

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD

JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA. III. HASTA QUÉ PUNTO EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA SOLIDARIDAD EXIGE O PRESUPONE CIERTA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LAS SENTENCIAS. IV. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA NO EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA COSA JUZGADA. V. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS. VI. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN QUE EL TRIBUNAL SUPREMO HACE DE LA IDEA DE *IUS VARIANDI* EN LOS SUPUESTOS DE LA LLAMADA SOLIDARIDAD IMPROPIA. 1. *Intervención de una pluralidad de personas en la producción del daño.* 2. *Casos en los que una persona debe responder por los hechos de otra.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Hasta la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el régimen *sustantivo* de las obligaciones solidarias ha venido siendo uno de los que más preocupación ha causado en la doctrina procesal de nuestro país; y ello porque en él se ponía de manifiesto una *contradicción* o una *excepción* a la teoría del *litisconsorcio pasivo necesario* en relación con los efectos de la cosa juzgada.

El punto de partida era el de que aunque cualquier demandante

puede decidir a quién demandar, en virtud del principio de tutela judicial efectiva, consagrado por el artículo 24 de la Constitución Española, así como del principio de eficacia relativa de la cosa juzgada (*res inter alios iudicata*), la sentencia recaída no puede afectar más que a quien fue parte en el proceso. De tal manera que en aquellos casos en los que la acción ejercitada era de tal naturaleza que *necesariamente* debía afectar a más de una persona, la litis no se puede considerar bien constituida si no han sido llevados a juicio todos los posibles afectados por la Sentencia. Y es en estos supuestos en donde se habla de *litisconsorcio pasivo necesario*; figura que, en Derecho español, ha sido de creación jurisprudencial por la ausencia en la ya derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 de cualquier referencia normativa a la misma.

En consecuencia la extensión de la cosa juzgada, de un lado, y el litisconsorcio pasivo necesario, de otro, se han presentado siempre como figuras conexas, en cuanto éste existe en los casos en los que la sentencia —la cosa juzgada— deba afectar a personas distintas de los pleiteantes y tal eficacia no se pueda justificar por los expedientes de representación o *sucesión* (universal o particular ocupando la posición de causahabiente), siendo el litisconsorcio pasivo necesario la institución llamada a impedir que la extensión de efectos de una sentencia pudiera provocar en alguien la indefensión.

Ahora bien: este sencillo planteamiento se encontraba con una importantísima excepción en el régimen de las obligaciones solidarias, donde, de un lado la regulación del Código Civil difícilmente justifica la admisión de un litisconsorcio pasivo necesario, puesto que el acreedor puede demandar al deudor que quiera (art. 1144), pero de otro los artículos 1141 y 1252 venían a fundamentar que la sentencia obtenida tendría efectos frente a todos los acreedores o deudores solidarios, hubieran o no sido parte en el proceso.

La verdad es que pocos autores plantearon que esta combinación de preceptos pudiera llevar a declarar la inconstitucionalidad de las normas reguladoras de la solidaridad, o, al menos, de la solidaridad pasiva; a pesar de que con ellas se podía llegar al resultado de que una persona fuera condenada sin haber tenido oportunidad de defenderse, aunque sí hubo autores que consideraban necesarias ciertas cautelas a la hora de interpretar dicho artículo 1252 del Código Civil, precisamente para evitar dicha inconstitucionalidad.

Así, por ejemplo, DIEZ PICAZO (1), quien ante el problema del

(1) DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ª Edición. Madrid 1996. T. II, p. 229-230

posible litisconsorcio pasivo necesario, señala que “la tesis aludida sólo podría encontrar algún fundamento si los preceptos legales contenidos en el Código Civil fueran considerados contrarios a la Constitución... No creemos que se pueda hablar de una inconstitucionalidad de los preceptos del Código reguladores de la solidaridad pasiva. Desde luego, no en la solidaridad de origen negocial, ya que la situación procesal aparece voluntariamente asumida y aceptada por el sujeto al constituir el vínculo de ese modo. Además, el hecho de que los deudores solidarios no tengan que concurrir necesariamente todos ellos al mismo proceso, por sí solo no viola la norma del art. 24 de la Constitución. Esta sólo quedaría violada si se establece una absoluta vinculación a lo decidido en el proceso tramitado sin audiencia, o si se estableciera la posibilidad de ejecución de tal sentencia, sin necesidad de audiencia, en el patrimonio de quien no ha sido parte”.

Y en el mismo sentido otros autores como LACRUZ (2) cuando señala que “no parece aceptable que la cosa juzgada despliegue su eficacia positiva... el art. 24 Const., la posibilidad de fraude en el primer demandado, y que en nuestro Derecho procesal la persona del condenado forma parte necesaria de la ejecutoria, impiden, efectivamente, semejante efecto”. Iguales dudas sobre la constitucionalidad se plantean otros autores entre los que puede destacarse a GIL RODRÍGUEZ (3), PUIG BRUTAU (4), ALAMILLO (4 bis), etc. Y si bien tales dudas solían resolverse en el sentido de la no inconstitucionalidad, ello era previa interpretación del artículo 1252 del Código Civil que limitara esos efectos de cosa juzgada.

Tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que deroga el artículo 1252 del Código Civil, y se ocupa de la extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada en su artículo 222, sin ninguna mención al supuesto de la solidaridad, aparentemente la cuestión queda resuelta, puesto que, aunque sigue siendo claro que en la solidaridad no habrá *litisconsorcio pasivo necesario*, al menos, parece, la sentencia recaída contra el deudor demandado no podrá afectar a los restantes.

La cuestión, sin embargo, estimo que no es tan sencilla, y ello fundamentalmente por las siguientes dos consideraciones:

(2) LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS y OTROS: *Elementos de Derecho Civil*. T. II. Vol. 1º. 1999. Edición revisada y puesta al día por RIVERO HERNANDEZ. p. 36

(3) GIL RODRIGUEZ, JACINTO, PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA y HUALDE SANCHEZ: *Manual de Derecho Civil*. T. II 2º ed. Madrid 1996. Pág. 438

(4) PUIG BRUTAU, JOSE: *Fundamentos de Derecho Civil*. T. I. Vol. II. 4ª Edición. BOSCH. 1988. pág. 168.

(4 bis) ALAMILLO SANZ: *La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario*. La Ley. 1984-2.

a) El propio régimen sustantivo de la solidaridad exige que la sentencia recaída contra uno de los deudores afecte de cierta manera a los restantes. El Código Civil, desde luego, lo está presuponiendo, y de no ser así se correría el riesgo de que se pudiera incurrir en sentencias flagrantemente contradictorias, lo cual podría ser constitutivo de una infracción, no ya del principio de tutela judicial efectiva, sino del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

b) La aplicación que nuestro Tribunal Supremo está haciendo de la idea de *ius variandi* y, en consecuencia, de la inexistencia de *litisconsorcio pasivo necesario*, en algunos supuestos muy concretos puede realmente llevar, bien a una indefensión, bien a sentencias que una vez más sean flagrantemente contradictorias.

El presente trabajo se dirige precisamente a intentar demostrar las dos afirmaciones anteriores.

II. CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA

Antes de seguir, conviene, no obstante, precisar que aunque, como acabo de decir, antes de la reciente reforma, podía haber algunas dudas sobre la constitucionalidad de dicha extensión de efectos de la cosa juzgada a los deudores solidarios no demandados, ello era así sólo si se entendía que dicha extensión de efectos llegaba incluso a permitir que la sentencia obtenida contra uno de los deudores se ejecutara directamente en el patrimonio de otro que no fue parte en el proceso. Conclusión ésta que, de otro lado, casi toda la doctrina había rechazado, no sólo para evitar la inconstitucionalidad que de ella se derivaría, sino fundamentalmente por el propio significado de la *ejecución de sentencia*.

Así, tal y como ya apuntaba LACRUZ (5), hay que tener en cuenta que la ejecución se obtiene mediante un tipo de juicio especial, basado en un *título ejecutivo* y sólo puede instarla quien figure como acreedor en dicho título (en nuestro caso la sentencia, y, por tanto, el acreedor demandante), y sólo se puede seguir contra quien figure como deudor en el mismo (el deudor condenado) (6).

(5) LACRUZ, loc. cit. en nota 2.

(6) Cosa ésta que, aunque no lo decía expresamente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, estaba implícito en ella. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sí lo señala expresamente en el art. 538.2 donde se dice que "a instancia de quien aparezca como

Pero, en fin, sea por razones puramente procesales, sea por una interpretación restrictiva del artículo 1252, lo cierto es que eran muy pocos los autores que consideraran que la extensión de efectos de la cosa juzgada llegaba hasta este punto; y no siendo así no se podía poner en duda la constitucionalidad de la misma.

El Tribunal Constitucional, por su parte, aunque es verdad que nunca ha llegado a enfrentarse a un supuesto que sea típicamente de solidaridad, sí ha venido sentando una doctrina de la que se desprende que la extensión de efectos de cosa juzgada a los no litigantes, en sí no produce vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

Es cierto que en alguna ocasión el Tribunal constitucional ha dicho que la cosa juzgada "sólo puede afectar a quienes habiendo participado en él (procedimiento) o habiendo desaprovechado la oportunidad de hacerlo, sean los destinatarios directos y explícitos de la decisión judicial, figurando como tales en la parte dispositiva o fallo" (7). Sin embargo, tales afirmaciones se suelen hacer en línea de principio, y refiriéndose a una concepción *simple* de la cosa juzgada, pues lo cierto es que en otras ocasiones, enfrentado directamente al problema de determinar si la cosa juzgada puede afectar a personas distintas de los litigantes (reales o potenciales), el Tribunal Constitucional ha respondido afirmativamente, e incluso se ha referido de forma expresa a la solidaridad y amparado una interpretación amplia del ya derogado artículo 1.252 del Código Civil.

Desde luego, el Tribunal Constitucional ha acogido expresamente la distinción entre lo que la doctrina denomina efectos directos de la sentencia y efectos indirectos o reflejos, en sentencias como la de 14-12-89 (8); e incluso ha llegado a señalar (en la misma sentencia citada),

acreedor en el título ejecutivo, sólo podrá despacharse ejecución frente a los siguientes sujetos": Quien aparezca como deudor en el título, y quien sin figurar como deudor responda personalmente por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público o los titulares de bienes sobre los que exista una garantía real para el pago.

(7) STC 14-9-99; 28-11-94

(8) "Cuestión distinta –dice el TC– son los efectos reflejos de la cosa juzgada en esta clase de Sentencias: la extinción del contrato de trabajo si se declara la invalidez permanente total, la suspensión si dicha invalidez es declarada provisional y la reincorporación si el Magistrado declara al trabajador apto para el trabajo. Pero, nótese que en estos casos tales efectos colaterales de la Sentencia no nacen de la resolución administrativa impugnada, ni por obra de la congruencia entre las pretensiones y el fallo, ni siquiera en virtud de la propia Sentencia, sino por imperativo de la Ley que anuda a la declaración de incapacidad permanente la extinción del contrato de trabajo (artículo 49.5 ET), a la de la provisional la suspensión de la relación laboral (artículo 45 c) y a la declaración judicial de aptitud la reincorporación al trabajo (artículo 48.1 ET)".

con relación a los límites subjetivos de la cosa juzgada explicitados en el artículo 1252 del Código Civil, que “esta norma procesal, ubicada en dicho texto sustantivo, no pudo prever la totalidad de los efectos de las Sentencias que han de extender sus efectos a sujetos distintos a las partes procesales: los artículos 45.1 c), 48.1 y 49.5 ET constituyen otros tantos supuestos de extensión de los límites de los efectos reflejos de la cosa juzgada a terceros con los que hay que integrar hoy la declaración contenida en el referido artículo 1252.2 Código Civil”; o que “es constitucionalmente posible que una decisión judicial pueda tener efectos en sujetos que no han participado en el proceso ni figuren como condenados en la sentencia, pero que sean titulares de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de esa sentencia, lo que ocurre cuando la ley establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación jurídica creada por la primera sentencia y la que se debate en el segundo proceso” (STC 16-9-91, citando otras sentencias anteriores en el mismo sentido).

Y el caso concreto de las obligaciones solidarias es expresamente mencionado en la STC 17-2-84, en la que se afirma que “el principio de eficacia de la cosa juzgada, tal como se encuentra configurada en nuestro derecho positivo, y en especial por el art. 1252 CC, determina que en un caso como el presente no se contraviene el art. 24 CE, sino que el efecto frente al causahabiente de la sentencia o decisión recaída en proceso seguido frente al causante es rigurosa aplicación del mismo. Lo decidido en un procedimiento vincula a los causahabientes de los que fueron parte en ese procedimiento y a los que están unidos a ellos por vínculos de solidaridad, quienes no pueden reabrir el proceso, ejercer la pretensión contradictoria con la ya resuelta y, además, han de soportar la ejecución de la decisión o sentencia dictada en el proceso seguido contra su causante o codeudor solidario”.

Aunque, sobre esta sentencia, debe hacerse notar que la cita a la solidaridad se hace simplemente porque el artículo 1.252 la menciona junto a los causahabientes, pero el supuesto de hecho no era de obligaciones solidarias, ni de personas unidas por vínculos de solidaridad (9), lo que ha permitido sostener que nos encontramos ante una afir-

(9) De manera muy sucinta, el supuesto de hecho era el siguiente: Concedida una licencia para construir un edificio de cinco plantas, se comprueba que la edificación no se ajusta a la licencia, por lo que, tras varios trámites, recursos y alegaciones, se ordena la demolición de las obras extralimitadas. El constructor recurre, y se dicta sentencia desestimando el recurso. Cuando se va a proceder finalmente a la demolición, los áticos en cuestión se encuentran ocupados por quienes se declaran *adquirentes de buena fe*,

mación que, puesta en relación con el problema que nos ocupa, constituye un *obiter dicta* (10).

En otras sentencias se ha venido a afirmar lo mismo, aunque matizando que la posible extensión de efectos no permite *ejecutar* una sentencia contra personas que no fueron parte en el procedimiento donde se dictó.

Así, por ejemplo, la STC 28-11-94, donde aunque inicialmente se afirma que

“La cosa juzgada, res iudicata, se delimita por la presencia actual o potencial en el proceso correspondiente y sólo puede afectar a quienes habiendo participado en él o habiendo desaprovechado la oportunidad de hacerlo, son los destinatarios directos y explícitos de la decisión judicial y figuran como tales en la parte dispositiva o fallo. Sus efectos se producen, exclusivamente, sobre los litigantes y sus causahabientes o personas unidas a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirla o la obligación de satisfacerlos (artículo 1.252 C.C.). Este concepto de litigante, que no coincide con el de parte y lo rebasa, es reducido a su estricto significado por la referencia a su posición en la relación jurídica material mediante la exigencia de un factor adicional, la calidad con que lo fueron”

inmediatamente después se matiza que

“el procedimiento de ejecución de las Sentencias en la jurisdicción civil, (...), tiene como destinatarios únicos y únicos protagonistas a «las

a pesar de lo cual se ordena la demolición argumentando que de acuerdo con el art. 88 de la LS la enajenación de las fincas no modifica la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por la misma, quedando el adquirente subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario. Los adquirentes recurren argumentando: A) Que se estaba ejecutando una sentencia contra quien no fue parte en el procedimiento, y B) Que tal ejecución implicaba un atentado a la inviolabilidad del domicilio. Es decir: En primer lugar, hay un error respecto a que se esté ejecutando una sentencia dictada en un procedimiento en el que no se fue parte, pues la sentencia iba dirigida a impugnar un acto administrativo; y era este acto el que finalmente se procedió a ejecutar, no la sentencia propiamente dicha; Además, y en todo caso, los recurrentes de amparo eran, obviamente, causahabientes particulares de quien compareció en el juicio. Finalmente el TC accedió parcialmente al recurso en lo relativo a la inviolabilidad del domicilio, reconociendo el derecho de la persona “a impedir la entrada y el registro del mismo sin su consentimiento o, en defecto de éste, sin una resolución judicial expresa”.

(10) En este sentido CARRERAS DEL RINCÓN: La Solidaridad de las Obligaciones desde una óptica procesal. 1990, p. 233.

partes» y más concretamente al «condenado» en la Sentencia si contuviere una condena al pago de una cantidad determinada y líquida, como ocurre en este caso, cualesquiera que fuere el contenido de la condena, ya sea de dar o ya de hacer o de abstenerse (artículos 920, 921, 924, 925 y 929 LEC). En ninguna hipótesis cabe derivar la acción ejecutiva hacia personas distintas” (11).

Y en el mismo sentido, la STC 22-4-1991, cuando declara que “la actividad judicial en la ejecución sólo puede actuar válidamente sobre el patrimonio del condenado, ya que si un tribunal se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la sentencia que debe ejecutarse, está vulnerando el art. 24 de la constitución”.

Es decir: Aunque el Tribunal Constitucional no se ha llegado a ocupar directamente del problema, de sus afirmaciones en otros supuestos cabría entender que la sola extensión de los efectos de cosa juzgada no implica, de por sí, inconstitucionalidad ni vulneración del artículo 24 de la Constitución, siempre y cuando tal extensión de efectos se encuentre limitada, no cubriendo, por tanto, la posible ejecución de una sentencia en el patrimonio de un codeudor no demandado.

III. HASTA QUÉ PUNTO EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA SOLIDARIDAD EXIGE O PRESUPONE CIERTA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

La doctrina ha venido siempre afirmando que, una de las manifestaciones del principio conocido como *propagación de la solidaridad* era,

(11) En el supuesto de hecho una persona había sido condenada criminalmente como autor de un delito de apropiación indebida, entre otras cosas, al pago de una indemnización. Durante el juicio oral los hijos del que posteriormente fuera condenado, ofrecieron hacerse cargo de la responsabilidad civil; la sentencia, sin embargo, no hace mención —no podía hacerla— a este hecho (que el Ministerio Fiscal considera oferta de fianza voluntaria). En la ejecución de la sentencia penal se embargan bienes de los hijos del condenado, y estos terminan recurriendo en amparo.

La sentencia tiene, no obstante, un voto particular, que, básicamente, sostiene que el amparo que se solicitaba lo que hacía era disfrazar una tercería de dominio; y que, dada la oferta que se hizo, plasmada además en un acta notarial, no es posible hablar en este caso de indefensión, con independencia de la calificación que tal oferta merezca la cual —dice el voto particular— es competencia de los tribunales en la aplicación del Derecho. “No hay indefensión, sino contradictoria conducta procesal de los recurrentes, que ahora se desdican de una conducta libre y voluntaria, sin más argumentos que una justificación especiosa, tal la de que no fueron aludidos en la Sentencia penal, ni condenados por vía civil subsidiaria, olvidando su ofrecimiento ante Notario y ante la Sala penal juzgadora”

precisamente, la de la extensión de efectos de cosa juzgada. Sin embargo tales afirmaciones se hacían estando en vigor el artículo 1252. Ahora que no lo está, ¿puede considerarse que de los demás preceptos sustantivos se debe derivar la misma idea?

Desde luego es bastante evidente que la regulación de los artículos 1137 y siguientes no prevé la posibilidad de que la misma cuestión pueda ser objeto de más de un enjuiciamiento. Para el Código Civil hay –o debe haber– un paralelismo absoluto entre relaciones externas y relaciones internas; el cual sólo se puede mantener si las relaciones externas son objeto de un único enjuiciamiento. Pues en otro caso se llegarían a plantear situaciones de imposible solución con las normas del Código Civil. Y así, por ejemplo:

a) La demanda de dos acreedores, a efectos de la aplicación del artículo 1142, no está prevista, pero ya había sido planteada por algún autor, llegando a la conclusión de que, en tal caso, el deudor debería pagar al que primero demandó (12). No es sin embargo enteramente claro que, habiendo sido ya el deudor demandado y condenado por un acreedor, pueda sostenerse que el pago a otro (que le demande después) carezca de poder liberatorio. Es decir: de cesar los efectos de cosa juzgada, posiblemente hubiera que replantear la doctrina referente a este precepto.

b) Pero los principales problemas se plantean en relación con las excepciones que los codeudores que no pagaron puedan oponer al codeudor que pagó. Así, es afirmación no discutida la de que los codeudores pueden oponer tanto los derechos que den lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación, como los que originan excepciones personales referentes a ellos, siempre que el deudor que pagó no los hubiese opuesto en juicio, o habiéndolo hecho, no hubiesen sido desestimados por el Juez (13). Ahora bien: esta solución resultaría imposible si una misma excepción se hubiera podido estimar en un caso y desestimar en otro.

c) En cuanto al supuesto recogido en el artículo 1146, la interpretación más razonable de la norma es la de que su supuesto de hecho sólo se daría si el deudor que lo pagó todo lo hizo por ignorar la remisión

(12) GUILARTE ZAPATERO: Comentario a los artículos 1.137 a 1.148 del Código Civil. En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO. T. XV, Vol. 2. Arts. 1125-1155. EDERSA, Madrid 1983, pág. 288; CAFFARENA LAPORTA, JORGE: *Comentario a los artículos 1137-1148 del Código Civil*. En *Comentario del Código Civil*. Dirigido por PAZ ARES, DIEZ PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH. Ministerio de Justicia. T. II, Madrid 1991, pág. 131.

(13) Ver por todos CAFFARENA, *Comentario...* cit, pág. 141.

parcial, siendo, además, su error excusable (14). Pero la norma en lo que, obviamente, no está pensando es en que se haya interpuesto la excepción de remisión por el deudor condonado en su parte, ésta haya prosperado, y después, interpuesta por otro deudor, no hubiera prosperado.

En fin: en la solidaridad regulada por el Código Civil, es evidente que el legislador está pensando que –con independencia de la unidad o multiplicidad de vínculos, tan discutida por la doctrina– se trata de una sola obligación, aunque en ella exista una pluralidad de sujetos.

Puede en este punto ser significativo el hecho de que en la doctrina italiana y en la francesa, donde la ley nunca hizo mención especial respecto de la extensión de efectos de cosa juzgada, son muchos los autores que han entendido que tal extensión se producía, de acuerdo con los antecedentes históricos de la institución (15).

Y es que, en la solidaridad de origen convencional –que es en la que preferentemente se está pensando en los artículos 1137 y ss.–, la mayor parte de los preceptos tienen como punto de partida la idea de que nos encontramos ante una obligación con *unidad de objeto y pluralidad de sujetos*. De tal manera que los actos que afectan al *objeto* en general tienen eficacia frente a todos (art. 1143), mientras que los que afectan a los *sujetos* en principio no trascienden a los demás, o lo hacen sólo parcialmente, como ocurre en el caso de las *excepciones personales* (art. 1148), o la *remisión parcial* (según la interpretación más extendida del artículo 1146 del Código).

(14) CAFFARENA LAPORTA, JORGE: *La solidaridad de deudores (excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva)*. EDERSA. Madrid 1980, pág. 300, *Comentario...* cit, pág. 144.

(15) Así, para la doctrina italiana anterior al Código de 1942, puede verse en contra de la extensión, a GARCIULO (*Voz Solidarietà*. En *Il Digesto Italiano*. Vol. XXII, 1ª Parte. Torino 1899-1903, n° 13, pág. 4) y a favor a COGLIOLO (COGLIOLO: *Questioni giurisprudenziali sulla cosa giudicata*. En *Scritti varii di Diritto Privato*. Vol. 1, 5ª ed. Torino 1917) o CHIRONI (*La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*. En *Studi e questioni di Diritto Civile*. Vol. II. Torino 1914, págs. 19 y ss.), autor este último que hace muchas matizaciones. Tras la entrada en vigor del código de 1942, existe una norma, el art. 1306, extendiendo los efectos sólo cuando sean favorables; a pesar de lo cual se ha llegado a sostener que la sentencia siempre desplegará la eficacia refleja frente a los demás deudores (o acreedores). Así el interesante trabajo de DONATO BUSNELLI: *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*. En *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*. Vol. I, T. 1. Milano 1978, págs. 415 y ss.

En la doctrina francesa, contrarios a la extensión de efectos eran LAURENT, LACOMBE o DURANTON, pero la mayoría, empezando por POTHIER opinaba lo contrario, y así MERIN, TOULLIER, LAROMBIERE, COMET DE SANTERRE, PROUDHON, MARCADÉ, DEMOLOMBE, ARNTZ, etc.

Así, por ejemplo, se explica que la interrupción de la prescripción beneficie o perjudique a todos: porque lo que se interrumpe no es la prescripción frente a uno u otro de los sujetos, sino la prescripción de la propia obligación, la cual, en la opinión del Código, no puede estar prescrita para unos sí y para otros no: o hay prescripción o no la hay; o se ha incurrido en mora (para todos) o no se ha incurrido en ella.

Desde este punto de vista, podría pensarse que el resultado de un juicio seguido contra uno sólo de los deudores, debería afectarles a todos tan sólo en cuanto la sentencia se pronuncie respecto a la obligación en sí misma considerada; pero no en cuanto se pronuncie sobre circunstancias personales de los distintos deudores. O al menos eso creo que es lo que el Código Civil está presuponiendo en toda la regulación *sustantiva* de la solidaridad.

Y el precepto en el que en mayor medida se recoge tal concepción es el artículo 1141, en cuyo segundo párrafo se establece que las acciones emprendidas contra uno de los deudores solidarios *perjudican* a todos estos.

El Código parece referirse exclusivamente al *perjuicio* que de la acción se derive; de donde yo creo que el legislador se ha planteado la hipótesis más normal: que existiendo realmente la obligación, el acreedor demande a uno sólo de los deudores: la sentencia obtenida, en cuanto sea condenatoria, perjudicará a todos. Pero si, por circunstancias personales de dicho deudor, la sentencia fuera absolutoria, no habría extensión de efectos para los demás.

Fuera de este supuesto estimo que la norma se puede interpretar en el sentido de que las acciones emprendidas por uno *afectan* a todos, siempre que lo que se haya discutido se refiera a la obligación en sí misma considerada.

Es cierto que la doctrina, al interpretar el artículo 1141, nunca insistió en los efectos procesales del mismo, pero ello es, probablemente, por encontrarse en vigor el artículo 1252. Pero, una vez derogado este, no cabe la menor duda de que el término *acciones* utilizado debe incluir también a las *acciones procesales*. Pues aunque se ha dicho que esta norma no se refiere al sentido técnico de *acción* (16), ello no es para excluir tal sentido, sino para ampliar el campo de aplicación del precepto también a los actos extrajudiciales.

Y es que, si hay dos términos que el Código Civil suele utilizar en el sentido procesal de la palabra, son los de *acción* y *excepción* (17).

(16) Así, por ejemplo CAFFARENA, *Comentario...* cit, pág. 128.

(17) Así en las *acciones* de filiación (arts. 131 y ss.), usufructo de acción real (art.

Resulta en este sentido interesante constatar el hecho de que en ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando ha extendido a todos los deudores los efectos de la actuación procesal de uno de ellos, lo haya fundamentado, no en el derogado artículo 1252, sino en el 1141. Y así, por ejemplo, la STSJ Navarra de 19-2-96 (RJ 1594), declaró, citando a la STS 17-7-84 (RJ 4075) que "los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados, benefician a su coobligado solidario por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, que hace que la declaración anulatoria de la condena al pago respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron solidariamente condenados. Doctrina ya sentada en la STS 19-10-48 (RJ 1258) y reiterada también por la STS 28-4-1988 (RJ 3297).

Y en el mismo sentido otras numerosas sentencias, como las de 29-6-90 (RJ 4945) (18), 7-5-93 (RJ 3464) (19), etc. (20).

¿Podría, a la vista de lo anterior, sostenerse que, quedando en vigor el artículo 1141, las acciones ejercidas contra un deudor les *afectan* a todos, con independencia de lo que se diga sobre la cosa juzgada?

La verdad es que la idea puede ser sugerente, y pienso además que si la jurisprudencia decide extender algún efecto de cosa juzgada a los codeudores, posiblemente lo haga apoyándose en esta norma.

Sin embargo, una interpretación sistemática que partiera de la inexistencia de efectos de cosa juzgada, debería llevar más bien a recortar la literalidad del artículo 1141, tal vez entendiendo que los codeudores se verán afectados por el ejercicio de la acción, pero no por lo que pueda apreciar la sentencia; lo cual es posible que no tenga mucho sentido.

486), revocación de donaciones (art. 652), acción de nulidad (art. 1301 y ss.), acción de rescisión (art. 1294), la acción para recuperar el precio del art. 1897, prescripción de acciones, etc.

(18) La declaración anulatoria de la condena al pago respecto de uno de los obligados solidarios por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecta con igual extensión a los demás.

(19) Aunque uno de los deudores se haya conformado con la sentencia de primera instancia, le afecta por igual el recurso interpuesto por otro, en caso de absolución o reducción de condena en la segunda instancia.

(20) Véanse las sentencias citadas por MORO ALMARAZ en *Comentario a los arts. 1141 y 1144 del Código Civil*. En *Jurisprudencia Civil Comentada*. Dirigida por PASQUAU. Granada 2000. T. II., págs. 1959 y ss.

IV. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA NO EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA COSA JUZGADA

A pesar de lo dicho, parece que hay que asumir que, tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ya no hay extensión de efectos de la sentencia a los codeudores solidarios (ni a los coacreedores) (21).

Antes de seguir conviene que nos detengamos durante un instante a considerar qué problemas podrían plantearse como consecuencia de la ausencia de extensión de efectos de cosa juzgada. Y así tenemos, sin ser excesivamente exhaustivos:

I) Solidaridad activa.

a) Tras demandar uno de los acreedores, podría haber sentencia condenatoria o absolutoria. Si la sentencia es condenatoria, en tanto el deudor no pagara realmente, cualquier otro acreedor podría demandarle. El artículo 1142 se convertiría entonces en un precepto de imposible aplicación. El deudor, por su parte, podría encontrarse con dos títulos ejecutivos (y sus correspondientes costas). No obstante, si, ejecutada ya la primera sentencia se intentara ejecutar la segunda, podría oponerse a esta nueva ejecución en virtud del artículo 556.1 LEC. Si, tras la primera sentencia realizó el pago, ante la nueva demanda podría excepcionar la extinción de la obligación por pago. En el caso de que se instara judicialmente la ejecución de ambas sentencias, no es claro que se admitiera la excepción de abuso de derecho, dado lo restrictiva que resulta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de oposición al juicio ejecutivo.

b) Si la primera demanda terminara con sentencia absolutoria, o con sentencia que no la estimara íntegramente (por ejemplo, por pluspetición), los restantes acreedores podrían volver a demandar, sin que el deudor pudiera evitar el nuevo juicio alegando *cosa juzgada* y con el riesgo de que la segunda o ulterior demanda prosperara, producién-

(21) Aunque, entiendo que esa conclusión podría también rebatirse con numerosos argumentos, cuya exposición requeriría todo un trabajo que, además, no encaja en el perfil de esta publicación dedicada a las relaciones entre Derecho civil y Constitución. Por ello no los expondré aquí, sino que me remitiré a mi trabajo titulado *Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)*, que constituyó mi ponencia en las jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil del año 2001, y que actualmente se encuentra en prensa.

dose entonces sentencias contradictorias, tal vez ambas con efecto de cosa juzgada.

II) Solidaridad pasiva.

Aquí los supuestos son más variados. Y así tenemos:

a) Demanda a un deudor que acaba en sentencia condenatoria. El acreedor podrá demandar a cualquier otro deudor, los cuales, a su vez, podrán intentar de nuevo todas las excepciones: Las que el primer deudor interpuso y fueron desestimadas; las que el primer deudor pudo interponer y no interpuso, y las que el primer deudor no llegó a interponer. El límite para las demandas del acreedor se encontrará en el hecho del pago, en cuyo caso el deudor nuevamente demandado podrá excepcionar, no la cosa juzgada, sino la extinción de la obligación.

b) Demanda a un deudor que acaba en sentencia absolutoria con base en una excepción personal del deudor demandado. El acreedor podrá, aun así, demandar a cualquier otro deudor, exigiéndolo todo; los cuales deberán interponer nuevamente la excepción personal del deudor primeramente absuelto, a los efectos del artículo 1148. Si el nuevo juez no la aprecia y el segundo o ulterior deudor es condenado a pagarlo todo, ¿tendrá acción de regreso contra el deudor primeramente absuelto? ¿Podría aquí aplicarse por analogía el artículo 1146?.

c) Demanda a un deudor que termina en sentencia absolutoria con base en una excepción objetiva. Una vez más el acreedor podrá, aun así, demandar a cualquier otro deudor, el cual no podrá oponer la excepción de cosa juzgada, sino que deberá reiterar la excepción, siendo posible que el nuevo juez la aprecie o no. Si resultara condenado el segundo deudor ¿Habría acción de regreso contra el primero?

d) Demanda a un deudor que termina con una sentencia que estima parcialmente la demanda, condenando sólo al pago de una parte de lo reclamado. El acreedor podrá reinterponer la demanda por el todo frente a cualquier otro deudor. De nuevo este deberá reiterar la excepción.

En suma: el problema siempre sería el de las posibles sentencias contradictorias. El cual se resolvería si, de alguna manera, pudiera entenderse que sigue existiendo cierta *presunción* respecto de los hechos establecidos en una sentencia. Y aunque en la práctica así sucederá, no creo que pueda sostenerse hoy en día ni siquiera la existencia de una *inversión de la carga de la prueba*.

Y es que, acaso, sea este un punto sintomático de cómo, en ocasio-

nes, la doctrina se preocupa de los problemas que un precepto puede llegar a plantear (el viejo artículo 1252), pero no llega a preguntarse qué problemas resuelve: son estos los problemas que ahora –desaparecida dicha norma– debemos intentar resolver por otras vías.

V. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS

La no extensión de efectos de cosa juzgada, en cuanto podría provocar la existencia de sentencias contradictorias, tal vez pudiera suponer –en los casos en los que efectivamente tales sentencias se produjeran– una vulneración del principio constitucional de *igualdad en la aplicación de la ley*, o del de tutela judicial efectiva.

Respecto del primero de los principios enunciados, ya se sabe que éste no se ve vulnerado, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por el hecho de que distintos órganos jurisdiccionales acojan *interpretaciones diferentes* de las normas jurídicas; e incluso en el caso de que sea el mismo órgano jurisdiccional, tampoco hay vulneración del principio cuando el cambio de criterio no sea arbitrario.

Así al menos lo viene afirmando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (22), con una jurisprudencia que, en cierto modo, podría considerarse que excluye la inconstitucionalidad en estos supuestos, aunque, para su análisis y comprensión hay que tener en cuenta que el problema que hasta ahora dicho tribunal ha intentado resolver con tales sentencias ha sido el de los cambios injustificados o arbitrarios de jurisprudencia.

Pero en el caso que nos ocupa, las diferencias que podrían ser preocupantes se encontrarían, no tanto en la *interpretación de la norma* como en la apreciación de los hechos (23). Y en algún caso en el que el

(22) Así, pueden verse, entre otras, las siguientes sentencias: 4-7-82: La regla general de la igualdad en la aplicación de la ley “*impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales*”. STC 28-3-85: Lo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley impone es “*que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio*”. En igual sentido, entre otras, las sentencias de 14-7-82, 21-3-84, 11-3-87, 22-4-87, 10-7-87, etc.

(23) STC 29-4-85: “*La libertad para enjuiciar, para interpretar y para aplicar las normas que tienen los jueces y tribunales permite que un mismo órgano judicial, ante supuestos ya no semejantes, sino incluso idénticos, modifique su propia interpretación de unos mismos preceptos legales*”. Se trata pues de *interpretación*, y no de apreciación de hechos.

Tribunal Constitucional ha apreciado estos problemas, sí ha entendido que existía, o podía existir, vulneración del principio constitucional (24).

De hecho, de los requisitos que el Tribunal Constitucional viene exigiendo para apreciar la vulneración de este principio, excluido el de que deba tratarse de un mismo órgano jurisdiccional (pues su exigencia se justifica cuando el problema alegado es de cambio de criterio jurisprudencial), en estos casos se darían todos salvo el de la pluralidad de decisiones.

Véase, para estos requisitos, la STC 23-10-85:

“No basta con verificar la identidad de los supuestos de hecho y comprobar la diferencia de trato entre los mismos; uno y otro extremos son elementos necesarios, bien que no suficientes, en el juicio de constitucionalidad, en el que han de tomarse en consideración e integrarse otros aspectos, señaladamente, y en lo que aquí interesa reparar, los dos siguientes. El primero, y como no podría ser de otro modo, la realidad misma del apartamiento por un mismo órgano judicial de sus anteriores decisiones, recayendo sobre quien esgrima la desigualdad la carga de aportar los precedentes de los que la resolución atacada se haya separado, exigencia ésta que no queda cubierta citando cualquier precedente o uno aislado, sino una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza”.

Aunque, desde otro punto de vista, la existencia de sentencias que se contradigan respecto de los hechos en que se basan, podría también afectar al principio de tutela judicial efectiva; o al menos eso parece desprenderse de las siguientes afirmaciones que hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia de 21-5-84 (25):

(24) Sirva, tal vez, de precedente la STC 24-3-84. En el supuesto la Sala Sexta del Tribunal Supremo había dictado, en dieciséis días dos resoluciones distintas sobre hechos sustancialmente iguales, un despido conjunto del recurrente y de su hermano, un mismo acto, por tanto. No hay ni motivación expresa ni tánica, ni se hace referencia tampoco a la Sentencia anterior, contraria a la nueva (el resumen de hechos es de SUAY RINCÓN, JOSÉ: *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En *Estudios sobre la Constitución española*. Homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, T. II. Madrid 1991, págs. 837 y ss., pág. 877). El TC concedió el amparo solicitado.

(25) El supuesto de hecho fue el siguiente: El demandante de amparo había sido despedido de la empresa en que prestaba sus servicios por una supuesta apropiación indebida de dinero. Tras recurrir por despido improcedente, el Tribunal Central de Trabajo lo confirmó. Más tarde las diligencias penales fueron sobreeséidas declarando

“Es evidente, por el contrario, que a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 93, número 3 de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva ... pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios”.

Doctrina esta que es además similar a la de las sentencias de 3-10-83 y 23-2-84 (26).

En fin: respecto de esta posible inconstitucionalidad, conviene hacer notar que no se ubicaría en las normas propiamente dichas, sino que sólo en el caso de que se llegaran a producir esas decisiones contradictorias, podría plantearse un recurso de amparo.

Aun así parece evidente que una reforma procesal que, en lugar de insistir y acentuar los remedios frente a estas situaciones, los relaja por la vía de una concepción más estricta de los efectos de cosa juzgada es, cuando menos, discutible.

que no existía autor conocido del hecho denunciado, tras lo que el recurrente solicitó la revisión de la sentencia laboral, la cual fue desestimada. El TC, no obstante, negó el amparo solicitado, por no apreciar verdadera contradicción, ya que el auto de sobreseimiento, por su propia naturaleza, no contiene declaración de hechos probados que puedan contradecirse con los apreciados por el TCT, ni contiene, en realidad, un fallo absolutorio.

(26) “El universo del Derecho —dice esta última sentencia— no está poblado precisamente por evidencias ... sino más bien por *cuestiones disputadas*, acerca de las cuales se debate en el proceso (aunque no sólo dentro de él), que es en este sentido y por antonomasia el ámbito de la libertad de contradicción. Que sobre un mismo material probatorio se produzcan dos simultáneas y dispares apreciaciones conducentes a otras tantas resoluciones judiciales no es, sin más, un *evento anómalo* (por emplear la expresión del Fiscal en este proceso), ni mucho menos contrario a la Constitución, pero es lo cierto que el ordenamiento, en aras sobre todo de la seguridad jurídica, regula y delimita los resultados de una diversidad de pronunciamientos acerca de unos mismos hechos: los efectos de la cosa juzgada, la firmeza de las resoluciones y las cuestiones prejudiciales son, entre otras, instituciones orientadas a tal fin”

VI. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN QUE EL TRIBUNAL SUPREMO HACE DE LA IDEA DE *IUS VARIANDI* EN LOS SUPUESTOS DE LA LLAMADA SOLIDARIDAD IMPROPIA

Como ya se ha dicho, si resulta mayoritaria la opinión doctrinal según la cual la existencia en materia de solidaridad pasiva del *ius variandi* del acreedor impide apreciar en estos casos un litisconsorcio pasivo necesario (27) desde el punto de vista jurisprudencial habría

(27) Como casi todos los autores se manifiestan en este sentido, la nota doctrinal será más reducida si me limito a mencionar a los que han opinado lo contrario, y excluyendo a quienes han apuntado dicho litisconsorcio como cuestión de *lege ferenda*. Así habría que citar, en la doctrina española, tan solo a SANTOS BRIZ, FONT SERRA y ALAMILLO SANZ. El primero así lo llega a afirmar en tres obras distintas (En *Código Civil (comentarios y Jurisprudencia)*. Granada 1991, p. 547, *Código Civil (Doctrina y Jurisprudencia)*. Dirigido y Coordinado por ALBACAR LÓPEZ. T. IV arts. 1088-1444. Madrid 1991, p. 237, y *Comentarios del Código Civil*. Coordinados por SIERRA GIL DE LA CUESTA. T. 6. Bosch. Barcelona 2000, p. 259), aunque sin especial argumentación, pues se limita a señalar, a propósito del artículo 1141, que "viene este artículo a fundamentar en el aspecto procesal un *litis consorcio necesario*, tanto del lado activo como del pasivo, es decir, la acción ejercitada contra cualquiera de los acreedores o deudores solidarios persigue una sentencia que tendrá para todos ellos fuerza de cosa juzgada, aunque no hayan sido demandantes o demandados" (en pág. 547 de la obra primeramente citada).

FONT SERRA, por su parte, se limita a afirmarlo, por considerar que, salvo en el caso de los causahabientes, las personas a las que se deban extender los efectos de la sentencia, son litisconsortes necesarios, citando a favor de tal opinión varias sentencias del Tribunal Supremo: La de 6-3-46 (CL N° 4), 30-6-66 (RJ 3658), 16-3-67 (RJ 1520), 31-1-68 (RJ 603), 28-2-70 (RJ 1033), 20-11-70 (RJ ¿?) y 2-3-74 (RJ 926), si bien es cierto que ninguna de estas sentencias se referían a esa cuestión (en *La oposición de tercero a la cosa juzgada*. RJC 1980, págs. 117 y ss., pg. 683 y ss).

Por ello, posiblemente la más extensa argumentación a favor de esta tesis, sea la de ALAMILLO SANZ (en *La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario*. La Ley 1984-2, pp 1087-1090), quien distingue dos situaciones: si el acreedor demandó a un deudor sin indicar que la obligación es solidaria, de tal forma que se dicta sentencia exclusivamente contra él, en cuyo caso no habría litisconsorcio necesario, pero la sentencia sería exclusivamente ejecutable en el patrimonio del demandado, frente al supuesto en el que el acreedor en su demanda haga constar que la obligación es solidaria, o sea el propio demandado el que así lo haga, en cuyo caso, dice, "el Juez tiene la inexcusable obligación de, o bien llamar a la litis al resto de los deudores solidarios (solución harto dudosa) o, y en este caso sí que no cabe duda, estimar, aunque sea de oficio, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario absolviendo en la instancia sin entrar en el fondo (ya que dicha sentencia no produciría efectos de cosa juzgada material y podría reproducirse la demanda subsanado dicho defecto)".

Aunque tal argumentación tiene el inconveniente de que está presuponiendo que la extensión de efectos de cosa juzgada que ordenaba el ya derogado art. 1252 del Código Civil, implicaba la posibilidad de ejecutar la sentencia obtenida en el patrimo-

que hablar casi de unanimidad, y así, simplemente como ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo (cosa que difícilmente se puede ser, existiendo tantas sentencias sobre la materia) pueden citarse las siguientes sentencias:

— STS 28-4-35 (CL N° 56): No se conculcan los artículos 1.145, 1.144 y 1.146 “por el hecho de haber sido excluidos de la demanda dos de los concejales que votaron el acuerdo de mérito, puesto que ello no veda a los demandados de repetir contra los excluidos”.

— 7-2-63 (RJ 780): “Si bien es cierto que tal vez el planteamiento de la litis hubiera sido más correcto trayendo al campo de la misma a los deudores y no simplemente al fiador, aumentando el actor sus posibilidades probatorias y el demandado las defensivas, ello no implica que una razón de litis consorcio pasivo necesario se pueda imponer como excepción eficaz, ya que la solidaridad entre codeudores, por lo ya dicho, y tal y como la regula el inciso final del art. 1137 del Código Civil, al permitir dirigirse contra alguno de los deudores o contra todos a la vez, así como la declaración del párrafo segundo del art. 1141, conforme al que las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos estos es a todas luces incompatible con la exigencia de aquel consorcio”.

— Pueden citarse también, en esta línea, las sentencias de 16-3-71 (RJ 1379), 3-1-79 (RJ 13), 27-6-81 (RJ 2616), 30-12-81 (RJ 5357), 58-5-82 (RJ 2606), 29-11-82 (RJ 6934) 1-7-83 (RJ 4066), 2-2-84 (RJ 570), 14-11-84 (RJ 5159), 19-12-84 (RJ 5551), 7-2-86 (RJ 446), 14-4-86 (RJ 1851), 20-12-86 (RJ 7756), 16-10-87 (RJ 7105), 1-12-87 (RJ 9171), 19-1-88 (RJ 126), etc.; y, entre las de los últimos cinco años: 11-3-96 (RJ 2410), 21-3-96 (RJ 2234), 16-4-96 (RJ 2954), 19-7-96 (RJ 5677), 20-1-97 (RJ 15), 27-1-97 (RJ 21), 31-1-97 (RJ 254), 22-3-97 (RJ 2191), 29-5-97 (RJ 4117), 5-7-97 (RJ 5507), 3-9-97 (RJ 6381), 20-10-97 (RJ 7274), 11-6-98 (RJ 4678), 17-2-99 (RJ 1244), 23-4-99 (RJ 2825), y 5-2-2000 (RJ 251)

— Etc., etc. (28).

Ahora bien: siendo la afirmación que el Tribunal Supremo hace bastante difícil de rebatir, lo que no es totalmente claro es que en el contexto en el que esta afirmación se hace a veces la cosa sea tan pacífica.

nio de un deudor distinto del demandado, cosa que, como hemos visto, era puesta en duda por la doctrina, ya que es bastante obvio que, de ser así, los preceptos del Código Civil incurrirían en flagrante inconstitucionalidad

(28) Véase la abundante y completa referencia jurisprudencial que hace MORO ALMARAZ, *Comentario...* cit. págs. 1971 y ss.

Porque lo cierto es que la mayoría de las sentencias que he citado no recayeron en supuestos de solidaridad *convencional*, ni siquiera en supuestos de solidaridad *legal*, sino que tuvieron lugar dos casos muy especiales: precisamente aquellos en los que el Tribunal Supremo habla de *solidaridad impropia* (29).

a) Responsabilidad solidaria de los causantes del daño cuando sean varios y no se pueda determinar la participación individual de cada uno de ellos.

b) Responsabilidad por hecho ajeno que, se dice, es solidaria con la del causante material del daño.

Veamos estos supuestos por separado a efectos de podernos preguntar correctamente si tal aplicación, además de incorrecta (como anticipo que creo que es) puede afectar a algún principio constitucional.

1. *Intervención de una pluralidad de personas en la producción del daño.*

Cuando en el acto ilícito generador del daño intervinieron una pluralidad de sujetos, sin que sea posible individualizar la participación de cada cual, el Tribunal Supremo viene estableciendo desde antiguo la *solidaridad* (30) y es además en ellos en los que en mayor medida se utiliza el término *impropia* para calificarla. Algunas leyes, asumiendo tal doctrina, establecen también la solidaridad en estos casos (31).

(29) Así, entre otras, hablan de solidaridad impropia las sentencias 27-10-82 (RJ 5577) y 22-4-92 (RJ 3312), para referirse a la solidaridad del responsable por hecho ajeno ex art. 1903, mientras que las de 28-4-83 (RJ 2195), 8-5-86 (RJ 2669), 28-1-89 (RJ 156), 20-2-89 (RJ 1215), 7-6-89 (RJ 4347), 19-6-89 (RJ 4697), 5-10-90 (RJ 7472), 7-5-93 (RJ 3464), 26-11-93 (RJ 9142), 1-6-94 (RJ 4568), 22-4-95 (RJ 3492), 1-3-96 (RJ 1988), 21-3-96 (RJ 2233), 13-3-98 (RJ 1564), 28-4-98 (RJ 3265), 3-12-98 (RJ 9703), 12-12-98 (RJ 9889), o 25-6-99 (RJ 4560), entre otras, utilizan la expresión para referirse a la solidaridad existente entre los distintos causantes del hecho dañoso cuando no sea posible determinar la medida en la que participó cada uno de ellos.

De otro lado, en algún texto legal, como es el caso del artículo 48.3º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, se llega a hablar de unos "responsables in solidum" que no está claro exactamente a qué se refiere.

(30) Tal vez para enmendar la omisión de nuestro Código Civil, que, siguiendo al Código francés, no recogió expresamente este supuesto de solidaridad legal; si bien en el Code no se dijo así, porque ya el art. 55 del Código penal (francés) establecía la solidaridad para "todos los individuos condenados por un mismo crimen o por un mismo delito", siguiendo con ello la doctrina de POTHIER, quien (en Nº 268, pág. 131) afirma que "el tercer caso de obligación solidaria es respecto de aquellos que han concurrido a un delito: están todos obligados solidariamente a la reparación".

(31) Véase, por ejemplo, los números 2 y 3 del art. 17 de la Ley de Ordenación de

Pero, a poco que se observe, se verá con claridad que, en tales supuestos, como la obligación de indemnizar es fijada por la sentencia, y es también la sentencia la que declara su carácter solidario ante la imposibilidad de determinar la cuantía o proporción en la que cada uno de los distintos responsables intervino, sostener que no es preciso demandarlos a todos, por tratarse de una obligación solidaria que excluye el litis consorcio, parece ser un enfoque inadecuado del problema (32): Tal vez pueda sostenerse que en el momento de la demanda ya existía la obligación (pues esta nace del acto u omisión ilícito); pero su carácter de *solidaria* depende de la prueba practicada en el procedimiento, es decir no se llegará a conocer hasta el momento de la sentencia (pudiéndose incluso decir que es ésta la que establece la *solidaridad* que antes no existía); mientras que la figura del litisconsorcio pasivo necesario afecta a la incorrecta constitución de la litis, la cual, lógicamente, se refiere al momento procesal de la demanda.

Es decir: me parece un error, o, mejor, un planteamiento desenfocado de la cuestión sostener en estos casos que no hay litisconsorcio pasivo necesario porque la obligación es solidaria, ya que en el momento de la demanda (que es cuando se debe apreciar la correcta constitución de la litis), no había solidaridad alguna, o no se sabía si la habría o no. Por ello entiendo que, en realidad, los problemas que en este caso se plantean son:

a) Si a un demandado le puede ocasionar indefensión el hecho de que no se demande a todos los posibles responsables del daño.

b) Si, pudiéndose demandar por separado a varios presuntos responsables, cabe la posibilidad de sentencias contradictorias, y si, en tal caso, debe o puede hacerse algo para evitarlo.

la Edificación, o el artículo 33 de la Ley de Caza. Aunque hay una diferencia entre ambos, y es que en la LOE expresamente se señala que la responsabilidad sólo será solidaria "cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido", es decir: se sigue, literalmente, la doctrina del Tribunal Supremo que estableció la solidaridad en estos casos; mientras que en la Ley de Caza, y otras similares, directamente se establece la solidaridad, quedando la duda de si entonces habrá solidaridad en todo caso o sólo cuando no puedan individualizarse las intervenciones respectivas.

(32) Para el caso concreto de las responsabilidades derivadas de la construcción, véanse las reflexiones de PUIG FERRIOL respecto del carácter *originariamente* solidario de las obligaciones de los intervinientes (PUIG FERRIOL, LUIS: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*. En Libro Homenaje a RAMON MARÍA ROCA SASTRE. Vol. II. Madrid 1976, págs. 449 y ss). Y es que, claro, si se pactó la solidaridad, el problema pasa a ser otro. Pero si no se pactó, no la hay, salvo cuando se trate de indemnizar y no se pueda determinar la intervención de cada cual en el daño.

c) Si, condenado uno sólo a indemnizarlo todo, puede éste después repetir contra quien no fue parte en el procedimiento.

Respecto de la primera de las cuestiones no parece haber duda de que el demandado puede intentar probar su no culpa, y para ello puede, incluso, probar que el origen del daño estuvo en la actuación de un no litigante. En tal caso el juez se limitará a absolver, puesto que, evidentemente, no puede declarar en sentencia la culpabilidad o responsabilidad de quien no fue parte en el proceso (33).

Pero, claro es, esto nos lleva al segundo de los problemas: y es que es evidente que, en tal caso, podrían producirse sentencias contradictorias: como si, por ejemplo, en un procedimiento se absuelve al arquitecto técnico por considerar que la culpa fue del constructor, y, demandado éste, se le absuelve por considerar que la culpa fue del primero (34).

Tal vez sea este razonamiento el que explique que en alguna ocasión el Tribunal Supremo, actuando en contra de la línea dominante, haya exigido el litisconsorcio pasivo necesario, como ocurre en la STS 28-9-93 (RJ 6656), donde el Tribunal Supremo declara que, de no demandar a todos aquellos sobre los que podría recaer la condena, “se daría la posibilidad de sentencias contradictorias”, la STS 15-6-94 (RJ 4821), donde, aunque no se llega a hablar de litisconsorcio, se declara la necesidad de promover una acción conjunta, no aislada, o la STS 13-6-87 (RJ 9964), en la que se apela a la posibilidad de que se produjeran sentencias contradictorias, si se está discutiendo quién es el responsable de la ruina de un edificio: los intervinientes en su construcción, o los intervinientes en la construcción del edificio colindante.

(33) Véase STS 17-3-93 (RJ 2018): “El actor puede dirigir sin ninguna cortapisa la acción basada en el art. 1591 contra las personas físicas o jurídicas a las que cree responsables. Si la sentencia declara, por el contrario, que no lo son, *sibi imputet*, por lo que tendrá que demandar de nuevo a otras, pero sin que la sentencia obviamente pueda realizar pronunciamientos de condena ni declaración de culpabilidad respecto de los que no han sido oídos en el proceso; en otras palabras, se ha de limitar a constatar la falta de culpabilidad en los demandados”; a lo que añade la STS 4-42-93 (RJ 9832) que la sentencia que entonces recaiga no prejuzga la culpabilidad de los demás intervinientes –si los hubo– a los que, el condenado podrá en su caso reclamar pues “esta repercusión de responsabilidad pertenece a las relaciones *ad intra* entre los supuestos corresponsables, que caso de haberla, no trasciende necesariamente *ad extra* frente al titular del derecho” (indemnizatorio).

(34) Por supuesto que estas sentencias “contradictorias” lo serían sólo en la mente del juez, o más bien en la de las partes, pero muy difícilmente llegaría nunca a plasmarse formalmente y de modo constatable tal contradicción, puesto que el Juez que considere que el demandado no es responsable (tal vez por haberse probado que fue una culpa ajena la que provocó el daño), normalmente se limitará a absolverlo, sin hacer declaración alguna sobre personas que no hayan sido demandadas.

Pero es quizás el tercero de los problemas enunciados el que ha llevado al Tribunal Supremo a replantear la cuestión, en la que entiendo importante sentencia de 3-11-99 (RJ 9043) (35), admitiendo incluso que con ello cambia su propia jurisprudencia (lo que no es muy corriente).

En esta sentencia el Tribunal Supremo establece que el actor debe demostrar la imposibilidad de atribución individual de la culpa a cada uno de los intervinientes, y ello no se puede hacer si no intervienen todos en el proceso. Transcribo literalmente dos párrafos del FD 4º de esta novedosa sentencia:

“Las derivaciones de la solidaridad no son correctas. Sí lo es su establecimiento; para el caso de no poder individualizarse la parte de daño ocasionado por cada interviniente. Pero es una solidaridad que nace de la sentencia, originada por razones de protección al dañado. Ello exige que hayan sido declarados en la sentencia como “responsables” varios sujetos, lo que comporta necesariamente que hayan intervenido como partes en el proceso.”.

“De la solidaridad nacida de la Sentencia no se puede deducir que ya en el momento de demandar rigen las reglas de la solidaridad, que es lo que hace la sentencia recurrida ... El actor puede traer al proceso a quien estime por conveniente, y sólo si se demuestra que en la producción del daño intervinieron además otras personas que no han sido demandadas y no se puede particularizar en el demandado un concreto daño, sino que obedece el mismo a la actuación también de los demás extraños, es cuando el litisconsorcio pasivo necesario se impondrá con todas sus consecuencias, al no estar integrada correctamente la relación jurídico-procesal sin la presencia como partes de aquellos”.

Hasta aquí la doctrina de la sentencia. Otra cosa es tener en cuenta lo poco corriente de su supuesto de hecho, ya que la sentencia de instancia había declarado expresamente que “Se trata, pues, de deficiencias constructivas ... que debieron ser apreciadas y subsanadas por orden de los arquitectos *lo que les hace responsables con el contratista soli-*

(35) Unica sentencia, que yo conozca, que ha planteado lo que a continuación se expone, a pesar de que en ella, tal vez por el *terror vacui* que suele producir una línea jurisprudencial nueva, se dice que lo que se hace se hace en consonancia con lo que ya manifestaron las sentencias de 17-3-93 (RJ 2018) y 4-42-93 (RJ 9832), citadas ambas en la nota anterior y que, como se ve, mantuvieron la doctrina de la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario. Existe un comentario de esta sentencia en CCJC N° 52, realizado por CORDERO LOBATO.

No es, sin embargo, la primera vez que el Tribunal Supremo entiende que, en el caso concreto de las responsabilidades derivadas de la construcción, sea exigible el litisconsorcio pasivo necesario. Previamente así lo había afirmado en la sentencia de 13-6-87 (RJ 9964).

dariamente al no haber posibilidad de discernir o precisar cuáles han sido las consecuencias de cada incumplimiento"; es decir: se declara (no en el fallo, pero sí en un Fundamento de Derecho) la responsabilidad solidaria de unos arquitectos que no habían sido demandados.

Siendo así las cosas, tal vez quede justificado lo que el Tribunal Supremo dice: porque no puede admitirse una tal resolución ya que, ante la acción de repetición posible por el condenado, una de dos: O no se deja a los arquitectos probar su no responsabilidad (lo que equivaldría a su condena sin haber sido oídos ni tener oportunidad de defenderse), o se les permite probar su falta de responsabilidad, lo que iría contra los efectos positivos de la cosa juzgada, ya que en una sentencia anterior se declaró su responsabilidad (36).

Pero, claro, desde otro punto de vista podría aun plantearse otro problema: si resulta que, demandado uno sólo, la sentencia no puede hacer ninguna declaración que sugiera responsabilidad de terceros, aunque exista, para evitar esa *condena* de quien no fue parte, ¿no supondría ello para el demandado una cierta indefensión por cuanto podría encontrarse con una sentencia que declarara su *exclusiva* responsabilidad, a pesar de ser el Juez consciente de que hubo intervención de terceros? Y si la sentencia genéricamente admite la responsabilidad de terceros, aunque sin indicar quiénes son (lo cual, por otra parte, sería fácilmente deducible a la vista de la prueba practicada) ¿No sería entonces posible que se produjeran sentencias contradictorias?

En definitiva: lo que esta sentencia viene a hacer es dejar claro que, en estos casos, el problema no es de aplicación del artículo 1144, sino de muy distinta naturaleza, y que, por tanto, no hay que excluir que, en algunos casos, deba demandarse a más de una persona.

Se trata, desde luego, de una sola sentencia, lo cual no permite siquiera hablar de línea jurisprudencial, y mucho menos de jurisprudencia consolidada. Si es una desviación de lo corriente, o anticipa un cambio de línea, el tiempo lo dirá (37).

(36) Si bien no deja de ser discutible el que el Tribunal Supremo venga a afirmar que la necesidad o no de litisconsorcio pasivo necesario depende de la prueba practicada en el juicio. O al menos tal afirmación parece criticable desde la concepción más extendida del *litisconsorcio pasivo necesario*; y es que, como ya dije, entiendo que el problema en estos casos, al enfocarse por la vía de la solidaridad, está mal abordado en general.

(37) Hay que hacer notar, no obstante, que, con posterioridad a esta sentencia, el Tribunal Supremo ha vuelto a manifestarse en su línea habitual. Véase la STS de 5-2-2000 (RJ 251).

2. Casos en los que una persona debe responder por los hechos de otra

Son, principalmente, alguno de los supuestos del artículo 1903 del Código Civil, además de otros establecidos expresamente en ciertas leyes.

Para no desviarme de la cuestión principal, no voy a entrar aquí en la discusión respecto de si todos los supuestos del 1903 responden o no a una misma razón de ser, ni tampoco en la debatida cuestión acerca de si, en el caso concreto de la responsabilidad por los hechos de los hijos o pupilos se exige o no una conducta *culposa* en estos. Y por ello, para evitar tal discusión, me centraré en los casos del 1903 en donde resulta de aplicación (literal) el 1904; es decir: supuestos en los que la responsabilidad por hecho ajeno tiene como presupuesto indudable el que el causante material del daño sea responsable de él ex artículo 1902 del Código Civil.

En estos casos, aunque pueda apreciarse (o presumirse) una culpa in vigilando o in eligendo en el responsable por hecho ajeno, no cabe la menor duda de que, además, presupuesto para que su obligación nazca es la existencia de una responsabilidad personal en el causante material del daño.

Pues bien, entiendo que, cuando esto ocurre, frecuentemente se confunde el hecho de que esta responsabilidad sea directa y *no subsidiaria* con lo que sería una responsabilidad *solidaria*. El que la responsabilidad sea no subsidiaria significa, simplemente, que se puede reclamar directamente del responsable por hecho ajeno, sin necesidad de previa excusión o persecución de los bienes del causante material del daño. Pero ello no quita el hecho evidente de que para la existencia de la obligación del responsable por hecho ajeno se debe previamente declarar la responsabilidad del causante material del daño; y ello no es posible hacerlo en un procedimiento en el que éste no haya sido parte.

La jurisprudencia, sin embargo, viene haciendo lo contrario (38), y

(38) Véase la jurisprudencia que recoge PARRA LUCAN sobre este punto, *Comentario a los artículos 1903 y 1904 del Código Civil*. En *Jurisprudencia Civil Comentada*. Dirigida por PASQUAU. Granada 2000. T. II, págs. 3336 y ss. y sus comentarios. Se citan, entre otras, las sentencias 16-3-71 (RJ 1379), 26-10-81 (RJ 3956), 30-12-81 (RJ 5357), 28-1-83 (RJ 393), 25-1-85 (RJ 199), etc. En su comentario PARRA dice que "aunque la consecuencia que debiera obtenerse en todo caso es que la responsabilidad del empresario y de su dependiente es solidaria, la jurisprudencia reitera la afirmación de la solidaridad a los solos efectos de impedir que prospere la exoneración del empresario"

Respecto de la crítica que hago a esta jurisprudencia, téngase en cuenta, no obstante, que en algunos de los supuestos donde se ha apreciado responsabilidad del

ello a pesar de que el propio Tribunal Supremo, a propósito del artículo 1904 ha declarado (o más bien dado a entender, y posiblemente obiter dicta) (39) que la condena al empresario conforme al artículo 1903, no prejuzga la culpa del dependiente a efectos de la posterior acción de repetición ex art. 1904 (40).

Sin embargo, sostener eso, es tanto como alterar radicalmente la naturaleza de este tipo de responsabilidad, y su regulación legal (41); porque no hay base legal para entender que el empresario sea responsable por los hechos del dependiente, si el dependiente no es responsable a su vez.

Por ello, creo que aunque en estos casos no hay propiamente una situación litisconsorcial, lo que hay se aproxima notablemente a ella. No la hay, porque es perfectamente posible demandar solamente al causante material del daño, y también es posible demandar, después, al responsable por hecho ajeno, una vez se ha establecido la responsabilidad del primero.

Pero lo que, en mi opinión, no puede hacerse, e implicaría una vulneración del principio de tutela judicial efectiva, es demandar directamente al responsable por hecho ajeno, sin traer a juicio al causante material del daño; pues para condenar al primero el Juez debe declarar que el segundo *fue responsable* (42). Y aunque no lo declare, a la vista

empresario ex art. 1903, en realidad la demanda debió encauzarse más bien por el 1902 y basarla en culpa propia de éste, y asunción del riesgo que corresponde a quien obtiene el beneficio económico de una actividad; como cuando, por ejemplo, no queda determinado quién fue el causante del daño.

(39) Así lo entiende también PARRA LUCAN, *Comentario...* cit., pág. 3345

(40) STS 9-3-57 (RJ 1157) y 24-11-80 (RJ 4211). Dice la primera de las sentencias que "No es necesario traer al dependiente al proceso, en caso como el presente, porque no le vincula esta resolución"; y añade la segunda: "La sentencia impugnada no produce extensión del efecto de cosa juzgada en contra de los no llamados, presuntos autores materiales de los daños, puesto que en su caso la pretensión que el recurrente podría ejercitar contra aquéllos se fundaría en otras relaciones jurídicas distintas de las que ha esgrimido la demanda, como sería el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los respectivos contratos de servicios o de obra con ellos concertados"

(41) Véase, en este sentido, la STS 16-3-1971 (RJ 1379), en la que el Tribunal Supremo, tras rechazar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, llega a decir que el art. 1903 impone la responsabilidad "cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir fundadamente que si hubo daño éste debe atribuirse más que al autor material al descuido o falta de vigilancia de la otra persona" ¿No es eso una alteración del régimen legal? ¿No da a entender que, en los casos del 1903, puede el empresario ser responsable, aunque no lo sea el empleado? Véase por ello la crítica que LEON ALONSO hace a esta sentencia en *La categoría de la obligación in solidum*. Sevilla 1978, págs. 120 y ss.

(42) En la línea de sentencias criticables, la muy reciente sentencia de 9-10-2000

de la regulación legal, en el sólo hecho de la condena hay una declaración *implícita*; de tal modo que si el condenado reclama posteriormente ex art. 1904 contra quien no fue demandado, una de dos:

a) O se entiende que no debe probar su culpa, lo cual es contrario al principio de tutela judicial efectiva.

b) O se entiende que sí debe probarla, en cuyo caso, si no lo consigue, habría una segunda sentencia demostrado que la condena hecha en la primera fue injustificada.

Por esta razón me parece criticable esta doctrina jurisprudencial, y dignas de elogio las pocas sentencias en las que se ha entendido lo contrario, entre las que se puede citar la STS de 29-2-80 (RJ 537), en la que el Tribunal Supremo entendió que, demandándose a un banco por la actuación de uno de sus empleados, éste también debía ser llamado a juicio (43), o la ya citada sentencia de 3-11-99 (RJ 9043) en la que, aunque el supuesto de hecho no se refería a este tipo de casos, literal-

(AC 2001/109), llega a afirmar que la responsabilidad del art. 1903.4º del Código Civil “es una responsabilidad objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la culpa in vigilando o in eligendo; lleva consigo la obligación de reparar el daño prescindiendo de la culpabilidad del autor material del mismo”. Afirmación que, además, constituye, en mi opinión, un *exceso de verbalismo* por cuanto previamente el propio Tribunal Supremo reconoce que “el caso de autos acredita un sistema de actuación y un sistema de organización que no evita el atropello y muerte de un ser humano, y éste es la imputación causal y el reproche culpabilístico que se hace a la empresa code-mandanda en la instancia y recurrida en casación”. Es decir: la referencia que se hace al artículo 1903 está fuera de lugar cuando se acaba de afirmar que la responsabilidad es por culpa propia ex art. 1902.

(43) Es esta una sentencia extremadamente importante, puesto que es de las pocas que acogen la llamada categoría de la responsabilidad *in solidum* como distinta de la solidaridad contractual. Así dice: “no se oculta que una cosa es la responsabilidad *in solidum* a la hora de alcanzar la satisfacción de la deuda dimanante de la culpa aquiliana cuando el hecho dañoso se presenta como resultado de una acción colectiva, según repetida doctrina jurisprudencial, y otra muy diferente que pueda ser postulada la aplicación del art. 1144 del Código Civil a una esfera distinta de la contractual antes de que haya recaído decisión afirmativa de la concurrencia de todos los elementos exigidos para que surja la obligación de reparar según aquellos preceptos, marginando de la controversia a pretendidos coautores a los que sin embargo alcanzará el posterior deber de reembolso en la parte correspondiente, resultando de esta suerte prácticamente condenados sin su previa audiencia y vencimiento”

Un poco antes, la sentencia, había justificado el litisconsorcio pasivo necesario afirmando que “si bien la resolución recaída en un litigio solo genera, en términos generales, efectos para las partes procesales, es innegable que por su índole y alcance puede trascender a sujetos no intervinientes en el debate si tiene que formular pronunciamientos o establecer afirmaciones de ineludible conexión con aquellos, lo que provoca como indispensable la actuación frente a todos por imperativo de los presupuestos procesales a fin de evitar que la única situación jurídica inescindible pueda ser sometida a un tratamiento separado con parciales decisiones posiblemente desacordes”

mente afirma el Tribunal Supremo que “en modo alguno se puede declarar la responsabilidad de quien no ha sido llamado al proceso, con la consiguiente acción de repetición contra él del condenado que paga por entero (art. 1145). Ello equivaldría a una condena de quien no ha sido oído, una flagrante vulneración del art. 24.1 CE), pues en la posterior controversia con el que pagó no podrá juzgarse de nuevo sobre su responsabilidad, al haber sido ya con anterioridad declarada en firme, y precisamente por imputársele responsabilidad se le condenó solidariamente. Por otra parte, al que repite con fundamento en una sentencia firme no se le puede oponer que, pese a todo, ha de demostrar él la culpa del sujeto pasivo de la acción de repetición. El principio de la eficacia de la cosa juzgada se opone frontalmente a esta posibilidad, negatoria de hecho de la solidaridad”.

Pero estas sentencias no son sino excepciones a una línea dominante que me parece errónea. Siendo curioso además que en supuestos muy parecidos, pero cuando lo que está en juego no es una obligación de indemnizar, el Tribunal Supremo no tenga inconveniente en exigir el litisconsorcio pasivo necesario (44).

¿Es posible que en estos casos no lo haga por el espejismo de que la obligación es solidaria?

En fin: esta cuestión me parece especialmente interesante, sobre todo debido a que puede plantearse en un contexto muy diferente: Las llamadas acciones directas contra las compañías aseguradoras (45).

(44) Véase en este sentido la STS de 16-3-67: A la vista de un seguro de caución, un banco admite al asegurado el descuento de unas cambiales que, finalmente, resultan fallidas. El banco demanda a la aseguradora, y ésta se niega a pagar argumentando un incumplimiento del contrato de seguro por parte del asegurado. El Tribunal Supremo entiende que no se puede discutir en el juicio tal incumplimiento, si no es parte la persona a la que se le imputa.

(45) Dejando de lado los seguros obligatorios, que, al referirse a supuestos de responsabilidad civil objetiva, presentan características distintas, la LCS, para el seguro voluntario de responsabilidad civil, concede en su art. 76 acción directa al perjudicado o sus herederos contra el asegurador “para exigirle el cumplimiento de su obligación de indemnizar”, la cual tiene como presupuesto, de acuerdo con el artículo 72 de la misma Ley, la existencia a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar. ¿Podría sostenerse entonces que la acción directa no es tan directa como parece? Sin duda que la cuestión merece un estudio detenido.