvo en el caso de los signatarios en un mismo grado" (art. 792 Cód.Com.).

El tenedor del título puede ejercer la acción contra todos, alguno o algunos de los obligados, "sin perder en este caso la acción contra los otros y sin obligación de seguir el orden de las firmas en el título" (art. 785 Cód.Com) y concorde a la situación o posición de éstos, esto es, según sean obligados directos o de regreso, según su elección, contra todos, uno o algunos.

Existiendo solidaridad cambiaria pasiva, el acreedor - tenedor legítimo- u obligado que haya pagado el título contra los signatarios anteriores- podrá ejercer simultáneamente la acción contra todos los obligados o contra alguno o alguno de ellos, sin perderla respecto de los otros y sin la carga de seguir estrictamente el orden de las firmas consignadas en el título (art. 785 Cód.Com).

Promovida contra uno o varios, podrá intentarse contra los restantes (*ius variandi*), con sujeción a la oportunidad y al procedimiento.

Y, si los obligados lo fueren por sumas diferentes, p.ej, la aceptación de una letra de cambio o aval por un valor inferior al consignado en el título (arts. 633 y 687 Cód.Com) podrá instaurarse conjuntamente con la debida discriminación y separación respecto de todos y hasta concurrencia de su responsabilidad debitoria.

En este caso, se rompe la estructura de la solidaridad, porque no podrá exigirse el total de cualquiera de los obligados, pues, el ordenamiento permite la aceptación de la letra o la constitución de un aval por una suma inferior a la debida.

Otro aspecto concierne a los derechos del deudor solidario que paga el total de la obligación.

En estos casos se plantea la precisión de la naturaleza de la acción, en particular, si es cambiaria, porque el ordenamiento, disciplina la subrogación en favor del deudor solidario que pagó el total de la obligación contra los demás codeudores y por la parte de cada uno de éstos.

Según el art. 632 del Cód.Com: "*el pago del título por uno de los signatarios solidarios no confiere a quien paga, respecto de los demás coobligados, sino los derechos y acciones que competan al deudor solidario contra éstos sin perjuicio de las acciones cambiarias contra las otras partes*" y, en las voces, del art. 785, *ibídem*, "*todo obligado que haya pagado el título en contra de los signatarios anteriores*" (solidaridad de garantía o caución), tiene derecho a ejercer la acción cambiaria contra éstos (arts. 666, 667 689, 710, 657 y 638 Cód.Com).

Más cuando se trata de obligados en el mismo grado, se discute la posibilidad de ejercer la acción cambiaria y por los cauces del proceso ejecutivo, una de cuyas exigencias es el título ejecutivo que supone certidumbre, claridad y exigibilidad, particularmente, si el *quantum* del interés de los restantes obligados no es preciso, lo que impondría la determinación de la participación de cada uno.

Aplicando las reglas generales, si en el título generador de la obligación no se establece una proporción distinta, se entenderá que todos son obligados por iguales partes y, podrá deducirse por cuotas iguales de todos. En consecuencia, el deudor que paga tiene derecho a repetir de los restantes por la parte o cuota que no le corresponda en la deuda, subsistiendo la acción cambiaria contra los obligados de regreso y también cuando es firmante de favor (art. 639 Cód.Com).

En tal caso, podrá optar por la subrogación del derecho común, la acción de reembolso o la acción cambiaria de regreso contra los signatarios anteriores.

En punto de las excepciones, se distinguen las absolutas, reales u objetivas de las personales o específicas, susceptibles, en su orden, de invocarse por todos los deudores y frente a todos los acreedores al afectar la constitución, existencia o naturaleza de la obligación global o, solo por aquellos en quienes concurren, al concernir a la relación singular, v.gr. la omisión de los requisitos esenciales, generales o particulares de los títulos valores, puede interponerse por cualquier obligado y respecto de cualquier tenedor legítimo, en tanto, la incapacidad relativa de una de las partes, solo puede proponerse por ésta o por sus representantes autorizados.

De igual forma, en el mal llamado "derecho cambiario", existe la tendencia de restringir las excepciones a las expresamente enunciadas por el ordenamiento, preconizándose, su tipicidad legal rígida y excluyéndose las restantes, so pretexto de la especialidad de la materia, los principios, características y naturaleza de los títulos valores y la celeridad de estas relaciones.

Contra la acción cambiaria podrán proponerse por excepciones la falta de suscripción del título valor o de representación o poder bastante del demandado, su incapacidad, la carencia de los requisitos esenciales del título, la alteración o falsedad del mismo, la concesión de quitas, pagos o abonos totales que consten en su texto, la no negociabilidad del título, la falta de entrega o su entrega sin intención de hacerlo negociable, la consignación o depósito del valor del título, la cancelación judicial del título, la prescripción o caducidad de la acción cambiaria, las derivadas del negocio jurídico causal o subyacente entre las mismas partes de la relación comercial, la relación cambiaria y la relación jurídica procesal y, las demás personales del demandado frente al demandante (art. 784 Cód.Com).

Algunas podrán proponerse por cualquier obligado, p.ej, la omisión de requisitos esenciales, la prescripción o caducidad y, otras solo por las personas de quienes se prediquen, v.gr. la incapacidad relativa, las derivadas del negocio jurídico causal entre las mismas partes de éste y de las relaciones jurídicas cambiarias y procesales.

En la determinación de los efectos de la cosa juzgada, se distingue la presencia de obligados directos e indirectos, la naturaleza real o personal de las excepciones y el carácter favorable o desfavorable del fallo.

Empero, las reflexiones a propósito de sus alcances en el régimen de la solidaridad en general, son pertinentes y, en tal caso, sus efectos están circunscritos exclusivamente a las partes de la relación jurídica sustancial y procesal debatida en proceso, sin que pueda alcanzar a quienes no fueron parte, salvo, adhesión o asentimiento de las mismas. Así lo impone el debido proceso, el derecho de defensa y la relatividad de los fallos jurisdiccionales a las partes del proceso, salvo las hipótesis concretas y exceptivas de las sentencias *erga omnes*.

ii. La Solidaridad en Materia Concursal

Sometido uno de los deudores solidarios a trámite del proceso de reorganización ó de liquidación judicial, desde la fecha de inicio no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en su contra. (Art. 20 y 50 de la Ley 1116 de 2006). En consecuencia, si a la apertura del proceso de insolvencia, estuviere en curso un proceso ejecutivo, este será remitido al juez del concurso, a fin de que sea incorporado y se consideren las excepciones de mérito pendientes, como objeciones. (Art. 20 Ley 1116 de 2006). No obstante, respecto de los restantes codeudores, fiadores, avalistas, aseguradoras, emisoras de cartas de crédito o cualquier otro obligado, sí pueden iniciarse –o continuarse según el caso- procesos ejecutivos, puesto que la apertura del proceso de insolvencia, no conlleva al rompimiento de la solidaridad, como sí ocurría en vigencia de la Ley 550 de 1999, ni hace exigibles –en algunas hipótesis- las obligaciones solidarias respecto de los otros codeudores.

Para tal efecto, en caso de existir un juicio ejecutivo contra el concursado y demás obligados solidarios, el juez de la causa, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la comunicación que le informa sobre el inicio del proceso de insolvencia, pondrá tal noticia en conocimiento del demandante para que éste, en el término de ejecutoria de la providencia respectiva, manifieste si prescinde o no de cobrar su crédito a cargo de los demás deudores. (Art. 70 Ley 1116 de 2006).

En el evento en que el acreedor prescinda de hacer valer su crédito contra los codeudores restantes, el proceso ejecutivo culminará frente a ellos, pero en lo que concierne al deudor concursado, el proceso deberá ser remitido al juez del concurso. Si por el contrario, el acreedor manifiesta que desea continuar la ejecución contra los codeudores restantes, el proceso ejecutivo continúa frente a ellos, pero no respecto del deudor concursado, dado al carácter preferente del proceso concursal, debiendo el titular del crédito en lo que al insolvente respecta, hacerse parte en el concurso para perseguir allí el recaudo de la obligación en cabeza del fallido²⁹.

29 Se presenta aquí un curioso fenómeno en el que se le permite al acreedor el cobro de una misma obligación en dos escenarios diferentes, pero con miras a obtener un solo pago: el primero de ellos, el concursal, único procedimiento en el que es posible pretender el cumplimiento de una obligación con respecto a un deudor insolvente; el segundo, el juicio ejecutivo contra los obligados solidarios del fallido, siguiendo las reglas tradicionales de competencia. Esta situación impone al acreedor la carga de informar en el proceso respectivo, cuando quiera que reciba un pago en el otro trámite, y se justifica a todas luces para que la solidaridad se mantenga incólume --toda vez que su rompimiento a consecuencia de la apertura de un trámite concursal sobre uno de los sujetos pasivos de la obligación, constituiría aumentar el perjuicio que la sola falencia del deudor causa al acreedor--.

Además de las anteriores posibilidades, se puede presentar un evento adicional, que ocurre cuando el acreedor guarda silencio. En este caso, la ejecución continúa contra los garantes o deudores solidarios.

Se deja por sentado de esta manera, que la apertura del proceso de insolvencia no trunca la posibilidad de que se puedan iniciar nuevos procesos ejecutivos contra los codeudores restantes, lo cual reafirma que la solidaridad en este caso se mantiene incólume. De la misma manera, tampoco se entorpece la solidaridad por el hecho de que exista un proceso ejecutivo anterior al de insolvencia, ya que el acreedor tiene tres posibilidades: la primera, es la de solicitar la remisión del proceso ejecutivo al trámite concursal –persiguiendo únicamente al obligado en concurso y prescindiendo de los demás–, la segunda, prescindir del cobro al concursado desistiendo de su persecución ejecutiva y atacando únicamente el patrimonio de los restantes deudores, o la tercera, buscar, como se dijo, el recaudo de la obligación en los dos escenarios, el ejecutivo y el concursal, respecto de cada uno de los sujetos vinculados a dichos procedimientos.

Finalmente, se debe mencionar el contenido de los artículos 50 y 61 de la Ley 1116 de 2006. El primero de ellos, al disciplinar los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial, extiende –en nuestro sentir indebidamente– los efectos del proceso concursal a sujetos en principio ajenos a él, al disponer (numeral 8) “[l]a interrupción del término de prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones que contra el deudor o contra sus codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, estuvieren perfeccionadas o sean exigibles desde antes del inicio del proceso”. La norma en cita carece de sentido ya que los codeudores y demás obligados solidarios no son sujetos concursados y pueden ser perseguidos ejecutivamente, ello por el mantenimiento de la solidaridad ya expuesto.

El segundo, en una clara reiteración del contenido de la otrora vigente ley concursal (Ley 222 de 1995, artículo 148, parágrafo); establece un evento de levantamiento del velo corporativo, cuando quiera que la insolvencia de una empresa pueda ser atribuida a las actuaciones de su sociedad matriz o controlante, caso en el cual ésta responderá subsidiaria, pero solidariamente por las obligaciones de aquella³⁰.

iii. La Solidaridad en la Sociedad de Hecho

De acuerdo con el artículo 498 del Código de Comercio, la sociedad será de hecho cuando no se constituye por escritura pública.

30 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-510 de 1997. José Gregorio Hernández Galindo. Octubre 9, 1997. Y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1023 de 2001. 1997. Jaime Córdoba Triviño. Septiembre 26, 2001.

Dentro de los rasgos que individualizan a la sociedad de hecho, se resaltan especialmente la carencia de personalidad jurídica y la responsabilidad solidaria e ilimitada de los asociados por las operaciones celebradas. (Art.501 Cód.Com).

En cuanto respecta a la sociedad de hecho y a la responsabilidad solidaria que de ella deriva, la Corte Suprema de Justicia recientemente advirtió su origen negocial o contractual, *"para cuya existencia deben concurrir íntegros sus elementos esenciales, o sea, la calidad de asociado, los aportes y la participación o distribución de riesgos, pérdidas y utilidades (artículos 2079 Código Civil y 98 Código de Comercio), cohesionados en el acuerdo asociativo (animus contrahendae societatis, animus societatis, affectio societatis), pues sin ellos, todos o uno, es inexistente o degenera en un tipo negocial distinto (artículo 898 C. de Co)"* precisando que *"en el caso especial de las sociedades por acciones simplificada, cuando se constituyan por una persona natural o jurídica mediante acto unilateral, por elementales razones lógicas, no es menester la presencia de dos o más asociados, mas sí el aporte y la completa asunción de los riesgos, pérdidas y utilidades por el socio único (artículos 1º, 5º y 6º Ley 1258 de 2008"*.

Igualmente puntualizó que la *"característica fundamental e invariable del mencionado negocio jurídico de sociedad de hecho, se configura, por consiguiente, en su celebración a través de una forma libre [en las sociedades por acciones simplificadas, por ausencia de registro del acto constitutivo], generalmente, por "conformación y ejecución fáctica, bien porque haya surgido por los hechos, o cuando no se constituyó por escritura pública [...] "su formación societaria emerge de una serie de hechos", acontece por "realización fáctica" (cas. civ. sentencias de 3 de junio de 1998, [S-042-98], exp. 5109; 30 de julio de 2004, [SC-072-2004], exp. 7117) y, en todo caso, por una forma diferente a la escritura pública (artículo 498 Código de Comercio), a condición de expresar y contener el acto dispositivo de intereses por la plenitud de sus elementos esenciales", para concluir que "tratándose de la sociedad de hecho contemplada en el artículo 498 del Código de Comercio, la ausencia de instrumento público, no entraña la inexistencia de la sociedad de hecho, que a diferencia de la constituida por escritura pública, no es persona jurídica ni adquiere la calidad de sujeto de derecho, carece de personificación o personalidad jurídica y, por lo tanto, de capacidad, legitimación y patrimonio. Consecuencia de esta previsión normativa, es la adquisición de derechos y asunción de obligaciones directa y personalmente por los contratantes asociados, así como su responsabilidad solidaria e ilimitada por las operaciones, no solo con los bienes destinados a ésta, sino con su propio patrimonio, pudiendo exigirla los terceros de todos o de cualquiera de ellos (arts. 499 y 501), a punto que todas las estipulaciones contrarias se tienen por no escritas, o sea, son ineficaces. Naturalmente, el contrato societario de hecho produce plenos efectos entre los contratantes asociados, quienes pueden solicitar en cualquier tiempo su terminación y liquidación (G.J. LXXX, 1955, pág. 403)".³¹*

En este orden de ideas, es pertinente señalar que la responsabilidad de los asociados de hecho, difiere de la de otros tipos societarios. En efecto, mientras que en las sociedades de hecho, la responsabilidad es directa, es decir

31 Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Junio 30, 2010. M.P. William Namén Vargas, Exp. 08001-3103-014-2000-00290-01. [Colom]

recae sobre todos los socios, en las sociedades colectivas y en comandita, la responsabilidad es de carácter subsidiario.

La Superintendencia de Sociedades, en Concepto Jurídico n.º 220-114168 del 30 de Diciembre de 2009, precisó algunos aspectos de vital importancia concernientes a la responsabilidad de los socios de hecho, así:

- Como la sociedad carece de personalidad jurídica, los acreedores o terceros en general se encuentran legitimados para exigir el cumplimiento de la obligación de cualquiera de los socios, como resultado de la responsabilidad solidaria asignada por la ley. (art. 501 del Código de Comercio)".

- "El acreedor puede exigir el pago total o perseguir judicialmente a uno solo o a todos los asociados, puesto que de ellos se predica la responsabilidad solidaria en el pago de la obligación –art. 501 ibídem y 1573 del Código Civil."

- "En el evento de existir demanda contra uno de ellos, éste deberá cancelar la totalidad de la obligación, pero si solo se cancela parcialmente, el demandante podrá perseguir el saldo de la obligación de otro cualquiera de los asociados".

La responsabilidad de los asociados de hecho, es un auténtico supuesto normativo de solidaridad pasiva, en el que él acreedor puede elegir a cualquiera de los socios para satisfacer la prestación debida, con todos los beneficios que implica la solidaridad.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada, pueden sentarse las siguientes conclusiones:

1. No hay consenso doctrinario respecto de la naturaleza, tipología, caracteres y conexión de los intereses debitorios y crediticios. Dentro de las principales concepciones explicativas de la naturaleza de la obligación solidaria, se resaltan: 1) la Unitaria; 2) la Pluralista y 3) la Intermedia; las cuales por sí solas, no explican suficientemente la estructura de la solidaridad.

2. La Solidaridad en materia civil, encuentra su fuente en la ley o el negocio jurídico y no se establece por la simple pluralidad de acreedores o deudores o de ambos.

3. En la Solidaridad cada uno de los acreedores tiene derecho a la totalidad y todos y cada uno de los deudores están obligados y responden por toda la prestación, con paridad e igualdad de derechos y deberes.

4. Tanto en la solidaridad activa como en la pasiva existe: 1) Pluralidad Subjetiva; 2) Unidad de la Relación Obligatoria; 3) Paridad de Trato o Legitimación Dispositiva y; 4) Tipicidad legal o negocial.

5. El artículo 822 del Código de Comercio, es el punto de partida para el estudio de las obligaciones comerciales, en la medida en que define los principios que le son aplicables a la materia.

6. Identificado el carácter comercial de la obligación, el intérprete deberá acudir de manera preferente a las disposiciones del Código de Comercio para determinar si existen normas jurídicas que reglen esa relación. Si en esa búsqueda, se encuentra con la existencia de normas jurídicas que son aplicables al caso, se preferirán éstas sobre otras, y en los aspectos no regulados por la ley comercial, se aplicaran las leyes civiles, por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.

7. La normatividad comercial consagra una presunción *iuris-tantum* de solidaridad pasiva cuando se está ante una pluralidad de deudores. Esta regla es especial y trae ventajas significativas para los dos extremos de la obligación.

8. Ahora bien, sin perjuicio de la regla general de la presunción de solidaridad, existen otros casos normativos de solidaridad comercial, a los cuales se les aplica íntegramente las normas del Código Civil, salvo en lo específicamente regulado en el Código de Comercio.

BIBLIOGRAFÍA

Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Enero, 29 de 2015. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>.

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB][Código Civil Alemán], Ago.18, 1896, Bundesgesetzblatt [BGBl.] 2909 (Alem.) Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

Catala, Pierre. et. al. *Avant-Projet de reforme du Droit des obligations et du Droit de la prescription*.(2005) Disponible en: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA-SEPTEMBRE2005.pdf.

Cárdenas Quirós, Carlos. "La Reforma Del Derecho De Obligaciones En El Código Civil De 1984." *Vniversitas* 52, n.º 105 (Noviembre 20, 2015): 183–209. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14845>.

Code Civil [C.Civ] (Fr)

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Artículo 1568. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Código Civil Español [CCE]. Real Decreto de 24 de Julio de 1889.

Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O n.º 33.339.

Colin, Ambrosio & Capitant, Henry. *Curso Elemental de Derecho Civil*, trad. Demófilo de Buen (Madrid: REUS S.A, 1924)

- Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil). (2009). *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338914438?blobheader>.
- Comisión General de Codificación (Sección segunda de Derecho Mercantil). (2014). *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_C%3C%93DIGO_MERCANTIL__TEXT0_WEB%2C2.PDF
- Comisión Lando. *Principios de Derecho Contractual Europeo Parte III*. Disponible en: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL.html>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-510 de 1997. José Gregorio Hernández Galindo. Octubre 9, 1997. [Colom.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1023 de 2001. 1997. Jaime Córdoba Triviño. Septiembre 26, 2001. [Colom.]
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Enero 11, 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez, Exp. 5208 [Colom.]
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Febrero 21 de 2012. M.P. William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01. [Colom]
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala Civ. Junio 30, 2010. M.P. William Namén Vargas, Exp. 08001-3103-014-2000-00290-01. [Colom]
- Cour de Cassation (Cass)(Corte de Casación) Com. Avril, 21, 1980, Bull.civ.IV. D. n.º158 (Fr).
- Dondero, Bruno. "La Présomption de Solidarité En Matière Commerciale: Une Rigueur à Modérer." *Dalloz Actualité*, n.º 1097 (2009).
- European Group on Tort Law. *Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil*. Disponible en: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>.
- González De Cancino, Emilssen. *Derecho Romano II. Obligaciones y Contratos. Fuentes-Recopilación*, 1a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001).
- Instituto para la Unificación del Derecho Privado. *Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales*. Disponible en: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010spanish.pdf>
- Jordano, Juan. "Las Obligaciones Solidarias." *Anuario de Derecho Civil* 45, no. 3 (1992): 847-74. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/

abrir_pdf.php?id=ANU-C-1992-30084700874_ANUARIO_DE_DERECHO_CI-VIL_Las_obligaciones_solidarias.

Mendoza, Pamela & Dario Parra. "El Principio De No Presunción De La Solidaridad De Deudores: Del Code Napoleón A Los Principios Del Soft Law." *Revista Jurídicas* 12, n.º 2 (2015): 103–16. DOI: 10.17151/jurid.2015.12.2.8

Ministère de la Justice. *Projet d'Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Disponible en: http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

Pellegatta, Stefano. "La Solidarietà Passiva Nel Diritto Civile Degli Affari: Nuovi Profili Applicativi," (Università degli Studi di Milano-Bicocca), <https://boa.unimib.it/handle/10281/20370?mode=simple.9>

Peña Castrillón, Gilberto. *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular*, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

Pérez, José Luis. La solidaridad en las obligaciones mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Ilescas Mescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. 2015 p. 1696. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>.

Study Group on a European Civil Code. *Draft Common Frame of Reference*. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

Zouatcham, Hubert P. *De la Solidarité Stipulée à la Solidarité Présumée*, (Les Echos), March 15, 2013, Disponible en: http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2013/03/15/cercle_67356.htm.