

CONSIDERACIONES EN TORNO AL LITISCONSORCIO NECESARIO Y LOS VINCULOS DE SOLIDARIDAD PASIVA

FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMENEZ
MAGISTRADO

La postura poco favorable a la aplicación del régimen jurídico de la solidaridad a las obligaciones con pluralidad de sujetos que adopta nuestro Código Civil resulta harto conocida. Con ella se sitúa el Código en una línea de tradición histórica en el tratamiento de los supuestos de concurso de varios deudores en una misma obligación que, con importantes antecedentes en el Derecho Romano clásico, alcanzó consagración legislativa en el Digesto y, especialmente, en la Novela 99.1, «si pactum fuerit speciale, unumquemque teneri in solidum», de la que se ha dicho que constituye la más clara manifestación del criterio romano restrictivo de la solidaridad y que, en opinión de ALBERTARIO, representa un típico fruto de la época bizantina, en la cual la piedad por el deudor prevalece sobre los objetivos extrínsecos del crédito y del comercio. La referida postura se refleja en el artículo 1.137 del Código; precepto que dispone literalmente que «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria».

El Código, por tanto, adscribe nuestro ordenamiento civil al grupo de los que establecen la mancomunidad, sea en la forma de parciariedad, sea en la de mancomunidad propiamente dicha, como régimen general u ordinario de las obligaciones en las que aparece una pluralidad de titulares pasivos —única faceta de las obligaciones plurales a que aquí se va hacer referencia— y arrincona la solidaridad al campo de la excepción. Esta circunstancia suele designarse

habitualmente, aludiendo a la vigencia de un «principio de no presunción de solidaridad». Frase acuñada por HERNÁNDEZ-GIL y que ha hecho fortuna, a pesar de que, como señala CRISTÓBAL MONTES, es doblemente incorrecta: de un lado porque incurre en el error dogmático que supone caracterizar jurídicamente una situación por su faceta negativa y no bajo su aspecto positivo; de otro, porque deforma la voluntad legal, dado que —dice este último autor— «por más que desde el ángulo lógico no puede haber duda de que, cuando el legislador establece la presunción de mancomunidad, al mismo tiempo está excluyendo la presunción de solidaridad, ya que no puede querer a la vez dos cosas contrapuestas y excluyentes, lo que no cabe es configurar ese estado de cosas como una situación de no presunción, porque no hay duda alguna de que la ley pretende establecer una genuina presunción».

A estas palabras de CRISTÓBAL MONTES, cabe añadir todavía, ahondando algo más, que aquella fórmula invertida no sirve para reflejar con fidelidad y en toda su dimensión la realidad del criterio normativo vigente, pues resulta incompleta y, por ello, equívoca. Y es que, bien mirado, frente a la afirmada inexistencia de presunción de solidaridad pueden darse uno u otro de los dos extremos de la siguiente alternativa: o que haya una presunción favorable a la mancomunidad, o que, simplemente, la ley haya prescindido de acudir a la técnica de la presunción, de manera que en cada caso deban los interesados probar cuál sea el régimen jurídico aplicable a sus relaciones concretas, de conformidad con las normas rectoras de la distribución de la carga de la prueba en el proceso. El interés de la cuestión, por otra parte, supera el mero prurito intelectual de hallar una expresión que describa sintéticamente y con exactitud una determinada realidad jurídica y puede revestir cierta trascendencia práctica. Pues, si se toma como punto de partida la premisa, tanto de inexistencia de presunción de solidaridad, como, incluso, de presunción de no solidaridad, se deja abierta la vía para argumentar que la ley excluye la solidaridad, ciertamente; pero que no se pronuncia en la disyuntiva entre la mancomunidad y otra categoría de obligaciones que se pretende autónoma y distinta de las solidarias: las obligaciones «in solidum».

La inclinación en pro de la mancomunidad se ha justificado históricamente, según explica DIEZ PICAZO, con el principio «favor debitoris» y con la idea de que quien consiente en obligarse, procura conservar el mayor ámbito posible de libertad, obligándose a lo menos. Hoy día, sin embargo, es objeto de críticas unánimes. Así, por ejemplo, asevera HERNÁNDEZ-GIL que el principio de no presunción de la solidaridad no goza de muy sólida consistencia, ni en orden histórico, ni en el económico, ni en el Derecho comparado, sin que, por otra parte, se trate de un postulado propiamente de Derecho natural que haya de mantenerse; terminando el referido autor por afirmar que «es muy clara y general la tendencia hacia su limitación y hasta su eliminación». Y enumera SOTO NIETO, como razones que abonan la instauración del prin-

cipio general de la solidaridad, las marcadas tendencias socializadoras del Derecho, la progresiva mercantilización y publicación del Derecho Civil, las exigencias de un tráfico jurídico cada vez más complejo e intenso y la instrumentación de una economía de grupo, alejada de viejos cánones individualistas. En fin, la más contundente demostración de que la mancomunidad no constituye mecanismo idóneo para afrontar la variada problemática que suscitan los modos de convivencia actuales, la suministra el elocuente dato de que los Códigos más perfeccionados y recientes, como son el suizo de las obligaciones, el alemán, el italiano de 1942, el austriaco y el portugués, rompen con la regla tradicional de la mancomunidad y la sustituyen por el principio de la vinculación solidaria entre los codeudores, a no ser que de la ley o del título resulte otra cosa, conforme precisa el artículo 1294 del Código italiano.

Nada de particular tiene, pues, que también en nuestro país se considere indispensable ampliar el radio de acción efectivo del régimen de la solidaridad pasiva. Un primer avance en tal dirección lo supuso la significación que se asigna al empleo del adverbio modal «expresamente», que utiliza el artículo 1137 del Código Civil. Autor hubo, como MUCIUS SCAEVOLA, que, con base en el mismo, entendió que el establecimiento de la solidaridad requería, con carácter inexcusable, el uso de la palabra «solidaridad» u otros equivalentes. Pero esta interpretación fue pronto desechada y hoy estima la doctrina con virtual unanimidad que la ley no exige que la solidaridad se instituya mediante una cláusula explícita, sino sólo que haya sido querida realmente por los interesados, sea cual fuere la forma en que su común intención se manifieste. Se trata, por tanto, de una cuestión a resolver mediante la aplicación de las reglas sobre hermenéutica de las declaraciones de voluntad negociales que dicta el Código, las cuales serán las que permitan averiguar, en cada situación concreta, el verdadero contenido del consentimiento prestado por los otorgantes, atendiendo, por lo que atañe a los contratos y entre los factores de mayor relevancia, al comportamiento de cada una de las partes que presente valor significativo.

De esta opinión participa, asimismo, la jurisprudencia; la cual ha apreciado la existencia de esa voluntad interna en supuestos —a título de ejemplos extraídos de la casuística—, de préstamo recibido por cónyuges que ofrecieron su devolución de manera conjunta (S. 26-abril-1985); de aceptación conjunta de letras libradas para el pago del precio reclamado (S. 14-abril-1986); de actuación de los deudores en forma indistinta durante el desenvolvimiento de la relación contractual (S. 20-octubre-1986); de cotitularidad de una cuenta corriente bancaria (S. 12-marzo-1987); de adquisiciones a terceros verificadas por miembros de una sociedad irregular (S. 12-mayo-1987); y, muy destacadamente, respecto de la obligación de pagar el precio correspondiente a obras o servicios encargados de manera conjunta, sin especificar distribución de la pres-

tación pecuniaria entre los comitentes y arrendatarios (Ss. 2-marzo-1981, 15-marzo-1982, 7-octubre-1982, 7-abril-1983, 7-enero-1984, 19-julio-1989).

Claro que todo ello es predicable de las obligaciones que encuentran su fuente en el negocio jurídico. Muchas más dificultades plantean, en cambio, las obligaciones que provienen directamente de la ley, toda vez que, en principio, no siempre será factible deducir la existencia de una voluntad legal instituidora de la solidaridad que no se muestre reconocible de inmediato a través de una interpretación gramatical y lógica de la propia norma.

Los casos que los Códigos Civil y de Comercio, al menos en sus versiones primitivas, sometían al régimen de la solidaridad eran pocos y, más bien, de escasa significación. La jurisprudencia, no obstante, ha ido incrementando gradualmente —pero no sin levantar polémica— ese elenco, haciendo extensiva la solidaridad a muchos supuestos, algunos de gran trascendencia por la frecuencia con que se presentan en la práctica. Un resumen de esta doctrina la efectúa la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1981. Indica esta sentencia que la regla general de mancomunidad se limita a las obligaciones nacidas de negocio jurídico, pero no cuando se trata de responsabilidades derivadas de cobro de lo indebido o de enriquecimiento injusto; o en caso de pluralidad de responsables por culpa extracontractual; en la esfera del artículo 1591 del Código Civil; en el caso de compra de géneros para un establecimiento mercantil llevado en copropiedad y en situaciones en que, si bien los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes, todos responden a una misma causa con interdependencia y comunidad de intereses. El Tribunal Supremo también declara con reiteración que existen vínculos de solidaridad pasiva entre el asegurado responsable de un daño y la compañía aseguradora con la que tienen concertado un seguro de responsabilidad civil, en cuanto atañe al cumplimiento del deber de indemnizar a la víctima (Ss. 31-mayo-1982, 28-marzo-1983, 30-mayo-1983, 30-mayo-1985, 5-julio-1989).

De todos modos, el régimen de la solidaridad pasiva, sea más amplio o más reducido el ámbito donde encuentra efectividad, comporta siempre para el acreedor una notable ventaja característica: la de que, hallándose por definición obligado cada deudor a realizar íntegramente la prestación debida, puede aquél escoger uno cualquiera de ellos para reclamarle el total pago. Es la facultad del acreedor que se conoce como «*ius electionis*»; facultad que le concede el artículo 1144 del Código Civil al disponer en su inciso primero que el acreedor puede dirigir su reclamación contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Lo cual, trasladado al proceso, se traduce en que el acreedor que persigue el cobro de su crédito, no está constreñido a enderezar su pretensión contra todos los codeudores; o, lo que es igual, que la solidaridad pasiva excluye por sistema la situación de litisconsorcio pasivo necesaria; y así lo tiene manifestado la jurisprudencia en multitud de veces.

No siempre, sin embargo. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1980 consideró que no puede postularse «la aplicación del artículo 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, 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». Este criterio, que ha sido desconocido, cuando no francamente contradicho, en numerosas sentencias posteriores y cuya generalización obligaría a apreciar situaciones litisconsorciales de índole necesario, perturbadoras para la satisfacción del derecho del demandante, en gran parte de los litigios que versan sobre responsabilidad extracontractual, ha vuelto a reaparecer, no obstante, en la sentencia de 26 de junio de 1989; la cual declara que la doctrina acerca de la solidaridad entre los varios intervinientes en la producción de un resultado dañoso, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, y que excluye el litisconsorcio pasivo necesario, presupone la necesaria individualización o conocimiento de los diversos causantes del daño en su conducta comisiva u omisiva; por lo que —concluye—, cuando esto no ocurre, hay que demandar a todos los posibles responsables, conjuntamente.

Tal discrepancia entre resoluciones jurisprudenciales, con su inevitable secuela de inseguridad jurídica, invita a indagar, no ya sólo cuál de las dos resoluciones contrapuestas es la más acertada, sino incluso, con una perspectiva de mayor alcance, si existe alguna razón jurídica que posibilite el mantenimiento de la precitada regla del artículo 1144 del Código Civil y la consiguiente ausencia de litisconsorcio pasivo necesario entre quienes aparecen ligados por vínculos de solidaridad pasiva, sin quebrantamiento del derecho que, con rango de fundamental, reconoce el artículo 24 de la Constitución a toda persona de no sufrir indefensión de clase alguna en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Pero, antes de acometer esta tarea, resulta aconsejable examinar, siquiera brevemente, los fines a que sirve la figura del litisconsorcio pasivo necesario y la valía de los fundamentos que la práctica judicial acostumbra a señalar para justificar las decisiones en que la estima aplicable: materia que está demandando de la doctrina, como pocas, un estilo serio y riguroso que clarifique conceptos y que ayude a poner coto a la desorientación y al uso desviado de dicha figura que proliferan en el cotidiano actuar forense.

El litisconsorcio pasivo, como se sabe, merece conceptuarse de necesario cuando —en palabras de MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ— «el Derecho exige al actor que dirija la demanda simultáneamente frente a dos o más personas». Nuestro ordenamiento no lo regula, a diferencia de otros extranjeros, como el alemán, el austriaco, el francés de 1975 y el italiano, y, por ello, su configura-

ción jurídica es obra de la jurisprudencia. Circunstancia que ha contribuido, en no pequeña medida, a difuminar los verdaderos perfiles de la institución y a entorpecer la delimitación de las ocasiones en que concurre, propiciando un alarmante abuso de su empleo —que se ve favorecido por su cualidad de presupuesto controlable de oficio—, del cual, muy probablemente, ningún órgano jurisdiccional español del orden civil ha conseguido librarse siempre.

Mínimos problemas plantean, como es natural, los casos en que son las mismas leyes las que crean el litisconsorcio pasivo. Sin pretensión ninguna de ofrecer una relación exhaustiva, tal sucede con el artículo 1139 del Código Civil, en materia de obligaciones mancomunadas con prestación indivisible; el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que obliga al arrendador a demandar conjuntamente al inquilino y al cesionario para resolver el contrato de inquilinato por causa de cesión incontestada; los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, sobre ejercicio de acciones que entrañen rectificación de inexactitudes registrales; los artículos 113 y 127.5 de la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986, en cuanto a la acción de nulidad de patentes registradas; y el artículo 1539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de interposición de tercerías. Virtualmente, pueden incluirse también dentro de este grupo los pleitos sobre partición de la herencia y —por virtud de la remisión que efectúan a las reglas de esta última los artículos 406 y 1708 del Código Civil— los que recaen sobre división de la comunidad entre partícipes y sobre distribución de los bienes sociales entre los socios, en vista de o que ordenan los artículos 1055, 1068 y 1086 y concordantes de la precitada Ley de Enjuiciamiento.

Las dificultades surgen, por el contrario, con el denominado por la doctrina «litisconsorcio pasivo necesario impropio»; esto es, aquella especie de litisconsorcio pasivo que, sin haber precepto legal que lo disponga, estima el Tribunal Supremo que debe ser respetado forzosamente. Las motivaciones a que obedece la exigencia por la jurisprudencia, en este segundo grupo de casos, de la presencia de una pluralidad de partes en el proceso son variadas. No todas, sin embargo, merecen idéntico juicio favorable.

El litisconsorcio necesario atiende, en primer lugar, a la idea, casi intuitiva, de proteger la posición jurídica de las personas no llamadas al proceso. Se funda, entonces, en la necesidad de preservar el principio de audiencia bilateral, prohibitivo de que nadie pueda ser condenado sin antes haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio —«nemo debet inaudita damnari»—, y de evitar la indefensión. Aquí estriba el fundamento más claro y sólido del litisconsorcio necesario y este es el que más repetidamente se consigna en las sentencias. Lo que quizás no se acierta a distinguir con tanta claridad en la práctica son los supuestos de hecho donde realmente es operativa esta «ratio» justificadora de una situación de litisconsorcio necesario, de los que no. Pues, si lo que se procura es precaver una eventual lesión del derecho de defensa de

los no demandados —la indefensión de las partes procesales es tema por completo diferente—, ese peligro sólo aparece, cuando los efectos jurídicos que declara existentes o inexistentes el pronunciamiento judicial, son susceptibles de imponerse, de manera coactiva e inatacable, a quienes no han litigado.

Ahora bien, estos efectos que trascienden fuera del ámbito subjetivo en el que se ha desenvuelto el proceso, no pueden ser, ante todo, los ejecutivos. En esto hay coincidencia de pareceres. CHIOVENDA y REDENTI advierten que las sentencias de condena sólo afectan al sujeto contra el que se dirigen. MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ, por su lado, indica también que, de conformidad con el apotegma «nulla executio sine titulo», no cabe hacer efectiva una sentencia en el patrimonio de quien no ha sido demandado, porque ello supondría ejecutar una responsabilidad no declarada. Y, del mismo modo, el Tribunal Supremo, en casos en que los bienes litigiosos están legítimamente en poder de terceros no demandados, basa la imposibilidad de que se proceda a su entrega al vencedor en el pleito, en el argumento de que la sentencia recaída en un proceso no puede hacerse ejecutiva respecto de personas que no han sido parte en él (Ss. 3-febrero-1987, 6-junio-1988, 23-mayo-1989).

Se ha apuntado que, excepcionalmente, puede ocurrir que, de modo fraudulento o simplemente fortuito, resulten condenadas «de facto» personas que no han tenido ocasión de litigar. Para conjurar este riesgo, sin embargo, no es menester introducir un litisconsorcio necesario. Ya que si bien nuestro Derecho —y dejando de lado el caso particular de las tercerías de dominio— no regula con carácter general un cauce para sustanciar la oposición de un tercero a que se culmine la ejecución de una sentencia, cauce procesal que únicamente prevé el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria sobre efectividad de derechos reales inscritos —artículo 137, regla 11.^a, del Reglamento—, el vacío lo ha cubierto la práctica, instrumentando esa oposición mediante simple comparecencia del tercero en la fase ejecutiva, lo cual basta, normalmente, para paralizar la ejecución de la sentencia hasta tanto se decida en la vía oportuna acerca de los derechos sobre la cosa, incompatibles con los del ejecutante, que ese tercero invoca.

La propagación, por decirlo así, del contenido del fallo más allá del estricto círculo de los litigantes es de otra índole y se verifica por otro conducto distinto del de un ensanchamiento subjetivo del proceso de ejecución. Se produce por la vía de la extensión a terceros del efecto de cosa juzgada material inherente a las sentencias que resuelven la cuestión de fondo.

La cosa juzgada material —dice GÓMEZ ORBANEJA— es efecto de las sentencias definitivas de fondo firmes y consiste en la vinculación que produce en otro proceso la parte dispositiva de la sentencia, o sea, la declaración de existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido. Vinculación que obliga a los órganos jurisdiccionales y que se proyecta en dos formas diversas, cumpliendo dos funciones diferentes: la negativa o preclusiva, tendente a im-

pedir que se falle sobre el fondo de un segundo proceso promovido sobre el mismo objeto que ya fue resuelto en firme en un proceso anterior; y la positiva o prejudicial, que opera cuando la relación jurídica objeto de la primera sentencia es sólo un elemento prejudicial o condicionante del objeto del segundo litigio, sustrayendo aquella relación del poder de conocimiento del juez del segundo proceso, a quien fuerza a tomar dicha relación como punto de partida de su pronunciamiento exactamente de la manera en que quedó definida en el anterior pleito, sin posibilidad de desconocerla, ni de discutirla, ni de contradecirla; con lo cual, entonces, la indefensión para el demandado en el posterior proceso proviene que de la sentencia dictada en su contra se apoya en un elemento prefijado en proceso precedente, en el que no fue parte, y que ahora tiene vedado rebatir. Es obvio, por lo demás, que si el objeto del segundo proceso consiste en una acción de condena, la cosa juzgada material únicamente perjudica al tercero en su faceta positiva, ya que la negativa le beneficia en la medida en que, al excluir todo ulterior litigio, imposibilita al acreedor de proveerse del título judicial de ejecución indispensable para hacer efectivo su derecho a cargo de ese tercero.

En una primera aproximación cabría concluir, por consiguiente, que el principio de audiencia bilateral puede padecer, dando lugar, en tal caso, a una situación de litisconsorcio pasivo necesario, en los supuestos en que el efecto de cosa juzgada se extiende a personas distintas de las partes litigantes. Esto acaece en nuestro Derecho, a tenor de lo que preceptúa el artículo 1252 del Código Civil, respecto de las cuestiones relativas al estado civil de las personas y a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias y respecto de los causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas. El tema, no obstante, requiere todavía algunas delimitaciones.

En lo que atañe a los causahabientes, la sucesión traslativa, sea universal o singular, no engendra problemas de litisconsorcio necesario. La determinación de las personas contra las cuales el actor ha de formular forzosamente su demanda sólo puede realizarse, como es natural, contemplando la situación que se daba al tiempo de iniciarse el proceso; y llano resulta que no cabrá hablar de existencia de causahabientes ni de preterición de litisconsortes, sí, para entonces, la transmisión aún no se había producido. Y si, en cambio, la transmisión ya se había verificado antes de constituirse la litispendencia, lo que sucede es que el adquirente no se ve afectado por la cosa juzgada dimanante del litigio entablado entre su causante y un tercero. El motivo de ello radica, según explica SERRA DOMÍNGUEZ, en que, al haberse tramitado el primer proceso entre personas que no eran, respecto del adquirente, los legítimos contradictores, el adquirente no puede considerarse, respecto de dicho proceso, causahabiente de su causante.

La sucesión constitutiva, por su parte —aquella en que el adquirente recibe, no el mismo derecho que tenía el transmitente, sino otro de contenido más reducido y basado en él—, tampoco debe mover a apreciar un litisconsorcio de carácter necesario; por cuanto que el derecho del adquirente, en tanto que su subsistencia propia depende de la subsistencia del otro, al cual está subordinado, se halla institucionalmente sometido a sufrir las vicisitudes que experimente el derecho-matriz que le presta sustento; sin perjuicio, claro está, de la facultad que asiste al adquirente de personarse en calidad de litisconsorte voluntario para coadyuvar con su causante en el proceso que contra éste sigue un tercero. Ha declarado en este sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de febrero de 1979, que el principio de contradicción procesal no significa que el subarrendatario tenga que ser oído en litigio sobre extinción del arrendamiento, pues, aunque la sentencia firme de desalojo decretada contra el arrendatario impone en su ejecución el lanzamiento de todo el que se halle en posesión material de la cosa arrendada por título que dimane del primitivo contrato, los derechos derivativos no han de tener contenido de mayor extensión que el correspondiente al derecho originario. Doctrina que, en sus líneas generales, ha sido ratificada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1988, pero introduciendo la importante salvedad de exigir la presencia del titular derivativo, cuando su situación jurídica misma es objeto de discusión en el proceso; lo que lleva a dicho Tribunal a prescribir que, en los procesos arrendaticios, si el motivo de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio es la discusión sobre el carácter consentido o no del subarriendo o cesión del local, el subarrendatario ha de ser necesariamente oído.

Otro caso de extensión de la cosa juzgada material a quienes no han sido partes, es el de legitimación por sustitución, aunque el artículo 1252 del Código Civil no lo mencione. Estima así la doctrina científica que también afecta directamente al sustituido la cosa juzgada inherente a la sentencia que ponga término al pleito promovido por su sustituto procesal. Ello no obstante, la peculiar naturaleza del fenómeno, en el cual el ordenamiento jurídico atribuye al sustituto el poder especial de actuar en el proceso, en nombre e interés propios, un derecho ajeno, elimina la necesidad de tener que demandar al sustituido, bien que, si éste lo desea, pueda intervenir en el litigio con carácter puramente voluntario.

Alguna particularidad revisten, igualmente, las sentencias que deciden acerca de cuestiones relativas al estado civil de las personas. Con arreglo a la opinión de la mayoría de los autores (GOMEZ ORBANEJA, DE LA OLIVA, PRIETO CASTRO, etc.), que se apoya en el texto literal del artículo 1.252, párrafo 2.º, del Código, a tenor del cual en estas cuestiones «la cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado», tales sentencias poseen fuerza de cosa juzgada «erga omnes». Más de ahí no cabe inferir, empero, que

la preservación del principio de audiencia exija demandar a todos; cosa, por lo demás, absolutamente irrealizable. En estos procesos de estado, y como indica GOMEZ ORBANEJA, el interés público queda protegido merced a la imperativa intervención del Ministerio Fiscal —prescrita hoy por el apartado sexto del artículo 3.º de su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley de 30 de diciembre de 1981— y a la limitación de la disposición de las partes en la fijación de los hechos. Llama, por ello, la atención la incoherencia sistemática en que incurre la Disposición Adicional Octava de la Ley de 7 de julio de 1981, reguladora de los procedimientos a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio matrimoniales, al restringir la presencia del Ministerio Fiscal a los solos procesos en que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes; lo cual parece responder a una concepción privatista del matrimonio por parte del moderno legislador, en la que prevalece la consideración de la institución como un asunto de estricta índole particular entre los esposos, por sobre la de tratarse de materia de trascendencia social regida por normas de orden público.

Pero si los procesos sobre cuestiones de estado no requieren la participación de cualquiera, sí reclaman, por necesidad, que intervengan en ellos cuantas personas estén legitimadas por ser titulares de la relación jurídica debatida. La razón estriba en que en estos procesos se ejercitan —por lo general— acciones y, correlativamente, se dictan sentencias de naturaleza constitutiva y es condición «sine qua non» para que dichas resoluciones originen efectos de cosa juzgada «erga omnes» que el proceso se haya sustanciado entre las partes legítimas.

A las cuestiones sobre estado civil de las personas se asimilan, por especial deseo de la ley, las concernientes a la validez o nulidad de disposiciones testamentarias. También en estos pleitos, por consiguiente, será preciso convocar a todos quienes ostentan interés directo en defender o combatir la validez y eficacia del testamento, al ser determinante el mantenimiento de dicho negocio jurídico de la adquisición o pérdida de algún derecho propio. Y, por cierto, que en el número de estos interesados la jurisprudencia no comprende al Notario autorizante del testamento abierto que se impugna por falta de solemnidades esenciales, conforme señala la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1979.

Conviene reseñar, no obstante, que hay algún autor, como SERRA DOMINGUEZ, que discrepa del parecer mayoritario en la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1.252 del Código. Partiendo SERRA de la presunción de que los terceros que no participen en la relación familiar o no reciban o no puedan recibir bienes de la herencia, carecen de legitimación para entablar el proceso y aún de interés en formularlo, entiende que el mencionado precepto no regula una extensión de los efectos de la cosa juzgada, sino que simplemente obliga a los terceros a reconocer la situación jurídica declarada en la sen-

tencia como «res iudicata inter partes». Únicamente respecto de las personas legitimadas para ejercitar y soportar la acción se extenderían los efectos de cosa juzgada de la sentencia.

Los vínculos de solidaridad, por último, son incompatibles con el litisconsorcio pasivo necesario, en aplicación del artículo 1.114 del Código Civil.

Así pues y de conformidad con cuanto acaba de exponerse, cabe afirmar que el principio constitucional de audiencia funda en rigor una situación de litisconsorcio necesario en los supuestos en que los efectos de cosa juzgada material de la sentencia pueden trascender a personas no llamadas al proceso, dentro de los términos indicados. En los restantes, una observancia cuidadosa de la regla general, sentada por el artículo 1.252, párrafo 1.º, del Código, que ciñe la eficacia de la cosa juzgada, desde el punto de vista subjetivo, a las personas de los litigantes y siempre que, además, conserven la misma cualidad con que lo fueron, es suficiente para proteger a quienes no han sido parte del peligro de ser condenados sin antes haber sido oídos y vencidos en juicio.

Existe otro fundamento del litisconsorcio pasivo necesario que se superpone parcialmente al de salvaguarda del principio de audiencia: la inescindibilidad jurídica de la relación sustantiva traída al proceso. Este motivo justificador de que haya de demandarse a una pluralidad de personas se manifiesta cuando dicha relación sustantiva es de tal naturaleza que resulta de todo punto inadmisibles que pueda recibir respuestas judiciales dispares. Pero esto ocurre, únicamente, con el ejercicio de acciones constitutivas, es decir, «aquéllas —en definición de GOMEZ ORBANEJA— por medio de las cuales se hace valer un derecho del demandante al cambio jurídico (creación, modificación o extinción de una relación jurídica) tal, que sólo sea susceptible de ejercicio judicial». En consecuencia, —continúa diciendo el mismo autor— la sentencia estimatoria, «al declarar el derecho, produce el cambio, que, sin ella, pese al derecho, no podría producirse y, por tanto, incide en la relación jurídica material».

La sentencia que acoge la acción constitutiva, pues, conforma, por su propia virtud y directamente, una nueva realidad jurídica material. De consiguiente, la eficacia peculiar de que están dotadas las resoluciones judiciales pertenecientes a esta categoría, convierte en imposible la coexistencia de dos sentencias de signo contrapuesto sobre el mismo objeto. Ontológicamente una cosa no puede ser y no ser a la vez. Un mismo vínculo matrimonial no cabe que esté disuelto por causa de divorcio para uno solo de los esposos, mas no para el otro. Justamente por esta circunstancia, y como antes se adelantó, la producción del efecto de cosa juzgada de estas sentencias —que es efecto distinto y más amplio que el efecto constitutivo, propio de las sentencias estimatorias exclusivamente— se halla condicionado a la convocatoria al proceso de todas las partes legítimas.

No sucede igual con las sentencias meramente declarativas y con las de condena. Y ello porque, según la teoría procesalista, dominante entre las que intentan explicar la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, las sentencias firmes de fondo —excepción hecha de las constitutivas— no modifican ni afectan la realidad jurídica material sobre la que se pronuncian, limitándose a crear —como dice DE LA OLIVA— una necesidad de vinculación de otros Tribunales que, posteriormente, pudieran encontrarse en relación con la materia del primer proceso en el que recayó la sentencia. De este sometimiento de ulteriores jueces a lo fallado en el primer litigio deriva, a su vez, la indiscutibilidad de la sentencia para las partes y demás personas a quienes alcanza el efecto de cosa juzgada. Luego, si estas sentencias no tocan para nada la realidad material, que continúa siendo lo que era, y circunscriben sus efectos vinculantes a sólo las personas comprendidas dentro del ámbito subjetivo al que se extiende la cosa juzgada, no existen razones de estricta lógica jurídica impositivas de que una misma situación sea contemplada de manera diferente por varias sentencias, con tal de que, —se insiste— provengan de procesos entre los que no juegue la cosa juzgada.

Esto se ve claro respecto de las sentencias de condena, por cuanto que son sentencias que dan vida a un título de ejecución subjetivamente individualizado. Si el condenado a restituir un bien a consecuencia del triunfo de una acción reivindicatoria no puede devolverlo por hallarse el mismo en poder de otro poseedor contra el cual no se ha formulado la demanda o que ha sido absuelto en otro proceso, no se origina un problema de inescindibilidad jurídica, sino un problema que concierne a la eficacia de la sentencia: lo cual es muy diferente. En tal sentido, afirma SERRA que la propia índole de la sentencia de condena y su obligada proyección intersubjetiva impide que puedan producirse hipótesis de litisconsorcio necesario.

La cuestión es más discutida en lo que atañe a los pronunciamientos meramente declarativos. Estos pronunciamientos responden a la pretensión del actor de obtener certeza y seguridad acerca de la existencia o inexistencia de una relación jurídica que se presenta dudosa o controvertida frente a determinadas personas; finalidad práctica para cuya satisfacción basta con que se produzca el efecto de cosa juzgada material, en la medida en que éste veda, de por sí, todo debate ulterior entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, aún cuando no resulta infrecuente que este tipo de pronunciamientos se postule como base para el ejercicio de pretensiones de condena. Pues bien, se ha sostenido en orden a demostrar la necesidad del litisconsorcio en estos casos, que esa finalidad de certeza no se logra, si los interesados pueden desconocer la declaración judicial. Lo cual es verdad, indudablemente, en aquellos supuestos en que la declaración se ha solicitado frente a algunos, no todos, los implicados en la relación litigiosa, dado que a los ausentes del proceso no les vinculará la cosa juzgada. Pero el problema torna a ser, entonces, de eficacia

de la sentencia e, inclusive, de peligro de contrariedad entre resoluciones judiciales, mas no de que la lógica del Derecho inadmita cualquier decisión que no sea unitaria. Puede resultar chocante, pero no hay obstáculo insalvable en que quien ha impugnado con éxito la validez de un contrato por causa de simulación ante sólo algunas de las partes contratantes, haya de soportar que las demás le reclamen y, acaso, consigan judicialmente, que tenga que cumplir las obligaciones a su cargo provenientes del mismo contrato. Por otro lado, y sobre todo en el campo de los derechos absolutos, no siempre será dable conocer anticipadamente y en un determinado momento, contra cuantas personas habrá el actor de deducir su pretensión declarativa para alcanzar protección completa y definitiva de su interés. El riesgo de que aparezca un nuevo contradictor no es descartable en aquel campo y, con él, hay que aceptar la posibilidad de sentencias opuestas. Nadie pone en duda que la acción declarativa de dominio ganada frente a uno, no es óbice a la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional posterior que reconozca que ese mismo derecho pertenece a un tercero que no fue parte en el primer proceso.

Por lo tanto, en propiedad, únicamente las sentencias constitutivas deberían dar lugar a situaciones liticonsorciales de carácter necesario. Opinión que cuenta con valedores del prestigio de CHIOVENDA Y GOLDSCHMIDT a quienes cita DAVILA MILLAN; el primero de los cuales afirma que una sentencia declarativa de obligaciones es jurídicamente posible frente a un solo de los varios partícipes en una relación, porque la obligación es por su naturaleza individualizable por la persona del obligado y, como tal, es susceptible de una declaración judicial individual.

Nuestro Tribunal Supremo, no obstante, viene apreciando la existencia de litisconsorcio necesario en supuestos no justificables con base en los dos fundamentos comentados: la defensa del principio de audiencia y la inescindibilidad jurídica del objeto litigioso. Y considera, así, que hay necesidad de litisconsorcio en las acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos sin parar mientes en la índole de su contenido obligacional (SS, 23-enero-1986, 22-octubre-1988); cuando se pretende la nulidad de un acto o contrato en el que han intervenido varias personas (SS. 29-mayo-1981, 9-marzo-1985, 22-junio-1987, 26-octubre-1988); en las demandas concernientes a derechos de titularidad múltiple (SS. 12-marzo-1977, 22-diciembre-1978); en la reclamación del cumplimiento de obligaciones contraídas por representante con facultades representativas dudosas (S. 3-diciembre-1984); en casos de doble venta (S. 15-abril-1982); para el retracto de finca que ha sido retransmitida (SS. 22-abril-1953, 24-mayo-1986); en supuestos de coaseguro (S. 18-diciembre-1986); en acciones declarativas de servidumbres de luces y vistas (S. 24-julio-1989) y en muchos otros casos. Casos para los cuales la jurisprudencia se ha visto obligada a buscar otros fundamentos en que apoyar su exigencia del

litisconsorcio; fundamentos que ya no parecen ni tan seguros ni convincentes como los son aquéllos.

En primer término, hay numerosas sentencias, incluso recientes (SS. 11-febrero-1985, 10-diciembre-1986, 22-junio-1987, 22-octubre-1988, 24-julio-1989, etc.) que conectan el litisconsorcio con la necesidad de proteger «el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada». Sorprende que se continúe utilizando este argumento —cuya pervivencia quizás obedezca sólo a una repetición mecánica de frases extraídas de sentencias más antiguas—, por cuanto que, si en algo coincide la doctrina procesalista actual, es en rechazar que la cosa juzgada tenga nada que ver con una presunción legal de verdad. Ni la sentencia es un auténtico silogismo lógico, ni su parte dispositiva se impone porque la valoración probatoria y los razonamientos jurídicos sean más o menos acertados, sino porque es una declaración de voluntad que, con la firmeza, deviene inatacable por mandato expreso de la ley. Y, desde luego, la ficción de verdad no se compadece con la limitación subjetiva de los efectos de la cosa juzgada.

Muy frecuentemente, el Supremo liga el litisconsorcio con la finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia. Ha hablado de esta suerte, de «evitar sentencias de imposible ejecución» (S. 8-noviembre-1983); de asegurar «la consecución de los efectos pretendidos en el proceso» (S. 11-febrero-1985); de «evitar resoluciones carentes de eficacia frente a quien, debiendo haber sido demandado, no lo ha sido, o de imposible ejecución por afectar a personas no oídas y vencidas en juicio» (S. 31-octubre-1985); de impedir «sentencias incompletas» (S. 25-septiembre-1987) y frases parecidas.

Este argumento, a poco que se analice, tiene que ocasionar extrañeza, toda vez que, a sus resultas, el litisconsorcio necesario, de ser una institución inicialmente concebida en función de la defensa de la posición jurídica de los no litigantes, pasa ahora a convertirse en un instrumento de amparo de los intereses del actor; con olvido de que el proceso se articula sobre un sistema de cargas y que incumbe al demandante pechar con la de crear cuantas condiciones sean precisas para que su pretensión obtenga el fin que persigue. Y, siendo ello así, no se comprende por qué motivo ha de prestarse trato más desfavorable y duro al actor que pierde el pleito, de manera irremediable, con sentencia de fondo, a causa de haber incumplido las cargas de alegar y probar los hechos constitutivos de su pretensión —lo cual a veces sucede por la interferencia de circunstancias ajenas a su voluntad—, que a quien deja de demandar a todos los posibles litisconsortes pasivos; demandante al que, inmerecidamente, se le concede la oportunidad de reproducir su pretensión, enmendando equivocaciones.

Por otro lado, el ordenamiento procesal no desconoce el fenómeno de las sentencias de fondo ineficaces, como lo son las recaídas en pleitos tramitados entre partes no legítimas. Además, la sentencia ineficaz es menos escandalosa

que la injusta o la errónea y, bien mirado, no tan inútil como aparenta. Por de pronto posee la virtud actual de zanjar definitivamente la controversia entre los litigantes, dejando determinada de manera inalterable la relación que les une. Puede, también, estimular la satisfacción extraprocesal del derecho del demandante, ejerciendo influjo persuasivo sobre los ausentes del proceso. Y puede, especialmente, ser completada mediante nueva sentencia obtenida en litigio promovido después contra quienes no fueron llamados al primer pleito. En suma, no anda descaminado SATTÁ, cuando piensa que deducir la necesidad del litisconsorcio de la inutilidad de la sentencia es imposible, porque de la utilidad de la sentencia no puede ser juez más que la parte. Criterio que acepta la novedosa sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1989, la cual razona que el actor es libre de traer al proceso a quien entienda que niega, desconoce, contraría sus derechos o incumple sus deberes, y si una vez dictada la sentencia no pudiera ser ejecutable por exigir actuaciones dentro de la esfera patrimonial de personas no vocadas al proceso y que no las consientan, la sentencia podrá devenir inútil, pero es común sentir de la doctrina procesal que la inutilidad de una sentencia no es fundamento del litisconsorcio pasivo necesario, ni se corrige exigiéndolo en el proceso.

Todavía cabe añadir sobre este punto una última observación, aunque no de menor peso que las otras. Antes de apreciar —incluso de oficio— una situación de litisconsorcio necesario en función exclusiva de la presunta ineficacia de que adolecería la sentencia, convendría meditar que se está impulsando al actor —quien verosímilmente, ya habrá procurado orientar su pretensión contra todos aquéllos a quienes reputa dotados de la aptitud y capacidad suficientes para satisfacerla en su integridad— a formular nueva demanda contra persona hasta ese momento no inquietada y cuyos intereses estaban resguardados merced a la limitación a las partes de los efectos del proceso; la cual persona, en el futuro, va a tener que soportar las perturbaciones y gastos que cualquier pleito conlleva. Con lo que, en tales hipótesis, acaba por ocurrir que la figura del litisconsorcio necesario, no ya no tutela al tercero, sino que puede que aún lo perjudique. Y no parece tampoco que sea misión de los órganos jurisdiccionales, en el orden civil contencioso, asesorar a los justiciables, ni, menos, fomentar la litigiosidad.

La jurisprudencia basa, asimismo, la necesidad del litisconsorcio pasivo en la finalidad de evitar fallos contradictorios. Este argumento complementa el de la ineficacia, dado que nadie promueve un segundo proceso, si con el primero ya alcanzó la totalidad de las consecuencias apetecidas, y hasta puede decirse que constituye otro modo de expresar la idea, puesto que sólo la contradicción es fuente de verdadera ineficacia irreparable. Pero es un argumento tan digno de censura como aquél. El Derecho no se opone a cualquier contradicción entre sentencias, toda vez que, a la larga, la labor de aplicación de las normas se reconduce a definir poderes y deberes de cada sujero individual

frente a otro sujeto individual; y lo que rige en una determinada relación —personal, real— entre unos, cabe que no rija en la de otros. La disparidad de pronunciamientos no es, por sí sola, ilícita ni repudiable, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional, fijando la doctrina de que el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución), se cumple siempre que, dentro del ámbito de la independencia de los Tribunales en su función específica, se exteriorice y razone la aplicación del Derecho que en cada caso se efectúe y que, supuesta la no sujeción al propio precedente («stare decisis»), se explicita en la decisión innovadora, o se deduzca con claridad, la razón del distinto fallo, bien porque los hechos y circunstancias no sean parejos, bien porque sea otra la realidad social del tiempo en que se apliquen las normas (artículo 3.1. del Código Civil), bien porque, en fin, se considere preciso corregir interpretaciones erróneas de las precedentes (S. 30-noviembre-1989, por todas).

En definitiva, el único espacio donde el ordenamiento jurídico no tolera resoluciones judiciales contradictorias es el de las materias ya cubiertas por la fuerza de cosa juzgada. Extender la prohibición a otros carece de justificación atendible, pues en absoluto merece tal valor el propósito de ahorrar desprestigio a los Tribunales; pobre motivación que en ocasiones se ha empleado y cuya debilidad resulta palmaria. De nuevo es el magisterio de CHIOVENDA —cuya opinión aquí comparte SERRA DOMINGUEZ— el que avisa de que para determinar la existencia del litisconsorcio no es guía segura la necesidad de evitar fallos contradictorios.

Todo lo expuesto no ignora que la ineficacia de la sentencia y la coexistencia de resoluciones contradictorias son males. Lo son, sin género de duda. Pero sí pretende resaltar que la utilización del litisconsorcio necesario a título de remedio para prevenirlas, tergiversa el significado originario de la institución, en la medida en que ya no protege los intereses de terceros y sirve, a lo más, para liberar al demandante de las consecuencias nocivas que normalmente acarrea el incumplimiento de una carga al gravado con ella y que, de otra suerte, habría de sobrellevar. Por otra parte, esta deficiente comprensión de la figura facilita que, en la práctica forense, se esté produciendo un auténtico abuso de la excepción litisconsorcial, la cual se aduce, no para defender derechos del ausente, sino con la única intención de aplazar de manera indefinida la sentencia sobre el fondo; lo que autoriza a preguntarse si la generalización del empleo de la figura más allá del conjunto de casos en que encuentra justificación jurídica estricta, no ocasiona daños más graves que los que procura eludir. Daños que acrecienta la circunstancia de que la infracción del litisconsorcio necesario ha de apreciarse en trámite de sentencia definitiva, salvo, acaso, en el juicio de menor cuantía siempre que se haga uso de la comparecencia previa regulada en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento para tal objeto; de donde se sigue, entonces, que toda la actividad procesal de los

litigantes y del aparato público de la Administración de Justicia se habrá desperdiciado —ésta sí— inútilmente. Probablemente por ello, el Tribunal Supremo ha ido mitigando las consecuencias severas a que conduce la aplicación de su propia doctrina y declara que no es menester demandar a quien, extra-procesalmente, tiene manifestada su voluntad en el sentido que se postula en la demanda (SS. 16-octubre-1978, 26-febrero-1981); manifestación que, por cierto, ni garantiza la ejecución de la sentencia, ni suprime de plano la eventualidad de un segundo litigio; que tampoco hay que demandar a los terceros a quienes los efectos de la cosa juzgada sólo alcanzan con carácter reflejo (SS. 16-diciembre-1986, 22-abril 1987, 9-marzo y 4-octubre-1989); y que la falta de litisconsorcio se subsana con la acumulación de autos (S. 24-mayo-1986) o si el ausente se incorpora al proceso, inclusive en fase de apelación (S. 25-marzo-1988).

En último extremo y mientras la doctrina jurisprudencial continúe afrontando el problema de la pluralidad de partes en el proceso desde los parámetros de eficacia y no contrariedad entre sentencias, quizás no resultara impertinente proponer que la valoración de la cuestión se reserve para el estudio final de la motivación de la sentencia; o, expresado de otro modo, que se aprecie la falta o no de litisconsorcio necesario en los supuestos en que no son razones de técnica jurídica estricta las que lo imponen, «secundum eventum litis». Pues absolver en la instancia —máxime si se procede de oficio—, cuando la decisión iba a ser desestimatoria en el fondo de las pretensiones del actor, a la par que confiere a éste ocasión de corregir sus yerros procesales —y no sólo en lo referente a las personas que deben ser demandadas, también en otros aspectos de alegaciones y de pruebas—, lesiona un derecho del demandado al que la Constitución alude: el derecho a la seguridad jurídica, que conlleva el de no ser molestado en el futuro con el replanteamiento del mismo conflicto.

Centrando de nuevo la atención en el tema de la solidaridad pasiva, parece claro, en rigurosa aplicación de los criterios que acaban de apuntarse, que el respecto al principio de audiencia bilateral, hoy consagrado por la Constitución en su artículo 24, debería llevar aparejado la consecuencia de tenerse que convocar al proceso donde se ventilan responsabilidades, contractuales o extracontractuales, de naturaleza solidaria, a todos los codeudores, puesto que a todos abarca el efecto de cosa juzgada material, de conformidad con el artículo 1.252, párrafo 3.º, del Código Civil. Y, sin embargo, como ya se ha dicho, es el propio Código el que suprime la necesidad del litisconsorcio, al establecer en su artículo 1.144 que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores o contra todos ellos simultáneamente; añadiendo el párrafo 2.º del artículo 1.141 que las acciones ejercitadas contra uno de los deudores solidarios perjudican a todos. La cuestión que plantean estos preceptos, es la de si existe posibilidad de armonizarlos con la exigencia constitucional de que

nadie sufra indefensión. La búsqueda de la respuesta a este problema debe comenzar por la averiguación de la manera y medida en que la sentencia ganada por el acreedor frente a uno de los deudores llega a afectar a los demás.

Ante todo y como se ha adelantado, esa sentencia carece de virtualidad ejecutiva frente al deudor contra el que no se pronunció la condena. Cualquier título de ejecución contrae el despliegue de su fuerza coactiva a la persona o personas que designa como obligadas a realizar la prestación debida. Entenderlo de otro modo —escribe MIGUEL ANGEL FERNANDEZ— supondría la más flagrante violación del principio de audiencia, entraría en colisión con las normas que regulan el despacho de ejecución y abriría una ancha brecha al fraude.

Por lo que atañe a la cosa juzgada material, la sentencia estimatoria de la demanda no produce el efecto negativo y no hace inviables los procesos ulteriores que el acreedor pueda promover contra los demás deudores hasta obtener el cobro total de su crédito. Si así no fuera, se imposibilitaría el ejercicio del «ius variandi» que el artículo 1.144 del Código Civil, inciso último, atribuye al acreedor, cuando establece que las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra las demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. Pero si la cosa juzgada no excluye procesos sucesivos, sí debe operar, en cambio, la litispendencia. Hasta tanto el primer proceso no haya concluido en firme, el acreedor tiene vedado demandar a otros codeudores, dado que la tramitación paralela de tales litigios genera el riesgo de que se pronuncien sentencias contrarias que entre sí producirían efecto de cosa juzgada. Por razones de otro género, GARCIA GOYENA ya había advertido que era exorbitante que el acreedor, antes de feneceer el juicio iniciado contra uno de los deudores por el todo, pudiera entablar la misma demanda contra los restantes. PUIG y FERRIOL también entiende que el principio de la buena fé y la prohibición del abuso de derecho deben suponer un serio límite al ejercicio del «ius variandi». Aún más lejos va MIGUEL ANGEL FERNANDEZ, para quien son presupuestos de actuación de la referida facultad, no sólo que la deuda no haya resultado cobrada, si que también que el demandado sea insolvente, lo cual sólo puede determinarse mediante el agotamiento de la ejecución forzosa con resultado infructuoso. Lo cierto, en cualquier caso, es que el Tribunal Supremo ha reconocido en su sentencia de 2 de mayo de 1983 que existe litispendencia entre procesos incoados contra obligados solidariamente.

La sentencia desestimatoria de la demanda, a la inversa, sí posee eficacia excluyente de posteriores procesos, siempre que la absolución se funde en circunstancias comunes a todos los codeudores. Mas si se basa en circunstancias personales del demandado, el acreedor conserva todavía la posibilidad de dirigirse contra otros, conforme se detallará después.

El efecto de cosa juzgada material de la sentencia que admite la pretensión del acreedor es, por lo tanto, el prejudicial o positivo. Ello quiere decir que dicha sentencia penetra en los eventuales procesos ulteriores que se susciten entre los sujetos involucrados en la situación jurídica donde median los vínculos de solidaridad pasiva, prefigurando de manera inmutable alguno o algunos de los elementos determinantes del fallo que les ponga fin.

Estos procesos pueden desenvolverse en dos líneas distintas. De un lado están los que el acreedor promueva, al amparo del inciso final del artículo 1.144 del Código Civil, contra otros o los demás deudores solidarios a fin de obtener la completa satisfacción de su crédito, que no logró mediante el pleito precedente. Y del otro, los que el deudor que pagó entable para reclamar de los demás codeudores que le reintegren «la parte de deuda que a cada uno corresponde, con los intereses del anticipo», según reza el artículo 1.145, párrafo 2.º, del Código; procesos estos últimos que pueden ser uno o varios, por cuanto que el deudor reclamante no está obligado a demandar a todos los demás conjuntamente, ya que, en la relación interna, cuando no está comprometido el interés del acreedor, la deuda recibe un tratamiento parciario, lo cual atrae la aplicación del artículo 1.138 del mismo código.

Hay que tener presente, no obstante, que la distribución interna de la responsabilidad entre los deudores no es consustancial al régimen jurídico de la solidaridad pasiva. Puede darse o no, en función de las relaciones subyacentes que enlacen a los obligados solidarios. Así, por ejemplo, el dependiente que indemniza el daño causado por él mismo carece de derecho a repetir contra su principal. El asegurador que paga tampoco puede solicitar del asegurado la devolución de la cantidad entregada a la víctima, a no ser que, excepcionalmente, hubiera estado impedido de negarse al abono, aun sin hallarse en definitiva obligado a efectuarlo, merced al mecanismo de la inoponibilidad de excepciones con que el artículo 76 de la Ley de Seguro robustece el ejercicio de la acción directa que pone a disposición del perjudicado a causa de un acto comprendido dentro de la cobertura del seguro de responsabilidad civil. El fiador solidario, en cambio, tiene derecho a recuperar del deudor principal la cantidad que satisfizo por éste; pero en su integridad, sin que se verifique división de la deuda entre ellos.

Por lo demás, en los casos en que las relaciones subyacentes prevean el reparto interno de la responsabilidad global, el deudor que pagó al acreedor más cantidad de la que por razón de su cuota le correspondía, cuenta, para recobrar el exceso y a fin de que los restantes codeudores no se enriquezcan indebidamente, con dos acciones distintas y diferenciadas, compatibles entre sí, según la opinión doctrinal mayoritaria (CASTAÑO, ALBADALEJO, DIEZ-PICAZO): la de regreso, a la que se refiere el artículo 1.145 del Código, y la de subrogación en el crédito del acreedor y que se apoya en el n.º 3 del artículo 1.210 del citado Texto legal. Pero también hay quien cree que la acción es única

y que el artículo 1.145 se limita a acomodar la acción general de subrogación dimanante del pago de la deuda ajena a las peculiaridades de la solidaridad pasiva, restringiendo sus efectos en el sentido de mermar la cantidad y calidad del crédito subsistente en manos del codeudor que satisfizo la totalidad de la deuda (SOTO NIETO). Lo cual permitiría explicar de manera coherente la pérdida del beneficio de la solidaridad que experimenta el crédito surgido a favor del deudor por consecuencia del pago, a pesar de la regla que establece el artículo 1.212 del Código Civil.

Tales son los procesos sobre los que proyecta su eficacia prejudicial la cosa juzgada material nacida de la sentencia favorable al acreedor recaída en proceso antecedente. Importa ahora concretar las limitaciones que la operatividad de dicha cosa juzgada introduce en el terreno de las cuestiones susceptibles de ser discutidas en el segundo proceso y, consiguientemente, de qué modo coarta el ámbito de conocimiento y el poder de decisión del segundo juez y las posibilidades defensivas de quienes comparecen en ese proceso posterior en calidad de partes.

La cosa juzgada es vinculación a la primera sentencia: pero no a todos los componentes de la misma. Sólo pasa en autoridad de cosa juzgada la parte dispositiva de la resolución judicial, en cuanto declara la existencia o inexistencia de la relación jurídica deducida en juicio. Quedan, por el contrario, al margen de ella las conclusiones fácticas obtenidas mediante la valoración probatoria y los razonamientos jurídicos, así los que versan acerca de las defensas y excepciones opuestas por el demandado, como sobre las cuestiones prejudiciales de la cuestión principal planteada por los litigantes. Unos y otros son elementos que están preordenados instrumentalmente al fallo y que no se independizan ni adquieren consistencia propia separados de él. Este es el parecer que prevalece en las doctrinas científicas y jurisprudenciales (S.T.S. 10-abril-1984, por todas). Su rígida aplicación, no obstante, conduce a algunas consecuencias extremosas y poco razonables que autores, como SERRA DOMINGUEZ, el cual recoge la opinión de PUGLIESE, intentar paliar, considerando que la decisión de una cuestión prejudicial debe poseer eficacia de cosa juzgada, si fue propuesta directamente por las partes o fue debatida ampliamente entre las mismas por tener un carácter decisivo respecto del proceso principal.

Ahora bien, si el pronunciamiento que declara la existencia o inexistencia de la relación jurídica controvertida tiene fuerza de cosa juzgada, esta última debe comprender también, necesariamente, todas las condiciones positivas y negativas viabilizadoras de lo declarado, puesto que, de no ser de este modo, la cuestión ya enjuiciada en firme podría ser reproducida otra vez. Dice, en atención a ello, GOMEZ ORBANEJA, que la declaración firme de que el derecho ejercitado existe, excluye cualquier deducción jurídica en contra, fúndese en los motivos de oposición de que se haya conocido en el proceso y que el

juez rechazó o en cualquier otro que el demandado hubiese podido aducir, pero no empleó. La cosa juzgada, consiguientemente, precluye, para todas las personas a quienes afecta, la posibilidad, no sólo de negar en el futuro los hechos constitutivos de la pretensión del actor, sino también la de alegar en contra de éstos hechos impositivos, extintivos y excluyentes; y tanto si estos medios de defensa fueron utilizados en el primer proceso, como si, habiendo sido factible su uso, el demandado dejó de utilizarlos.

La extensión objetiva de la cosa juzgada frente a los deudores solidarios ha de determinarse, en consecuencia, en función del contenido que la ley permite que tenga el proceso, y no por la medida del comportamiento observado realmente por los deudores demandados y vencidos en el proceso que la crea. Y este contenido lo fija el artículo 1.148 del Código Civil, al disponer que «el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fuesen responsables». Inaceptable, por ende, ha de resultar la creencia de DIEZ-PICAZO de que el demandado ulteriormente puede valerse de cualesquiera excepciones que no sean de las opuestas por los demandados anteriores y que fueron desestimadas por la sentencia.

Antes de continuar adelante y entrar en el examen del artículo 1.148 del Código, hay que consignar, sin embargo, una observación de importancia: la extensión objetiva de la cosa juzgada nunca incluye la propia cualidad de deudor solidario. Como certeramente señala CAFFARENA LAPORTA, el Código parte del vínculo de la solidaridad para extender la cosa juzgada. Ese vínculo es el supuesto de hecho de la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 1.252; la extensión de la eficacia de la cosa juzgada es la consecuencia jurídica. Decidir quienes se encuentran vinculados en la relación obligatoria como deudores es algo que solo puede hacerse estando presentes en el juicio los calificados como tales, si bien no es necesario que se haga en un único proceso.

Estas consideraciones de CAFFARENA se ven reforzadas por el dato de que las declaraciones que la sentencia pueda efectuar en relación con el carácter de deudores solidarios de personas distintas de las demandadas figurarán, normalmente, en la parte argumentativa de la resolución judicial; y sabido es que dicha parte, cabalmente, no entra en la cosa juzgada. Y si se da el caso —sumamente improbable— de que tales declaraciones se hayan incorporado al fallo, también serán inaptas para perjudicar a las personas a quienes aluden, por cuanto que los litigantes carecen de legitimación para debatir y pretender decisión jurisdiccional sobre una titularidad jurídica ajena y el pronunciamiento será, entonces, pura «res inter alios acta», ineficaz frente a quien permaneció extraño al proceso.

De aquí se sigue el desacierto en que incurren aquellas dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1980 y 26 de junio de 1989, al exigir la presencia en el proceso donde el perjudicado reclama indemnización, de todos los posibles causantes del acto lesivo susceptible de provocar el nacimiento entre ellos de lazos de solidaridad. El criterio es desacertado, porque la sentencia que se dicte en ese proceso decide, exclusivamente, sobre la existencia de responsabilidad en el demandado, a quien absolverá, si no la tiene, y a quien condenará al pago íntegro de la indemnización debida, si concluye que es responsable. Nada resuelve, en cambio, acerca de la eventual responsabilidad de los ausentes del litigio; cuestión que únicamente puede ser tratada con efectos de cosa juzgada en los sucesivos procesos que se incoen en contra de éstos y en los cuales cabrá discutir con libertad si los nuevos demandados están o no obligados al resarcimiento y, caso afirmativo, incluso la cuota de responsabilidad interna que les incumbe. Claro que en estos procesos la primitiva sentencia estimatoria impedirá el debate sobre ciertos extremos, como pueden ser la realidad del daño y la cuantía de la indemnización que corresponde a la víctima. Pero estas restricciones son ya el producto que conlleva la aplicación del régimen de la solidaridad pasiva; aplicación cuya procedencia se solventa sólo en los posteriores procesos y con la intervención del interesado, más no en el primero, donde la solidaridad no juega otro papel que el de constituir un marco de referencia hipotético y no más que posible.

Como se ha visto, el artículo 1.148 del Código faculta al deudor solidario para defenderse de la demanda del acreedor, alegando las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación, las que le son personales y también —peculiaridad que aleja a nuestro ordenamiento de otros extranjeros, como el francés y el italiano— las personales de los demás deudores «en la parte de deuda de que éstos fueren responsables». Lo cual supone, conforme indica la doctrina, una desviación de los principios informadores de la solidaridad en favor de la parcialidad basada en motivos de justicia, por cuanto que deroga parcialmente la obligación que pesa sobre cada deudor solidario de pagar la totalidad de la deuda. En el campo procesal, por otro lado, este poder atribuido al deudor solidario de articular en su propio interés excepciones pertenecientes a otro se explica como una manifestación del fenómeno de legitimación por sustitución al que más arriba se ha hecho referencia.

Dos precisiones previas conviene dejar sentadas relativamente a dicho precepto. La primera consiste en que el artículo 1.148 determina los medios de defensa utilizables por el deudor solidario que no está afectado por la fuerza de cosa juzgada que emana de sentencia precedente; pero no rige para los demás. Otra interpretación implicaría suprimir la extensión de la cosa juzgada que se produce, por particular mandato legal, entre los vinculados por la solidaridad pasiva.

El segundo punto digno de resaltarse es el de que el artículo 1148, ayuno de tecnicismos procesales, emplea la palabra «excepciones» en un sentido impreciso, que comprende la generalidad de los instrumentos de defensa utilizables por el demandado frente a la demanda, y no con el significado propio que le confiere la moderna doctrina procesalista, para la cual el vocablo posee el valor semántico de designar aquella categoría de hechos jurídicos de los que surge para el demandado el derecho potestativo de enervar la prestación pretendida por el actor; hechos que fundan un contraderecho y que, abandonado el ejercicio de éste a la libre disposición de su titular, no producen su consecuencia jurídica, si no son alegados oportunamente, aunque consten por otra vía en el proceso; nota que los diferencia de los hechos impeditivos y extintivos, los cuales, si aparecen acreditados, deben ser apreciados, incluso de oficio, por el juez.

La mayor parte de los autores españoles, ateniéndose a la redacción literal del tan repetido artículo 1148, cree suficiente clasificar las excepciones —entendida la expresión en su acepción impropia— que el deudor demandado puede utilizar en dos grupos: las comunes a todos los deudores, denominadas también reales u objetivas, y las personales o subjetivas. Para DÍEZ PICAZO pertenecen a esta última clase las excepciones que tienen su fundamento en un hecho estrictamente personal; calificación que precisa el concurso de dos requisitos: que el hecho se verifique sólo para uno de los codeudores y, además, que opere sobre la obligación, no de manera directa, sino a través de un particular estado o de una particular condición del sujeto. Entrarían, entonces, dentro de este grupo, las excepciones que se refieren a la capacidad de obrar y las que determinan la nulidad o anulabilidad del negocio constitutivo para uno de los deudores. Todas las restantes excepciones, en cambio, serían ya reales: la inexigibilidad de la deuda; el pago; la prescripción; la nulidad del negocio constitutivo por una causa de nulidad aplicable a todos los sujetos, etc.

CAFFARENA propone otra interpretación del artículo 1148, que parece más plausible. Parte el mencionado autor de afirmar, con DELGADO ECHEVARRÍA, que la solidaridad pasiva cumple, en la relación acreedor-deudores, una función de garantía del crédito al igual que la fianza. Y, contrastando el régimen jurídico de ambas instituciones, hace notar que el deudor solidario se encontraría en una posición privilegiada, injustificadamente, respecto del fiador, toda vez que éste, por imperativo de los artículos 1824 y 1853 del Código, no puede oponer al acreedor las excepciones puramente personales del deudor principal; cosa que, por el contrario, se hallaría al alcance del deudor solidario, con arreglo a una aplicación textual del artículo 1148. Por esta circunstancia y a fin de salvar el desajuste, estima CAFFARENA que en materia de excepciones oponibles por el deudor solidario deben distinguirse tres tipos: las reales, las personales y las puramente personales. Son las primeras, las que

derivan de la naturaleza de la obligación; pertenecen a todos los deudores y afectan a la totalidad de la deuda. Las segundas pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho del cual derivan, pero los demás pueden servirse de ellas por la cuota en que aquél participa de la deuda. Las terceras, en fin, derivan también de hechos concernientes a un sólo deudor; pero sólo le pertenecen a él y no pueden ser utilizadas por los restantes deudores en forma alguna. Forman parte de esta última categoría, según CAFFARENA, la menor edad y la incapacidad para contratar de alguno de los deudores solidarios; pero no los vicios de consentimiento, que encajan dentro de la categoría de las excepciones personales simples.

No es aquí lugar de abordar la temática que origina el encuadramiento de cada uno de los hechos fundantes de motivos de oposición en alguna de las tres clases citadas y los problemas que provocan. Son cuestiones que CAFFARENA estudia con profundidad y competencia, aunque no todas sus apreciaciones sean asumibles. Pero para dar una idea de su complejidad basta con apuntar ahora que se discute si, frente al acreedor, los vicios de consentimiento de un deudor son purificables por otro y las consecuencias que ello comporta; que la prescripción puede ser una excepción personal, si los deudores no están vinculados del mismo modo, como autoriza el artículo 1140 del Código; que es dudosa la solución acerca de quien debe soportar la cuota de responsabilidad asignada al menor o incapaz en la relación interna, etc. Especiales dificultades plantea, como de costumbre, la excepción de compensación. Entre los problemas que ocasiona están si puede ser opuesta por el deudor distinto del titular del contracrédito; si, caso positivo, puede utilizar el contracrédito por la totalidad de la deuda o sólo hasta donde llegue la cuota de que responde su titular; los efectos que genera la sentencia estimatoria de la compensación sobre el resto del crédito no consumido; si la sentencia desestimatoria de la compensación argüida por un codeudor no titular, impide que el titular del contracrédito reproduzca la excepción frente al acreedor o frente al deudor que pagó, etc. En general, la respuesta a estas cuestiones viene dada por la naturaleza de la excepción de compensación, la cual, contrariamente a lo que aparenta, no debe reputarse de excepción personal, sino de excepción común, habida cuenta de que el artículo 1143 del Código preceptúa que la compensación hecha con cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación.

Con base en lo expuesto, cabe ya trazar un cuadro de los efectos que produce la extensión de la cosa juzgada decretada por el artículo 1252 del Código entre quienes están unidos por vínculos de solidaridad, supuesta siempre la existencia de tales vínculos. Cuadro que quedaría del modo que sigue.

La sentencia que desestima la reclamación del acreedor deducida contra uno o varios de los deudores solidarios, veda reproducir la pretensión contra los demás, con tal de que la desestimación obedezca a una excepción común a todos los deudores. La pretensión podría, no obstante, repetirse contra cual-

quiera o contra el conjunto de los deudores, si la excepción determinante de la sentencia absolutoria fue una excepción temporal de fondo —no procesal—; que son las que niegan la prestación como actualmente debida, pero no imposibilitan que la acción sea propuesta de nuevo, cuando desaparece el obstáculo que antes la impidió prosperar: el plazo ya ha vencido, se ha dado cumplimiento a la obligación correspondiente, etc.

En el caso de que la absolución se funde en el éxito de una excepción personal del demandado, ya sea personal simple, ya puramente personal, el acreedor puede todavía encaminar su reclamación contra los restantes deudores, pero reduciendo cuantitativamente su pretensión en la porción que correspondía atender al absuelto, si es que en la relación interna está previsto el reparto de la responsabilidad. Puede ocurrir en estas hipótesis que el demandado hubiere alegado, además de la excepción triunfante, otras comunes y que la sentencia haya rechazado éstas antes de estimar aquélla; surgiendo entonces la duda de si los codeudores gozan aún de oportunidad para volver a utilizar las mismas excepciones comunes que la primera sentencia denegó. La respuesta debe ser afirmativa y entenderse que los demandados con posterioridad están capacitados para invocar esas o cualesquiera excepciones comunes, toda vez que las declaraciones de la sentencia acerca de las excepciones empleadas no adquieren, por sí solas e independientemente del fallo, fuerza de cosa juzgada.

La sentencia ganada por el acreedor frente a uno o algunos de los deudores solidarios, en fin, impide a los demás eludir el pago que luego les demande el acreedor en ejercicio del «*ius variandi*», aduciendo excepciones de cualquier género; así las que fueron utilizadas en el primer litigio, como las que pudieron serlo, incluso aunque se trate de excepciones personales suyas, salvo las que sean puramente personales, dado que de éstas no se pudo conocer en el proceso anterior.

Lo dicho hasta ahora vale para la esfera en que se desenvuelven las relaciones entre acreedor y deudores solidarios. En el ámbito de las relaciones internas entre codeudores la cosa juzgada surte también efecto, pero con alteraciones de trascendencia.

Opera, desde luego, en su plenitud, si quién verificó el pago al acreedor, no participó en el proceso que finalizó con la sentencia productora de la cosa juzgada. Frente a su pretensión de nivelación que deduzca en vía de regreso, no podrán los demás proponer otras ni más excepciones que las que sean puramente personales de cada cual y siempre que, además, estas excepciones no hubieran sido aducidas, o hubieran podido aducirse en el referido proceso.

Muy matizadas, en cambio, tienen que ser las conclusiones, cuando el deudor que ejercita la acción de regreso fue condenado por la sentencia de la que dimana la cosa juzgada. Este deudor, al resultar escogido por el acreedor para

la realización del pago, devino en el proceso portador y defensor ante el demandante del interés común de todos los codeudores y, por consiguiente, ha de responder ante sus compañeros de la conducta relevante para todos que mantuvo durante el litigio. Sería inadmisibles y fuente de fáciles fraudes que, en la relación interna, los codeudores se hallarán inermes para contrarrestar el comportamiento del deudor que, por dolo o negligencia, propició la sentencia condenatoria que a todos vincula para con el acreedor. El Código no lo establece expresamente, pero el principio se induce del artículo 1147, a tenor del cual, si la cosa hubiere perecido o la prestación se hubiere hecho imposible mediando culpa de cualquiera de los deudores, todos los demás serán responsables ante el acreedor del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses «sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente». Además, la falta de alegación de las excepciones —hablando ahora en sentido propio— de que el demandado hubiera podido servirse, puede entrañar una renuncia en perjuicio de tercero, proscrita por el artículo 6.2 del Código Civil. DÍEZ PICAZO postula asimismo la aplicación analógica a estos supuestos de los artículos 1840 y 1841, referentes a la fianza, y que facultan a utilizar contra el fiador que pagó sin ponerlo en conocimiento del deudor, todas las excepciones que éste hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago.

Parece, pues, que en las hipótesis que se comentan, cabría proceder a un reexamen y valoración de todo el material litis-decisorio del primer proceso. La cuestión es, sin embargo, extremadamente delicada, por cuanto que en el resultado de la sentencia confluyen una serie de factores muy diversos que deben discernirse con cuidado y sopesarse prudentemente a la hora de proporcionar una respuesta justa a cada caso particular. Es posible, de todos modos, esbozar algunas indicaciones generales; pero sin perder jamás de vista que lo que se enjuicia es la idoneidad defensiva de la actividad procesal desplegada por un litigante, y no el acierto o desacierto de la labor intelectual estimativa desarrollada por el juzgador y que su resolución refleja.

Así, en cuanto a los medios de defensa efectivamente utilizados por el demandado y que la sentencia rechazó, no cabrá en principio efectuarle reproches, a no ser que aparezca de manera rotunda y diáfana que el rechazo obedeció a deficiencias probatorias inexcusables.

Por lo que respecta a los medios de oposición no empleados, sería factible distinguir, a los mismos fines, entre aquellos que el juez debe apreciar de oficio (falta de hechos constitutivos o concurrencia de hechos impeditivos y extintivos) y los que precisan de previa petición de parte legitimada (excepciones en sentido propio). Pero, aun aquí, habría que ponderar, antes de llegar a una conclusión definitiva, que el juez no puede desconocer ni apartarse de los extremos fácticos fijados como ciertos en el proceso merced a haber sido reconocido por el litigante a quien perjudican; que tiene también la facultad de inferir ese reconocimiento del mero silencio o de las respuestas evasivas

(artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); que la tarea de aportar al pleito el material de hecho en que la sentencia ha de basarse corresponde a los litigantes y no al juzgador; y que la actitud procesal del deudor demandado puede haber estado mediatizada por la indisponibilidad de los instrumentos defensivos oportunos, lo cual cabe la posibilidad de que resulte achacable a falta de colaboración de los restantes codeudores; circunstancia que puede entorpecer, de modo especial, la alegación y prueba de las excepciones personales pertenecientes a los no demandados. Justamente por ello y para cubrirse frente a una eventual censura posterior acerca de su manera de llevar el proceso, le conviene al deudor demandado poner en conocimiento de los restantes deudores la demanda formulada por el acreedor, a fin de proporcionarles la oportunidad de incorporarse al litigio en calidad de litisconsortes voluntarios que coadyuven con él en la defensa del interés de todos. Actuando de esta suerte, el demandado evita que en el futuro se le oponga la llamada «*exceptio male gesti processus*», que algún ordenamiento foráneo regula, como hace la Ordenanza Procesal Alemana en su parágrafo 68, y de la que hay atisbos en el precitado artículo 1840 del Código Civil. De lo que carece es del derecho de provocar la intervención coactiva o forzosa de los demás deudores en el proceso, toda vez que el Código no se lo concede, a diferencia de lo que ocurre con los coherederos para el pago de las deudas de la herencia y en la compraventa para el supuesto de saneamiento por evicción (artículos 1084 y 1482, respectivamente).

Queda patente a través de esta indagación, en consecuencia, que la extensión del efecto de la cosa juzgada a quienes están ligados por vínculos de solidaridad pasiva, restringe de manera sustancial el ejercicio personal del derecho de defensa de sus propios intereses por parte de aquéllos a los que alcanza. La restricción, sin embargo, no choca con el artículo 24 de la Constitución en todos los casos en que la aplicación del régimen jurídico de la solidaridad pasiva ha sido aceptada, con cuantas consecuencias el mismo conlleva, por el sujeto; sea porque prestó su consentimiento al negocio constitutivo de la solidaridad; sea porque realizó voluntariamente el supuesto de hecho al que la ley anuda por anticipado —y, por ende, de modo cognoscible— la solidaridad como efecto (nombramiento conjunto de un único mandatario para un negocio común, adquisición de los derechos de explotación de una patente ya concedido, participación en la fundación simultánea de una sociedad anónima, etc.). La razón de ello radica en que no es indefensión constitucionalmente relevante la consentida o provocada por quien la padece.

Mucho más dudosa se presenta la licitud de limitar la utilización personal de los medios de defensa, cuando la aplicación del régimen de la solidaridad pasiva se impone sin conexión alguna, inmediata o mediata, con la voluntad de los implicados, como sucede entre los varios coautores de un hecho dañoso extracontractual, los cuales asumen una responsabilidad solidaria frente a la

víctima, conforme ha establecido reiteradamente la doctrina de la jurisprudencia.

La superación del conflicto, empero, no debe venir por la supresión de la solidaridad y el retorno a la añeja regla de la mancomunidad, puesto que la solidaridad entre los corresponsables, y a pesar de las severas críticas formuladas por ALBADALEJO y CRISTÓBAL MONTES, es el tratamiento jurídico que la realidad social actual requiere —y que, por tanto, la ley autoriza (artículo 3.1 del Código Civil)— en orden a asegurar que el fin práctico buscado por la norma del artículo 1902 del Código —la indemnidad del perjudicado— se cumpla.

Tampoco es solución satisfactoria la de establecer un litisconsorcio necesario que abarque a todos los eventuales responsables del daño. Esto equivaldría a gravar a la víctima con la carga de tener que identificar, antes de promover el pleito, las posibles causas del suceso y las personas a quienes sea imputable cada cual; labor que, habida cuenta la extrema complejidad de la técnica moderna y de los procesos de construcción, fabricación y comercialización de productos, ni siquiera se logra en muchas ocasiones dentro del propio litigio. Con lo que, aparte de consideraciones de menor entidad, como las atinentes al incremento de gastos, una carga semejante retardaría considerablemente la satisfacción del derecho de la víctima a ser indemnizada —bastaría para paralizar su reclamación que cualquiera de los demandados arguyera la existencia de otro eventual responsable— y puede que, incluso, terminara por hacerlo ilusorio; lo cual también contraría frontalmente el fin práctico perseguido por la norma que procura aplicarse.

La salida del conflicto entre el derecho del perjudicado a obtener el con digno resarcimiento y el derecho de los responsables a defenderse sin trabas hay que hallarla, más bien, por la vía de eliminar de raíz la extensión del efecto de la cosa juzgada de la sentencia a los no litigantes; de manera que, sin perjuicio de que cada deudor continúe respondiendo ante el acreedor por el todo, conserven intactas, al tiempo, sus armas de defensa. Y he aquí, por donde, se acabaría encontrando utilidad práctica a la categoría de las obligaciones «in solidum», que algunos autores propugnan importar a nuestro Derecho. Pues una de las características que diferencian estas obligaciones de las solidarias consiste, según LEÓN ALONSO y SOTO NIETO, en que no producen los llamados «efectos secundarios» de las obligaciones solidarias propiamente dichas.