

El concepto «perjuicio» en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios

PRIMERA PARTE. LA TOTALIDAD E INTEGRIDAD EN LA DEUDA SOLIDARIA COMO ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CONCEPTO «PERJUICIO». EXEGESIS DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1.141 DEL CÓDIGO CIVIL

CAPÍTULO PRIMERO. La totalidad e integridad en la deuda solidaria como elementos configuradores del concepto «perjuicio». Exégesis del párrafo segundo del artículo 1.141

1. INTRODUCCIÓN

1.1. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA POR LA TOTALIDAD DEL CRÉDITO

La cotitularidad en el crédito solidario supone que cada uno de los acreedores ejerce una *titularidad* sobre la totalidad e integridad del crédito (1). Esta característica es el principio informador que con mejor criterio identifica a la titularidad activa. A su vez, que la titularidad en el crédito se ejerza sobre la *totalidad e integridad* de la deuda nos proporciona sus dos elementos configuradores:

(1) La idea de *totalidad e integridad* en el ejercicio de la titularidad en el crédito viene proporcionado por los artículos 1.137 *in fine*, 1.144 del Código Civil. Además, es la idea de la que participan los Códigos Civiles italiano, francés y la totalidad de los Ordenamientos jurídicos hispanoamericanos. Por último, debe recordarse que este elemento configurador de la titularidad activa era mantenido por el Derecho romano (D. 45, 2, 3 (1)) y que tanto en el derecho intermedio como los autores Precodificadores franceses, como nuestro derecho histórico así lo habían entendido.

- a) La legitimación activa por la totalidad e integridad del crédito y, por supuesto, ejercitable por cualquiera de los cotitulares (arg. ex 1.137 *in fine*, 1144 del Código Civil).
- b) El poder de disposición sobre la relación obligatoria (arg. ex art. 1.143, 1.º Código Civil).

En cuanto a la reclamación de la deuda supondrá que cualquier acreedor solidario tendrá la *legitimación activa* para reclamar la *totalidad* de la deuda de cualquiera de los codeudores solidarios (arg. ex art. 1.144 «El acreedor podrá dirigirse contra cualquiera...» y el art. 1.137 «derecho a pedir... íntegramente»). Esta *legitimación activa* supondrá, a *sensu contrario*, que en ningún caso pueda *limitarse* su ejercicio por acto del deudor solidario reclamado, aunque sí, en cambio, por acto de otro codeudor (arg. ex art. 1.142 del Código Civil «El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores...»).

Por último, la legitimación activa también concederá la posibilidad de que cualquier acreedor pueda *recibir íntegramente el contenido de la obligación*. Esta posibilidad viene perfectamente admitida por el propio ejercicio de la legitimación por la *totalidad* (2).

En cuanto al *poder de disposición* del acreedor éste se identifica igualmente con los principios de *totalidad e integridad* que informan la titularidad activa.

El poder de disposición de cada acreedor solidario se manifiesta en el artículo 1.143 del Código Civil («... hechas por cualquiera de los acreedores solidarios»). El precepto somete la integridad de la obligación (existencia) a la *voluntad de cualquiera de los acreedores solidarios* pudiendo extinguir la obligación por acción realizada frente a un único deudor solidario pero con efectos frente a todos (arg. ex art. 1.141, 2.º, 1.143 del Código Civil). El ejercicio de esta titularidad activa en la obligación solidaria nos introduce en el análisis de la forma como deben operar las causas extintivas que recoge el artículo 1.156 del Código Civil. La cuestión se podría plantear de la siguiente forma:

¿Cualquier acto de extinción realizado por el acreedor, en el ejercicio de la titularidad activa, produce efectos frente al resto de los coacreedores?

(2) Aunque aquí únicamente estamos sentando los principios generales no podemos olvidar que el derecho de percibir la totalidad de la prestación contará con la excepción del propio artículo 1.142 del Código Civil. Cuando uno de los acreedores se anticipe y reclame en primer lugar la totalidad del crédito tendrá sus consecuencias en el resto de los codeudores y coacreedores. Aquellos únicamente podrán pagar al acreedor que fue diligente en la reclamación, y para los segundos también se provocará la imposibilidad de ejercer su *ius electionis*.

Esta solución tenía ya su enunciado en el propio Digesto 45, 2, 16.

O al contrario, ¿el artículo 1.141, 1.º del Código Civil se formula como límite al ejercicio de la titularidad activa?

El artículo 1.141, 1.º parece *limitar* las acciones, poder de disposición, de cualquier acreedor a que éstas tengan un resultado *positivo* para el resto de los coacreedores («cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que sea perjudicial» (3)).

Aparecen de esta forma incorporados al texto del Código Civil dos normas que contienen soluciones diferentes:

1. La limitación del perjuicio (únicamente beneficio) del artículo 1.141 del Código Civil. Principio de limitación del perjuicio que contrasta con la *extensión* del mismo en la titularidad pasiva («... *perjudicarán a todos éstos*»).

2. Extensión del perjuicio al conjunto de los coacreedores por el acto de extinción de la obligación («*la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda*») realizado frente a uno de los deudores solidarios.

Esta doble solución podría ser reconducida, a su vez, a una doble concepción los actos realizados por el acreedor solidario:

(3) El artículo 1.141, 1.º del Código Civil carece de antecedentes inmediatos en la Codificación española. Algunos autores, MARTÍN PÉREZ en SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XIX, 2.ª ed., pág. 840, MANRESA, *Comentarios, op. cit.*, t. VIII, pág. 190; LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española. Codificación civil (génesis e historia del Código)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág. 660, citan como antecedente el artículo 1.059 del Proyecto de 1851, el artículo 1.198 de LAURENT, y los artículos 1.198, 1.199, 1.206 y 1.207 del Code.

Por nuestra parte, no entendemos la razón por la que se cita el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 ya que este precepto estaba destinado especialmente a la prescripción («cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados (léase mancomunados) aprovecha o perjudica a los demás»). En cambio, el artículo 1.198 del Avant-Projet de LAURENT disponía que: «Les créanciers solidaires sont associés pour le bénéfice de l'obligation; chacun d'eux a mandat de faire tout ce qui est avantageux aux autres; il ne peut rien faire qui pourrait leur être préjudiciable». De la misma forma, tampoco parece que sea el precedente del artículo 1.141, 1.º pues atiende que en la solidaridad activa existe un mandato entre los coacreedores. El mandato es idea ajena, por otra parte, al concepto de solidaridad activa en nuestro Código Civil. Sí, en cambio, tiene una semejanza con el artículo 707 del Código Civil argentino (aprobado por la Ley núm. 340 de 29 de septiembre de 1869): «la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación» (Fuente: DOVA DE ZAVALIA: *Código Civil de la República Argentina* (notas de VÉLEZ SARFIELD), Buenos Aires, 1984).

Especial importancia tendrá el diferente tratamiento que del poder de disposición del crédito efectúan los Códigos Civiles de Francia e Italia. Este diferente tratamiento nos llevará a sostener la peculiaridad de la regulación de nuestro Ordenamiento (véase la evolución histórico-legislativa de la idea de perjuicio en el título I de esta tesis).

1. «ACTO ÚTIL» (arg. ex art. 1.141, 1.º del Código Civil).
2. «ACTO PERJUICIO» (arg. ex art. 1.143 del Código Civil).

¿*Quid de esta posible contradicción?* A nuestro entender el legislador español ha sufrido las consecuencias de la evolución que se produjo en la regulación de la solidaridad y, sobre todo, el diferente tratamiento que de los efectos, ejercicios de las titularidades activa y pasiva, se han dado en otros Ordenamientos jurídicos, especialmente el francés. En palabras de DÍEZ PICAZO «... han sido introducidos sin la necesaria coordinación... el artículo 1.141 carece de antecedentes claros tanto en nuestro Derecho histórico como en el Derecho Comparado (4).

Efectivamente, en el derecho francés el artículo 1.198 del Code estableció: «*Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier*». El acreedor solidario no podía realizar ningún «acto perjuicio» con eficacia extensible al resto de los codeudores, ya que éste se identifica con el concepto de «parte» «*ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier*». En cambio, los artículos 1.199 (cotitularidad activa), y los artículos 1.205 a 1.207 (cotitularidad pasiva) extendían los efectos al conjunto de los coacreedores por identificarlos como un «acto útil». En todo caso, y este es un principio que se manifestará en nuestro derecho, *siempre se extendían los efectos al conjunto de los deudores como «acto perjuicio»* (5).

Esta distinción entre «acto útil» y «acto perjuicio» en el derecho francés venía establecida por POTHIER (6). El autor entendía que: «7.º *que chacun des créanciers étant créancier du total, pour par conséquent demander le total, et, si l'obligation est exécutoire, contraindre le débiteur pour le total.* 2.º *La reconnaissance de la dette faite envers l'un des créanciers interrompt la prescription pour le total de la dette, et par conséquent profite aux autres créanciers (1. fin. Cod. de duobus reis).* 3.º *Le paiement fait à l'un des créanciers éteint toute le dette... Car quoiqu'il y ait plusieurs créanciers,*

(4) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, op. cit., pág. 412.

(5) Los preceptos mencionados constatan con gran claridad la extensión del perjuicio al conjunto de deudores solidarios por acto realizado por cualquiera de los acreedores solidarios. La relación sería en que la consecución de un «acto útil» por cualquier acreedor solidario tendrá su correlación con un «acto perjuicio» que *siempre se produciría en el ámbito de la relación pasiva en la obligación solidaria*.

Así, el artículo 1.205: «*si la chose due a péri par la faute o pendant la demeure de l'un o de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose...*». El artículo 1.206: *Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous*. El artículo 1.207: «*Le demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courrir les intérêts à l'égard de tous*».

(6) POTHIER: *Traité des Obligations*, op. cit., págs. 243 y 244.

il n'y a néanmoins qu'une dette... 4.º Chacun des créanciers l'étant pour le total, peut, avant qu'il ait été prévenu par les poursuites de quelqu'un de ses créanciers, faire remise de la dette au débiteur, et le libérer envers tous (Accepilatione unius tollitur obligatio; 1. 2, ff. de duob. reis).»

En cambio, como hemos podido observar a la hora de transcribir el artículo 1.198 del Code, la doctrina francesa sigue manteniendo la distinción entre la posibilidad del ejercicio de un «acto útil» «al conjunto de acreedores (que se correspondería siempre con un acto perjuicio frente a los deudores solidarios) y, en cambio, no admitiría la realización de un «acto perjuicio» por un acreedor solidario (7).

Volviendo a nuestros artículos 1.141, 1.º y 1.143 del Código Civil, sobre todo al segundo, es evidente que nuestro legislador no siguió las directrices trazadas por el Code Civil francés («Code Napoléon» de 1804) y que posteriormente influyeron en la redacción del Codice italiano de 1942. Como comenta Díez Pícazo «mientras el artículo 1.143 responde a la concepción romanista de la solidaridad, y por consiguiente a los principios tradicionales que han inspirado esta figura..., el artículo 1.141 se encuentra en una línea muy especial que configura la solidaridad como una pura

(7) El origen de esta nueva regulación del «acto perjuicio» realizado por uno de los acreedores solidarios y el no afectar al conjunto de los coacreedores aparece recogido por FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, reimpr. de la ed. 1827, Osnabrück, 1968, tras el discurso de FAVARD: «*Chaque créancier solidaire a droit d'exécuter le contrat. La remise de la dette est autre chose que l'exécution: c'est faire un contrat de bienfaisance d'un contrat intéressé. C'est un acte de libéralité personnel à celui qui fait la remise; il ne peut être libéral que de ce qui lui appartient. S'il est bienfaisant envers le débiteur, il ne doit pas être malfaisant envers ses créanciers, qui, sans la remise entière, auraient en action contre ce débiteur. Une volonté n'est généreuse que quand elle n'est pas nuisible, et lorsqu'elle a ce dernier caractère l'équité la repousse: elle en conçoit des soupçons de fraude.*»

La escuela de la exégesis admitió sin reservas la redacción del mencionado precepto. La justificación procedía de que el mandato conferido entre los coacreedores únicamente llevaba implícita la posibilidad de recibir el pago. Así, DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XXVI, núm. 142 y ss.; MOURLON, *op. cit.*, t. II, núm. 1.243, pág. 652; TULLIER, *op. cit.*, t. VI, núms. 726 y 727, pág. 754; CROME, *op. cit.*, t. II, párr. 278, nota 12, a pág. 217; DURANTON, *op. cit.*; t. XI, núms. 170 a 173, págs. 174 y ss.; LAROMBIERE, *op. cit.*, t. II, art. 1.198, núm. 11, pág. 571; MERCADE, *op. cit.*, t. IV, art. 1.198, párr. 597, pág. 492; Huc, *op. cit.*, t. VII, núms. 302 y 303, págs. 402 y ss.; LACANTINERIE, *op. cit.*, t. II, núms. 1130 y 1131, págs. 258 y ss.; LAURENT, *op. cit.*, t. XVII, núm. 257, págs. 263 y ss.; AUBRY Y RAU, *op. cit.*, t. IV, párr. 298 bis, pág. 20.

En el derecho italiano el Codice regula en los artículos 1.300 a 1.303 la novación, compensación, remisión o confusión. De la misma forma que el Code francés se limita el ejercicio de la titularidad activa a la no realización de un «acto perjuicio» para el conjunto de los coacreedores. Así, el artículo 1.301 *in fine* establece: «*Si la remissione é fatta da uno dei cr editor i in solido, essa libera il debitore verso gli altri cr editor i solo per la parte spettante al primo*», igualmente el artículo 1.303 establece: «*Se nella medesima persona si riuniscono le qualità di creditore e di debitore in solido, V obbligazione degli altri debitori si estingue per la parte di quel condebitore.*»

relación asociativa, es decir, inserta en el régimen de la solidaridad, principios de inspiración diferentes y, en definitiva, extraños a ella» (8).

Efectivamente, nuestro legislador al regular la solidaridad ha seguido la fuente de inspiración del Derecho romano y, a su vez, la regulación que de la solidaridad efectuó Pothier. VÉLEZ SARSFIELD lo explicaba al comentar el artículo 707 del Código Civil argentino: «... la autoridad del Cód. romano (*Institut.*, lib. 3, tit. 29 & 1, y la de Chile, conformes con nuestro artículo: el Proyecto de García Goyena, art. 1.061, y el de Freixas, art. 1.013...» (9).

En consecuencia, el poder de disposición sobre la relación obligatoria de cada uno de los acreedores significa la sumisión de la integridad de la obligación a la voluntad de cualquiera de los coacreedores que *unilateralmente* (legitimación por la integridad del crédito) puede extinguir. Es decir, lo que POTHIER nos diría cuando: «*Car quoiqu'il ait plusieurs créanciers, il n'y a néanmoins qu'une dette*» (10). Otra consecuencia será la nivelación del perjuicio económico que puede suponer la realización de un «acto perjuicio» (novación, compensación...) efectuado por cualquier acreedor con efectos extensibles al conjunto de ellos. El acreedor que dispuso unilateralmente del crédito tendrá la obligación de satisfacer a los acreedores aquello que éstos hubieran percibido si tal acto se hubiera llevado a cabo. Mas, si la regulación del artículo 1.143 del Código Civil responde a los orígenes de la regulación de la solidaridad, y a su vez, el posible perjuicio económico queda nivelado por las acciones internas (art. 1.143 *in fine*: «*El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos... responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación*») no encontramos justificación alguna para poner límites al poder de disposición de la integridad del crédito por parte de un coacreedor solidario (11).

(8) Díez PICAZO: *op. cit.*, pág. 412.

(9) DOVA DE ZAVALIA: *Código Civil...*, cit. *Comentarios de VELEZ SARSFIELD al artículo 707*, pág. 193.

(10) POTHIER: *op. cit.*, núm. 260, pág. 243.

(11) Cristóbal MONTES, *op. cit.*, págs. 281 y 282. El autor resuelve la cuestión de forma contundente. «En efecto, contemplar un acreedor solidario como aquel sujeto que puede actuar respecto a su crédito sólo en función de aquello que resulte útil para los otros acreedores y, en cambio, le está vedado todo aquello que pueda redundar en perjuicio, es una visión tan *sui generis* de la solidaridad activa que, quizá, se encuentre a un solo paso de su negación o desnaturalización.»

BALLARÍN, cit. pág. 187: «Yo creo que, en general, puede afirmarse que predomina la postura doctrinal favorable al artículo 1.143, o sea, la que entiende que nuestro Derecho siguió fielmente el «rigorismo romano» respecto de las obligaciones solidarias...»

PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 182. El autor recoge las opiniones de Díez PICAZO llegando a la conclusión, tras el análisis comparativo del artículo 1.141 y 1.143 del Código Civil, de que la única regla general que existe en la

No obstante, algún autor ha querido ver en el artículo 1.141 del Código Civil la regla general, mientras que el artículo 1.143 operaría como la excepción. Así, MANRESA: «*se concilia del modo explicado como se aviene y completan siempre la regla y sus excepciones, valiendo aquella en cuanto a éstas no estén expresamente declaradas*» (12).

Para nosotros, como ya manifiesta DÍEZ PICAZO (13), las excepciones contempladas en el artículo 1.143 del Código Civil (aunque no tiene la amplitud del artículo 1.156 del Código Civil) son tan importantes que privarán a la regla de toda eficacia. Por otra parte, los supuestos que quedarían impedidos por aplicación del artículo 1.141, 1.º Código Civil son bastante menos importantes que los admitidos por el 1.143.

¿Es absurda, entonces, la norma contenida en el artículo 1.141, 1.º del Código Civil?

A la vista de lo expuesto hasta ahora ésta podría ser la solución aceptada. Aun así, nos resistimos a entender que el artículo 1.141, 1.º no tenga una «ratio» lógica en la configuración de la obligación solidaria activa. Las razones son las siguientes:

En primer lugar, no hay que olvidar que el legislador español ubica de forma diferenciada la solución de la eficacia del «acto útil» (1.141, 1.º), de la eficacia del «acto perjuicio» (1.143 Código Civil).

En segundo lugar, y en congruencia con su propia ubicación sistemática (al igual que el artículo 1.141, 2.º del Código Civil el apartado primero está destinado a la reclamación del cumplimiento), quiere decir que no se está refiriendo a los actos de disposición sobre la titularidad, como así lo hace el artículo 1.143 Código Civil, sino a aquellos que repercuten negativamente sobre la exigibilidad o sobre la posibilidad de satisfacción del crédito. La solución resulta de la remisión que efectúa el artículo 1.772, 2.º

obligación solidaria activa es que «*cada uno de los acreedores será responsable frente a los demás de lo que haya realizado en su perjuicio*».

GUILLARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil*, op. cit. «A mi juicio, a la vista de los antecedentes de cada uno de los preceptos, del distinto fundamento que late en ellos, de la significación y relevancia de los actos expresamente admitidos como eficaces en el artículo 1.143, no obstante realizarse individualmente por alguno de los acreedores solidarios, debe concluirse que el Código Civil prefiere la amplia solución romana que la restringida francesa y legítima a cada uno de aquéllos para la ejecución de actos como si fuera único titular del crédito, obligando a los restantes frente al deudor común, si bien con el deber de dar cuenta y responder de su conducta en la relación interna.»

En el mismo sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina española. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, II-1. Derecho de Obligaciones. Parte General. Delito y cuasidelito. Barcelona, 1977, pág. 70; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 87; PÉREZ ALVAREZ, op. cit., pág. 71 y sigs.; CAFARENA, op. cit., págs. 133 y ss., 194 y ss., 238 y ss., 283 y ss.

(12) MANRESA: *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pág. 188.

(13) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, op. cit., pág. 412.

del Código Civil en sede de depósito. El artículo 1.772 regula la restitución de la cosa depositada estableciendo una doble consecuencia: primer párrafo, *«cuando sean dos o más los depositantes, si no fueran solidarios y la cosa admite solución, no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte»*. Solución congruente con la idea de «parte» en los ejercicios de las titularidades activa y pasiva en la obligación mancomunada.

El párrafo segundo, *«cuando haya solidaridad o la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los artículos 1.141 y 1.142 de este Código»*. De aquí resulta que cualquiera de los acreedores está legitimado para reclamar y recibir la integridad del crédito (legitimación activa por la totalidad e integridad) y, a su vez, por la remisión al artículo 1.141, 1.º esta reclamación tendrá que proporcionar una utilidad («acto útil») y no un perjuicio («acto perjuicio») (14).

Ahora bien, una vez diferenciados los contenidos de los artículos 1.141, 1.º y 1.143 del Código Civil, se plantea la cuestión de determinar cuáles son los actos que quedarían excluidos del concepto «acto perjudicial» en la exigibilidad del crédito. Pues bien, no siendo, por las razones ya argumentadas, los actos de disposición del crédito (arg. ex art. 1.143 del Código Civil), «acto perjudicial» «lo serán todos aquellos que de alguna forma imposibiliten la realización del crédito. Es decir, aquellos actos que hagan inexigible el crédito, fundamentalmente, por haber dejado prescribir la acción para reclamarlo, o bien, por no haber reclamado el crédito en el momento oportuno y devenir más tarde la insolvencia del deudor.

¿Qué ocurre si el acreedor realiza este «acto perjuicio»? El Código Civil únicamente determina la imposibilidad de realizar lo que sea perjudicial a los demás pero sin determinar las consecuencias que su infracción comporta. A nuestro juicio, la solución no sólo sería la necesidad de responder en proporción a lo que cada uno participe del crédito (arg. ex art. 1.143 *«responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación»*), sino que como sanción a la vulneración de una disposición

(14) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *op. cit.*, pág. 348. El autor analizando la obligación indivisible llega a la misma conclusión: «Sin embargo, de los tres preceptos específicamente orientados en torno a la concurrencia de varios acreedores solidarios, el artículo 1.772, 2.º sólo hace mención a dos de ellos (arts. 1.141 y 1.142 del CC), excluyendo al tercero (1.143 CC). La conclusión que impone esta constatación es obvia: los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil no se refieren a lo mismo ni, por tanto, los actos perjudiciales que el acreedor prohíbe realizar aquél son señalados en éste.» Más adelante apunta: «... el régimen de la indivisibilidad se asimila al de la obligación solidaria, esta asimilación no es total y, por tanto, debe ceñirse a aquellos actos que recojan aspectos comunes a una y otra.» No le falta razón al autor, pues si el acreedor solidario tiene en su poder una legitimación por la totalidad e integridad de la obligación permitiéndole extinguirla unilateralmente con efectos al conjunto de los coacreedores, en cambio, el acreedor de una obligación indivisible carece de esta facultad pues le viene proporcionada por la indivisibilidad de la prestación.

prohibitiva responderá de los daños que, en su caso, les hubiera irrogado (15).

En suma, las soluciones aquí apuntadas para solucionar la antinomia que se produce entre el artículo 1.141, 1.º y 1.143 del Código Civil no deben sobrepasar la propia nivelación del perjuicio económico en el ejercicio de la legitimación por la totalidad e integridad de la obligación. En ningún caso, deben significar una limitación al ejercicio de la titularidad activa por la totalidad e integridad de la obligación. El acreedor solidario tendrá en exclusiva el contenido interno (poder percibir íntegramente la prestación), la legitimación activa (poder reclamar la totalidad de la prestación), y el poder de disposición (poder decretar la extinción de forma unilateral) sobre el crédito (16). A su vez, estos actos, ya supongan un «acto útil» o «acto perjudicial», tendrán su propagación al conjunto de los cotitulares del crédito, como de la misma forma se producen en los titulares de la deuda (arg. ex art. 1.141, 2.º del Código Civil).

1.2. LA CARGA DE DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO. SU ESPECIAL CONFIGURACIÓN EN LA DEUDA SOLIDARIA

Entendiendo la diligencia en el cumplimiento como la actuación materialmente adecuada dirigida a que la prestación sea realizada y, por tanto, a la efectividad del vínculo (17), ésta tiene en la solidaridad pasiva una

(15) La solución viene también reconocida por ESPIAU-ESPIAU, *op. cit.*, pág. 351 y por BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en ADC, t. XXVII, fasc. II, abril-junio 1973, pág. 579, «... la única forma de proteger a todos los acreedores frente al resultado jurídico adverso provocado por la conducta de uno o alguno de los acreedores será responsabilizando fuertemente a estos últimos frente a los demás. Extendiendo su responsabilidad hasta el supuesto de culpa levísima y entendiendo que, en principio, han de responder en todo caso de los perjuicios causados cuando actuaron sin una previa notificación e incitación a sus coacreedores para una actuación judicial conjunta. Y aún más, cuando su actuación judicial se produzca después de una negativa razonable de los acreedores para proceder de esta forma.

(16) Desde luego no ofrece ninguna especialidad la realización de un «acto útil» por cualquiera de los coacreedores. Tendrá esta consideración todo acto que suponga un mantener, aumentar o garantizar la exigibilidad del crédito. Así, por ejemplo, la constitución en mora, la interrupción de la prescripción, etc. Desde luego, de la misma forma que cuando se produce un «acto perjudicial», la consecución de algún acto que beneficie a alguno de los coacreedores extenderá sus efectos al conjunto de ellos. La solución proviene de considerar al cotitular que actúa realizando cualquier «acto» como si fuera el UNICO acreedor existente en la obligación. Ello será así siempre que estemos en la relación externa de la obligación solidaria.

(17) BADOSA COLL, *La Diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 69.

doble vertiente. En primer lugar, cualquiera de los codeudores *puede sufrir las consecuencias de la reclamación de la deuda*; en segundo lugar, el conjunto de los codeudores tiene la obligación de *cubrir cualquier insolvencia o incumplimiento* imputable a cualquiera de ellos (arg. ex art. 1.137, 1.144, 1.145 y 1.147 del Código Civil).

Esta dualidad en el concepto de diligencia en el cumplimiento de la obligación, deuda propia en todo caso ya provenga de la reclamación o por incumplimiento del codeudor reclamado, tiene como principal función *la protección del acreedor*. Este, en ningún caso, puede sufrir las consecuencias de una falta de cumplimiento-pago del crédito —ni un incumplimiento-pérdida de la cosa— (18).

En suma, la diligencia del codeudor solidario, al igual que la titularidad activa, se ejerce sobre la totalidad e integridad de la deuda con lo que se convierte en elemento configurador de la solidaridad la idea de *totalidad e integridad en los ejercicios de las titularidades activa y pasiva*.

1.2.1. En cuanto al pago de la deuda

La legitimación pasiva de cada uno de los deudores solidarios se predica de la totalidad de la deuda. Es decir, cada uno de los deudores puede ser objeto de reclamación de la totalidad de la deuda (arg. ex art. 1.084, 1.º,

(18) Sin perdernos en el estudio concreto de la estructura de la obligación no hay que olvidar que en la obligación solidaria también encontramos los dos elementos que integran la obligación, es decir, deuda y responsabilidad.

Sobre la responsabilidad será bueno recordar la definición que de la misma efectuaba HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 70, al indicar que: «es la sujeción del patrimonio del deudor al poder coactivo del acreedor». Independientemente de insistir sobre cuando surge la responsabilidad (es conocida la disputa entre si surge cuando se produce el incumplimiento, así GIORGIANNI: *La obligación. La Parte General de las Obligaciones*, Trad. por E. VERDERA, Barcelona, 1958, pág. 154 y ss., o si surge cuando nace la deuda, así BETTI: *Teoría generale delle obbligazioni*, t. II, Milano, 1953, pág. 35 y ss.; PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro sexto, Torino, 1980, pág. 365 y ss.), lo cierto es que el *deudor es responsable porque debe y desde el momento que debe* mostrándose la responsabilidad como mecanismo de protección del interés del acreedor (arg. ex art. 1.911 CC). Ahora bien, conectado con el concepto de responsabilidad se encuentra el de *garantía*. GUARDIOLA: «La garantía patrimonial y sus formas», *RGLJ*, mayo 1972, pág. 565, nos diría qué garantía es «toda medida que tiende a hacer más segura la posición del acreedor». Es decir, lo relevante de la garantía es su función de aseguramiento del interés del acreedor. Mas, podríamos llegar a entender que las ideas de responsabilidad y garantía guardan una relación de género a especie. La garantía sería un aspecto del principio general que supone la responsabilidad del deudor (vid. GIORGIANNI: *La obligación...*, op. cit., pág. 162). Pues bien, en la deuda solidaria es indudable que nos encontramos ante una garantía a favor del acreedor consistente en que la deuda será cumplida. Esta garantía, conectándola nuevamente con la responsabilidad, significa *no únicamente que el acree-*

1.137 *a sensu contrario*, 1.144 Código Civil). Mas estas afirmaciones confirman que la idea del «todo» será la que identifique la relación externa, momento en que ubicamos la reclamación de la deuda. Esta característica, esencial de la solidaridad, la diferencia de la mancomunidad donde rige la idea de «parte» (*concursus partes fiunt*) en la reclamación de la deuda por el acreedor. Por tanto, en la solidaridad la legitimación activa del conjunto de los acreedores para reclamar la totalidad de la deuda se corresponde con la legitimación pasiva de los codeudores que igualmente se predica de la totalidad.

Los elementos configuradores de la legitimación pasiva en la deuda solidaria supondrán que el acreedor no puede tener límites en su reclamación frente a cualquiera de los deudores. Por ello, el codeudor demandado no podrá interponer ninguna excepción procesal que limite su reclamación: ni el beneficio de división, ni el litisconsorcio pasivo necesario, ni la llamada en garantía del resto de los codeudores ni, por último, la excepción dilatoria de litispendencia. Todas estas figuras procesales son ajenas a la solidaridad.

De la misma forma, la legitimación pasiva por el total de la deuda llevará consigo el que cada uno de los deudores pueda realizar el pago de la totalidad de la deuda y que, además, este pago tenga efectos extintivos (arg. ex art. 1.145 Código Civil) frente al acreedor.

La legitimación pasiva por la totalidad de la deuda tiene a su vez plena eficacia en las relaciones entre los codeudores.

En primer lugar, tras la reclamación de la deuda, provocará que la interrupción de la prescripción se genere sobre el conjunto de los codeudores, de la misma forma que la incursión en mora también se extienda al conjunto de deudores. Estas conclusiones se obtendrán de la aplicación del artículo 1.141, 2.º del Código Civil («las acciones... perjudicarán...») y del artículo 1.974, 1.º («la interrupción de la prescripción... aprovecha o perjudica...»). Por tanto, el artículo 1.141, 2.º del Código Civil proporciona la afirmación de que lo actuado frente a un codeudor solidario —acción del acreedor— produce plena eficacia sobre el conjunto de los codeudores ya que afecta a la integridad del contenido de la deuda y éste es el mismo (identidad) tanto en el codeudor reclamado como en el resto de los codeudores.

En segundo lugar, la sentencia dictada contra cualquiera de los codeudores solidarios debe producir la eficacia de cosa juzgada. Esta afirmación

dor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores en reclamación de la totalidad sin poder interponer el beneficio de división sino, precisamente, en que los deudores, todos, se constituyen como deudores principales ante el acreedor siendo la garantía el poner a disposición del acreedor su patrimonio. No en vano, en páginas posteriores, sostendremos que la solidaridad supone un sistema de garantía superior a la propia fianza.

no debe producirnos ninguna duda si la sentencia se dictó sobre la integridad del contenido de la deuda que, como conocemos, tiene un idéntico contenido en cada uno de los codeudores (19).

En suma, podemos afirmar que situados en la relación externa la nota que informa el cumplimiento de la obligación solidaria será que *lo actuado frente a cualquiera de los deudores solidarios, o por cualquiera de los acreedores solidarios, tiene PLENA EFICACIA FRENTE A LOS DEMAS*.

No obstante, la legitimación activa tendrá igualmente su traslado al ámbito interno o nivelación del perjuicio en la deuda solidaria.

Realizado el pago por cualquiera de los codeudores hará nacer la necesaria nivelación del perjuicio que supone el haber pagado deuda que no le corresponde (arg. ex art. 1.145, 2.º Código Civil). Esta característica nos demuestra que en la relación interna se mantiene la legitimación pasiva del conjunto de los codeudores que no han realizado el pago pero, no obstante, identificada con la idea de «parte» en contraposición con la idea del «todo» que informa la relación externa. La anterior afirmación la proporciona el propio artículo 1.145, 2.º del Código Civil («el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses de anticipo») (20). Mas no debe olvidarse que la titularidad solidaria, como ejercicio o cumplimiento, sólo está dotada de auténtica unidad en la relación externa. En la relación entre los cotitulares únicamente se establece la concurrencia de varios sujetos respecto de un único objeto.

(19) Los puntos de partida que aquí apuntamos se corresponden con las fuentes históricas. Efectivamente, en el derecho romano, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, el Digesto 45, 2, 18 establecía *con carácter general* que «*cada uno puede perjudicar al otro con sus propios actos*». Esta afirmación es la constatación de lo que venimos diciendo en esta introducción y, sin lugar a dudas, se muestra como el verdadero antecedente histórico-legislativo de nuestro actual artículo 1.141, 2.º del Código Civil. Aunque esta tesis tenga como tema fundamental la contestación a la pregunta... ¿puede ser ejecutada la sentencia de condena obtenida por un acreedor solidario en el patrimonio de un codeudor solidario no demandado?, no debemos olvidar que para dar una verdadera contestación a la misma tenemos que elaborar una doctrina general de la idea de «perjuicio» en la deuda solidaria.

En el último lugar, tampoco consideramos que sea el momento para abundar sobre las diferentes opiniones que nuestra doctrina ofrece en relación a supuestos concretos. A pesar de ello digamos que con carácter general seguimos la magistral exposición que de las principales características de la obligación solidaria efectúa BADOSA COLL, Ferrán: *Dret D'obligacions*. Publicacions Universitat de Barcelona, Barcanova, Barcelona, 1990.

(20) Más adelante nos detendremos en el análisis de la presunción de que el pago efectuado por el deudor solidario tiene es pago-extintivo o un pago con efecto subrogatorio (arg. ex art. 1.210, 3.º CC). Nosotros anticipamos que mantendremos la presunción de subrogación en el pago del deudor. Con carácter general puede consultarse la excelente obra de HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: *El pago del tercero*, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1983.

1.2.2. *En cuanto a la obligación de cubrir cualquier insolvencia o incumplimiento*

La solidaridad pasiva estará caracterizada por la *carga de diligencia en el cumplimiento de la obligación* (21).

Cada deudor solidario tendrá la obligación de *cubrir la insolvencia de cualquiera de los codeudores*, o incluso, *cualquier supuesto de incumplimiento*. Igualmente, cada deudor tiene una *legitimación pasiva predicable de la totalidad* ya que puede sufrir las consecuencias de una reclamación judicial precisamente de la totalidad de la deuda (arg. ex art. 1.137 y 1.144 Código Civil).

Pero esta diligencia *predicable de la totalidad de la deuda*, que caracteriza la obligación solidaria en nuestro Código Civil, como la legitimación total en el cumplimiento, es hoy perfectamente sostenible por la labor legislativa llevada a cabo en el Derecho Justiniano.

En esta época del derecho romano se llegará a una *nueva concepción de la obligación solidaria*. Precisamente una reforma *procesal* llevará a que la «*litis contestado*» pierda su eficacia extintiva (22) por cuanto se consi-

(21) B ADOSA: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 69. Siguiendo al citado autor debemos entender por *diligencia*: «... actividad materialmente adecuada dirigida a que la prestación sea realizada y, por tanto, a la efectividad del vínculo. Partiendo de este concepto del artículo 1.104, 1, superamos lo que constituye la razón jurídica fundamental de la diligencia-esfuerzo: el de una diligencia inútil o insuficiente que no ha podido evitar los daños y que, por tanto, desempeña sólo la función de exoneración. La diligencia del artículo 1.104, 1 al definirse como actividad y como materialmente adecuada, descarta el dato apriorístico de su propia utilidad...». Igualmente, págs. 229 y 238.

Extraordinaria importancia tendrá la diligencia total en el cumplimiento en la obligación solidaria ya que ésta se extiende a la totalidad del contenido jurídico de la deuda, es decir, a todos los cotitulares (deudores solidarios). Esta extensión de la diligencia cumplimiento tendrá sus manifestaciones en el pago, cualquiera de los codeudores puede realizarlo con efectos liberatorios frente a todos, en los efectos de la cosa juzgada (arg. ex art. 1.252, 3.º del CC) y, especialmente, en la necesaria diligencia en la conservación de la cosa (arg. ex art. 1.147, 2.º del CC).

(22) En el derecho romano clásico 1. 2.º JAVOLENUS, lib. III ex Plautio de *Duobus reis* establecía: «*Ideoque petitione, acceptilatione unius, tota solvitur obligado*». Así, la *acceptilatio* como la *litis contestatio* realizadas frente a uno de los *correi stipulandi* o *correi promittendi* suponía para la totalidad de los *correi* la extinción de la obligación. Es decir, se asimilaba el ejercicio de la reclamación de la deuda al propio pago. La propia L. 11, 1.º De *novat* (D. 46, 2) ULPiano establecía (refiriéndose a la delegación) se realiza «*vel per stipulationem, vel per litis contestio*».

DEMANGEAT: *Des Obligations solidaires en Droit romain*, op. cit., págs. 64 y ss. El autor establece la principal característica de la *litis contestatio*: «Un des effets les plus importants attachés à cette partie de la procédure qu'on désigne par les mots *litis contestatio, judicium acceptum*, c'est qu'une fois qu'un droit a été ainsi déduit *in judicium*, il se trouve éteint, la même prétention ne pourra plus être renouvelée, le droit d'agir est consumé...».

derará que la obligación solidaria *únicamente* se extinguirá mediante el pago. Es decir, Justiniano admitirá el pago *coactivo*, el que procede tras la sentencia de condena, de cualquiera de los deudores solidarios como manifestación de la *legitimación pasiva por el total* y la *diligencia en el cumplimiento* de la totalidad e integridad de la obligación (23).

La transformación aparece recogida en la C. 8, 40, 28: *Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statum está, ut contestatione*

GIUSEPPINA SACCONI: *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in Diritto romano*, Milano-Dott, A. Giuffrè Editore, 1973, núm. 3, pág. 7 establece (a propósito del análisis de la ley 2.^a de Duobus reis): «In questo brano di Giavoleno é efficacemente descritto il valore estintivo ha la *litis contestatio* conclusa sull'azione esperita da uno dei creditori solidali contro il debitore o dal creditore contro uno del debitore solidali nei riguardi del vincolo che unisce tutte le parte... non può essere esperita una seconda azione da un altro dei creditori o contro un altro debitore».

Sobre la eficacia extintiva de la *litis contestatio* se pronuncian: CARRERAS DEL RINCÓN, Juan: *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, Bosch Editor, págs. 41 y ss.; D'ORS: *Derecho privado romano*, 1961, pág. 149; MASI... voz *Solidarietà*, *op. cit.*, págs. 834; J. ARIAS RAMOS-J. A. ARIAS BONET: *Derecho romano*, t. II. Obligaciones. Familia. Sucesiones, 16.^a ed. Madrid, pág. 553; A. E. GIFFARD: *Droit romain et Ancien Droit Français. Les Obligations*, Troisième Edition por Robert VIL-LLERS: Dalloz 1970, pág. 359. El citado autor hace referencia al «perjuicio» que suponía al acreedor el efecto extintivo de la *litis contestatio*: «L'effet extintif de la *litis contestatio* avait, en notre matière, d'après les principes classiques, le résultat de libérer les codébiteurs solidaires, puisqu'ils étaient tous tenus de eadem re. Cette règle procédurale faisait courir au créancier de graves dangers. S'il s'était attaqué à un des codébiteurs et que celui-ci se trouvât insolvable, il ne pouvait plus reprendre son action contre les autres, la dette étant éteinte ipso iure para la *litis contestatio*»; SAVIGNY (inspirador de la *Escuela Histórica del Derecho*) *Droit des Obligations*, *op. cit.*, pág. 145: «Una institución tres important de l'ancien droit était la consommation résultant de la procédure. Elle reposait sur ce principe, que toute action produite et poussée jusqu'à la *litis contestation* (in litem deducta actio) ne pouvait jamais être reproduite... la *litis contestatio* détruisait ipso iure, dans autre... par exceptio rei *judicatae*.»

En el mismo sentido ALBERTARI: *Le obbligazioni solidali...*, *op. cit.*, págs. 75 y ss.; *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XII, parte primera voz. «*Obbligazioni solidali*», núm. 384, págs. 399 y ss.

Puede consultarse, igualmente, Amparo GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 24 y ss.; GARIJO E ISASA, Manuel: «Obligaciones solidarias en el Derecho romano», en *RGLJ*, núm. 55, t. LV, año vigesimoséptimo; MIQUEL: *Lecciones de derecho romano*, Barcelona, 1984, pág. 131.

(23) Como veíamos, en el derecho romano clásico al configurar la solidaridad como una obligación con un objeto idéntico o único (*idem debitum, eadem res*) llevaba a que naciera un único *iudicium* que agotaba toda *actio* posterior porque toda la prestación (*tota res, tota obligatio*) quedaba in *iudicium deducta* sin poder existir demanda ulterior. En el derecho justinianeo, siguiendo a Amparo GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 169, «la *actio* es la base del ordenamiento jurídico clásico, tanto civil como pretorio. La *obligatio* es el vínculo contraído por una persona y la *actio* es la actividad dirigida a obtener no la prestación, sino la realización de dicho vínculo..., sin embargo, en el Derecho Justiniano, la *actio* se considera pretensión». De hecho no nos debe extrañar que en el derecho justinianeno donde anteriormente se denominaba *actio* aparezca el término *obligatio* (*obligatio in solidum*), es decir, la reclamación por el todo a diferencia de la acción por el todo propia del derecho romano clásico.

contra unum ex hic jacta alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. 1. invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae per solvantur vel alio modo satis ei fiat. 2. idemque in duobus reis promitendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditoriactiones integras et personalesset hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat...

La expresión «*donec per omnia ei satisfiat*» conduce a reafirmar lo que hasta ahora decimos: en el derecho de Justiniano la obligación solidaria no se extingue por el ejercicio de la acción del acreedor, sino que únicamente se produce mediante el pago, e incluso, por el pago coactivo (24).

Mas en las relaciones externas, como quiera que tras la C. 8, 40, 28 el acreedor podía reclamar la deuda de cualquier codeudor solidario mientras no se hubiese llegado a la satisfacción del crédito, se planteaba cual pudiera ser la eficacia de la *res iudicata* con respecto a los codeudores no demandados (25). A nuestro entender, la interpretación literal del precepto de Justiniano nos conduce a sostener que el conjunto de cotitulares en la deuda se verán afectados por la sentencia dictada. GONZÁLEZ explica con gran calidad que: «*Las consecuencias en materia de solidaridad serán decisivas, por cuanto se considerará que la obligación solidaria se extinguirá, funda-*

(24) La solución otorgada por Justiniano para la obligación solidaria provoca que podamos hablar de los principios de legitimación pasiva por la totalidad de la deuda, y a su vez, que los codeudores tengan una carga de diligencia en el cumplimiento total. En verdad, la obligación solidaria dejará de ser *electiva* para convertirse en una obligación donde los codeudores deben sufrir las consecuencias de cualquier insolvencia o incumplimiento de cualquiera de ellos.

Prima facie, sin perjuicio de que más adelante analicemos con mayor detenimiento esta afirmación, podemos afirmar que nuestro Código Civil ha seguido fielmente lo postulado por Justiniano. El artículo 1.144 del Código Civil establece: «El acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los codeudores solidarios...» para seguidamente establecer «... mientras no resulte cobrada la deuda por completo». En el primero encontramos la negación de la vigencia de la *litis contestatio* de la 1. 2 De duobus reis «Ideoque petitione, acceptilatione unius, tota solvitur obligatio», y a su vez, la posibilidad del ejercicio de elección a favor del acreedor solidario y la legitimación por la totalidad de cualquiera de los deudores solidarios. En el segundo se manifiesta la diligencia total en el cumplimiento de cualquiera de los codeudores mientras la deuda no haya sido pagada. ¿Quiere decirse con ello que el acreedor podrá provocar un pago coactivo frente a cualquiera de los codeudores no reclamados, no olvidemos deudores de la totalidad, sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento? A nuestro entender, y sin perjuicio de un análisis posterior detallado, ésta debe ser la consecuencia que se desprende del artículo 1.144 *in fine* y que se corresponde con la expresión *donec per omnia ei satisfiat* del C. 8, 40, 28.

(25) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 44.

mentalmente, por el pago, admitiéndose el pago coactivo, es decir, el que sigue a la condena, y siendo por tanto irrelevante la litis contestatio a los efectos de extinguir la actio y consiguientemente la obligatio (26).

Efectivamente, tras la reforma operada por Justiniano la obligación o vinculación solidaria no quedaba extinguida mientras no se hubiera realizado el pago con lo que el resto de los codeudores, aun no siendo demandados, seguirán vinculados solidariamente, es decir, por el todo (*In solidum*).

Esta permanencia en la vinculación solidaria podía llevarnos a afirmar que la sentencia dictada frente a uno de los codeudores solidarios pudiera ejecutarse frente a cualquiera de ellos. Si por una parte el acreedor ya no debe sufrir la limitación de la elección realizada frente a un deudor solidario, es decir, la *litis contestatio*, y si por otra parte la obligación no se extingue mientras no se produzca el pago total de la deuda; *prima facie* la sentencia dictada frente a un codeudor afectará al resto aunque no hayan sido demandados.

En este sentido se ha pronunciado entre otros autores BIONDI (27) cuando, a propósito de la sentencia de condena, dice: «IL creditore può agire contro gli altri debitori fino el ottenere soddisfacimento integrale». Igualmente COGLIOLO (28) entiende que: «Giustiniano volle darle rimedio... che l'attore poteva agire contro i correi del convenuto, se questo era insolvente; ma questo agire non é nuovo giudizio, ma solo un chiedere l'actio iudicati esecutiva contro chi non fu convenuto».

No obstante la claridad del texto de Justiniano, algún sector doctrinal ha entendido que la sentencia dictada contra un deudor solidario no afectaba al resto (posibilidad de iniciar la ejecución), admitiendo, por otra parte, que el acreedor tendrá la posibilidad de reclamar del resto de codeudores. Estos no quedarían liberados hasta que no se produzca el pago total. Así ALBERTARIO (29) afirmaba: «Giustiniano consente al creditore che abbia ottenuto

(26) GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 220.

(27) BIONDI: *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1952, pág. 368.

(28) COGLIOLO: *Trattato teorico pratico della eccezione di cosa giudicata*, Torino, 1883, págs. 322 y ss.

También se pronunciaba SAVIGNY, *op. cit.*, pág. 146 al decir: «Justinien publia une loi spéciale... en ordonnant que l'action contre un débiteur ne devait jamais empêcher de former ensuite la même action contre la caution ou même contre l'autre reus promittendi, l'exécution effective devant seule faire cesser le droit du créancier».

(29) ALBERTARIO: *Corso di Diritto romano*, *op. cit.*, pág. 198.

Como podemos observar, el citado autor parte de la ineficacia de la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios. A su vez, ésta no podrá ser ejecutada, cuando sea de condena, frente a cualquiera de los codeudores solidarios. Por último, el acreedor tendría la obligación de iniciar un nuevo procedimiento para reclamar la parte de la deuda que reste por pagar, o incluso la totalidad de la misma.

El que tenga que iniciarse un nuevo procedimiento para poder reclamar la parte de la deuda que todavía no ha sido satisfecha no se corresponde con el planteamiento hasta

la condena di uno dei debitori, ma non sia riuscito a conseguire integralmente o parzialmente il soddisfacimento del credito, di rivolgersi ai condebitori; ma riconosce al creditore questa facoltà diciendo che gli rimangono integre le azioni personali e ipotecarie che gli spettavano contro tutti i debitori. *Ciò significa che può agire giudizialmente contro gli altri debitori, dopo aver ottenuto la condanna del primo, ma deve riproporre il giudizio contro di loro e non può servirsi della sentenza di condanna ottenuta per procedere senz'altro alla esecuzione contro di essi. Per tanto, la sentenza non ha efficacia oltre la persona del condannato.*»

En suma, del análisis de la C. 8, 40, 28 podemos establecer una primera conclusión: la reforma elaborada por Justiniano instaura una línea de mayor rigor a la solidaridad. En primer lugar, la observancia del derecho Justiniano supondrá la confirmación de que en la relación externa las vinculaciones activa y pasiva de la obligación solidaria están presididas por la idea de UNIDAD contraria a la idea de PARTE propia de la mancomunidad. Así, el efecto de cumplir (diligencia objetiva de cumplimiento) se produce por el todo afectando a todos, lo actuado por uno de los sujetos solidarios tiene eficacia para todos, y *a sensu contrario* mientras no se ha llegado a la extinción de la obligación (pago) todos los codeudores quedarán vinculados por la obligación pudiendo ser objeto de la oportuna reclamación.

En segundo lugar, la obligación de cumplir del deudor solidario se identificará con los principios *totum et totaliter*. Es decir, la función de integridad en la satisfacción de la deuda (30 y 31).

aquí mantenido. Téngase en cuenta, en primer lugar, no existe una fuente legal que expresamente limite el efecto de la sentencia al deudor solidario demandado, y en segundo lugar, que como hemos dicho anteriormente, la reforma «procesal» de Justiniano suponía la no extinción de la *actio* y por ello de la propia *obligatio* mientras no se hubiera satisfecho en su totalidad la deuda. Por ello, parece contradictorio que si Justiniano lo que pretendía era que aumentaran las garantías del acreedor eliminando la *litis contestado* por otra parte se le exigiera iniciar un nuevo procedimiento por el resto frente a cualquiera de los codeudores.

Sin perjuicio de que en el capítulo segundo analicemos con mayor detenimiento la extensión de la cosa juzgada a los codeudores solidarios, sí que queremos hacer constar que no debe existir ninguna duda de que en el derecho justiniano la obligación solidaria estaba regida por los siguientes principios: El de legitimación pasiva total. Cualquiera podía ser reclamado por la totalidad. El principio de diligencia en el cumplimiento también total. Cualquier codeudor tendría la obligación de responder de cualquier insolvencia del codeudor demandado. Todo ello bajo el principio esencial de que la obligación solidaria mantenía su vigencia hasta el momento en que se producía el pago.

(30) El que mantengamos que en la obligación solidaria se ha seguido una línea rigorista instaurada por el derecho de Justiniano tiene importantes argumentos. Efectivamente, en la relación externa se llegará a que lo actuado frente a uno de los codeudores afecte al conjunto de ellos (arg. ex art. 1.141, 2.º del CC). De la misma forma el artículo 1.252, 3.º del Código Civil mantendrá, en el ámbito procesal, la traducción de este rigor en la obligación solidaria: el ser considerado cada uno de los deudores como si fuera el único (principio de titularidad pasiva por el todo). De la misma forma,

Ahora bien, sea cual sea la tesis que mantengamos sobre la eficacia de la cosa juzgada en la obligación solidaria (posteriormente desarrollaremos a propósito de la extensión de efectos en la solidaridad) (32) no hay que desconocer que en el derecho Justiniano se pasó de la existencia de una confusión sobre los efectos extintivos de la *litis contestatio* a la afirmación de que la solidaridad únicamente se extingue por la total satisfacción del acreedor, esencialmente el pago (33).

en la parte activa, lo actuado por uno de los acreedores se extenderá (beneficio o perjuicio) al resto de los coacreedores (arg. ex art. 1.143 del CC y el art. 1.141, 1.º del CC). De la misma forma ello no es sino la consecuencia del ejercicio de la titularidad activa por el todo.

Bien podríamos concluir que en la obligación solidaria los ejercicios de las titularidades activa y pasiva hacen que podamos hablar de un sistema típico español en la regulación de la solidaridad que se aparta de los sistemas de ordenamientos cercanos al nuestro como el italiano y el francés.

Sobre la peculiaridad del sistema español volveremos a insistir cuando analicemos la extensión del perjuicio en la obligación solidaria.

(31) Téngase en cuenta que esta es la opinión que puede desprenderse de los artículos 1.137, 1.141, 2.º y 1.144 del Código Civil, en relación con el 1.252, 3.º del Código Civil.

(32) Véase el capítulo segundo del título primero.

(33) La problemática sobre los efectos de la *litis contestatio* que Justiniano definitivamente zanjó provenían por el diferente tratamiento que algunos textos habían otorgado a la *litis contestatio*. Así, siguiendo a HERNÁNDEZ GIL: «La solidaridad en las obligaciones...», cit. *RDP*, pág. 400: El origen y los fundamentos de la pretendida distinción son los siguientes: en el *Corpus iuris civilis*, y en concreto, en el *Digesto* aparecen dos series de textos entre sí contradictorios. En D. II, I, 8; D. II, I, 20, D. 14, I, I, 24; D. 21, 2, 51, 4; D. 44, 2, 21, 4; D. 45, I, 116; D. 45, 2, 2; D. 45, 2, 16; D. 46, 2, 31, I; se regulan supuestos de relaciones obligatorias solidarias atribuyéndose efectos extintivos a la *litis contestatio*, de forma que ésta tiene eficacia consuntiva también con respecto de los que no fueron parte en el pleito. Por el contrario, en D. 13, 6, 5, 15; D. 16, 3, I, 43; D. 26, 7, 18, 1; D. 26, 7, 18, 42; D. 27, 3, 15, etc. donde así mismo se regulan supuestos de relaciones obligatorias solidarias, se advierte que sólo el pago produce efectos extintivos objetivos, y no la *litis contestatio*.

Al respecto, y sin ánimo de ser exhaustivo, puede consultarse a ALBERTARIO: *Le obbligazioni solidali*, op. cit., págs. 76 y ss.; Amparo GONZÁLEZ: *Una visión unitaria de las obligaciones solidarias en el derecho romano clásico*, op. cit., págs. 23 y ss.; Nicola DISTASOL: *Le obbligazioni in general*, Unione Tipografico-Editrice Torinese núm. 360, pág. 949; DEMANGEAT: *Des obligations solidaires en droit romain*, op. cit., págs. 2 y ss.; MASÍ VOZ «Solidariedad» en *Novísimo Digesto Italiano*, op. cit., pág. 833; GARGIULO: *II Digesto Italiano*, voz «Solidariedad», vol. XXII (1.ª parte), núms. 17 y 18, pág. 5. Un amplísimo tratamiento en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XII, parte I, núms. 383 a 389.

Conectado con los efectos que generaba la *litis contestatio* en el Derecho romano clásico, y la diferente solución que de la misma se daba en los precedentes legislativos romanos, la escuela histórica del derecho entendió que dentro de las obligaciones con pluralidad de sujetos existían las denominadas «correales» (extinción mediante la 1. c), y las simplemente solidarias (no extinción por el ejercicio de la 1. c). La confusión aparecía en cuanto que en determinados textos del *Digesto* se hacía alusión a *unum debitum* y en otras ocasiones *utraque obligado, duae obligationes* (véase nota núm. 6,

La solución estaba servida, una reforma *procesal* había llevado a un sistema mucho más riguroso. Todos los deudores quedaban vinculados frente al acreedor mientras no se hubiera realizado la satisfacción de la deuda. Mas esta vinculación les llevará a poder padecer la insolvencia o incumpli-

pág. 14). SAVIGNY: *Le Droit des Obligations partie du Droit Romain actuel*. Trad. de T. HIPPERT. Tome premier, Paris, 1873, pág. 112: «Dé á présent cependant dans la rétorsion éronée de ce rapport, en ce que l'on admettrait que partout où le phénomène cité à l'instant apparaissait l'exception, indiquée plus haut, d'une obligation exigible pour le tout de plusieurs personnes existerait également. Bien plus, le phénomène cité peut aussi parfois se rencontrer á côté d'obligations tout á fait différents et indépendantes Tune de l'autre». WINSCHIED: *Diritto delle Pandette*, trad. italiana de FADDA y BENSA con note e referimenti al Diritto Civile Italiano. Nuova ristampa stereotipa. Volume Secondo. Torino Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, pág. 143; en el mismo sentido nos dirá: «un altro rapporto giuridico, la cui struttura giuridica é essenzialmente diversa, il rapporto vel quale inverso anche vel caso d'una pluralità di creditori o debitori puo venir richiesta soltanto una prestazione per una volta tanto, ma per ogni creditori e debitori esiste un particolare diritto di credito. A causa della eguaglianza della portata economica questo rapporto deve essere trattato contemporaneamente all'obbligazione correal, sebbene esso sistematicamente non apporti a questo punto. Per designare lo stesso si suole usare l'espressione» obbligazione semplicemente solidali». El autor, siguiendo a SAVIGNY, apreciaría la diferencia entre la correalidad en que: «Ma il rapporto correal, oltre alla solidarietà ha ancora un'altra qualità quelle de l'unità dell' obbligazioni». En suma, la correalidad será entendida como una *única obligación con pluralidad de relaciones subjetivas* («Subjektive Beziehungen»): «Ció vol dire, che data una pluralità di creditori, per il precetto giuridico contenuto nell'obbligazione é regolata la volontà d'ogni singolo creditore, come de egli fosse l'unico creditore, e che in caso dui una pluralità di debitori il precetto giuridico contenutto nell'obbligazioni é rivolto ad ogni debitori como egli fosse l'unico debitore». WINSCHIED: *op. cit.*, pág. 144.

La misma solución adoptó DERBURG: *Diritto delle Obligazioni*. Prima Traduzione dal Tedesco sulla 6.^a Edizione di Francesco BERNARDINO CICALA con Prefazione di V. SCIALOJA y G. P. CHIRONI. Fratelli Bocca Editori, Torino, 1903; pág. 282 a 287.

Sobre la distinción entre la obligación correal y solidaria puede consultarse a Ludwing ENNECCERUS y Heinrich LEHMANN en Theodor KIPP, Martin WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, Trad. española y notas de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGER, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1954. Bosch Casa Editorial (2.^a ed., al cuidado de PUIG BRUTAU), págs. 434 y 435; Giuseppina SACCONI: *Studi sulle obbligazioni solidali*, *op. cit.*, págs. 111 y ss.; DISTASO: *Le obbligazioni in General*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, pág. 949; Giuseppe BRANCA: «Obbligazioni solidali, correali, collettive», en *Revista di Diritto Civile*, anno III, 1957, Parte Prima, Padova-Cedam, págs. 150 y 151; LANGO: *Diritto delle Obbligazioni*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1950, pág. 70; BAGIO BRUGI: *Instituciones de Derecho Civil*, trad. a la cuarta ed. italiana por Jaime SIMO BOFARULL, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana México (sin especificar fecha), págs. 275-276; Sandro FRASSON: «Le obbligazioni in solido», en *Rivista Diritto Civile*, anno XXII, 1976 (Parte Seconda), núm. 3, pág. 138; Guido BISCONTINI: *Solidarietà fideiussoria e decadenza*. Edizioni Scientifiche Italiane. Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'università di Camerino. A cura di Pietro PERLINGIERI, núm. 18, año 1980, pág. 39, núm. 5; Enrico COLAGROSSO: *Teoria Generale delle Obbligazioni e dei contratti*, Seconde Edizione Riveduta ed Ampliata, Roma, 1948, núm. 63, págs. 141 v. ss.; GIORGIO DE SEMO: *Le obbligazione solidali in Diritto di Commercio*. ATHENAEUM: Roma, 1916, núm. 6, págs. 10 y ss.; ARCHI: *Sul concetto*

miento de cualquiera de los codeudores (carga de diligencia en el cumplimiento por la totalidad) (34).

¿Es esta la solución acogida por nuestro Código Civil? En principio, creemos que sí. En nuestro derecho, como predicábamos anteriormente, cada deudor solidario corre con la carga de diligencia en el cumplimiento por el todo. Así lo confirma el artículo 1.144 *in fine* del Código Civil, el artículo 1.145, 1.º del Código Civil, el artículo 1.146 CC, y el artículo

di obbligazione solidale, en *Coferenze romanistiche*, Milano, 1940; PERTERLONGO: *Intorno all'unità o pluralità di vincoli nella solidarietà contrattuale*, Milano, 1941.

En la doctrina cabe citar a HERNÁNDEZ GIL: *La Solidaridad...*, cit., págs. 400 y ss.; LEÓN ALONSO: *op. cit.*, págs. 55 y ss.; Cristóbal MONTES, *op. cit.*, págs. 253 y ss.; CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 121 y ss.

Por último, ya conocemos que la alegada distinción ha sido abandonada tras los trabajos de ASCOLI y EISELE que, aun reconociendo el estado ruinoso de los textos romanos, justificaron el diferente tratamiento dado por los problemas de supresión de los textos del derecho romano clásico la mención a la no extinción de la solidaridad por ejercicio de la *litis contestado*. Un trabajo riguroso sobre la inexistencia de dos tipos de obligaciones se encuentra en Amparo GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 26 y ss., y ALBERTARIO, *op. cit.*, págs. 84 y ss.

(34) Muchísima importancia tiene el paso que se llevó a cabo en el derecho justinianeo. Así, BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1965, pág. 361 llegó a la conclusión de que en aquellos casos dudosos se integran también en un concepto de solidaridad. El autor establecía que los textos del derecho romano clásico en que se negaba los efectos extintivos de la *litis contestado* no obedecían a la verdadera solidaridad que él consideraba la electiva, sino a las obligaciones *comulativas*, es decir, a cuando varias personas se obligaban independientemente las unas de las otras a la realización de una prestación idéntica.

Esta distinción fue perfectamente desarrollada por ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 11. El autor definía la *obbligazioni cumulative* diciendo que: «Si ha l'obbligazioni cumulative o solidali *conmulativa* o *multipla*, quando la prestazione, dovuta in conseguenza di un rapporto obbligatorio comune a più creditori o più debitori, può essere domandata per intero al debitore dai vari creditori, tante volte quanti sono e deve essere pagata per intero al creditore dai debitori, *tante volte quanti essi sono*».

I Romani parlano di obbligazione *in solidum* per significare l'antitesi con le obbligazioni *pro parte* o *pro rata*. Il caso tipico di obbligazioni cumulative era nel diritto romano quello delle obbligazioni *ex delicto*. A esta construcción de la *obbligazioni cumulative* el autor opina la obbligazioni solidali o solidali elettive (anteriormente también diferenciaba una tercera configuración *obbligazioni parziare*). La *ellettive* suponía: «Questa configurazione si può adeguatamente indicare così. Si ha una pluralità di soggetti o dal lato attivo o dal lato passivo e la obbligazione é intera in ciascuno di essi; ciò é dire, *ciascuno dei vari titolari del diritto é creditore per l'intero, non però conmuladvamente, bensì ellettivamente, in guisa che il credito o il debito di ciascuno si può estinguere* in una sola volta per tutti. In altre parole uno solo dei creditori esige, e si fa ragione per tutti; uno solo dei debitori paga, e paga per tutti.»

La reforma de Justiniano vino a configurar una obligación solidaria presidida por el principio de la elección (*ius electioni*), y sobre todo, por la inexistencia de una extinción en el ámbito del ejercicio de la *actio* por parte del acreedor. De la misma forma la obligación *in solidum* suponía el que todos quedaran vinculados por el todo (objeto idéntico y único), con lo que realizada la prestación por cualquiera de ellos no podría ser demandada una nueva vez. Quizá sea aquí donde podamos encontrar una auténtica

lo 1.147 del Código Civil. De la misma forma la legitimación de cada uno de los deudores **solidarios** debe estar referida a la totalidad de la deuda. Lo confirma el artículo 1.137 *a sensu contrario* y el artículo 1.144 del Código Civil. Por tanto, los efectos de la desaparición de la *litis contestado* en el derecho justiniano supondrán:

1. La posible elección de cualquiera de los deudores solidarios para reclamar la totalidad.

2. La desaparición de la imposibilidad procesal de poder ejercer nuevamente la *actio* sobre cualquier codeudor solidario mientras no se produjera la extinción de la obligación.

3. La función de construir la solidaridad como obligación pensada en interés del acreedor que no tendría que sufrir las consecuencias de la insolvencia de ninguno de los deudores (admisión del pago coactivo y, por tanto, de una comunicación de los patrimonios de los codeudores a la satisfacción del acreedor) deben ser predicados *prima facie* en nuestro Ordenamiento jurídico. Los preceptos citados en sede de obligación solidaria a ello responden. Mas, sin duda, también a esta idea responden los artículos 1.141, 2.º y 1.252, 3.º del Código Civil como traducciones de la transformación operada por Justiniano en la obligación solidaria (35).

distinción entre las obligaciones con una pluralidad de sujetos: la obligación solidaria o solidaria electiva (solidaridad propiamente entendida) y la solidaridad **comulativa** (obligación *in solidum*). En el ámbito de la legitimación pasiva la distinta concepción de la obligación solidaria tendrá sus consecuencias: en primer lugar, la obligación solidaria supondrá que todos los sujetos queden vinculados a la satisfacción; todos deben cumplir y todos deben sufrir las consecuencias del incumplimiento, es decir, incluso el cumplimiento forzoso (ejecución de la sentencia obtenida sobre su patrimonio). En segundo lugar, en la comulativa la pluralidad de sujetos no supondrá un único objeto (la deuda existente es única para todos los sujetos como ocurre en la solidaridad) sino una pluralidad o diversidad de objetos que supondrá la independencia de cada uno de los sujetos (no extensión de la cosa juzgada, la prescripción, la mora, etc.).

En definitiva, la obligación solidaria electiva que en el derecho justiniano se construye y que a la postre recogió nuestro Código Civil vendría configurada por el principio de *la deuda total debida por todos los sujetos solidarios cristaliza en un IDEM, es decir, en que cada uno deberá lo mismo, el TODO, pero entre todos por igual*. Todos deben unir sus fuerzas para conseguir la extinción. Esta unión de fuerzas es lo que supondrá la comunicación o compromiso de todos los patrimonios al cumplimiento de la obligación (arg. ex art. 1.911 CC).

Sobre la obligación *in solidum* y su vigencia en nuestro ordenamiento es de observancia debida la obra de León ALONSO: *La categoría de la obligación «in solidum», op. cit.*, págs. 45 y ss.; SOTO NIETO: *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo (vinculaciones solidarias)*, Madrid, 1982, págs. 59 y ss. SOTO NIETO: «Dinámica de la obligación solidaria. La obligación "In solidum" », en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de noviembre de 1980, págs. 1 a 14. Sobre la doctrina francesa comentaremos posteriormente *en solid.* perfecta e imperfecta.

(35) Aunque sea anticiparnos a conclusiones posteriores no podemos desaprovechar el momento para comentar que el interés práctico de la solidaridad se enmarca

En el fondo, en la obligación solidaria late una idea de seguridad en beneficio del acreedor que tendrá frente a él una pluralidad de sujetos obligados por la totalidad (36), y que, a su vez, esta seguridad se concretará en la posibilidad de elección, y esencialmente, en que no quedarán liberados ninguno de los deudores mientras no se produzca el cumplimiento total de la obligación. En suma, lo que caracteriza a la obligación solidaria será la idea del todo que sustituye a la idea de parte (*concurus partes fiunt*) en el cumplimiento (*in solutione*). Por ello, es importante rescatar la afirmación utilizada por MOLINAEUS (37) que, a propósito de la obligación solidaria, establecía: «In obligatione correali, totaliter debetur ex obligatione». Con lo que la expresión «totaliter debetur» proporciona la principal característica de la obligación solidaria: los deudores solidarios serán siempre, mientras no se extinga la deuda, deudores del todo y de la integridad (38).

en el hecho de la extensión del ámbito de responsabilidad, por una sola relación obligatoria, al patrimonio de todos los deudores. Si todo deudor tiene la carga de diligencia en el cumplimiento (arg. ex art. 1.104 del CC) y de este cumplimiento responde todo su patrimonio (arg. ex art. 1.911 CC «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros») esta solución será aplicable a todos los deudores solidarios ya que éstos ejercen la titularidad pasiva por la integridad o totalidad de la obligación. Sin duda alguna la solidaridad implicará un aumento de seguridad de que la deuda será satisfecha y, además, la mayor certeza de que lo será en tiempo oportuno con la consideración, por otro lado, de que el acreedor podrá elegir a aquel de los deudores que le confiera unas mayores garantías de cumplimiento.

De lo dicho se desprende que el bien jurídico que protege la solidaridad de deudores radica, principalmente, en la posibilidad de elección del acreedor para exigir la totalidad (arg. ex art. 1.137 CC), y en segundo lugar, la total cobertura del riesgo de insolvencia de cualquiera de los deudores (arg. ex art. 1.144 CC). Por ello convenimos con DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, op. cit., pág. 420 cuando opina que: «La solidaridad pasiva lo que se trata de conseguir fundamentalmente es un esfuerzo de la posición del acreedor. La solidaridad pasiva cumple, de esta manera, esencialmente una función de garantía. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos. Cuando se habla de solidaridad de deudores se está aludiendo en rigor a una responsabilidad solidaria.»

(36) J. W. HEDEMANN: *Tratado de Derecho Civil*, vol. III. Derecho de Obligaciones. Trad. de Jaime SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, pág. 215.

(37) MOLINAEUS: *Extricatio labyrinthi dividui et individui*. Caroli Molinaei Operum, t. IV, París, 1658.

(38) En el derecho romano esta había sido la consecuencia de la obligación solidaria. La L. 3, tít. 1, lib. 45 Dig decía: «Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti. Hoc est enim duorum reorum ut unisquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti. Partes autem á singulis peti posse, nequaquam dubium est: quemadmodum et à reo et fidejussore petere possumus. Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa est: ut, sive unus solvat, omnes liberantur; sive solvatur ab altero, liberatio contingat «...». Cuando hay promitentes solidarios puede reclamarse la totalidad contra cualquiera de ellos, es decir, que cada uno de los

La manifestación de la idea de totalidad e integridad en la deuda solidaria había sido formulada por POTHIER: «Pour qu'une se soit obligé aussi totalement à la prestation de la chose, que s'il eût seul contracté l'obligation» (39).

Efectivamente, la idea de que cada uno de los deudores solidarios debe ser considerado como si fuera el *único deudor* tiene en la satisfacción de la deuda su máximo exponente (40).

deudores solidarios queda obligado por entero y puede reclamarse de él. Tampoco es dudoso que se puede reclamar de ellos, uno a uno, la parte que les corresponda, como podemos hacer tanto con el deudor como un fiador. En efecto, al haber una sola obligación, hay también una sola cantidad, y si se paga uno de los deudores, se liberan todos ellos, y si se paga a uno de los acreedores hay liberación respecto a otros de ellos (traducción de Alvaro D'ORS y otros en *Digesto de Justiniano*, Pamplona, Aranzadi, pág. 522).

En el mismo sentido se pronunciaba la L. 2 de Duobus reis, Javolenus, lib. III ex Plautio: «Cuando dos personas prometieran a la vez la misma cantidad, o la estipularan, se debe de propio derecho a cada una o debe cada una *el todo* solidariamente; por eso la obligación entera se extingue por la demanda o la aceptilatio de una de ellas» (Alvaro D'ORS y otros en *Digesto de Justiniano*, op. cit., pág. 522).

Los textos transcritos del Digesto nos ofrecen la idea general de la solidaridad en el Derecho romano. La necesidad de un *único objeto (eadem pecuniam)* o como en la L. 1 de Duobus reis se establecía («Una res vertitur»). De la misma forma debe entenderse que existe una única obligación («ideoque»). Mas, por ello, era lógico que la «acceptilatione "... tota solvitur obligatio». Posteriormente analizaremos cómo se produce el tránsito de la consideración de la *petitione* con efecto extintivo a una situación de no extensión.

Sobre la obligación por el todo en la deuda solidaria véase a ALBERTARIO, op. cit., pág. 23; DEMANGEAT, op. cit., pág. 14; PEROZZI: *Instituzioni di diritto romano*, t. II, Milano, 1947, pág. 134; SACCONI, op. cit., pág. 7; ALBERTI: *Le obbligazioni solidali sorgenti da stipulatione correae nella dottrina del Diritto intermedio*, págs. 24 y ss.; SAVIGNY, op. cit., págs. 430 y ss.; GONZÁLEZ, op. cit., págs. 26 y ss.; Robert VILLERS: *Droit romain et ancien droit Français*, en Précis Dalloz. Los Obligations. Troisième Edition. Dalloz, 1970, pág. 359; ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET: *Derecho romano*, op. cit., cit., t. II, pág. 551; MASI, VOZ «Solidarietà» en *Novissimo Digesto italiano*, op. cit., t. XVII, núm. 1, pág. 831.

(39) POTHIER: *Traité*, op. cit., núm. 262, págs. 244 y 245.

(40) En este sentido se ha pronunciado HERNÁNDEZ GIL: *La solidaridad en las obligaciones*, cit., pág. 405; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, op. cit., pág. 59 «cada miembro del grupo vale por todos...».

Especial relevancia tiene el considerar a todos los deudores solidarios como si fueran un único deudor. Esta especial configuración de la titularidad pasiva dará lugar a que posteriormente podamos entender que lo actuado frente a un deudor solidario produce plenos efectos al conjunto de los codeudores. A ello responderá el párrafo segundo del artículo 1.141 del Código Civil. De esta forma cualquier ejercicio de tutela del crédito por parte del acreedor tendrá consecuencias sobre la totalidad de la deuda, es decir, sobre todos los deudores solidarios que frente al acreedor actuarán como si fueran un único deudor.

2. LA IDEA DE «PERJUICIO» EN LA LABOR LEGISLATIVA

2.1. EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

El Código Civil contempla la institución de la solidaridad en la sección cuarta («De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias»), capítulo III («De las diversas especies de obligaciones»), libro IV («De las obligaciones y contratos»).

En concreto, y en cuanto a la idea de perjuicio se refiere, el artículo 1.141 establece (41):

«Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial.

Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos.»

Pero si lo estipulado en el artículo 1.141 *in fine* es del todo expresivo, y desde luego, de fácil comprensión, se hace más palpable la idea de perjuicio cuando lo ponemos en relación con los preceptos que regulan la solidaridad.

En efecto, ya sea en la titularidad solidaria activa o en la pasiva de la obligación, los artículos 1.143, 1.145, 1.146, 1.147 y 1.148 del Código Civil son ejemplos de lo que entendemos por **EXTENSION DEL PERJUICIO A LA TITULARIDAD SOLIDARIA PASIVA**.

El artículo 1.143.1 establece:

«La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146.»

Por su parte el artículo 1.145.1 dice:

«El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación». (42).

(41) Aunque nuestro estudio quede centrado en la titularidad solidaria pasiva, no podemos dejar de estudiar los efectos de la idea perjuicio en la titularidad activa. A modo de indicación cabe resaltar la antinomia, al menos aparente, que se produce entre el citado precepto y el artículo 1.143. En este último, en contra del anterior, se mantiene la idea de la extensión del «perjuicio» al conjunto de acreedores solidarios por los actos realizados por uno de ellos.

(42) Los citados preceptos, artículos 1.143 y 1.145, pudieran no entenderse la consideración de «perjuicio». A nuestro entender, la idea de «perjuicio» debe ser entendida desde un punto de vista amplio como integrante de las ideas de **TOTALIDAD** e **INTEGRIDAD** que configuran las titularidades activas y pasivas en la obligación solidaria. Por tanto, aun significando la extensión de la obligación por un acto de uno o varios

Por último, el artículo 1.141 del Código Civil también concuerda con los artículos 1.146, 1.147 y 1.148. Estos preceptos señalan respectivamente que:

«La quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecta a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos.»

«Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente.»

«El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor... De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables.»

Pero si la *congruencia* legislativa aparece, en principio, demostrada, cuestión bien diferente ocurre al intentar encontrar los precedentes legislativos del artículo 1.141 del Código Civil. La mayoría de la doctrina, que se ha detenido en estudiar los antecedentes históricos y legislativos del artículo 1.141, suele coincidir al señalar cuáles han sido las fuentes legislativas del párrafo primero pero guardan silencio a la hora de determinarlos en cuanto al párrafo segundo (43).

acreedores o por el pago de uno de los deudores un supuesto beneficio, no es más que la demostración de la eficacia EXTENSIVA de los actos realizados «contra» o «por» cualquiera de los deudores.

(43) José María MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, Madrid, 1901, pág. 190; comenta como precedentes para el párrafo segundo el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 (paralización de la prescripción) y Cod. VIII, 40, 5 de Justiniano. Igualmente cita como concordantes los artículos 1.198, 1.199, 1.206 y 1.207 del Código francés; 894 del de Austria; 2.085 del de Luisiana; 1.463 del de Guatemala, /13 y 714 del argentino; y 1.357 núm. 3 del uruguayo.

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de motivos de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*. Redactado por Pascual MARÍN PÉREZ, t. XIX (arts. 1.088 a 1.213), 2.ª ed. Madrid, 1957, pág. 840. El citado autor al analizar los precedentes legales no encuentra ninguno concreto.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto del Código Civil español de 1882-1888. Centenario de la ley del Notariado. Sección IV. Fuentes y Bibliografía. Vol. 1.º*, págs. 361 y ss. Señala como fuentes legislativas del párrafo primero el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.198 del Anteproyecto belga de LAURENT.

LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española. Codificación española (Génesis e Historia del Código). Vol. II. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación*. Madrid, 1980, pág. 660. Cita como precedentes del artículo 1.140, 1 el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.198 del Anteproyecto belga. Guarda igualmente silencio hacia el párrafo segundo.

Ante este panorama, y a nuestro entender, lo que se ha producido es una situación de auténtica RUPTURA, en el sentido de que no es posible determinar con exactitud ningún precepto en nuestro Derecho o en el comparado que claramente haya servido de base para motivar el redactado del artículo 1.141, 2 del Código Civil. No obstante, todo parece indicar que los precedentes, aunque confusos, inmediatos son el artículo 1.158 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 y el artículo 1.059 del proyecto de 1851.

Por último, también concuerda el artículo 1.141, 2 del Código Civil, aunque su regulación se encuentre fuera de los preceptos que específicamente se dedican a la obligación solidaria, con los artículos 1.252, 3 y 1.974 del Código Civil.

El primero de ellos EXTIENDE los efectos de la sentencia al conjunto de deudores solidarios («unidos por vínculo de solidaridad»), y el segundo confirma la línea del artículo 1.141, 2 al establecer:

«La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.»

En conclusión, bien podríamos detenernos en dos características que se desprenden de la regulación que de la solidaridad efectúa nuestro Código Civil:

1. La idea de extensión de los efectos (acciones) al conjunto de deudores solidarios en las relaciones externas. Manifestaciones de la misma se encuentran la propagación de la prescripción ganada contra uno de los deudores al resto de los codeudores, la incursión en mora de uno de los deudores, la culpa de uno de los deudores solidarios, la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios.
2. La inexistencia de un precedente claro del actual artículo 1.141, 2 del Código Civil.

2.2. EL PROYECTO DE LIBRO III Y IV DE CÓDIGO CIVIL (1885-1888)

Utilizando un método histórico-regresivo (44), cabe analizar cuál ha sido el precedente legislativo que ha dado lugar al actual 1.141, 2 del

Vicente GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XV, vol. 2.º (arts. 1.125 al 1.155 del Código Civil). Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 261; establece que carece de precedentes en el Proyecto de 1851.

(44) Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El Anteproyecto de Código Civil en 30 de abril de 1888», en *ADC*, 1960, IV, págs. 1.177 y ss.

Código Civil. De esta forma, el citado precepto encuentra su precedente inmediato en el artículo 1.158 del Anteproyecto de Código Civil, cuya redacción era idéntica a la actual (45):

«Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial.

Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos.»

También concuerda con el Código Civil vigente, aunque numéricamente sólo de forma aproximada, en la ubicación sistemática de los artículos (46).

Es más problemático el determinar la procedencia del artículo 1.158 del Anteproyecto. En rigor no encontramos ningún precepto que coincida con el artículo 1.158. Ahora bien, no hay que olvidar que en la redacción del Anteproyecto de Código Civil se tuvo especialmente en cuenta el Proyecto de 1851, las propias PARTIDAS como derecho culto y principio de la Codificación, la Ley Hipotecaria de 1869, la ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, e incluso proyectos que no habían adquirido la categoría de ley (ej. el Proyecto de Foros realizado por Antequera) (47).

Por tanto, se tendrá que proceder con especial dedicación al análisis de los precedentes anteriores al Anteproyecto toda vez que la propia Ley de

(45) Lasso GAITE: *Crónica de la Codificación española*, op. cit., vol. 2.º, págs. 758-759. El citado autor explica como la solidaridad aparece recogida en el legajo número 18 con el título de Proyecto de Código Civil de 1888 (ponencias), carpeta 1.ª, libro IV de las obligaciones y contratos en general. Además, en la carpeta 5.ª aparecen correcciones de ANTEQUERA. Por su parte CÁRDENAS propuso la enmienda al artículo 1.154, añadiéndole el término «solidaridad», que aparece en el actual artículo 1.137 del Código Civil.

No hay que olvidar que la Sección de lo civil la configuraban en la presidencia Florencio RODRÍGUEZ VAAMONDE, sustituido por Manuel ALONSO MARTÍNEZ, Juan Manuel GONZÁLEZ ACEVEDO, José María MANRESA, Benito GUTIÉRREZ, Valeriano CASANUEVA, Domingo RIVERA. Por parte de los foralistas hay que citar a Manuel DURÁN Y BAS, Luis FRANCO LÓPEZ, Antonio MORALES GÓMEZ, Manuel LECANDA MENDIETA, Pedro RIPOLL DALOU y Rafael de LAGO. La ponencia de obligaciones y contratos fue realizada por GAMAZO.

(46) En el Anteproyecto de libro IV se recogía la regulación de la solidaridad en la sección cuarta, con el mismo título que en la actualidad «de las obligaciones mancomunadas y solidarias», capítulo II «De las diversas especies de obligaciones», coincidiendo igualmente con el sistema del Código Civil.

(47) Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El Anteproyecto», cit., *ADC*. Igualmente vid. Francisco SILVELA, «El Código Civil»: Conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 29 de enero de 1889. *RGLJ*, t. 74, núm. 112; Modesto FALCÓN: «Codificación civil», en *Rev. Tribunales*, 1880, III; Fermín CANELLA SECADES: «La Codificación civil en la América Española»; José María CASTÁN VÁZQUEZ: «Ediciones Privadas del Código Civil», en *RDN*, julio 1965.

Manuel ALONSO MARTÍNEZ: *El Código Civil y las legislaciones forales*, Madrid, 1884, págs. 14 y ss.

Bases del 11 de mayo de 1888 (Gaceta núm. 143 del 22 de mayo de 1888) manifiesta: «Se mantendrá el concepto histórico de la *mancomunidad*, resolviendo por principios generales las cuestiones que nacen de la solidaridad de acreedores y deudores.»

Si el artículo 1.158, 2.º del Anteproyecto tiene en común con el Código Civil actual la regulación del artículo 1.141, 2.º e, igualmente, no contemplar un antecedente inmediato, también coincide en la idea del «perjuicio» o la manifestación de la **EXTENSION** de los efectos al conjunto de deudores. Así, los actuales artículos 1.143, 1.146, 1.147, 1.148, 1.252 y 1.974 toman razón de los anteriores artículos 1.160, 1.163, 1.164, 1.165, 1.265 y el artículo 45 del Capítulo III (prescripción de acciones) del Título... De la Prescripción (48).

2.3. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. LA LIMITACIÓN DE LA IDEA «PERJUICIO» EN LA DEUDA SOLIDARIA

La regulación de la solidaridad en el Proyecto de Código Civil de 1851 responde a una concepción diametralmente opuesta a la realizada por nuestro Código Civil actual. En efecto, el régimen de la solidaridad en el Proyecto de 1851 está inspirado en la regulación del Code francés y por tanto bajo la idea de la *obligación múltiple conjunta* (49).

(48) LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española*, op. cit., vol. II, págs. 659, 670 y 749.

(49) JORGE CAFFARENA LAPORTA: *La solidaridad de deudores*, Ed. Edersa, Madrid, 1980, pág. 233. En el mismo sentido MELUCCI: *La teoría delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, 1884, pág. 128. Aunque la explicación de MELUCCI esté referida a la doctrina italiana no es válida ya que el Código Civil italiano sigue la misma regulación que el Código francés.

Nuestro Código Civil actual tiende a configurar la obligación solidaria como **UNICA**. Aunque esta opinión es compartida por BALLARÍN MARCIAL: «Titularidad solidaria», en *AAMN*, t. XIII, 1962, págs. 195 y ss.; COSSIO: *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1975, pág. 220; CAFFARENA: *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 255; Miguel Ángel PÉREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la Fianza*, Ed. Aranzadi, 1985, pág. 72. En contra, manteniendo la pluralidad de vínculos, hay que citar BONET RAMÓN: «Comentarios a la Sentencia de 23 de julio de 1908», en *RDP*, t. XXVII, 1943, págs. 446 y 447; DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1959; HERNÁNDEZ GIL: «La solidaridad en las obligaciones», en *RDP*, t. XXX, 1946, págs. 397 y ss.; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, t. II, vol. 1.º «La obligación y el contrato en general». Barcelona, 1980 (5.ª ed.), pág. 92.

Es destacable la opinión de PUIG FERRIOL: «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Junta de Decanos de los Colegios Notariales*, Libro Homenaje a Ramón M.ª ROCA SASTRE, vol. II, Madrid, 1976, pág. 453. El autor destaca lo estéril de tal discusión. En el mismo sentido AMORTH: *L'obbligazione solidale*, Milano, Giuffrè, 1959, págs. 41-42, que de forma muy explícita nos dice que al preguntarse sobre la unidad o pluralidad de vínculos en la solidaridad no deja de pensar en una cebra. Así, se pregun-

Pero lo realmente destacable es el no encontrar ningún precepto que de alguna forma se asemeje al actual artículo 1.141 del Código Civil. No obstante, algunos autores han querido ver en el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 un precedente inmediato de nuestro artículo 1.141 (50).

El artículo 1.059 del Proyecto de 1851 nos diría:

«Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha o perjudica a los demás» (51).

El artículo 1.988 del Proyecto de 1851 añadía a esta disposición que, por lo que respecta a la obligación solidaria pasiva:

«... Sin embargo, si el acreedor no reclama de uno de los deudores mancomunados más que la parte que le corresponda, no se interrumpe la prescripción respecto de los otros codeudores» (52).

taba si se trata de un animal negro con rayas blancas o de un animal blanco con rayas negras.

Por otra parte, y sin ánimo de ser exhaustivo, algunos autores han construido una tesis intermedia basándose en el fundamento de que en la solidaridad existe una única relación comprensiva de obligaciones existentes entre el acreedor y cada uno de los obligados. LARENZ: *Derecho de las Obligaciones* (versión española de SANTOS BRIZ), t. I, Madrid, 1958, págs. 504 y ss.; SOTO NIETO: «Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva», en RDP, LXIV, 1980, págs. 785 y ss.; Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1.º, Madrid, 1970, págs. 423 y ss.

(50) Florencio GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Zaragoza (Cometa, S. A.), 1974 (reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, págs. 568 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, pág. 264; MANRESA NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, *op. cit.*, t. VIII, vol. 1.º, pág. 511.

(51) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, *op. cit.*, pág. 569. El autor citaba como fuentes de este precepto el artículo 1.199 del Código francés, 2.085 de la Luisiana, 1.289 Sardo, 895 de Vaud, 1.152 Napolitano. Igualmente la ley 5, título 40, libro 8 del Código «*Interpellatio facta ab uno de correis credendi interruptit praescriptionem, etiam quo ad coaeteros*»: «*Sancimus in omnibus casibus aliorum devotionem, vel agnitionem, vel ex libello admonitionem aliis debitoribus proejudicare, et aliis prodesse creditoribus cum ex una stirpe unoque fonte unus efluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit.*» El autor añadía el siguiente comentario al artículo en cuestión; «Pudiendo cualquiera de los acreedores mancomunados recibir el pago total de la deuda, mucho más podrá hacer actos conservatorios de la totalidad; y por otra parte, *PLURES EAMDEM ACTIONEM HABENTES UNIUS LOCO SUNT*». Al final lo remitía a los artículos 1.987 y 1.988 del Proyecto.

(52) La realidad es que en nuestro Código Civil actual no existe un precepto concreto, en sede de la regulación de la solidaridad, que estipule lo establecido en el artículo 1.059 del Proyecto de 1851. Es más, el actual artículo 1.974, con la amplitud con que realiza la extensión de los efectos de la paralización de la prescripción al conjunto de deudores, hace difícil la posible aplicación del mencionado artículo 1.988

De la redacción de estos artículos se desprende una primera identidad entre el Proyecto de 1851 y el Código Civil actual: la interrupción de la prescripción entra dentro del ámbito de «perjuicio» de la titularidad solidaria pasiva. En segundo lugar, no hay que olvidar las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos. El artículo 1.059 del Proyecto dice: «*Cualquier acto que interrumpa la prescripción...*», mientras que el actual artículo 1.141, 2 establece: «*Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores...*». Expresiones que a nuestro entender hacen que nos estemos moviendo ante dos normas de contenido distante. Mientras que el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 tendría su plasmación en el artículo 1.974, en cuanto a la prescripción, y en el artículo 1.141, 1, en cuanto a la titularidad solidaria activa «*Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que sea perjudicial*», el artículo 1.141, 2 de nuestro Código Civil tendría su plasmación, esencialmente, en las «acciones» judiciales, es decir, en el proceso.

En resumen, a nuestro entender la identificación del actual artículo 1.141, 2 con el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 sólo lo puede ser en cuanto a un efecto común, *la extensión de los efectos al conjunto de los deudores solidarios, en concreto, la prescripción*, pero desaparece en cuanto que el actual artículo 1.141, 2 va mucho más lejos en la propagación de los efectos al conjunto de los deudores solidarios «*Las acciones ejercitadas... contra cualquiera... perjudicarán a todos éstos*» (53).

del Proyecto de 1851. En primer lugar, por su ubicación sistemática; en segundo lugar, por el carácter general de la regla establecida en el artículo 1.974. Así, el artículo 1.988 del Proyecto de 1851 (actual 1.97 A, párrafo tercero) tendría que ser aplicado con carácter excepcional, excepcionalidad de que carece el citado artículo 1.974.

Algún autor, CAFFARENA: *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 88, ha mantenido su aplicación.

(53) Por ello tampoco compartimos la idea de algún autor, GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pág. 264, que ha querido ver en el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 el antecedente inmediato del artículo 1.141, 2. Y mucho menos cuando se menciona el artículo 1.198 del Anteproyecto belga de LAURENT: *AVANT-PROJET DE REVISION DU CODE CIVIL per Ferdinand LAURENT*, t. IV, Bruxelles, Typ. Bruylant-Christophe et Comp., 1882, como precedente. El artículo 1.198 establecía: «*Los acreedores solidarios están asociados en cuanto al beneficio de la obligación; cada uno de ellos tiene el mandato para hacer todo lo que sea útil a los demás; no puede hacer nada que pueda serles perjudicial*». Aunque más adelante nos referiremos a este precepto con mayor amplitud, es evidente que no ha sido la fuente de inspiración del párrafo segundo del artículo 1.141 actual. En todo caso, aunque nos reservamos una mejor interpretación posterior, lo ha sido del párrafo primero.

(54) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, op. cit., pág. 573. El autor citaba como fuentes el artículo 1.205 del Código francés, 2.091 de la Luisiana, 1.295 Sardo, 900 de Vaud, 1.321 Holandés, 1.158 Napolitano. Igualmente la ley 32, párrafo 4.º, título 1, libro 22 del Digesto. «*Unicuique sua mora NON NOCET*». Añadía el autor: «Sería injusto que la falta o mora de uno de los codeudores aprovecharse a los otros para libertarse de la obligación o enriquecerse; pero

Tampoco la regulación dada al supuesto de la imposibilidad sobrevenida o la incursión de algún deudor solidario en mora coincide con la establecida en el Código Civil actual.

El artículo 1.065 del Proyecto de 1851 nos diría:

«Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses.

El acreedor podrá solamente repetir los daños contra los deudores culpables o morosos» (54).

De la lectura de este precepto se destacan las siguientes diferencias: en primer lugar, aunque de poca entidad, nuestro actual artículo 1.147 no hace mención de la incursión en mora de uno de los deudores solidarios. A pesar de ello cabe incluirlo dentro de los supuestos de hecho que contempla la norma del párrafo segundo del artículo 1.147 (55).

En segundo lugar, la mayor extensión del perjuicio que se deriva del actual artículo 1.147 al incluir la responsabilidad por los daños e intereses de los codeudores no culpables o no inmersos en mora frente al acreedor.

Este segundo supuesto constata la gran diferencia existente entre el Código Civil actual y el Proyecto de 1851. Mientras que este último adoptó la solución dada por el Código Civil francés en su artículo 1.205 y el artículo 1.191 del Código Civil italiano de 1865, el primero recogió la influencia del artículo 1.164 del Anteproyecto que a su vez coincidía con el artículo 711 del Código Civil argentino y 1.207 del Anteproyecto de LAURENT (56).

no lo sería menos que les perjudicase para agravarla. Daña para perpetuar la obligación, no para aumentarla o agravarla. Podrá, pues, el acreedor pedir el precio de la cosa a los otros codeudores, salvo el recurso de éstos contra el culpable o moroso, pero no los perjuicios e intereses que constituyen una nueva obligación tan personal como lo es la culpa o mora.» Por último, el autor sólo admitía la situación de la extensión de los efectos al conjunto de los deudores solidarios cuando expresamente así se estipulara.

(55) Un especial y sensacional análisis de esta situación lo realiza CAFFARENA: *La solidaridad de deudores*, op. cit., págs. 360 y ss. El autor llega a la conclusión de incluir la incursión en mora en los supuestos contenidos en el artículo 1.147 del Código Civil. Véase el capítulo tercero de este título primero.

(56) El Proyecto de 1851 se había influido por la redacción del artículo 1.205 del Código Civil francés que establecía:

«Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts...» A su vez el Code se había inspirado en la propia explicación efectuada por POTHIER: *Traité des obligations* (2.^a ed.), Ed. Bugnet II, París, 1861, núm. 273 (Tratado de las obligaciones, traducción al castellano, 1839), establecía:

Ahora bien, que el régimen de la obligación solidaria del Código Civil actual difiera de la que planteaba el Proyecto de 1851 no significa que este último haya desaparecido. Los artículos 1.065, 1.159 y 1.988 del Proyecto encuentran su relación en los artículos 1.150, 1.194 y 1.974 del Código Civil. Podría pues seguirse a ESPIAU cuando dice: «... en el Código Civil coexisten dos concepciones o dos formas de solidaridad: la expresamente regulada bajo esta *rúbrica*, con todo lo que supone de ruptura en relación a la línea instaurada por el Code y recogida en el Proyecto de 1851, y la acogida por estos últimos, mantenida pese a todo en el Código, por el sencillo expediente de copiar más o menos exactamente aquellos preceptos que la reflejaban y, en cualquier caso, sin alterar la terminología empleada

«Por la misma razón si la cosa hubiese perecido por culpa de uno o de los codeudores o después que ha incurrido en demora se perpetua solamente contra este deudor, sino también contra todos los demás; y todos juntos y cada uno en particular se halla obligado a pagar el precio de la cosa en cuestión, porque la deuda es la misma en cada uno de ellos, y no puede subsistir para uno al mismo tiempo que extinguirse para otros... La obligación del otro u otros deudores que no han cometido falta alguna ni incurrido en demora puede perpetuarse, pero no en manera alguna aumentarse, y por esto si bien deben pagar el precio de la cosa que ha perecido, nada tienen que ver con los daños y perjuicios que la culpa y tardanza del otro haya podido arrancar, y por lo mismo éste será el único obligado a su reparación (ley 32 penult. ff. de usuris: Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet).» El autor había recogido la influencia de DUMOULIN: *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, París, 1658 en cuanto a la existencia de una «ad conservandam et perpetuandam obligationem» pero no en cuanto «ad augendam ipsorum obligationem».

Igualmente, en la doctrina española se recoge esta interpretación, entre otros, CAFFARENA: *La solidaridad de deudores...*, op. cit., págs. 340 y ss.; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pág. 382; PÉREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, op. cit., págs. 232 y ss.; PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 452 que establece que la solución del artículo 1.147, 2 «es fruto de una equivocada configuración jurídica de la solidaridad».

Por lo que hace referencia a la influencia del artículo 711 del Código Civil argentino (vid. *Código Civil de la República de Argentina... con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por el Dr. Lisandro SEGOVIA*, t. I, Buenos Aires, Librería y Editorial «La Facultad», 1933; igualmente Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD: *Notas al Código Civil de la República Argentina*) éste establecía: «La indemnización de pérdidas e intereses en el caso del artículo anterior, podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal.» La referencia que hace VÉLEZ a A. TEIXEIRA DE FREITAS: *Código Civil. Ministerio de Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação*, 1952, no se entiende pues el artículo 1.017, 2.º del Código Civil por TEIXEIRA DE FREITAS sigue el punto de vista del artículo 1.205 del Código Civil francés y el 1.065 del Proyecto de 1851. Vid. Ferrán BADOSA COLL: *La Diligencia y la Culpa del deudor en la obligación civil*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, págs. 379 a 383.

Por su parte el artículo 1.207 del Anteproyecto belga establecía: «Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou plusieurs des débiteurs solidaires, les autres seront tenus du prix de la chose et des demages et intérêt, sauf recours contre le codébiteur par la faute duquel la chose a péri».

en el Proyecto. En líneas generales puede, pues, decirse que la obligación mancomunada del Código Civil es la obligación solidaria del Proyecto de 1851» (57).

Con gran acierto el autor resuelve uno de los grandes problemas de la regulación de las obligaciones solidarias: la etimología del término solidaridad en el Proyecto de 1851, que de alguna forma ha podido influir en el propio contenido de los efectos de la solidaridad pasiva.

En el derecho histórico no había un vocablo que definiera el derecho que tiene el acreedor a percibir la deuda de cualquiera de los obligados. No existía en las PARTIDAS, ni tan siquiera para definir la división de la deuda entre los obligados. En las PARTIDAS ni la reclamación parcial ni la reclamación por el todo se identificaban con dos tipos de obligaciones distintas entre sí. La doctrina del siglo XIX español entendía que la obligación mancomunada aparecía como una categoría genérica que incluía dos diferentes: la obligación mancomunada simple y la mancomunada solidaria (58).

(57) Santiago ESPIAU ESPIAU: *Las obligaciones indivisibles en el Código Civil español: El régimen jurídico de la indivisibilidad de la obligación* (Inédita. Ejemplar mecanográfico que obra en poder de la biblioteca del Seminario de Derecho Civil de la Facultad de la Universidad de Barcelona), Barcelona, 1982, vol. 2.º, pág. 555.

(58) Como muestra bibliográfica pueden consultarse: Joaquín ABELLA: *Novísimo Código civil español, reformado conforme a lo dispuesto*, 2.ª ed. Madrid, 1889; ALCALDE PRIETO: *Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico de Derecho Civil español, común y foral*, Valladolid, 1880; José María ALVAREZ: *Instituciones de Derecho Real de España*, Madrid, 1829, tomo primero; Cirilo ALVAREZ MARTÍNEZ: *Instituciones de Derecho civil*, Valladolid, 1840; Andrés BLAS Y MELENDO: *Derecho civil aragonés, ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el Derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, 2.ª ed. Zaragoza, 1898; Ramón DOMINGO DE MORATO: *El derecho civil español con las correspondencias del Romano tomados de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan SALA*, Valladolid, 1868, tomo I; José Antonio ELÍAS: *Derecho civil general y foral de España, o sea, Resumen ordenado de las leyes vigentes*, Madrid-Barcelona, 1877, t. III; Joaquín ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Nueva edición reformada y considerablemente aumentada por don León GALINDO Y DE VERA y don José VICENTE Y CERVANTES, t. IV, Madrid, 1876; Modesto FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, 4.ª ed., Barcelona, 1893, t. III; FEBRERO: *Arreglado a la legislación y práctica vigentes* por una Sociedad de Abogados, Barcelona, 1849, t. III; Clemente FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873; José María FERNÁNDEZ DE LA Hoz: *Código Civil redactado con arreglo a la legislación vigente*, Madrid, 1843; José FERRER Y SUBIRANA, Mariano NOGUERA y Francisco CARLES: *Notas de Derecho Patrio al Tratado de las Obligaciones de Pothier*, 2.ª ed., Madrid, 1872; Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y Juan Manuel MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, procedimientos de una reseña histórica*, 13.ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1881, t. II; Pablo GOROSABEL: *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación*, Tolosa, 1832; Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, «Tratado de Obligaciones», Madrid, 1869, 1.ª ed.; Sabino HERRERO: *El*

No obstante la inexistencia de una aplicación de estos términos, en el FUERO JUZGO (ley II, tit. VII, libro V) ya se empleaba el término MANCOMUN. Se establecía: «*Si alguno franque siervo aieno, ó que avie de mancomun con otri.*»

En el libro de los FUEROS DE CASTILLA también se establecía:

«Título del ome que el a su muger mete a otro por fiador
—definiendo como—» ambos de man comun.»

En el FUERO VIEJO, ley XI, título 1.º, libro IV:

«Si un ome con sua muger de mancomun son debdores o fiadores a otro ome.»

En la Ley CCVII de las de ESTILO, al referirse a las deudas contraídas por los cónyuges, aúnan dos términos que hasta entonces se habían empleado de forma independiente: la obligación de «mancomun» y la obligación por el «todo». En concreto la citada ley diría:

«E otrosí, dice, es á saber que si la mujer se obliga con el marido al deudor mancomun y cada uno por el todo, que si á la mujer demandan toda la deuda, que lo puede fazer, es tenida a pagar toda la deuda. Otrosí, si la mujer es menor de edad que el Fuero manda, y es casada, é se obliga con su marido en el empréstito en la carta del deudo, tenida es ella á la meytad, é si se obligó de mancomun é cada uno por todo, será tenida á todo el deudor si gelo demanda...»

Hay que destacar la Ley CCVII de las de ESTILO ya que se quería significar que tanto marido como mujer asumían una deuda y lo hacían

Código Civil español. Recopilación metódica, Valladolid, 1872; Joaquín María PALACIO: *Instituciones del Derecho civil de Castilla, que escribieron los doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802*, t. 2.º, 7.ª ed., Madrid, 1806; REDACCIÓN DE LA REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL: *Texto y comentarios al Código Civil español con Exposición de motivos, con un resumen crítico de Manuel Pedregal y Cañedo*, Madrid, 1889, t. II; RODRÍGUEZ DE LA VEGA: «De la Mancomunidad de las Obligaciones», en *RGLJ*, t. XII, 1858, págs. 237 y ss.; Joaquín ROMERO Y GINZO: *Sala Novísimo o Nueva Ilustración del Derecho Real de España*, Madrid s.f., tomo primero. Juan SALA: *Ilustración del Derecho Real de España*, La Coruña, 1857, t. 2.º; José SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho Civil español en forma de Código, Leyes, no derogadas, desde el Fuero Juzgo*, Madrid, 1871; Felipe SÁNCHEZ ROMÁN: «Estudios de Derecho civil», 2.ª ed., Madrid, 1889, t. IV *Derecho de Obligaciones*; MARCO TULIO: *Compendio de Derecho civil español*, Madrid, 1893; Calixto VAL VERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, Madrid-Valladolid, 1913, t. III. Parte especial «Derechos personales o de obligaciones»; Salvador DEL VISO: «Lecciones elementales de Derecho civil», 4.ª ed. Valencia, 1879, t. III *De las Obligaciones*.

obligándose cada uno de ellos por el todo del débito. Lo destacable es que por primera vez la obligación POR EL TODO se hace preceder de la expresión mancomún que más tarde tomaría cuerpo con la obligación solidaria.

El ORDENAMIENTO DE MONTALVO (Ley II, tít. XIII, libro V) influyó en la propia redacción de la NUEVA RECOPIACION Y NOVÍSIMA RECOPIACION. De estas compilaciones de Derecho se destaca que cuando varios se obligan sin más frente a otro lo hace simplemente (presunción), de la misma forma la obligación POR EL TODO se sustituye por el término utilizado en el Derecho romano clásico «IN SOLIDUM» (Digesto 45,2,1; D. 54,2,2, y D. 45,2,4 (59).

En conclusión, éstos habrían sido los precedentes legislativos que habían llevado a la doctrina del siglo XIX a identificar la obligación mancomunada como el género que comprendía dos especies: una obligación mancomunada simple (división de la deuda entre los obligados) y, otra, la obligación mancomunada solidaria (el acreedor podría reclamar el total adeudado de cualquiera de los obligados).

Ahora bien, como recapitulación de lo dicho hasta ahora referente al Proyecto de 1851, podríamos decir que hay una limitación de la extensión del perjuicio en la obligación solidaria. Su plasmación vendría recogida por el diferente tratamiento que en él se ofrece de la interrupción de la prescripción, la confusión (60), la imposibilidad sobrevenida y la mora de alguno de los deudores solidarios. La justificación de este diferente tratamiento procedería de la influencia que sufrió el Proyecto de 1851 del Code Civil francés al que siguió de forma literal configurando el régimen jurídico de la obligación solidaria como un supuesto en el que existiría una pluralidad de obligaciones, mientras que el Código Civil actual, apartándose de la regulación del Code Civil, y por tanto del Proyecto de 1851, entiende el

(59) En la Novísima Recopilación (Ley III, tít. XI, libro X) cambia el sistema y sigue manteniendo el significado del término mancomunidad. Posiblemente este cambio etimológico provenga de la influencia de la Ley LXI de TORO.

En la relación bibliográfica de los precedentes del término mancomunidad puede consultarse la obra de Miguel Ángel PÉREZ ALVAREZ: *La solidaridad en la fianza*, op. cit., págs. 35 a 37; Lasso GARTE: *Crónica de la Codificación Española*, op. cit., págs. 23 y ss.; RODRÍGUEZ DE LA VEGA: *La mancomunidad de las obligaciones*, cit., págs. 237 y ss.; y la RGLJ, tomo IX (1857), págs. 38 a 42, 191 a 195 y 377 a 392; tomo XXVI (1.865), págs. 73 a 90... y bibliografía en ellos citada.

(60) Compárese el actual artículo 1.143 del Código Civil con el artículo 1.159 del Proyecto de 1851 en el que se disponía:

«... la confusión no extingue la deuda mancomunada, sino en la parte y porción del acreedor o deudor en quien tenga lugar la confusión.»

Téngase en cuenta que el Proyecto de 1851 sigue la inspiración del CODE y este último, a su vez, a los autores Precodificadores POTHIER y DOMAT. Sobre la imposibilidad sobrevenida y la mora véase el capítulo 3.º de este mismo título.

régimen jurídico de la solidaridad como un supuesto de UNA UNICA OBLIGACION, al menos, en cuanto a su relación externa. Es decir, lo que nosotros venimos denominando como principios de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en las titularidades activa y pasiva en cuanto a las relaciones externas (61).

2.4. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1836

En el Proyecto de 1836 (62) tampoco encontramos ningún precedente inmediato del actual artículo 1.141, 2.º del Código Civil. Ahora bien, la regulación de la obligación solidaria, en muchas ocasiones, se diferencia de lo estipulado en el Proyecto de 1851. En cuanto a su ubicación sistemática, la obligación solidaria se encuentra regulada en el Libro III bajo el título de «Las obligaciones y contratos y prueba judicial» (Proyecto de 1836) y «De los modos de adquirir la Propiedad» (Proyecto de 1851); a diferencia del Código Civil actual cuya regulación se encuentra en el Libro IV «De las obligaciones y Contratos». Tampoco coinciden, ni de forma aproximada, en cuanto a su relación numérica. En el Proyecto de 1836 la solidaridad se encuentra regulada en los artículos 899 a 919, mientras que en el Proyecto de 1851 aparece su regulación en los artículos 1.056 a 1.070. Aunque, si bien es cierto, en ambos se efectúa una misma división en cuanto a la regulación, por una parte, de la mancomunidad entre acreedores y, por otra parte, de la mancomunidad entre deudores (El Proyecto de 1851 añade unas Disposiciones Generales, arts. 1.056 a 1.059).

(61) CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 255 establece: «Si se extingue la obligación solidaria (se está refiriendo a lo estipulado en el artículo 1.143 CC) es porque se entiende que tan sólo hay una obligación. Siendo todos y cada uno de los deudores solidarios obligados de manera principal frente al acreedor por la totalidad de la deuda, confundidas en una misma persona las cualidades de acreedor y de uno de los deudores solidarios, se extingue de obligación solidaria, de forma evidente por lo que respecta al deudor cuya cualidad se ha confundido, y también respecto a los demás, es lógico que se estime extinguida la obligación pues no hay que olvidar que en principio, con las excepciones que el Código expresa, en la relación externa no aparece la diversa participación de los distintos deudores, todos deben la deuda en su totalidad» (el subrayado es nuestro).

Lógicamente en la legislación italiana (Código Civil de 1942) se sigue la misma redacción que el artículo 1.159 del Proyecto de 1851 del Código Civil. *Vid.* el artículo 1.303. Entre la doctrina cabe citar la obra de RUBINO: *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili* (arts. 1.285 a 1.320) en «Comentario del Codice civile a cura di Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA». Bologna-Roma, Nicola Zanichelli Editore. Soc. ed. del Foro Italiano, 1961 (2.ª ed.), págs. 234-235.

(62) El Proyecto fue iniciado en 1833 por Manuel M.ª CAMBRONERO, siendo completado en 1836 por una Comisión formada por TAPIA, VIZMANOS y AYUSO.

Pero si hemos iniciado el estudio de este Proyecto de Código Civil admitiendo la inexistencia de un precedente inmediato del actual artículo 1.141, 2.º, otra cosa es la aparición de la idea de «perjuicio» que se produce en este Proyecto. Es cierto, tras la inexistencia de una regulación específica de las obligaciones solidarias se pasa a una regulación concreta de las mismas arrastrando como características propias: la posibilidad de poder reclamar la deuda de cualquiera de los coobligados, la aparición de un régimen jurídico independiente para los supuestos en donde exista una pluralidad de deudores, y la posibilidad, en sede de fianza, de que el fiador quede obligado de forma solidaria (63).

(63) El Proyecto de 1836 admitió la existencia de una fianza solidaria en los artículos 1.828 a 1.830. Igualmente en el Proyecto de 1851 aparecía regulada en el artículo 1.750. En concreto, el artículo 1.813 del Proyecto de 1836 establecía: «El fiador puede obligarse, o sólo accesoriamente a falta de cumplimiento de la obligación del deudor, o mancomunadamente con éste como pagador principal.» La consecuencia no era otra que la posibilidad de exigir la deuda en su integridad al fiador sin que éste le pudiera oponer el beneficio de excusión. El artículo 1.814 del Proyecto establecía: «En el primero de los casos expresados en el artículo anterior, el fiador no debe ser reconvenido antes de que hecha la exclusión en los bienes del deudor, se vea que éstos no son suficientes para cubrir la deuda. En el segundo caso puede ser demandado el fiador sin que proceda exclusión de los bienes del deudor.» (Se seguía la argumentación del artículo 909 en sede de la obligación solidaria «... sin que éste pueda oponer el beneficio de división...»). Los artículos 1.828 y 1.829 regulaban las relaciones internas, es decir, la acción que tenía el cofiador que había pagado frente al resto de los cofiadores. (En concreto el 1.830: «... la ley declara subrogado al fiador en todos los derechos y acciones que tuviera el acreedor...»). La inspiración vendría del artículo 2.021 del Code Civil que decía: «Le caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que le caution n'ait renoncé au bénéfice de discussions, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis les dettes solidaires.»

Esta especial regulación del Code Civil puede justificar la incongruencia que se había producido en las escrituras realizadas por los Notarios a la hora de configurar una obligación solidaria. Decía FEBRERO: «Estos debían extender las escrituras de mancomunidad según el pacto de los contratantes; que no tenía el escribano que poner en ellas renuncia a las leyes del derecho común, que cuando dos o más se obligaban *in solido* era *superfluo* renunciar al beneficio de división y exclusión, la auténtica *hoc ita del Codex* y las leyes de la mancomunidad, pues bastaba con que constase que todos se obligaban de mancomún por el todo, *in solidum*, a satisfacer a dicho Pedro tantos reales... que todas las demás renunciaciones eran paja y no servían a otra cosa que para abultar y confundir a los contratantes, y aun a muchos escribanos que ignoraban su contexto como lo probaba el hecho de que algunos interpolasen en la fianza la renuncia a las leyes de la mancomunidad y en éstas la de unas y otras... Véase Alberto BALLARÍN MARCIAL: «Titularidad solidaria», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIII, 1962, págs. 171 y 172. La cuestión no era en absoluto baladí; obsérvese que el artículo 910 del Proyecto de 1836 establecía un supuesto de correlación entre la fianza y la solidaridad (*ídem* en el art. 1.070 del Pr. de 1851) que provenía del artículo 1.216 del Code: Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un coobligés solidaires, celui-ci serait tenu toutes la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui comme ses cautions». Consideración que procedía de Po-

Por ello Lasso GAITE (64) nos diría: «Merece destacarse el capítulo III, sobre las obligaciones mancomunadas, por su precisión, sobre todo la sección segunda, mancomunada entre deudores (art. 905 a 920) por la escasez de disposiciones anteriores (Nov. X,1,10 y Partidas 5.^a,15,8). No falta correlación de algunos artículos de la sección segunda, como los artículos 906 a 909 y 911, con otros artículos del Code (1.201 a 1.204).»

Efectivamente, el Proyecto de 1836 recogía la línea seguida por el Code en cuanto a la idea de reclamación de la TOTALIDAD de la deuda (art. 909 del Pr. de 1836 en relación con el 1.203 del Code) de cualquiera de los deudores solidarios, y seguidamente, la posibilidad de realizar nuevas reclamaciones contra el resto de los codeudores mientras la deuda no ha sido pagada en su totalidad (art. 911 del Pr. de 1836 en relación con el art. 1.204 del Code) (65).

Ahora bien, en cuanto a la regulación de la idea «perjuicio», el Proyecto mantenía una gran ambigüedad. Mientras que los artículos 915 y 916 limitaban la remisión realizada por el acreedor con uno de los deudores exclusivamente en la parte que le correspondía a dicho deudor (incluso el art. 918 establecía el principio de que los acuerdos entre el acreedor y un deudor NO PERJUDICAN A LOS DEMAS), el artículo 915 *in fine* y el 916, por vía de excepción, admitían la propagación de efectos al conjunto de los deudores solidarios (66). Por otra parte, el artículo 913 y 919 man-

THIER: *Tratado de las Obligaciones*. Traducción al español con notas de Derecho Patrio por una Sociedad de Amigos colaboradores, PARTE PRIMERA, Barcelona, 1839.

(64) Lasso GAITE, *op. cit.*, vol. 1.^o, pág. 133.

(65) Destaca también en la regulación del Proyecto de 1836 la idea de NO PRESUNCION de la solidaridad. Es decir, el considerar la obligación solidaria como la excepción. Para que existiera tenía que aparecer, o bien, disposición legal al respecto (arg. ex art. 908 del Pr. de 1836 y 1.058 del Pr. de 1851), o bien, pacto expreso. En este sentido PÉREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza...*, *op. cit.*, pág. 40; RODRÍGUEZ DE LA VEGA: «De la mancomunidad en las obligaciones», *cit.*, pág. 242; Cristóbal MONTES: *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España precedidos de una reseña histórica*, *op. cit.*, pág. 320; Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Código o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV. «Tratado de las Obligaciones...», *op. cit.*, pág. 92; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudio de Derecho Civil*, t. IV, «Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 51; SCALS DE PELLICER: *Enciclopedia SEIX* voz «Obligaciones solidarias», t. XVIII, pág. 226. Además consúltese la bibliografía citada por los autores.

(66) El artículo 915 *in fine*: «Para que ésta se entienda remitida en su totalidad es necesario que se exprese así terminantemente.» En el mismo sentido, por vía de excepción, el artículo 916 establecía: «Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior si el acreedor entregare a uno de los codeudores el documento en que conste su crédito, se entiende hecha la remisión aun respecto de los demás.»

En contraposición, el artículo 917 limitaba la propagación de los efectos por pérdida imputable a uno de los deudores siguiendo la línea del artículo 1.205 del Code. Concretamente establecía:

tenían la idea de propagación de los efectos al conjunto de deudores solidarios. En concreto el artículo 913 entendía que:

«LA DEMANDA QUE CUALQUIER ACREEDOR ENTABLE CONTRA UN DEUDOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION MANCOMUNADA PERJUDICA A LOS DEMAS CODEUDORES, E IGUALMENTE LA SENTENCIA QUE CONTRA EL SE PRONUNCIE, PERO AQUELLOS PODRAN APELAR DE ELLA, Y SI LA SENTENCIA FUESE FAVORABLE AL DEUDOR QUE HABIA LITIGADO, APROVECHARA TAMBIEN A LOS MISMOS.»

Por su parte el artículo 919 decía: «Todo acto que interrumpe la prescripción de uno de los acreedores o deudores mancomunados (67) aprovecha a los demás.»

Especialmente importantes son estos dos preceptos ya que en ellos encontramos reflejada la idea de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en el ejercicio de las acciones frente a cualquiera de los deudores solidarios. Por ello, bien podríamos establecer que *un precedente de nuestro actual artículo 1.141, 2.º ha sido el 913 del Proyecto de 1836*, sin olvidar que en este Proyecto no deja de tener validez la idea de pluralidad de vínculos en la deuda solidaria como reflejo de la influencia del Code francés (arg. ex art.

«Si la cosa debida pereciese por culpa o morosidad de un deudor, no se liberrarán los otros de pagar la parte del precio que les corresponde a prorrata, pero no estarán obligados a pagar intereses ni resarcir perjuicios» (obsérvese que este precepto hace mención expresa de MOROSIDAD).

(67) En el Proyecto de 1836 se reproduce la confusión sobre la terminología empleada. Obsérvese que en todo momento se está empleando el término «mancomunada» e, incluso, el artículo 905 menciona: «Hay mancomunidad u obligación IN SOLIDUM entre deudores...» Por una parte, la propia denominación de *in solidum* parece antagónica con el concepto de mancomunada. Así, el término *in solidum* era utilizado por el derecho romano clásico para denominar a las obligaciones en las que el acreedor tenía la posibilidad de reclamar la totalidad de la deuda de cualquiera de los deudores. Es tras la aparición del Code francés cuando su denominación pasa a ser la de *solidaridad* (PLANIOU-RIPERT, en *Droit civil français*, 2.^a ed. París, 1954, t. VII, pág. 414. En el mismo GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: «Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español», t. IV de *Tratado de las Obligaciones*, op. cit., pág. 91; GOROSABEL: *Código Civil de España*: Tolosa, 1832, págs. 118 y ss.; habían utilizado el término *solidaridad* «aunque sin justificación alguna», como nos diría RODRÍGUEZ DE LA VEGA en *La mancomunidad de las Obligaciones*, cit., págs. 242, y TAPIA: *Febrero Novísimo redactado*, Madrid, 1845, t. III, págs. 19 y ss.). Por ello no es de extrañar que esta identificación de la mancomunidad con la obligación *in solidum* con el derecho a reclamar la totalidad de cualquiera de los deudores fuera la adoptada por el Proyecto de 1851 (arg. ex art. 1.056). PÉREZ ALVAREZ: *La solidaridad...*, op. cit., pág. 37 mantiene la línea histórica del término mancomunidad diferenciando entre la mancomunidad simple, división de la deuda entre los obligados y una mancomunada solidaria como facultad de reclamar la

915, 917 y 918 Pr.). En último lugar, en cuanto a la prescripción, se sigue el mismo régimen que ya habíamos observado en el Proyecto de 1851, es decir, la propagación al conjunto de los deudores solidarios de los actos que interrumpen la prescripción. En conclusión, la idea de «perjuicio» está latente en el Proyecto de 1836 manifestándose en dos hechos concretos:

1. La demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligación mancomunada PERJUDICA a los demás codeudores.
2. Todo acto que interrumpa la prescripción respecto de uno de los acreedores o deudores mancomunados APROVECHA a los demás.

2.5. EL DERECHO COMPARADO IBEROAMERICANO. ESPECIAL REFERENCIA DE LA EXTENSIÓN DEL «PERJUICIO» EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

El Código Civil de Argentina (aprobado por la Ley núm. 340 de 29 de septiembre de 1869) ubica la regulación de la solidaridad en el Título XIII («De las obligaciones con relación a las personas»), libro II, Sección I («De las obligaciones»), diferenciando entre las obligaciones simplemente mancomunadas (arts. 690 a 698) de las obligaciones solidarias reguladas en el título XIV («De las obligaciones solidarias»), arts. 699 a 717 (68).

Aunque el Código Civil argentino carece de un artículo semejante al actual 1.141, 2.º del Código Civil, artículo en el que entendemos que se recoge la idea de «perjuicio», es correcto anticipar que, en cambio, se

totalidad a cualquier obligado. Por otra parte, el Código Civil actual tampoco acierta con la denominación empleada. Con gran claridad, BADOSA, en *Dret...*, op. cit., pág. 106, dirá: «Els conceptes de "mancomunitat" i "solidaritat" no es refereixen a l'obligació com a relació intersubjectiva sinó a les singulars posicions subjectives de credit i deute. S'ha de parlar, doncs, d'obligacions amb credit i/o deute mancomunat o solidari o bé de una mancomunitat/solidaritat activa o passiva segons que ens referim respectivament a la cotitularitat en el credit o en el deute. Segurament perquè hi pot haver manca de simetria entre la titularitat de les posicions jurídiques; una obligació pot tenir el crèdit o el deute en la titularitat exclusiva i la deute o crèdit correlatius en cotitularitat solidarària o mancomunada o pot tenir tant el credit como el deute en cotitularitat però la d'un pot ésser solidària i la de l'altra mancomunada.»

(68) Vid. Irma F. DO VA DE ZAVALIA: *Código Civil de la República Argentina* (con notas de VÉLEZ SARSFIELD y leyes y Decretos complementarios), Víctor P. de Zavallia Editor, Buenos Aires, 1984.

Es destacable que en la doctrina argentina se ha planteado el problema de la etimología de las obligaciones solidarias. Siguiendo a L. DE GASPERI: *Tratado de las Obligaciones*, t. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, págs. 11 y ss. «con la expresión mancomún, preferida por los españoles, no se trataría tanto de traducir la idea de deudores unidos por el "título" para una prestación estipulada a favor de uno o varios acreedores, o sea, por la causa cuanto la de concurrir todos los deudores en una relación jurídica para un fin de la que es contenido de la obligación común».

mantiene la idea de **EXTENSION DE EFECTOS** («perjuicio») al conjunto de deudores y acreedores como manifestaciones de la idea de **TOTALIDAD** e **INTEGRIDAD** en los ejercicios de las **titularidades** activa y pasiva.

Efectivamente, esta idea de «perjuicio» puede observarse en los artículos 705, 707, 706, 710, 711, 713, 714 y 717.

El Código Civil argentino entiende por solidaridad cuando: «la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la Ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o cualquiera de los deudores» (arg. ex art. 699). A su vez, es una auténtica excepción al principio general que se traduce en la obligación simplemente mancomunada (excepción al principio *concurso partes fiunt* arg. ex art. 701) (69).

Retomando la idea de «perjuicio» en el Código Civil argentino es especialmente destacable el artículo 707. En efecto, dedicado a la titularidad solidaria activa, el citado precepto dispone:

«La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, **EXTINGUE** la obligación.»

El propio VÉLEZ SARSFIELD explica que el Código Civil argentino inspirado en la INSTITUTA se aparta de las soluciones otorgadas por el Code francés (70).

(69) La idea de la solidaridad como excepción es un principio consagrado en todos los Ordenamientos iberoamericanos. Así, el **CODIGO CIVIL DE URUGUAY** (por el Dr. Justino J. DE ARECHAGA, Montevideo, 1894) en su artículo 1.365. El **CODIGO CIVIL MEXICANO** (en *Leyes y Códigos de México: El Código Civil para el Distrito Federal*, 52.^a ed. Ed. Porrúa, S. A., México, 1984) en su artículo 1.988 (en el título únicamente se recoge el término mancomunadas aunque se emplea la fórmula solidaridad para admitir la reclamación de la totalidad, *vid.* art. 1.987). Destaca el carácter excepcional de la solidaridad Luis MUÑOZ: *Biblioteca Lex de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 1.^o Comentarios al Código Civil para el Distrito y territorios Federales de 30 de agosto de 1928. Antecedentes, concordancias y legislación conexa, jurisprudencia, México Distrito Federal, 1946, pág. 440, estableciendo como fuentes propias: las PARTIDAS (ley 85, tít. XII, pág. 5.^a), donde se decía: «obligándose dos simplemente se entiende por mitad, salvo si cada uno se obligare *in solidum*». En el mismo sentido el **CODIGO CIVIL DE CHILE** (Avelino LEÓN HURTADO y otros: *Código Civil de la República de Chile*, edición oficial aprobada por Decreto número 1.261 de 6 de septiembre de 1981, Ministerio de Justicia, 2.^a reimp. de la 8.^a ed. Santiago de Chile, 1984), en concreto en el artículo 1.511.

Por último, también en el artículo 513 del **CODIGO CIVIL PORTUGUES** (Jacinto FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ BASTOS, 7.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1984).

(70) **CODIGO CIVIL DE ARGENTINA**, ob. cit., pág. 193. VÉLEZ SARSFIELD, en su nota al artículo 707 del Código Civil argentino, establece: «Los Códigos francés, sardo, napolitano y holandés disponen que la remisión o quita de la deuda que no es hecha sino por alguno de los acreedores solidarios, no libra al deudor sino de la parte del acreedor.

Partiendo de este precepto, y de la explicación dada por VÉLEZ SARSFIELD, no es de extrañar que la idea de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en la obligación solidaria (titularidad activa o pasiva) tuviera su continuidad en los artículos 710, 711, 713 y 714 del Código Civil argentino:

Art. 710: Si la cosa ha perecido por el hecho o culpa de uno de los deudores, o se hallase constituido en mora, los otros codeudores están obligados a pagar el equivalente de la cosa.

Art. 711: La indemnización de pérdida e intereses en el caso del artículo anterior, podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal.

Art. 713: Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás.

Art. 714: La demanda de interés entablada contra uno de los deudores solidarios hace correr los intereses respecto de todos (71).

Parece que están conformes en cuanto a la novación y compensación. Las razones que tuvieron los juriconsultos franceses para no dar ese efecto a la remisión o perdón de la deuda fueron, según se ve en sus discursos, que todo acreedor solidario tiene, en efecto, derecho para hacer ejecutar la obligación, pero que la remisión, lejos de ser la ejecución de la obligación, la destruía por un simple acto de liberalidad. Un acreedor y un deudor de mala fe podrían por este medio perjudicar a los otros coacreedores, pues le sería fácil suponer una remisión por el total, aun cuando fuese parcial, para sacar ambos provecho de la falsedad... A estas consideraciones puede contestarse que a nadie debe suponerse liberal de lo propio y de lo ajeno, cuando tiene obligación de reintegrarlo; que es más fácil hacer el fraude encubiertamente, dándose el acreedor por recibido de la deuda total, cuando sólo recibió pago parcial, que hacer un fraude manifiesto en la remisión del crédito.» A su vez, cita como argumentos legislativos: La INSTITUTA, libro 3, tít. 29 1, y el Proyecto de GARCÍA GOYENA, artículo 1.061.

Fíjese que tiene el mismo contenido que el artículo 1.143 del Código Civil español, aunque el Código Civil argentino carezca de un precepto como el 1.141,1 del Código Civil, por lo que en principio parece más coherente que nuestro Código Civil.

La misma idea es mantenida en el Código de Chile (arg. ex art. 1.513), Código Civil de El Salvador (arg. ex art. 1.384); Código Civil de Puerto Rico (arg. ex art. 1.096). En este precepto vuelve a reproducirse la antinomia del Código Civil español, ver el art. 1.094,1), Código Civil de Perú (arg. ex art. 1.216). El Código Civil de México (arg. ex art. 1.991). En contra el Código Civil de Venezuela (arg. ex art. 1.231, pero limitada a la remisión o condonación).

(71) CODIGO CIVIL DE ARGENTINA, *op. cit.*, pág. 195. VÉLEZ SARSFIELD comenta como precedentes legislativos: del art. 710, la L. 32, 4, tít. 1, libro 22, Digesto y el artículo 1.205 del Code. Del artículo 711, constatando la diferencia con el artículo 1.205 del Code y el artículo 1.065 del Proyecto de 1851, lo justifica diciendo: «Deben (los deudores), pues, sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor solidario. *Plures eadem actionem habentes unius loco sunt.*

Del artículo 713, la L. 5, tít. 40, libro 8 del Código romano y el Code, art. 1.199. Del artículo 714, en el Code artículo 1.207.

En resumen, el Código Civil argentino puede ser entendido, en su conjunto, como precedenté de nuestro actual Código Civil. En primer lugar, su correlación con el Código Civil español en cuanto a la extensión del «perjuicio» en las titularidades activa y pasiva (arg. ex arts. 707 argentino con el 1.141, 1.º y 1.143 español, titularidad solidaria activa; y los artículos 710, 711, 713, 714 y 717 argentinos con los artículos 1.145 *in fine*, 1.147, 1.974, 1.º y el 1.141, 2.º de nuestro Código Civil). En segundo lugar, por su distanciamiento con relación al Code francés y ordenamientos de su influencia.

En efecto, en el Código Civil argentino, al igual que ocurría en el derecho romano, cada uno de los acreedores (*correi stipulandi*) es considerado individualmente como acreedor UNICO que obra por su cuenta (arg. ex art. 705: «el acreedor, o cada acreedor, o acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos»; artículo 707 en cuanto a los medios de extinción; artículo 708 en cuanto al posible cobro de la deuda por cualquiera de los acreedores; y el artículo 713 en cuanto a la paralización de la prescripción). Prueba de ello es que en sus relaciones con el deudor o deudores no sólo pueden demandar el pago de la totalidad del crédito, sino también pueden disponer de él por remisión o por cualquier forma (novación, compensación, confusión), de forma que extinguido de cualquier modo el crédito en la persona de uno se le reputa igualmente extinguido respecto de los otros.

De la misma forma su distanciamiento con el Code francés en el que cada acreedor no debe ser considerado individualmente, como si fuera el único, ni tan siquiera en sus relaciones con el deudor. Por ende, cada uno de los acreedores debe ser considerado como acreedor sólo de su «parte», y por lo que respecta a la «parte» de sus acreedores, como *mandatario* para cobrar y conservar sus derechos. De ahí la distinción entre el Código Civil argentino, igualmente aplicable al Código Civil español, y el Code francés:

Fíjese que la idea de «perjuicio» en la deuda solidaria es también mantenida en nuestro Código Civil (arg. ex arts. 1.147, 2.º, 1974, 1.º, careciendo de artículo concreto para la demanda de intereses pero, no obstante, la existencia de un precepto general de la extensión del perjuicio al resto de los deudores solidarios, es decir, el artículo 1.141, 2.º del Código Civil).

En el resto de Códigos hispanoamericanos no es uniforme el tratamiento de la extensión de los daños y perjuicios al resto de los deudores solidarios (si en cambio hay unanimidad en *cuanto* a la culpa o mora como efecto de perpetuación de la obligación, cuando cualquiera esté inmerso en mora, e incluso en cuanto a la prescripción). En contra del artículo 711 del Código Civil argentino (1.147, 2.º de nuestro Código Civil), el artículo 1.521 del Código Civil de Chile; 1.220 del Código Civil de Perú; 1.392 del Código Civil de El Salvador, 1.372, 7.º del Código Civil de Uruguay. A favor de la extensión, el artículo 1.997 del Código Civil de México, el artículo 529 del Código Civil portugués; el artículo 1.100 del Código Civil de Puerto Rico.

en el primero existiría una UNIDAD DE VINCULOS, en el segundo, UNA PLURALIDAD DE VINCULOS (72).

El Código Civil argentino habría seguido el rigor de la INSTITUTA, prescindiendo de la idea de representación que no había sido conocida en el derecho romano (73).

Por todo, aun prescindiendo el Código Civil argentino de un precepto equivalente al actual artículo 1.141, 2.º del Código Civil, sí que es un antecedente legislativo de primera magnitud. En él influyen las ideas de TOTALIDAD e INTEGRIDAD en el ejercicio de las titularidades activa y pasiva de la solidaridad, y como consecuencia, la extensión de los efectos («perjuicio») al conjunto de los acreedores o deudores por el acto individual de cualquiera de ellos, ya sea judicial o extrajudicial.

2.6. EL «CODE NAPOLEON» DE 1804. LA IDEA DE MANDATO MUTUO COMO JUSTIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DEL «PERJUICIO». Su INFLUENCIA EN OTROS ORDENAMIENTOS

El Code Civil regula la solidaridad en el título tercero «*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*»), sección cuarta («*Des obligations solidaires*»), en concreto, dedica los artículos 1.197 a 1.216.

La idea de «perjuicio», que hasta ahora hemos venido comentando a través de la labor legislativa, también aparece recogida en el Code Civil aunque con unos evidentes signos de particularidad.

En concreto, tras definir la solidaridad como: «L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers» (arg. ex art. 1.197), y por la parte pasiva de la obligación como: «Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier» (art. ex art. 1.200), los arts. 1.203, 1.204, 1.205, 1.206, 1.207 y 1.214 mantienen la extensión de los efectos de la solidaridad (74):

(72) La idea de unidad de vínculo en la solidaridad es mantenida en la doctrina argentina por Alfredo COLMO: *De las obligaciones*, núm. 534, pág. 382; L. DE GASPERI: *Tratado de las Obligaciones*, op. cit., núm. 838, pág. 55. En contra Héctor LAFAILLE: *Derecho Civil (Tratado de las Obligaciones)*, t. II, núm. 379, pág. 215; R. M. SALVAT: *Tratado del Derecho civil argentino*, núms. 919 a 923, pág. 345.

(73) POTHIER: *Tratado de las Obligaciones...*, op. cit., núm. 534, pág. 383.

(74) La definición otorgada a la solidaridad en el Code Civil es también recogida en el Codice italiano de 1942. En concreto en su artículo 1.292: «L'obbligazione è in

Art. 1.203: «Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division.»

Art. 1.204: «Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.»

Art. 1.205: «Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure.»

Art. 1.206: «Les poursuites faites contre l'un des débiteurs interrompent la prescription à l'égard de tous.»

Art. 1.207: «La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.»

Art. 1.214, 2: «Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement.»

Tampoco en el Code Civil francés encontramos un precepto semejante a nuestro artículo 1.141, 2 del Código Civil. La razón, aun anticipándonos a conclusiones posteriores, surge por el diferente tratamiento jurídico que la idea de «perjuicio» (extensión de efectos al conjunto de los deudores solidarios) efectúa este ordenamiento jurídico.

Efectivamente, analizando los supuestos de titularidad solidaria activa y pasiva, observamos cómo el «perjuicio» no alcanza el rigor (amplitud) que tienen nuestros artículos 1.141, 1.143, 1.146 y 1.147 del Código Civil (75).

solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori».

El CODE DES OBLIGATIONS belga (Titre quatrième: Des modalités des obligations; Chapitre premier: Des obligations solidaires) en su artículo 143 establece: «Il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout. A défaut d'une semblable déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi.» *Code des Obligations du 30 mars. 1911. Berne. Cancelliere fédéral, 1971.*

(75) G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE: *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des Obligations*, Tome Deuxième 3.^a, ed. París, 1907; págs. 424 y ss., núm. 1307.

La limitación del «perjuicio» en el Code Civil francés se puede sistematizar atendiendo a la siguiente distinción:

2.6.1. *La limitación del perjuicio en la titularidad solidaria activa*

La idea de perjuicio en el Code Civil se puede observar en un doble ámbito los efectos principales y los secundarios. Los primeros se identificarían con la posibilidad por parte de cualquier acreedor de reclamar la totalidad de la prestación y, en consecuencia, el obligar a cada deudor por el total como si fuera el único deudor. Por los segundos, identificaríamos la posibilidad de que la reclamación judicial interpuesta por cualquier acreedor solidario paralice la prescripción frente a todos, haga incurrir en mora igualmente a todos, y, en definitiva, que toda acción judicial o extra-judicial realizada contra cualquier deudor solidario aproveche al resto de los acreedores y, *a sensu contrario*, perjudique a los deudores aunque, y esta es la característica principal, únicamente se realice la reclamación frente a uno de los deudores solidarios (76).

El citado autor constata el diferente tratamiento que tiene la solidaridad pasiva en el derecho español, así: «Le premier de ces systèmes renforce la solidarité. Non seulement il maintient les effets admis par le droit français, mais il en ajoute certains. Ici, nous devons citer avant tout le Code civil espagnol. Il formule, dans son art. 1.141, 2 cette règle générale: *Les actions exercées contre l'un des débiteurs solidaires nuiront aux autres. Mais, conformément à l'art. 1.147 du premier de ces codes, si la chose a péri ou si la prestation est devenue impossible para la faute de l'un des codébiteurs ils seront tous responsables envers le créancier, du prix et de la réparation du dommages. Cette disposition aggrave la situation que, dans le cas prévu, notre Code civil fait à ceux des débiteurs qui ne sont pas en faute... Le Code Civil espagnol dispose en outre, ainsi que le faisait déjà le Code civil argentin (art. 707), que le confusion qui a lieu du chef de l'un des débiteurs solidaires, éteint l'obligation à l'égard de tous.*»

(76) Es *communis opinio* esta doble distinción del «perjuicio» en la doctrina francesa. Así, BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE: *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des Obligations*, op. cit., págs. 258 y ss., núm. 1130 (solidaridad activa) y págs. 316 y ss., núms. 1201 y ss. (solidaridad pasiva). BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit civil*, Tome Deuxième (art. 711 a 1.386), septième Edition. París, 1901, pág. 701 (sol. activa) y págs. 704 y ss. (sol. pasiva). M. PLANIOL et J. RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo séptimo. Las Obligaciones (Segunda Parte). Traducción española de Mario DÍAZ CRUZ, La Habana, 1945, pág. 395. A. COLÍN y H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil* (Traducción de la última edición francesa por la Redacción de la Revista de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho Civil español por DEMOFILO DE BUEN), t. tercero. Teoría general de las Obligaciones, Madrid, 1943, pág. 419. Henri MAZEAUD et León MAZEAUD, *Legons de Droit civil*, tome Deuxième (premier volume) Obligations. Théorie Générale. Sixième Edition par François CHABAS (sin especificar fecha), pág. 1.074, núm. 1063. Yvaine BUFFELAN-LANORE: *Droit Civil*, Deuxième Année, París, 1970, págs. 183 y ss. Fernand DARRIBA: *Enciclopedia DALLOZ*, voz «Solidarité», t. V, pág. 21, Sect. 1.^a, núm. 5 al 18.

2.6.1.1. La obligación por el todo. Reclamación de la totalidad contra cualquier deudor solidario

El artículo 1.203 del Code Civil admite la reclamación de cualquier acreedor frente a cualquier deudor por la TOTALIDAD de la deuda (arg. ex art. 1.197 al definir la solidaridad). A su vez, impide que el deudor pueda interponer el beneficio de división ante la reclamación realizada por el acreedor. Por último, el acreedor podrá reclamar al resto de los codeudores hasta que no se produzca el pago total de la deuda (arg. ex art. 1.204).

La doctrina francesa, apartándose del derecho romano y de los precodificadores DOMAT y POTHIER, justifica esta reclamación de la totalidad de la deuda partiendo de la existencia de un «interés común» entre los acreedores para el cobro de la deuda. De hecho, el acreedor solidario no lo era sino de su parte, mientras que podía reclamar el crédito de los demás por el consentimiento que éstos habían prestado a que fuera de esta forma. Este razonamiento es el que hace que en Francia surja la idea de la «representación» o «mandato recíproco» entre los sujetos intervinientes en la obligación (77).

2.6.1.2. Por el derecho de conservar la deuda

La teoría del mandato recíproco entre los acreedores también ofrecía la posibilidad (justificación) para realizar cualquier acto que beneficie, conservando o perpetuando, la deuda. De esta forma se le permitía a cada acreedor que:

1. Pueda requerir al deudor a los efectos de la MORA. Incuriendo el deudor en ella beneficia a todos los acreedores.
2. La demanda de intereses también aprovecha al resto de los acreedores.
3. La interrupción de la prescripción también beneficia al resto de los acreedores.

(77) La posibilidad de reclamación de la totalidad de la deuda por cualquiera de los acreedores solidarios, además de encontrarse consagrado en el Code civil, es admitido por la doctrina francesa como un supuesto de MANDATO conferido entre los acreedores para el cobro de la deuda. De esta forma podemos observar a BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE: *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des Obligations*, op. cit., pág. 254, núm. 1127; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit Civil*, op. cit., pág. 701; PLANIOL ET RIPERT: «Tratado Práctico de Derecho civil francés», t. Séptimo. *Teoría General de las Obligaciones...*, op. cit., pág. 412; DARRIBA, VOZ «Solidarité», pág. 21, núm. 10; BUFFELAN-LANORE: *Droit civil*, op. cit., pág. 183; H. MAZEAUD y L. MAZEAUD en *Leçons de Droit Civil*, op. cit., pág. 1.070.

El hecho que la doctrina francesa contemporánea adopte la doctrina del mandato para justificar la posibilidad de reclamación de la totalidad de la deuda por cualquier

A pesar de lo **anterior**, mandato como beneficio, existirían unos límites en el ejercicio de esta representación. En concreto serían:

1. Ningún acreedor podrá efectuar la novación o la remisión de la deuda sin el consentimiento de los demás. No obstante la novación o remisión, el crédito solidario se mantendría intacto en cuanto a la porción de los demás acreedores. **Únicamente** produciría efectos en la porción de crédito de quien lo realizó.
2. La confesión judicial del deudor jurando no deber nada ante la reclamación del acreedor no afecta a los demás.
3. La sentencia obtenida a instancia de uno sólo de los acreedores tendría que diferenciarse si es positiva o negativa. Si es positiva debe

acreedor solidario provenía de la escuela de la exégesis. Efectivamente, MOURLON en *Repetitions écrites sur le Code Civil*, Garnier Freres Libraires, t. II, París, 1885, núm. 1247, pág. 698, ya entendía que: «En s'obligeant solidairement, chacun des débiteurs, en même temps qu'il promet sa part, recoit et accepte mandat de payer pour les autres, et de les représenter vis-à-vis du créancier. C'est dans ce mandat réciproque que réside le caractère particulier de la solidarité.»

En cuanto al crédito solidario establecía: «Que chacun créancier a le droit d'exiger le paiement intégral de la dette... d'abord parce que le créancier qui l'actionne agit tant au nom de ses cocréanciers, qu'il représente...». En el mismo sentido CROME: *Manuale del Diritto civile francese* (Dr. ZACHARIAE VON WEGENTHAL), Milano, 1907 (edición italiana de la francesa), pág. 216 (278): «Ma il diritto francese a questo riguardo, considera ciascuno dei reditori solidali come un semplice mandatario degli altri a ricevere il pagamento». Charles-RAU AUBRY: *Fraderic Zachariae, Cours de Droit civil français d'après le méthode de Zachariae*, t. IV, París, pág. 28, núm. 298 terc.; DELVINCOURT: *Cours de Droit Civil*; Leobon Valerio LAROMBIERE: *Théorie et pratique des obligations*, t. III, París A. Duand et Pedone-Lauriel Editeurs, 1885, en el núm. 16 (art. 1.198); Jean Charles Florent DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, t. XXVI, núms. 144 y 151, págs. 110 y ss.; Ferdinand LAURENT: *Principes de Droit civil français*, t. XVII, París-Bruxelles A. Durand et Pedone Lauriel-Bruylant-Christophe et Comp., 1875 y 1876, núm. 258 *in fine*, pág. 265, donde establece: «Le principe nouveau est donc celui-ci: les créanciers solidaires sont associés pour le bénéfice de l'obligation; voilà pourquoi l'article 1197 dispose, contrairement au droit romain, que ce bénéfice se partage entre les créanciers. Comme associé, chacun d'eux doit agir dans l'intérêt commun, il a mandat de faire tout ce qui est avantageux à ses cocréanciers, mais il ne peut rien faire de ce qui pourrait leur être préjudiciable.» F. MOURLON: *Repetitions écrites sur le Code civil*, París, 1883, núm. 1243, pág. 695; C. B. TOULLIER: // *diritto civile francese secondo l'ordine del Codice*, t. VI, Napoli, 1839, Stamperia dell'Iride en núm. 48, pág. 43; J. BOILEAUX, *Commentaire sur le Code civil*, París, 1838, pág. 502, núm. 1196; F. VILLAUME: *Commentaire analytique du Code Napoleon*, París, 1855, pág. 378, núms. 1197 y 1198; A. DEMANTE: *Cours Analytique de Code civil* (tras el artículo 980 continúa E. COLMET DE SANTERRE), pág. 203, núm. 128; Alexandre DURANTON: *Cours di Diritto civile secondo il Codice francese*, vol. VI, Napoli 1854 (4.^a ed.).

En la doctrina italiana cabe destacar a MELUCCI: *La teoría delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, 1884, págs. 14 y ss.; Giorgio GOIRGI: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno*. Traducida y anotada por la Redacción de la RGLJ, vol. I. Definición de obligaciones, Obligaciones naturales, solidarias, indivisibles; forma y prueba de las obligaciones. Madrid, Inst. Ed. Reus (2.^a ed.) en el número 103 sobre el mandato recíproco.

favorecer al resto de los coacreedores; si es perjudicial, sólo producirá efectos en el acreedor solidario que instó el procedimiento (78).

En resumen, en el derecho francés existe una limitación de la titularidad solidaria activa que se manifiesta en una doble circunstancia:

- Se presume que el acreedor puede disponer de su parte como mejor la parezca (titularidad solidaria activa identificada con el concepto de «parte»).
- Imposibilidad de disponer de la parte de su coacreedor. El mandato sólo le concede el poder recibir el pago. Con lo que la obligación solidaria se configura como una obligación con PLURALIDAD DE VINCULOS.

(78) La limitación de los efectos en la titularidad activa tiene una gran importancia en la doctrina francesa. En primer lugar, en el derecho romano los derechos de cualquier acreedor solidario eran los mismos. El ejercicio de esta titularidad solidaria activa le llevaba, incluso, a poder disponer de la deuda. El acreedor no sólo tenía la posibilidad de demandar el pago de la totalidad de la deuda, sino incluso el de liberar totalmente al deudor por la «acceptilation», «novación», o por la *litis contestatio*. Por otra parte, el acreedor no quedaba obligado a partir con el resto de los acreedores lo recibido, sin perjuicio para éstos del derecho a demandar su parte fundados en una convención o la comunidad de intereses como la que surge en la sociedad. En un caso existiría la *communis dividundo* y en otro caso la *actio pro socio*. Vid. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE: *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des obligations*, op. cit., T. Deuxième, págs. 258 y 259; L. GASPERI: *Tratado de las Obligaciones*, op. cit., t. II, pág. 68; AMPARO GONZÁLEZ: *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en el Derecho romano*, Madrid, 1983, pág. 52. Esta autora diría que: «En la solidaridad de las obligaciones la stipulatio única implica una sola actio, y por tanto una sola obligatio, aunque hayan sido varios los promitentes.»

En resumen, en el derecho romano clásico existía una UNICA obligación (D. 45, 2, 19; D. 45, 2, 2; D. 45, 2, 9, 1; D. 9, 4, 19; D. 45, 2, 3, 1; D. 35, 2, 62; D. 46, 4, 16 primero; D. 46, 1, 71), e igualmente una UNICA en el objeto de la prestación (*eadem res debita*). Estas características llevaban a concluir que cada acreedor pudiera actuar como si fuera el acreedor UNICO que podía actuar por su cuenta, es decir, *investido de una titularidad solidaria activa por la totalidad* (congruente por otra parte con nuestro artículo 1.143 del Código Civil).

Esta titularidad solidaria activa por la totalidad fue mantenida por los Precodificadores DOMAT y POTHIER. M. DOMAT en *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, 1.^a partie, liv. III, tit. III, sect. I, núms. 4 y 6, París, 1771, establecía: «Lorsqu'un des créancier d'un même dette peut seul et demander le tout et le recevoir. Il peut aussi innover la dette et en faire une délégation; car il pouvait acquitter le débiteur et donner même quittance sans rien recevoir. Mais ce créancier doit rendre comptes aux autres de ces changements.» En el mismo sentido puede verse en R. J. POTHIER: *Traité des Obligations*, vol. I et II, Banchs Editor, Barcelona, 1974. En su número 260 entendía: «Les effets de cette solidité entre créanciers, sont 4.^o Chacun des créanciers l'étant pour le total, peut avant qu'il été prévenu par les poursuites de quelqu'un de ces créanciers, faire remise de la dette au débiteur, et le libérer envers tous: car de même que le paiement du total fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers tous, de même la remise total, qui tient lieu de paiement, faite par l'un des créanciers, doit le libérer envers tous: *Acceptilatione unius tollitur obligatio*; 1.2. ff. de duob. reis.»

2.6.2. Limitación del perjuicio en la titularidad solidaria pasiva

Partiendo de la inexistencia de un precepto que regule la extensión del perjuicio en la deuda solidaria, como nuestro artículo 1.141, 2.º, el Code civile recoge en los artículos 1.204 a 1.207 la extensión del perjuicio al conjunto de deudores (79):

En cuanto al Code francés, la idea de la titularidad solidaria activa por el total del crédito no es admitida. El acreedor sólo tiene titularidad sobre su parte del crédito. El cambio en cuanto al ejercicio de la titularidad vino justificado por BIGOT-PREAMENEU: «C'est l'exécution directe et naturelle du contrat, et c'est à cet égard seulement que ces cocréanciers ont suivi sa foi», y FAVARD entendería: «On a observé que d'après l'art 134 (1.234 Code) la remise de la dette étant au nombre des moyens de libération, l'obligation du débiteur commun devait être éteinte par la remise qu'un des créanciers ferait de la dette, comme par le paiement intégral qu'il aurait reçu... On a répondu à cette objection que l'intention des créanciers, lorsqu'ils conviennent entre eux de la solidarité, est bien que chacun d'eux puisse libérer le débiteur en recevant de lui toute la somme due, mais non pas qu'il puisse faire un acte de générosité aux dépens des autres, en remettant la dette pour les parts qui leur reviennent.» En el mismo sentido MOURICAULT diría: «La solidarité ne s'établit véritablement entre les créanciers que pour autoriser chacun d'eux à faire au besoin l'affaire de tous et pour les établir à cet effet mandataires reciproques.» Por todos FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, reimpr. de la ed. 1827, Osnabrück, 1968, págs. 249, 329, 330. Igualmente en *Recueil complet des Discours Prononcés lors de la Discussion du Code Civil par les Divers Orateurs du Conseil D'Etat et du Tribunat, et Discussion particulière de ces Deux Corps Avant la Rédaction Definitive de Chaque Projet de Loi*. Tome II DISCUSSION, págs. 465 y 466.

En el Code civile también se produce la limitación de los efectos en la titularidad solidaria activa, mientras que rige el sistema de admitir los actos conservativos y de refuerzo del crédito (extensión de los efectos favorables), por ejemplo, la transacción, el juramento, la sentencia, la constitución en mora, el reconocimiento judicial, la interrupción de la prescripción, se entienden que no se extienden jamás los efectos a los otros coacreedores cuando el hecho proviene y se verifica exclusivamente en la persona de uno de los acreedores. En este caso, el efecto queda limitado (perjuicio) a la parte del crédito del acreedor. En este sentido, RUBINO en *Obbligazioni in solido*, *Commentario del Codice civile* a cura di Scialoja e Branca (arts. 1.285-1.320), 2.ª ed., pág. 142; Jorge AMORTH: *La responsabilidad del deudor solidario* (notas sobre la legislación española por el Excmo. Sr. don Tomás ESPUNY GÓMEZ, Barcelona, 1963), pág. 149: «En virtud del principio general por el cual los efectos perjudiciales nunca se extienden a los demás sujetos solidarios, extendiéndose en cambio los favorables.»

En el mismo sentido GIORGI: *Teoría de las Obligaciones...*, op. cit., t. I, núm. 93, págs. 95 y ss.

La escuela de la exégesis también realizó una misma interpretación. Así, AUBRY et RAU, op. cit., t. IV, párr. 299 bis, pág. 20; DEMOLOMBE, op. cit., t. XXVI, núms. 142 y ss., pág. 109; MOURLON, op. cit., t. II, núm. 1243, pág. 652; TOULLIER, op. cit., t. VI, núms. 726 y 727, pág. 754; CROME, op. cit., t. II, párr. 278, pág. 217, DURANTON, op. cit., t. XI, núms. 170 a 173, págs. 174 y ss.; LAROMBIERE, op. cit., t. II, art. 1.198, núm. 11, pág. 571; MERCADE, op. cit., t. IV, art. 1.198, párr. 597, pág. 492; LAURENT, op. cit., t. XVII, núm. 257, págs. 263 y ss.; JOSSERAND: *Derecho civil* (revisado y completado por Brun, traducción de S. Cunchillos), t. II, vol. I, núm. 757, pág. 368.

(79) La propagación de los efectos al conjunto de los deudores, ya sean principales (el soportar la reclamación de la totalidad de la deuda), o secundarios (arts. 1.204 a

1. La interrupción de la prescripción realizada por uno de los acreedores surte efecto frente al resto de codeudores (art. 1.206 Code).
2. El **requerimiento** de uno de los deudores por el acreedor a los efectos de la mora se producen respecto de todos ellos (art. 1.205 Code).
3. Si por culpa de uno de los deudores se produce la pérdida de la cosa, todos quedan solidariamente obligados. La culpa de uno de los deudores solidarios se entiende culpa de los demás (art. 1.205 Code).
4. La demanda de interés formulada frente a uno de los deudores solidarios hace que se devenguen perjuicios para todos (art. 1.207 Code).

La limitación del perjuicio, no obstante los artículos anteriores, queda patente en los artículos 1.205 del Code: «*mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts*».

La justificación venía anunciada por POTHIER cuando decía:

«Observez que le fait, la faute ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires préjudicie, à la vérité, à ses codébiteurs, «ad conservandam et perpetuandam obligationem c'est-à dire, à l'effet qu'ils ne soient pas déchargés de leur obligation par la perte de la chose, et qu'ils soient tenus d'en payer le prix: 'est en ce sens que la loi penult. ff. de duob. reis, dit: «*Alterius factum alteri quoque nocet*». Mais la faute, le fait ou la demeure de l'un d'eux ne préjudicie pas aux autres «*ad augendam ipsorum obligationem*» (80).

1.207 Code) se entendía en la doctrina francesa como una manifestación del mandato mutuo que existe entre los deudores solidarios. Este mandato les llevaba a soportar cualquier acto realizado frente a cualquiera de ellos como si fuese realizado frente a todos. En la exégesis así se entendió; por todos TOULLIER, *op. cit.*, t. VI, núm. 631; DURANTON, *op. cit.*, t. XI, núm. 217; AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. IV, 298 *terc.*

(80) POTHIER, *op. cit.*, núm. 273, págs. 252-252. La idea de POTHIER fue recogida por la escuela de la exégesis. En este sentido, COLMET DE SANTIERRE, *op. cit.*, t. V, núm. 132 bis, 134 bis; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. II, núm. 972; LAROMBIERE, *op. cit.*, art. 1.200.

En Italia el artículo 1.308 del Codice establece: «La costituzione in mora di uno dei debitori in solido non ha effetto riguardo agli altri, salvo il disposto dell'art. 1310.» La doctrina italiana también se ha pronunciado sobre la limitación de los efectos, en concreto, MELUCCI, *op. cit.*, pág. 75; GIORGI, *op. cit.*, núm. 148; GARGIULO, VOZ «Solidarietà» en // *Digesto italiano*. Diretta da LUIGI LUCCHINI, vol. XXII, Parte Prima, Torino, 1899-1903; núm. 19, págs. 5 y 6; ADOLFO DI MAJO, VOZ «Obbligazioni Solidali» (e indivisibili), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX (Obbligazioni-Omicidio), Giuffrè Editore, págs. 315 y ss.

Por último, no hay que olvidar que en el derecho romano la culpa del deudor solidario perjudicaba al resto de los codeudores. Así, la L. 91 Dig. De verb. obli. establecía: «Veteres constituerunt quoties culpa intervenerit debitoris perpetuari obligationem.» Así, POMPONIO: «Ex duobus reis ejusdem Stichii promittendis factis. Alterius factum alteri quoque nocet» (L. 18, Dig. De duob. reis constit.), MARCIANO: «Si duo rei promittendi sint, alterius mora, alteri non nocet» (L. 32 penult. Dig. De usur. et fruct.)

Igualmente, la doctrina francesa ha entendido limitado el concepto de perjuicio en los efectos de la cosa juzgada (81). La sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios NO producía efectos al conjunto de los codeudores (cotitularidad en la deuda) cuando los codeudores no demandados tuvieran una *excepción personal contra la demanda, o cuando la sentencia fuera el resultado de una colisión fraudulenta entre el acreedor y el deudor demandado que agravara la obligación de éstos*.

En suma, aunque el Code francés parte de la idea de la propagación del «perjuicio» al conjunto de los deudores solidarios no llega a las consecuencias de nuestro Código Civil en todo aquello que suponga un aumento en la responsabilidad del codeudor no responsable (arg. ex art. 1.205 del Code). La «ratio» se encontraría en que los deudores se otorgan un *mandato para realizar el pago pero limitado a que no pueda aumentar su responsabilidad* [«Si duo rei promittensi sint, alterius mora alteri non nocet», por ejemplo (82)].

2.7. LOS PUNTOS DE PARTIDA PARA LA INTERPRETACIÓN DEL «PERJUICIO» EN LA DEUDA SOLIDARIA

El diferente tratamiento que dispensa nuestro Código Civil a la extensión del perjuicio en la obligación solidaria, en relación a los diferentes

y PAOLO: «Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur» (L. 173, 2 Dig. De reg. jur.).

(81) La limitación del efecto de la cosa juzgada no aparece regulado por el Code de forma expresa. El artículo 1.351 establece: «L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même: que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, est formée par elles et contre elles en la même qualité.» El citado precepto no excluye la extensión de la cosa juzgada al resto de los codeudores (es más, parece que lo admite «même qualité») aunque no tiene el rigor de nuestro artículo («vínculos de solidaridad»). No obstante, autores, entre otros, como AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. IV, núm. 298, *terc.* y en el t. XII, núm. 769; LAURENT, *op. cit.*, t. XX, núm. 120; COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, t. V, núm. 328 bis; manteniendo estos autores la no extensión de la cosa juzgada.

En Italia la no extensión de la sentencia es más contundente. El artículo 1.306 establece: «La sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori.» Entre los autores que analizan la extensión de cosa juzgada puede citarse a ATTARDI: «Sui limiti di efficacia dell'art. 1.1306 Cod. civil», en *RDPr.*, 1953, t. II, pág. 52; FRASSON: «Le obbligazioni in solido» (arts. 1.292-1.312 CC), en *RDC*, 1976, t. II, págs. 254 y ss.; DISTASO: «Obbligazioni solidali e opposizione ordinaria di terzo», en *CC*, 1966, t. I, págs. 2.051 y ss.; BUSNELLI: «La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali», en *RTDC*, 1974; AMORTH: *La responsabilità del deudor solidario...*, *op. cit.*, págs. 207 y ss.; ALLORIO: *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1936, págs. 232 y ss.; RUBINO: *Obbligazioni in solido...*, *op. cit.*, págs. 288 y ss.

(82) POTHIER: *Traité*, *op. cit.* núm. 273, págs. 252-253.

ordenamientos jurídicos como el francés e italiano, hace que podamos hablar de *un régimen peculiar o propio el seguido por nuestro Código Civil*

La afirmación que efectuamos toma razón tanto en la solidaridad activa (acreedores) como en la pasiva (o de deudores). Por una parte, en sede de solidaridad activa, la antinomia que se produce entre el artículo 1.141, 1.º y 1.143 CC se resuelve por el predominio del artículo 1.143 del Código Civil, es decir, por el mayor RIGOR en el ejercicio de las titularidades activas y, a su vez, apartándose de la solución otorgada por el Code. Esta solución no sólo proporciona la afirmación del mayor rigor de nuestra solidaridad, sino que sea una solución más acorde con el propio régimen jurídico de la solidaridad, es decir, *el que cada acreedor proyecte el ejercicio de su titularidad sobre la totalidad del crédito, o como si fuera el único acreedor*.

Por otra parte, el «refuerzo» que obtiene nuestra solidaridad tiene su máxima expresión en la deuda solidaria. Efectivamente, en el artículo 1.141, 2.º del Código Civil se establece la *regla general de que las acciones entabladas contra cualquier deudor solidario perjudican al resto de los deudores*. Esta extensión, que venimos denominando «perjuicio» o «acto perjuicio», encuentra su desarrollo, a título particular, en el artículo 1.974, 1.º —*interrupción de la prescripción*—, en el artículo 1.252, 3.º del Código Civil —*extensión de la cosa juzgada*—, e incluso, en el artículo 1.109 del Código Civil —*en cuanto a los intereses vencidos*—. Mas, el artículo 1.147, 2.º del Código Civil —*recuérdese* que toma como base *L'Avant-projet de révision du Code Civil Belge* «si la chose due a péri per la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres seront tenus du prix de la chose et des *dommages-intérêts*, sauf leur recours contre le codébiteur par le faute duquel le chose a péri» confirma el mayor RIGOR DE NUESTRA SOLIDARIDAD haciendo extensible el incumplimiento de cualquiera de los deudores al ámbito de responsabilidad del «grupo». Todos quedarán obligados frente al acreedor del incumplimiento de otro.

Sin duda, nuestro Código Civil, al igual que ocurría en la titularidad activa, parte de la idea de que el conjunto de deudores *deben ser considerados como si fueran UN UNICO DEUDOR en sus relaciones con los acreedores*. Ello es así precisamente por el hecho de que la titularidad de cada deudor solidario se proyecta sobre la totalidad de la deuda, y ésta es *IDENTICA PARA TODOS ELLOS*.

En suma, la relación entre los principios de TOTALIDAD e INTEGRIDAD, y que sobre ellos se prediquen los ejercicios de las titularidades activa y pasiva, no nos demuestran todo el «esplendor» de la solidaridad, ya que éste aparece en la *necesaria conexión que existe entre las titularidades*. Son estas precisiones —*recuérdese* que las recogíamos en la intro-

ducción— lo que nos demuestran que la norma contenida en nuestro artículo 1.141, 2.º del Código Civil, aun careciendo de antecedentes legislativos, sea un punto de confirmación de lo que hasta ahora venimos destacando.

Para finalizar, el artículo 1.141, 2.º del Código Civil, por su ubicación —recuérdese que se encuentra en el mismo artículo que la norma contenida para la solidaridad activa—, nos demuestra que es una norma directamente aplicable al «perjuicio» que aparece por la actuación procesal de cada uno de los deudores solidarios. Esta afirmación de extensión de la reclamación judicial o extrajudicial al resto de los codeudores se corresponde con la UNIDAD que impregna la solidaridad. Precisamente por ello nuestro Código Civil se separa del Code, Codice (igualmente del Proyecto de Código Civil de 1851), que parten de una configuración de la solidaridad como obligación «*múltiple conjunta*». Mas, bien podríamos decir que nuestra solidaridad se corresponde con la obligación correal (impregnada de UNIDAD), tras la desaparición de los efectos extintivos de la *litis contestatio*, y se separe de la obligación solidaria (impregnada de PLURALIDAD DE VINCULOS).

Hasta aquí se corresponde con el análisis de los antecedentes legislativos del artículo 1.141, 2.º del Código Civil. Pudiera parecernos que hemos obtenido bien poco de ello, pero, únicamente recordando que nuestro Código Civil parte de un concepto de solidaridad propio, más cercano al derecho romano y en íntima conexión con el Código Civil argentino y L'Avant-Projet de Révision du Code Civil belge, hace que las soluciones ofrecidas por los Ordenamientos jurídicos europeos no sean *prima facie* aplicables a nuestro Derecho pues parte de concepciones de la solidaridad diferentes.

SEGUNDA PARTE. LA EXTENSION DEL «PERJUICIO» A LOS DEUDORES SOLIDARIOS QUE PROVENGA DE UNA ACCION EJERCITADA FRENTE A CUALQUIERA DE ELLOS

CAPITULO SEGUNDO. La extensión del «perjuicio» a los deudores solidarios que provenga de una acción ejercida frente a cualquiera de ellos

El que entendamos que el régimen de la solidaridad nos lleva forzosamente a hablar de DEUDA UNICA y no de pluralidad de obligaciones en conexión solidaria, como es el caso de la fianza solidaria, tiene su máxima expresión de resultado en la *extensión de los efectos de cualquier acción realizada contra uno frente a todos los deudores solidarios*.

Las posiciones activa y pasiva están caracterizadas por la posibilidad de que cualquiera de los cotitulares, de forma individual, ejercite acciones con trascendencia en el crédito o la deuda respectivamente. Ello es producto, como sabemos, de que las titularidades activa y pasiva se ejercen sobre la TOTALIDAD. Las manifestaciones de estas acciones como efecto de la extensión frente a todos, pueden diferenciarse en:

1. El reconocimiento judicial.
2. La interrupción de la prescripción.
3. La transacción.
4. La cosa juzgada.

1. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Podríamos decir que el reconocimiento judicial tiene especial trascendencia en la obligación solidaria. Mediante el reconocimiento de la deuda realizado por cualquiera de los codeudores solidarios se podría llegar a las siguientes consecuencias:

1. El reconocimiento podría paralizar la prescripción con efectos al conjunto de los deudores solidarios. Esta consecuencia procedería de la aplicación del artículo 1.974, 1.º del Código Civil.
2. Por el reconocimiento se podría llegar a extender al conjunto de deudores la existencia de la deuda y, en consecuencia, a confirmar la vinculación solidaria de aquellos que ni tan siquiera han intervenido.

Prima facie, parece que la admisión sin contemplaciones de la extensión del reconocimiento judicial de la deuda al conjunto de los deudores solidarios como manifestación del perjuicio puede entrar en profunda contradicción con el artículo 1.232 del Código Civil al disponer que: «*La confesión sólo hace prueba contra su autor.*» Pero, no debe olvidarse que la admisión sin límites de este reconocimiento judicial podría provocar auténticos fraudes ya que el acreedor y deudor solidarios previamente podrían haber llegado a acuerdos que perjudicarían a los deudores solidarios no intervinientes (83).

(83) Téngase en cuenta, aunque lo desarrollaremos a propósito de la reclamación judicial, como PUIG FERROL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, cit., cuando analiza el *ius variandi* a favor del acreedor dice: «En todo caso, cabe conjugar algunos de estos inconvenientes conjugando este *ius variandi* del acreedor ex artículo 1.144 del Código Civil con el principio de la buena fe (art. 7,1 y 1.258 CC) y la condena del abuso del derecho (art. 7,2 CC), como quizá se daría en el caso de sucesivos litigios instados por el acreedor con el único fin de acumular gastos judiciales o eventuales condenas en costas.»

En suma, podríamos concretar que el límite a la extensión del reconocimiento judicial al resto de los codeudores no intervinientes proviene de la *indefensión* que la misma puede suponerles ya que, en principio, éste se realiza sin su presencia. Pero, ¿existe realmente alguna indefensión? A nuestro entender, para contestar a esta pregunta hay que diferenciar las dos posibles consecuencias que el reconocimiento judicial puede ocasionar.

En primer lugar, el reconocimiento de la deuda, que es uno de los mecanismos de interrumpir la prescripción, debe perjudicar al conjunto de los deudores solidarios. A este sentir responde con toda claridad el artículo 1.141, 2.º del Código Civil («las acciones ejercitadas...»). El término «acciones» tiene a nuestro entender un significado amplísimo que sin lugar a dudas debe incluir el reconocimiento judicial. Esta afirmación también encontraría su confirmación en el artículo 1.252, 3.º del Código Civil. No hay que olvidar que en la obligación solidaria la actuación procesal del deudor solidario demandado perjudica a los demás como así lo demuestra que la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios perjudica a todos éstos (84). Mas la extensión del reconocimiento judicial también vendría afirmado por el artículo 1.141, 1.º del Código Civil que, dirigido a la titularidad activa, establece: «Los acreedores solidarios pueden hacer lo que sea útil para los demás.» Ergo, este «acto útil» efectivamente puede ser el propio reconocimiento que la deuda efectúe un codeudor solidario.

En segundo lugar, PUIG FERRIOL, admitiendo, por otra parte, la extensión de la interrupción de la prescripción por el reconocimiento judicial de uno de los codeudores, limita sus efectos fuera del ámbito de la prescripción extintiva. El citado autor considera que: «... Quiere ello por tanto decir que si una persona reconoce la existencia de una deuda —la cual se presume que se fundamenta en una causa verdadera y lícita: arg. ex art. 1.277 CC—, por más que declare que la misma afecta solidariamente a diversos obligados, tal declaración vinculará únicamente al reconocedor; por aplicación en último término de lo dispuesto en el artículo 1.259-1 del Código Civil; en consecuencia si el reconocimiento de la deuda en la forma propuesta no proviene, por lo menos, de dos sujetos, no podrá surgir una obligación con el carácter de solidaria. De ello se sigue, pues, la no aplicación de los artículos 1.973 y 1.974-1 del Código Civil fuera del ámbito de la prescripción» (85).

A nuestro entender la conclusión de PUIG FERRIOL merece un comentario. Por una parte, no podemos compartir la exigencia de que para que el resto de los codeudores solidarios se vean afectados por una actuación procesal,

(84) En este sentido se pronuncian BALLARIN: *Titularidad solidaria*, cit., pág. 212, y para el derecho italiano MELUCCI: *La teoría delle obbligazioni solidali nel diritto italiano*, op. cit., pág. 96.

(85) PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, cit., pág. 472.

no olvidemos que normalmente el reconocimiento de la deuda se producirá en el ámbito de un proceso iniciado a instancia del acreedor, de uno de los deudores tengan los mismos que intervinir, o en palabras de PUIG FERRIOL, sean al menos dos los que intervengan. Y no lo creemos porque si ello fuera así, ¿cómo se justificaría que los actos realizados frente a un deudor solidario como pueden ser la novación, compensación, confusión o remisión tengan repercusión (extensión como «acto beneficio») al resto de los codeudores? De la misma manera, ¿cómo se justificaría, exigiendo como exige el autor la intervención de al menos dos de los deudores solidarios, que la sentencia dictada frente a uno de los deudores solidarios perjudique (extensión «acto beneficio o perjuicio») al resto? En último lugar, ¿cómo justificaría el artículo 1.141, 2.º del Código Civil cuando sanciona que la «acción (en este caso podría ser el reconocimiento judicial de la deuda) contra cualquiera de los deudores solidarios (es decir, con la intervención de un único deudor solidario) perjudicarán a todos éstos»?

En suma, la propia naturaleza de la obligación solidaria lleva implícito el poder de disposición de la totalidad de la obligación tanto por los acreedores como por los deudores solidarios. En el primer supuesto, el acreedor puede disponer del crédito mediante la novación, compensación, confusión o remisión (arg. ex art. 1.143, 1.º del CC) con efectos frente a todos los acreedores. En el segundo supuesto, el deudor solidario tendrá igualmente el poder de disposición en la actuación procesal como lo demuestra el propio artículo 1.148 del Código Civil al establecer: «El deudor solidario podrá utilizar...» con lo que se demuestra que en ningún caso queda vinculado en su actuación procesal de los elementos de defensa del resto de los codeudores.

El conjunto de deudores solidarios deben quedar vinculados por la actuación procesal que uno de los codeudores efectúe frente a la reclamación de la deuda, pues en la relación externa, y a ésta nos referimos, el deudor reclamado actúa como si fuera el **UNICO** deudor. Por ello no vemos cómo puede ser aplicable el artículo 1.259, 1.º del Código Civil en la obligación solidaria.

Por otra parte, no hay que olvidar las relaciones internas que la propia solidaridad comporta. Así, el «acto perjuicio» que puede suponer el reconocimiento de la deuda puede provenir, como decíamos anteriormente, de una situación de acuerdo malicioso entre el acreedor y deudor que pretenden del órgano jurisdiccional una sentencia que recoja este reconocimiento de la deuda sabedores de la extensión de la misma al conjunto de los codeudores no intervinientes. A pesar de este temor racional tampoco encontramos razones para limitar la extensión del reconocimiento judicial. Así, los codeudores no intervinientes podrán impugnar la sentencia que recoja este reconocimiento judicial probando la extinción del vínculo ante-

rior al reconocimiento. De la misma forma, y para el supuesto de que el deudor que ha reconocido la deuda no interponga los mecanismos de extinción como previene el artículo 1.148 del Código Civil, la nivelación del perjuicio vendrá ofrecida en la posibilidad que tendrán los codeudores no intervinientes en interponerlas frente al intento de reclamación de su parte por el deudor que pagó la deuda (arg. ex art. 1.145, 2.º del CC). Y por último, para el supuesto de que el acreedor se dirija en ejecución frente a cualquiera de los codeudores no intervinientes, ya sea por propia actividad del acreedor o por la infructuosa ejecución debido a la insolvencia del deudor que ha reconocido, por un reconocimiento fraudulento sería de aplicación el artículo 1.147 del Código Civil «sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente», es decir, éste únicamente será quien deba sufrir el pago total de la deuda.

Por último, nada tenemos que objetar a PUIG FERRIOL ni a DÍEZ PICAZO (86) cuando establecen que por el reconocimiento judicial puede tener otras implicaciones, en concreto, la propia modificación del título o la fijación de la obligación anteriormente constituida. En el primer supuesto, efectivamente, estaremos ante una novación modificativa con lo que la aplicación del artículo 1.143, 1.º del Código Civil llevará a la liberación del conjunto de los codeudores solidarios y al nacimiento del régimen de nivelación del perjuicio en la titularidad activa (arg. ex art. 1.143, 2.º del CC). En el segundo supuesto, estaremos ante una fijación de la deuda anterior continuando de esta forma vinculados solidariamente a la satisfacción de la misma prestación (87).

(86) PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores...*, cit., pág. 472. DÍEZ PICAZO: *Fundamentos*, cit., pág. 431.

(87) Téngase en cuenta que la opinión de SERRA DOMÍNGUEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigida por Manuel ALBALADEJO, t. XVI, vol. 2.º, arts. 1.214 y 1.253 del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 342 y 343 (comentario al artículo 1.238 del CC): «La solución, previamente el autor desecha la existencia de un *litis consorcio* necesario, puede encontrarse a través del artículo 1.141 del Código Civil estimando que cada uno de los litisconsortes solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que sea perjudicial. Por consiguiente, el juramento decisorio por uno sólo de los litisconsortes solidarios producirá prueba plena en cuanto favorezca a todos los litisconsortes, pero podrá ser libremente apreciado por el Juez en cuanto sea susceptible de originar perjuicio.»

Entendemos que la citada conclusión proviene de una confusión entre «acto útil» y «acto perjuicio» en la titularidad activa. El artículo 1.141 carece de un antecedente claro en nuestra legislación, mientras que el artículo 1.143 parece más conforme con la propia naturaleza de la obligación solidaria. A su vez, en cuanto a la titularidad pasiva, el artículo 1.141, 2.º del Código Civil es contundente: siempre perjudicará (extenderá) en sentido positivo o negativo lo efectuado por un deudor solidario al conjunto de los codeudores solidarios no demandados. Es el rigor de la solidaridad; *lo hecho por uno o frente a uno de los deudores solidarios perjudica a todos éstos*.

Sin duda las dificultades que ofrece el reconocimiento judicial de la deuda provienen

Todas estas apreciaciones que anteriormente hemos realizado parten de la necesaria interpretación del artículo 1.259 del Código Civil. El hecho de que nadie puede contratar, en este caso reconocer judicialmente una deuda, a nombre de otro (efectos frente a otro) sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal cobra en la deuda solidaria especial trascendencia.

En la solidaridad nos encontramos ante una formulación muy cercana a la propia representación ya que cualquiera de los titulares **solidarios** puede efectuar actos con relevancia frente al resto (arg. ex arts. 1.141, 1.º y 2.º, 1.143 del CC).

Esta afirmación cobra en la actividad procesal su máxima expresión. Al acreedor le basta el que uno de los deudores solidarios efectúe una determinada actividad procesal para que la misma produzca efectos frente al resto y, por supuesto, sin influirle para nada las relaciones internas que puedan existir entre los codeudores ya que para aquél es «**RES INTER ALIOS ACTA NOBIS, NEC NOCET, NEC PRODEST**» (87 bis).

Ahora bien, como ya hemos hecho referencia, el reconocimiento judicial de la deuda en el que se esté discutiendo la propia existencia de una vinculación solidaria indudablemente *no puede afectar a los no personados*

de la inexistencia de un precepto legal, en sede de obligaciones solidarias, que especialmente establezca la solución legislativa. Por ello entendemos que ante este vacío legal el intérprete debe acudir a los conceptos que, en términos generales, históricamente han regulado la solidaridad. Tampoco podemos acudir a la referencia del *Codice* italiano (arg. ex art. 1.309 *non ha effetto riguardo agli altri...*), ya que como vimos (véase págs. 888 y ss.) parte de una regulación de la extensión del perjuicio diferente a nuestro Código Civil. En aquél no existe un precepto de la contundencia del actual artículo 1.141, 2.º y, por supuesto, no existe un precepto como el artículo 1.252, 3.º del Código Civil (*vid.* art. 1.306 en relación con el art. 2.909 del *Codice* y art. 324 del *Codice di Procedura civile*). Por ello ya anteriormente habíamos propugnado que nuestra legislación seguía un sistema genuino y, por supuesto, mucho más cercano al derecho romano.

En cuanto al derecho francés, aun careciendo de una norma que expresamente regule este supuesto, reconoce en su artículo 2.248 que «La prescription est **interrompe** par la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait.»

(87 bis) El Tribunal Supremo, de alguna forma, confirma nuestra afirmación en la Sentencia de 20 de octubre de 1986 (A. 5943), ponente Excmo. Sr. don Matías MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE, que ante un supuesto en él tras discutir la vinculación solidaria y *afirmarla* entiende: «Se manifiesta ante terceros en forma auténticamente solidaria, sin perjuicio de las interrelaciones de los demandados entre sí, *que son irrelevantes para extraños, a los que les acomoda perfectamente el adagio "res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest".*»

Con carácter general también se manifiesta la Sentencia de 1 de julio de 1983 al entender que (tras no admitir la alegada pretensión de *litis consorcio*): «En cuanto la relación jurídico-procesal queda válidamente constituida demandando a cualquiera de los obligados solidarios, sin perjuicio, claro está, de las posteriores reclamaciones entre ellos al amparo del artículo 1.145, párrafo segundo, del mismo Cuerpo legal.

en el proceso (arg. ex art. 1.232, 1.º CC. «La confesión hace prueba contra su autor»). El pretender que por la actuación de un deudor «presuntamente» solidario pudiera llegarse a la constitución de una condena solidaria sería extralimitar los propios efectos del reconocimiento judicial de la deuda. Además, téngase en cuenta que ni la propia sentencia podría desplegar dichos efectos. El presupuesto de hecho del que parte el artículo 1.252, 3.º del Código Civil es precisamente la «vinculación solidaria».

En definitiva, el reconocimiento judicial que no tome razón del presupuesto fáctico de la existencia de una vinculación solidaria NO PUEDE AFECTAR DIRECTAMENTE AL CONJUNTO DE DEUDORES SOLIDARIOS, sino únicamente podrá constituir una prueba más para el posterior juicio que pueda plantarse frente al resto de los deudores en reclamación de la totalidad de la deuda.

2. LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

La eficacia colectiva que la interrupción de la prescripción ya la veíamos al analizar la *titularidad solidaria activa* como un supuesto de «acto útil» con efectos a todos los acreedores solidarios (arg. ex art. 1.141, 1.º CC).

El apartado segundo del artículo 1.141 del Código Civil viene a significar, para la titularidad pasiva, lo que el párrafo primero establece para la activa. En aquélla la eficacia colectiva de la prescripción se corresponde con la extensión de un «acto útil» a todos los acreedores.

El ejercicio de una acción judicial o extrajudicial por cualquier acreedor tendente a paralizar la prescripción extiende sus consecuencias perjudiciales a los demás.

En el derecho romano la extensión de los efectos de la prescripción no tuvo un tratamiento uniforme. En la etapa clásica se había entendido cómo un mecanismo de extinción de la obligación (88). La evolución del concep-

(88) MASI VOZ: «Solidarietà», en *Novísimo Digesto italiano*, op. cit., pág. 834: «Fra le cause di estinzione dell'obbligazione solidale, sempre con riferimento al diritto classico, dobbiamo distinguere: a) quelle aventi efficacia generale a b) quelle aventi efficacia particolare...». Así dentro de la segunda dice: 4.º la prescrizione estintiva». De la misma forma se pronunciaba ALBERTARIO: *Le obbligazioni solidali*, op. cit., pág. 174: «Una causa, che doveva operare con efficacia particolare sulla obbligazione solidale, era la prescrizione estintiva. Come l'obbligazione solidale può per un soggetto essere sottoposta a una condizione o a un termine e per altri essere pura e semplice, o sottoposta a un termine diverso, così la prescrizione per un soggetto poteva avere un punto diverso da quello degli altri. Conseguentemente, l'interruzione della prescrizione operata dal creditore in confronto di uno dei debitori non dovrebbe avere alcuna ripercussione per agli altri condebitori...». De la misma forma lo recogen PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, cit., pág. 468; CAFFARENA: *La solidarietà de deudores*, op. cit., pág. 73.

to y regulación de la solidaridad cristaliza en el derecho justiniano. En este cuerpo legal se consideraba que la prescripción extintiva produce efectos frente a todos los deudores solidarios. Sin duda alguna, la evolución que se produce en el derecho justiniano, en el sentido de considerar que los deudores solidarios no quedaban liberados mientras no se hubiera realizado el cumplimiento en su totalidad, llevaba a que lo efectuado frente a uno de ellos tuviera repercusiones frente a todos.

La consagración de la extensión de la interrupción de la prescripción en el Derecho justiniano aparece en su Código (8, 39, 40, 4) que por la importancia que tiene en el conocimiento de la evolución consagrada en el derecho justiniano reproducimos a continuación:

«Cum quidam rei stipulandi certos habebant reos promittendi, vel unus forte creditor duos vel plures debitores habebat, vel contrario multi creditores unum debitorem, et alii ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnoverint vel per solutionem vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et invenimus positos et nos aplicavimus, vel forte ad unum quidam ex debitoribus devotionem suam ostenderunt, vel cum plures essent creditores, debitor qui solus existeret ad unum ex his vel quosdam debitum agovit, et quaerebatur si eis vel ei datur licentia adversus alios indevotionem suam exercere ey quasi tempore **emenso** exactionem recusare, vel quibusdam ex debitoribus debitum agnoscen-tibus vel in iudicio pulsatis debent et alii ab **omni contradictione** repelli: nobis pietate suggerente videtur esse humanum **semel** in uno **eodem** que contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita **omnes simul** compelli ad debitum persolvendum, sive plures sint rei sive unus, sive plures creditores vel non amplius **quam** unus. Sancimus in **omnibus** casibus, quos noster **sermo** complexus est, aliorum devotionem vel agnitionem vel ex libellodmonitionem **aliis** debitoribus praeiudicare et **aliis** prodesse **creditori**-bus. Sit itaque generalis devotio et **nemini** liceat alienam indevotionem sequi, cum ex una stirpe unoque fonte unus **affluxit** contractus vel debiti causa ex **eadem** actione apparuit» (89).

(89) Aunque en el Derecho romano clásico hemos dicho que no se establecía la extensión de la interrupción de la prescripción el Digesto 45, 2, 18 establecía, con carácter general, la extensión de los actos realizados por uno de los *correi promittendi* al conjunto de ellos:

«Ex duobus reis ejusdem Stichi primittendi factis alterius factum alteri quoque nocet» (POMPONIUS, lib. V ex Plautio).

Así, aunque el texto está básicamente destinado a la situación de la existencia de culpa de uno de los *correi promittendi* no podíamos dejar de mencionarlo a propósito de un supuesto de extensión de los efectos al resto de los codeudores solidarios por lo

En el *derecho intermedio* autores como ACCURSIO: en comentario a la C. 8, 40, 5, seguía la *extensión* de la interrupción de la prescripción en base a la existencia de *unum debitum*. Así: «Si plures creditores habent unum debitorem, vel unus creditor plures debitores, vel plures habent plures debitores: et aliquis ex debitoribus solvat alicui ex creditoribus: talis agnitio debiti sufficit ad interruptendam praescriptionem, qua se volunt alii debitores tueri, qui non cognoverunt: quia talis agnitio debiti ab uno debitore facta uni creditori, aliis debitoribus obest, et aliis creditoribus prodest» (90).

No es de extrañar que la recepción del derecho romano consagrado en nuestras PARTIDAS recogiera la inspiración del texto de Justiniano y de los autores del Derecho intermedio sancionando en la P. 3.31.18 que:

«Prescripta una deuda indivisible por uno de los deudores contra uno de los acreedores, aprovecha á todos los primeros, y perjudica á los segundos; é interrumpida la prescripción por uno de los acreedores contra uno de los deudores, aprovecha á todos aquellos y perjudica á todos estos.» El íter histórico se manifestó en los precodificadores franceses. Efectivamente, DOMAT (91) establecerá:

«Si muchas personas fueran acreedores de una misma cantidad, o poseyeran una finca en común, quedarán para todos interrumpida la prescripción por la demanda judicial aunque sea dirigida contra uno solo, pues para la demanda se ha hecho del derecho que a todos competía, y todos participan igualmente del resultado.»

Igualmente POTHIER (92): «L'interpelation qui est fonte à l'un des débiteurs solidaires interrompí le cours de la prescription contre tous les autres (1. fin. Cod. de duobus reis). C'est encore une conséquence de ce que chacun des débiteurs est débiteur du total. Car le créancier, en l'interpellant,

realizado por uno de ellos. De la misma forma lo realizado por el deudor principal responde el fiador: Paul L. 58 & 1 *De Fidej*: «Cū facto suo reus principalis obligationem perperuat etiam fidejussoribus durant obligatio».

Un estudio detallado puede observarse en DEMANGEAT: *Des obligations solidaires en Droit romain*, op. cit., págs. 374 y ss. en comentario a la L. 18 *de duobus reis*.

(90) ACCURSIO: *Copus iuris civilis*, IV ad C. 8, 40, 5. Parece que esta solución no fue igualmente seguida para la obligación constituida de forma indivisible. ESPIAU: *La obligación indivisible en el Código civil español*, op. cit., pág. 417 nos dirá: «La formulación no parece haber sido explícitamente acogida por el Derecho romano ni por la doctrina del Derecho intermedio. Ciertamente que en su *Tractatus de Praescriptionibus* BALBO hará referencia concreta a la indivisibilidad: «Tertio limita et declara praedictam regulam-dirá-nisi praescribatur pars indivisibilis ab ipso toto; quia tunc praescriptio partis extenditur ad totum ratione individui».

(91) DOMAT: *Las leyes civiles en su orden natural*, op. cit., art. 17, sección 5.a de la posesión y prescripción, pág. 254.

(92) POTHIER: *Droit d'Obligations*, op. cit., núm. 272, 2.º, págs. 250-251.

l'a interpellé pour le total de la dette, même á l'égard des débiteurs qu'il n'a pas interpellés, lesquels ne pourraient opposer une prescription contre le créancier, que sur ce qu'il n'aurait pas u sé de sont droit peur le dette dont ils sont tenus mais ils ne peuvent le prétendre, puisque la dette dont ils sont tenus est la même que celle pour laquelle leur codébiteur a été interpellé pour le total.»

Con estos precedentes no es de extrañar que el Code francés regulara en su artículo 1.206 que: «Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous»; que de la misma forma nuestro Código Civil regulara en su artículo 1.974, 1.º: «La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores» (93).

En realidad, el observar las fuentes históricas, en cuanto a la regulación de la prescripción en la obligación solidaria, nos ha demostrado una vez más cómo en la solidaridad se produce el fenómeno de la extensión de efectos al conjunto de deudores por lo efectuado frente a uno de ellos. Los conceptos de TOTALIDAD E INTEGRIDAD en la deuda solidaria llevan a considerar a cada deudor, en su actuación frente al acreedor, como si fuera el UNICO DEUDOR.

Por otra parte, no es menos cierto que si faltara en el Código Civil el artículo 1.974, 1.º podría haber sido suplido por el propio artículo 1.141, 2.º del Código Civil. La contundencia como este artículo acomete la extensión del perjuicio al conjunto de deudores nos hubiera llevado a una idéntica conclusión.

La justificación de la extensión del perjuicio que supone la paralización de la prescripción puede ser entendido desde dos puntos de vista:

(93) A diferencia del Code, nuestro Código Civil no regula las consecuencias de la prescripción de la obligación solidaria en los artículos destinados a su regulación. Situación similar se produce con la confusión que aparece regulada en el artículo 1.194 del Código Civil.

Por otra parte, aunque el precepto haga mención de obligación «mancomunada» como dijimos anteriormente (véase evolución legislativa del concepto «perjuicio») debe leerse obligación solidaria. La confusión procede del Proyecto de 1851, donde lo que se entendía como obligación mancomunada debe entenderse obligación solidaria. De esta forma el artículo 1.059 del Proyecto de 1851 establecía: «Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha o perjudica a los demás.»

La extensión de la interrupción de la prescripción también es adoptada por el artículo 1.310 del Codice: «Gli atti con i quali il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori in solido, oppure uno dei creditori in solido interrompe la prescrizione contro il comune debitore, hanno effetto riguardo agli altri debitori o agli creditori.»

Por contra el BGB en su parágrafo 425 ha establecido la eficacia personal de la prescripción, y por tanto, la no extensión de la misma al resto de codeudores.

1. Desde la titularidad activa.
2. Desde la titularidad pasiva.

1. Titularidad de acreedores.

La paralización de la **prescripción** producirá efectos, forzosamente, frente al conjunto de acreedores, en el caso que siempre seguimos de pluralidad de acreedores solidarios, ya que en primer lugar, cualquiera de los acreedores tiene un poder de disposición del crédito por la totalidad e integridad del mismo. En segundo lugar, vendrá justificado por el artículo 1.141, 1.º del Código Civil al establecer que cualquiera de los acreedores puede realizar lo que resulte beneficioso para el resto. De esta forma el acto útil que supone la paralización de la prescripción justificará su extensión al resto.

2. Titularidad pasiva.

La extensión al conjunto de deudores será la consecuencia de la propia naturaleza de las obligaciones solidarias. En la relación externa, actuación de cualquier codeudor ante la reclamación de cualquier coacreedor, lo actuado frente a uno produce efectos frente a todos (94). Es decir, la conse-

(94) Esta es la opinión defendida por el Profesor DÍEZ PICAZO: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1963, págs. 144 y ss., al establecer: «La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias perjudica por igual a todos los deudores. Esto significa que la reclamación judicial o extrajudicial del acreedor interrumpe totalmente la prescripción, aunque hubiera sido dirigida contra uno sólo de los deudores solidarios y que el reconocimiento de la deuda hecha por uno sólo de los deudores solidarios produce también efectos interruptivos frente a todos los deudores. La primera parte de la proposición anterior parece clara. Está en armonía con la naturaleza misma de la solidaridad y con la norma expresa del párrafo segundo del artículo 1.141. El acreedor ejercita su derecho de crédito dirigiéndose contra cualquiera de los deudores solidarios. Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios dice el artículo 1.141, perjudicarán a todos estos.»

En el ámbito de la fianza solidaria al ser aplicable el artículo 1.973 y, especialmente, el artículo 1.974, 1.º también se producirá la eficacia colectiva de la paralización de la prescripción. En particular, y a tenor del artículo 1.975 del Código Civil, establece PÉREZ ALVAREZ: *Solidaridad en la fianza*, op. cit., pág. 243, «que la interrupción de la prescripción de la obligación accesoria de fianza solidaria se ocasiona: 1. De modo directo por la reclamación judicial o extrajudicial hecha por el acreedor a uno de los fiadores, o, también, por cualquier acto de reconocimiento de la obligación hecho por el cofiador solidario. 2. Como consecuencia de la interrupción de la prescripción de la obligación principal: por la reclamación judicial del débito a un deudor y, asimismo, por el reconocimiento judicial de la deuda hecho por uno de los obligados a título principal».

En la doctrina francesa se ha intentado justificar la extensión de la paralización de la prescripción acudiendo a la teoría del mandato mutuo entre los deudores solidarios (véase la exposición a propósito de la obligación solidaria no uniforme). Entre ellos cabe destacar a BARDE, in BARDE-LACANTINERIE, op. cit., t. II, núm. 1147, DEMOLOMBE, op. cit., t. XXVI, núm. 167, pág. 129; AUBRY Y RAU, op. cit., t. IV, párr. 298, nota 6, pág. 21; MOURLON, op. cit., t. II, núm. 1243, pág. 652; PLANIOL, op. cit., pág. 264; MAZEAUD:

cuencia lógica de la UNIDAD de la obligación solidaria: «sunt enim duo correi una obligatione contristic».

¿Tiene algún límite la extensión del perjuicio que proviene de la interrupción de la prescripción?

La cuestión puede plantearse a raíz de que nuestro Código Civil permite que la obligación solidaria pueda constituirse de forma en que los deudores solidarios aparezcan obligados de forma diferente, es decir, lo que entendemos por solidaridad no uniforme.

En páginas anteriores habíamos concluido que el artículo 1.140 del Código Civil puede actuar como un supuesto de exclusión de titularidades. En el ámbito de la prescripción ello puede suponer que para un deudor o deudores solidarios el plazo sea diferente de los demás. Lo cierto es que nuestro Código Civil no soluciona el problema (95).

Ahora bien, si el artículo 1.140 del Código Civil opera en la obligación solidaria como mecanismo de exclusión de titularidades quiere ello decir, en primer lugar, que la interrupción de la prescripción no se ha pronunciado sobre él (sobre los que existe un diferente plazo), en segundo lugar, como consecuencia de su exclusión en la relación externa, igualmente ha quedado excluido de cualquier reclamación (falta legitimación pasiva), y que mientras no llegue el plazo o tenga lugar la condición también ha quedado excluido de la extensión del perjuicio que supone, como establece el artículo 1.974, 1.º del Código Civil, la interrupción de la prescripción.

vol. III parte segunda, pág. 319; DARRIBA, *op. cit.*, pág. 8. En la doctrina italiana MELUCCI, *op. cit.*, págs. 94 y ss.

Por nuestra parte, como ya mantuvimos anteriormente, no es necesario acudir a las figuras externas a la solidaridad para explicar la extensión del perjuicio. En este sentido se pronuncia, en términos generales, HERNÁNDEZ GIL, «la solidaridad...», *cit.*, págs. 406 a 408. En relación a la prescripción CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 85; GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 270. Ambos autores consideran que la propia institución justifica el que se extienda al conjunto de deudores la interrupción de la prescripción ganada frente a uno de ellos.

Por todo lo anterior no encontramos justificada la conclusión a la que llega PUIG FERRIOL cuando dice que: «Realmente el único precepto que fundamenta el régimen de la interrupción de la prescripción que aparece en el artículo 1.974, 1.º es el artículo 1.147, 2.º del propio cuerpo legal, en cambio lo dispuesto en los artículos 1.141 y 1.144 no es argumento convincente... En consecuencia, la disposición de este artículo 1.971, 1.º en materia de interrupción de la prescripción sólo puede explicarse también en base a la teoría de la representación entre los distintos codeudores o con base a lo dispuesto en el artículo 1.147, 2.º»

(95) Hemos hecho expresa mención del diferente plazo entre los deudores solidarios, ya que, si la obligación solidaria no uniforme proviene del diferente modo de estar obligado (básicamente la situación de una fianza) sería aplicable el artículo 1.975 del Código Civil «La interrupción de la prescripción contra el deudor principal por reclamación judicial de la deuda, surte efectos también contra su fiador». Sobre la reclamación extrajudicial dirigida frente al fiador puede consultarse a GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, t. XXIII, pág. 286, y PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 243, nota 434.

Por otra parte, ello no impide que la prescripción operada frente al resto de los codeudores tenga efectos sobre la TOTALIDAD DE LA DEUDA. Ergo, podríamos hablar de una relación de *exclusión-inclusión* en cuanto al «perjuicio». El deudor excluido de la titularidad pasiva no sufre el perjuicio, y el deudor incluido en la titularidad pasiva debe, siempre, sufrir el perjuicio (96). Solucionado el posible límite que podía suponer el artículo 1.140 del Código Civil, relación de exclusión e inclusión de titularidades, cabe cuestionarse un segundo supuesto en el cual el acreedor solidario realice una reclamación de la deuda no en su totalidad sino una reclamación parcial. A nuestro entender pueden producirse las siguientes consecuencias:

1. Que la reclamación parcial no coincida con la «parte» que el deudor reclamado efectivamente deba (relación interna). En este supuesto es evidente que el deudor solidario no dejará de serlo, es decir, tendrá la obligación de realizar el pago de la cantidad reclamada, y a su vez, en la relación interna con sus codeudores podrá reclamar la parte de la deuda que efec-

(96) En términos parecidos se pronuncia CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 82, que aunque analizando la prescripción desde el punto de vista de las excepciones oponibles (arg. ex art. 1.148 del CC) establece el carácter personal, lo que para nosotros supone la exclusión de la titularidad pasiva de uno de los deudores solidarios: «Cuando en virtud de lo permitido por el art. 1.140 del CC resulte que la prestación es exigible en distintos momentos para los diversos deudores solidarios resultará también que el momento inicial del plazo de la prescripción será distinto frente a cada uno de los deudores, y así podrá ocurrir que habiendo transcurrido el plazo de la prescripción para un deudor solidario no lo haya hecho respecto de otro u otros deudores. Si así suceden las cosas, creemos que la prescripción habida en favor de un deudor solidario dará lugar a una excepción personal.»

GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, pág. 272 sobre la hipótesis de la obligación prescrita para uno de los deudores solidarios entiende que: «Si la deuda está vencida respecto de alguno, cuando se actúa contra otro de los deudores, la eficacia del acto se limitará a quienes no tengan vencida la deuda sin que respecto de los otros pueda hacer revivir la obligación extinguida.»

En contra se encuentra PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 240. El citado autor hace basar su crítica a la solución apuntada por entender que la unidad de la prestación debe llegar a la unidad en el plazo de prescripción. A nuestro entender, el régimen de la solidaridad no es éste. En nada se contradice el requisito de la unidad de prestación, por otra parte requisito esencial de la obligación solidaria (la 1. 3.ª, 1 de duobus reis Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa est: ut, sive unus solvat, omnes liberantur; sive solvatur ab altero, liberatio contingat), con la posibilidad de que los deudores solidarios estén obligados de diferente forma como establece nuestro artículo 1.140 y establecía la 1. 7 de duobus reis FLORENTINUS, lib. VIII Institutionum: «Ex duobus reis promittendi alius in diem vel sub contraditione obligari potest: nec enim impedimentob erit dies aut conditio quominus ab eo qui purè obligatus est petatur». En suma, la posibilidad de que los deudores solidarios estén obligados de diferente forma o con diferentes plazos ya en el derecho romano suponía la exclusión de la titularidad por el todo del deudor en quien no se hubiera cumplido el plazo o la condición. En cambio, el que en nada quedaba afectado mantenía la titularidad solidaria pasiva por la totalidad y por tanto podía ser objeto de la reclamación por el todo.

tivamente ha pagado con deducción de la parte que a él le correspondía (arg. ex art. 1.145 CC). Aquí la prescripción sólo se podrá predicar de la parte de la deuda que realmente se ha reclamado. Sobre esta parte de la deuda se producirá la extensión del acto perjuicio que supone la paralización de la prescripción (97).

2. Si la reclamación del acreedor coincide con la parte de la deuda que realmente debe el deudor en relaciones internas nos encontramos ante una hipótesis de renuncia a la solidaridad, es decir, una modificación *prima facie* de las consecuencias de la prescripción por la totalidad a la idea de parte propia de la obligación mancomunada. La solución a nuestro entender no es la correcta. En primer lugar, no es cuestionable el que el acreedor pueda disponer de la totalidad del crédito. A ello responde el artículo 1.143 del Código Civil. En segundo lugar, jugaría en contra la posible aplicación del párrafo primero del Código Civil como imposibilidad de realizar un «acto perjuicio» para el resto de los codeudores. Aunque exista una aparente razón de limitación de la posibilidad de renunciar a la solidaridad ya nos manifestamos por la preferencia del artículo 1.143 sobre el 1.141 del Código Civil. Como decía DÍEZ PICAZO (98) «... debemos inclinarnos por admitir el pleno poder de cada acreedor solidario para llevar a cabo actos de disposición del crédito o actos modificativos o extintivos de la relación obligatoria, con plena eficacia, tanto frente al deudor como frente a los coacreedores, y sin otra consecuencia que el deber del acreedor que los lleva a cabo de satisfacer a los coacreedores aquello que éstos hubieran percibido si tal acto no se hubiera llevado a cabo». En suma, si tal reclamación parcial supone la renuncia a la solidaridad en nada se perjudicaría al resto de los coacreedores que en régimen interno obtendrían la nivelación del perjuicio («la parte que les corresponde en la obligación»). En tercer lugar, podría entenderse, y esta es la opinión que nosotros propugnamos, que la hipótesis de renuncia a la solidaridad por el acreedor lo sea parcial. Si se reclama únicamente la parte que a éste le corresponde se entiende, por vía analógica con el artículo 1.146 del Código Civil, que el acreedor ha querido constituirlo en deudor mancomunado sin que el resto pierda la categoría de obligados solidarios. Esta posibilidad, que vendría amparada

(97) GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, págs. 272 y 273.

(98) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos, op. cit.*, pág. 412.

De la misma forma puede consultarse el también excelente trabajo del Profesor BADOSA, *op. cit.*, pág. 85: «El» no poder «s'ha d'interpretar de manera que no elimini la legitimació exclusiva otorgada en l'art. 1.143,1; per tant, no es pot entendre com ineficàcia de l'acte perjudicial; el creditor solidari podrà, doncs, extingir unilateralment garanties i permetre la prescripció extintiva; l'art. 1.141,1 es refereix a la il·licitud d'aquests actes en la relació interna entre els creditors, de manera que el cocreditor que hagi realitzat l'acte perjudicial n'haurà de respondre als altres».

por el artículo 1.140 del Código Civil, significaría que la interrupción de la prescripción que ocasionaría la reclamación judicial únicamente tendría efectos frente al deudor solidario reclamado y en nada perjudicaría a los codeudores que mantendrían su vinculación solidaria (99).

(99) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 1020 ya establecía que: «Fúndase este segundo párrafo en que el mismo acreedor ha dividido la deuda, y non inspicitur à quo, sed quid sit petitum: es preciso, pues, para que se interrumpa la prescripción, respecto de todos los deudores mancomunados, que el acreedor pida a uno de ellos el todo, o una porción como haciendo parte del todo.»

Téngase en cuenta que la conclusión a la que llegamos parte de la propia tesis del Profesor DIEZ PICAZO, *La prescripción...*, *op. cit.*, págs. 144 y ss. que entiende que el artículo 1.974 es aplicable a la obligación mancomunada. Un descuido del legislador habría ocasionado que donde se menciona obligación mancomunada debe entenderse obligación solidaria. Por otra parte, no hay que descuidar que autores como GUILARTE, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, pág. 273, y CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 118 y 119 (nota 186) llegan a conclusiones contrarias. Pese a ello GUILARTE, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, pág. 274 entiende que: «Admitiendo como válida la interpretación del precepto (se refiere a párrafo tercero del 1.974 CC). ¿Debe llegarse a una solución distinta a la expuesta? Parece que no, porque, en realidad la interrupción **prescriptiva** sólo debe tener eficacia en relación al objeto a que se refiere, es decir, a la cuota parcial del deudor interpelado.» Por nuestra parte concluir en el sentido de que la reclamación parcial de la obligación solidaria estaba permitida en el derecho romano sin que ello supusiera la renuncia a la solidaridad (L. 3, 1 De duobus reis: «... **Partes autem** á singulis peti posee, **nequaquam dubium** est: **quemadmodum** et à reo et fidejussore petere possumus. Utique **enim, cum** una sit obligatio, una et **summa** est: ut, sive unus solvat, **omnes** liberantur; sive solvatur ab altero, liberatio contingat.»

Este es el criterio que ha seguido el Code en su artículo 1.210: «Le créancier qui consent à la **division** de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, **mais** sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la **solidarité**.»)

En cuanto a la renuncia de la prescripción ganada por cualquiera de los deudores solidarios nuestra opinión es la de la extensión del perjuicio que ello puede suponer. Esta es nuestra opinión que puede ser diferenciada en dos razonamientos: En primer lugar, y siguiendo a CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 90, se podría entender incluida la obligación solidaria en el artículo 1.937 del Código Civil y, en consecuencia, entender que cualquiera de los codeudores podría utilizar el beneficio de la prescripción. En segundo lugar, y es esta la opinión de PUG FERRIOL, *cit.*, págs. 470-471, se produciría la extensión en virtud de la aplicación del artículo 1.147, 2.º del Código Civil, es decir, la responsabilidad por la culpa o mora. Nosotros no compartimos ambas opiniones. La segunda, pues no vemos relación alguna entre la prescripción y los supuestos de mora o culpa de uno de los codeudores como extensión al resto. Mas, y a mayor abundamiento, no encontramos razonable acudir a la teoría del mandato —como realiza el autor— para justificar la extensión de los efectos. En cuanto a la primera, tampoco la compartimos pues el deudor solidario reclamado puede renunciar a la utilización de excepciones propias («podrá utilizar») e incluso a las excepciones correspondientes a sus codeudores ante la reclamación judicial. Este poder de disposición sería difícil de compatibilizar con la presunta limitación en el ámbito de la prescripción. Por una parte, si el cualquier deudor es reclamado, existiendo la renuncia a la prescripción, no pagará más de lo debido (la totalidad), por otra parte, el deudor que ha pagado podrá reclamar en vía interna la cantidad que le correspondía al deudor renunciante (arg. ex art. 1.145 CC). Lo que **propugnamos** en nada perjudicará a los deudores solidarios.

3. LA TRANSACCION

Nuestro Código Civil no se pronuncia sobre los efectos de la transacción realizada entre un acreedor y un deudor solidarios. Ahora bien, en aplicación de los principios anteriormente consolidados sabemos que en la obligación solidaria los principios de totalidad e integridad tienen como principal manifestación el poder de disposición. Este se traduce en que el poder de disposición de la íntegra obligación quede a la voluntad de cualquiera de los acreedores (arg. ex 1143), y, en el poder de disposición que el deudor tiene en su actuación procesal (arg. ex art. 1.148 CC). Por último, como elemento aglutinador, tanto en la solidaridad activa como en la pasiva la consecución de un acto útil o acto perjuicio tendrá trascendencia (extensión) al conjunto de los cotitulares (100).

La jurisprudencia en líneas generales ha seguido el principio de extender la interrupción de la prescripción. Así lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1987 (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 844) establece: «b) la sentencia recurrida después de afirmar el carácter solidario de la obligación indemnizatoria de los codemandados —solidaridad no combatida por el recurso— entiende, por aplicación del artículo 1.974 del Código Civil, que la interrupción de la prescripción por los requerimientos notariales y posterior demanda de conciliación practicados respecto a alguno de tales codemandados perjudica a todos ellos, por lo que concluye que si el plazo prescriptivo se inició en 4 de febrero de 1976, ... si tal plazo prescriptivo fue interrumpido por los requerimientos... es visto que la acción indemnizatoria se ejercitó antes del transcurso del plazo de prescripción establecido en el artículo 1.968, 2.º del CC.»

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia comentada por GARCÍA CANTERO en ADC, núm. 33, año 1980, pág. 800 y ss. Establece que, siguiendo a ALBALADEJO en la *interrupción de la prescripción extintiva no seguida de demanda*, RGLJ noviembre de 1967, «si la prescripción es interrumpida tanto por el ejercicio judicial de la acción como la reclamación extrajudicial del derecho, es absurdo no admitir que se interrumpa por la reclamación o el reconocimiento hechos en conciliación, aunque luego no se llegue a presentar la demanda».

La sentencia de 30 de noviembre de 1906: «En las obligaciones solidarias la interrupción de la prescripción con respecto a alguno de los deudores perjudica a todos, pero no cuando el hecho ocurrió después de consumada la prescripción, pues entonces sólo podrá perjudicar al que lo ejecutó y sus causahabientes, pero no a los demás» (Sentencia recogida en BONET CORREA: *Código Civil por concordancias, jurisprudencia y Doctrina*, t. IV, Civitas, Madrid, 1990, pág. 304).

La sentencia de 7 de marzo de 1912: «Reclamado un crédito por uno de los herederos del acreedor aprovecha a los coherederos para interrumpir la prescripción por encontrarse colocado en igual situación jurídica por la unidad del título, sin que se infrinja el presente artículo ni los artículos 1.137 y 1.974» (BONET CORREA, *op. cit.*, pág. 305).

(100) Conviene recordar la solución que adoptábamos en relación a la antinomia producida entre los artículos 1.141, 1.º y 1.143, 1.º del Código Civil. A nuestro entender, los supuestos incluidos en el artículo 1.143, 1.º del Código Civil tendrán plena eficacia extensiva frente al conjunto de cotitulares en el crédito. Los supuestos excluidos como son aquellos que hagan inexigible el crédito no tendrán la consecuencia de extensión al resto de cotitulares.

Es *communis opinio* en nuestra doctrina que la transacción supone la realización de un contrato por el cual mediante recíprocas concesiones las partes evitan un pleito o ponen fin al que había comenzado (101).

Sin analizar la naturaleza de la transacción por razones obvias (102), sí que conviene resaltar que el artículo 1.809 del Código Civil establece la manera en cómo se producen las recíprocas concesiones: «dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» (103). Ello nos debe llevar necesariamente al análisis de la capacidad para transigir.

Nuestro Código Civil no contiene una regla general sobre la capacidad

Habría, pues, que descubrir si la transacción puede quedar o no excluida de la aplicación del 1.143, 1.º En todo caso, el resultado cosechado por la misma producirá siempre la extensión en la cotitularidad pasiva (1.141, 2.º del CC).

Sobre los principios de totalidad e integridad BADOSA, *op. cit.*, págs. 64 y ss.

(101) En este sentido se pronuncia ALBALADEJO: *Derecho civil...*, *op. cit.*, t. II, vol. II, pág. 437: «(después de calificar la transacción como un contrato). Fin del mismo es eliminar la controversia, estableciendo para el futuro una situación segura». El autor, posteriormente, añade que se trata de un contrato de concesiones recíprocas: «aliquid datum, aliquid retentum».

DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 432: «La transacción es un negocio destinado a dirimir una *litis*, y de la que suscita el reconocimiento en un nuevo título de la anterior relación obligatoria. En la transacción existe siempre la creación entre las partes de una nueva situación jurídica y de una nueva reglamentación de intereses y, al mismo tiempo, la fijación de un *quid pro quo*».

ENNECERUS: *Derecho de obligaciones...*, *op. cit.*, vol. II, pág. 498 y ss. (notas de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER) establece: «El más preciso contenido de la transacción supone lo siguiente: La incertidumbre de una relación jurídica. El requisito de eliminación de la incertidumbre mediante recíprocas concesiones»; LACRUZ: *Elementos...*, *op. cit.*, t. II, vol. 3.º: «El propósito práctico de los transigentes de superar la contienda que les afecta, se realiza mediante la liquidación de la misma a través de hacerse recíprocas concesiones en relación a sus encontradas pretensiones, según se desprende de la descripción tipificadora de la causa transaccional contenida en el precepto transcrito» (pág. 546).

Sobre la transacción y su eficacia procesal puede consultarse el extraordinario trabajo de PELÁEZ: *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1987.

(102) Sobre la naturaleza jurídica nos remitimos al trabajo de PELÁEZ: *La transacción...*, *op. cit.*, págs. 83 y ss.

(103) El artículo 1.809 de nuestro Código Civil toma razón del artículo 2.044 del Code: «La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naitre.»

La definición otorgada en el Code fue seguida por el artículo 1.635 del Proyecto de 1836: «Entendiéndose por transacción un convenio por el cual dos o más personas arreglan un negocio dudoso, a fin de evitar el litigio que pudiera promoverse entre ellas, o terminar el que ya está pendiente.» Y el artículo 1.713 del Proyecto de 1851 establecía: «Convenio no gratuito sobre cosas dudosas, que puede ser hecho antes o después de haberse promovido el pleito sobre ellas.» El Codice en su artículo 1.965 establece; siguiendo al Code pero añadiendo el término *reciproche concessioni*. El apartado segundo del 1965 añade que: «Con la *reciproche concessioni* si possono creacre, modificare o estinguere anche rappoti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti.»

de las partes para transigir. **Únicamente** regula supuestos particulares en los artículos 1.810, 1.811 y 1.812.

Por otra parte, no hay que olvidar que todo parece indicar que nuestro Código Civil parte de la idea de que *transigere est alienare*.

Así lo demostraría el hecho de que nuestro actual artículo 1.809 había seguido el artículo 1.716 del Proyecto de Código Civil de 1851. En el comentario a este último precepto GARCÍA GOYENA establecía que: «La transacción es una de las especies de enajenación» (104). No obstante, la mayoría de la doctrina ha realizado precisiones sobre la capacidad para transigir. Así, PELÁEZ (105) entiende que: «Es, desde luego, cierto que algunas transacciones suponen una verdadera enajenación, pero no cabe duda también de que otras pueden incluirse entre los actos de administración.» Más adelante entiende que el aforismo *transigere est alienare* «puede ser cierto siempre y cuando interpretemos con arreglo a la técnica jurídica que el *alienare* significa disposición, porque la salida de un derecho de nuestro patrimonio, y su entrada en otro, es el máximo acto de disposición que puede hacerse, pero no son términos sinónimos o con el mismo contenido, enajenación y disposición».

Analizado, en síntesis apretadísima, el concepto y la capacidad para poder transigir, intentaremos a continuación compaginar estos conceptos con los ejercicios de **cotitularidad** activa y pasiva en la obligación solidaria.

En primer lugar, hay que preguntar si en abstracto la transacción es posible en la obligación solidaria. En principio tenemos que pronunciarnos en sentido positivo. Efectivamente, hemos llegado a la determinación que para poder transigir debe tener la capacidad de disponer. Pues bien, es una característica reiterada el que la obligación solidaria viene presidida por los principios de totalidad a integridad. A su vez, estos principios se traducen en la capacidad de disponer, tanto del acreedor o del deudor, de la totalidad de la obligación. En suma, la transacción sería una acción que entraría a formar parte de la capacidad de disponer por la totalidad de la obligación que dispensa al acreedor el artículo 1.143, 1.º, y a su vez, una acción que ejercitada sobre cualquier deudor solidario perjudica a todos los codeudores (arg. ex art. 1.141, 2.º del CC). A mayor abundamiento, la transacción sería un supuesto más de la capacidad de disposición del deudor en su actividad procesal (arg. ex art. 1.148 CC).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la transacción conducirá a una novación. Así, PELÁEZ «si la transacción es un contrato de eliminación

(104) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, op. cit., pág. 895.

(105) PELÁEZ: *La transacción...*, op. cit., págs. 69-70. La opinión que recogemos procede de la inserción en el texto de la opinión de GULLÓN: «La transacción», en *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. XLIII, vol. II, Madrid, 1964.

de una controversia siendo fuente de una relación jurídica nueva que va a ocupar el lugar de la primitiva, se puede concluir que la transacción produce una novación de las obligaciones anteriores» (106).

Por ello, la transacción entraría a formar parte, aunque no estuviera regulada de forma expresa, de los supuestos admitidos en el artículo 1.143, 1.º del Código Civil. La solución obtenida mediante la transacción, ya sea un acto útil o un acto perjuicio, llevará implícita la extensión al conjunto de coacreedores y, necesariamente, a los codeudores.

En tercer lugar, aún encontraríamos otro argumento en las consecuencias de la transacción. El artículo 1.816 del Código Civil establece que: «La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.»

Con este precepto, y aun teniendo en cuenta las dificultades que ha mostrado la doctrina sobre la existencia de auténtica cosa juzgada, no puede sino que concluirse admitiendo la extensión de la transacción —asimilable a sentencia (arg. ex art. 1.252, 3.º CC)— al resto de los vinculados solidariamente (107).

(106) En este sentido, PELÁEZ, *op. cit.*, págs. 124-125. En el mismo sentido cabe citar a SÁNCHO REBULLIDA: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964, págs. 354 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, *op. cit.*, t. IV, pág. 400; LACRUZ: *Elementos...*, *op. cit.*, págs. 557-558.

Sobre la inclusión de la transacción en los supuestos del artículo 1.143, 1.º hay que citar a GUILARTE, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, pág. 281; LACRUZ: *Elementos...*, *op. cit.*, t. II, vol. 1.º, pág. 63; BALLARÍN: *Titularidad*, *cit.*, pág. 212.

(107) Sobre la dificultad de entender la existencia de la cosa juzgada en la transacción nos remitimos al excelente trabajo de PELÁEZ, *op. cit.*, págs. 147 a 169. A pesar de todo queremos destacar la conclusión a la que llega PELÁEZ: «Cuando el CC, en el art. 1.816 dice: ..., está utilizando una expresión metafórica con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser ley, como cualquier otro contrato (art. 1.091 CC). Verdaderamente, la transacción produce un efecto vinculante similar al de la función positiva de la cosa juzgada...»

Aunque no podemos olvidar que la sentencia y la transacción tienen diferencias importantes como son: el que la sentencia proviene de un órgano jurisdiccional y la transacción de las partes; que la sentencia proviene de la voluntad de la ley y la transacción de la voluntad de las partes; no hay que olvidar que tienen importantes analogías. Así, PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 145, después de citar a LUNA establece: «En resumen, todo contrato por su misma esencia consiste en un acuerdo, pero para lograr algo, por ejemplo, intercambio dinero-cosa. La transacción, por el contrario, tiene como causa y razón de ser el acuerdo, la composición de diferencias entre sí misma, de ahí que el ordenamiento podrá garantizar la efectividad superadora de la transacción le atribuya una fuerza superior a la que otorga para todo contrato el artículo 1.901 CC equiparándola en cierta forma a la sentencia (1.816). En el mismo sentido Díez PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 432; GULLÓN: *La transacción...*, *op. cit.*, pág. 60. La Sentencia del TS de 26 de abril de 1963 (RA 2418): «Ha de entenderse e interpretarse (se refiere a la cosa juzgada del art. 1.816) sin mengua de la naturaleza contractual que le es propia y por tanto, en el sentido de que una vez acordada la transacción... será éste y sólo él

En cuarto lugar, no podemos estar de acuerdo en las opiniones ofrecidas por PUIG FERRIOL y DÍEZ PICAZO (108).

PUIG FERRIOL, tras recoger las opiniones de DÍEZ PICAZO y HERNÁNDEZ GIL, entiende que: «El régimen de la transacción no puede venir determinado por lo dispuesto en el artículo 1.143 del CC, por cuanto la transacción no tiene el carácter de subrogado del pago, ya que no produce efecto satisfactorio ni liberatorio, sino únicamente obligacional... ni tampoco puede venir determinado su régimen por lo dispuesto por el artículo 1.148 CC por cuanto no tiene el carácter de excepción personal. El régimen de la transacción en la solidaridad es el que se deriva del artículo 1.835 del CC, que si bien la letra se refiere a la fianza es extensible a la solidaridad. En definitiva es *res inter alios acta*.»

Por su parte, DÍEZ PICAZO, sin llegar a la negación absoluta, establece que: «La transacción celebrada por el acreedor con un deudor solidario no perjudica a los demás. Estos últimos, sin embargo, pueden servirse de ella en cuanto les sea beneficiosa, aceptándola» (109).

A nuestro entender, independientemente de las opiniones ofrecidas por autores citados, consideramos que nuestros razonamientos justifican la extensión de los efectos que produzca la transacción. No podemos negar que en el derecho romano la transacción tuviera una eficacia *inter partes*, y a su vez, que el artículo 1.066 del Proyecto de 1851 estableciera que: «Los acuerdos que el acreedor celebrase acerca de la deuda con uno de los deudores mancomunados no aprovechan ni perjudican a los demás...» Pero ¿qué ocurre con la actual regulación de la solidaridad en nuestro Código Civil? Ya dijimos que la actual regulación de la solidaridad se había separado de la regulación establecida por el Proyecto de 1851. En concreto, esta diferencia venía enmarcada por la mayor amplitud de la extensión del perjuicio. De esta evolución es claro ejemplo el apartado segundo del artículo 1.141 del Código Civil. A su vez, no hay que olvidar que el artículo 1.066 no ha tenido su traslado a nuestro Código actual, es decir, en sede de obligación solidaria. La inexistencia de este precepto, unido a la aparición del artículo 1.141, 2.º son elementos que no pueden dejarse de conocer.

Por último, la referencia al artículo 1.835 del Código Civil tampoco debe correr mejor suerte. El buscar la analogía del régimen de solidaridad (deudor solidario) con la fianza (fiador), por otra parte tan importante en la evolución de la institución de la solidaridad y sobre todo en nuestro derecho

quien regule las relaciones futuras insitas en la materia transigida, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas...»

Sentencia citada por PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 146.

(108) PUIG FERRIOL: *Régimen jurídico...*, cit., págs. 479-480.

(109) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 432.

histórico, corre un grave riesgo. Aun en el supuesto de la fianza solidaria no podemos olvidar que nos encontramos ante una modalidad de fianza y por tanto de obligación subsidiaria en relación a la obligación principal. El concepto de subsidiariedad excluirá siempre el concepto de solidaridad en que la obligación es única aunque configurada por realidades particulares.

Por último, entendemos igualmente que la opinión de DÍEZ PICAZO puede ser contestada. La solución que propone, por otra parte, es la que sigue el artículo 1.304 del Codice (110), no es sino una forma de retomar la explicación que ofrecían los exégetas del Code francés a propósito de la extensión de los efectos del acto realizado por cualquier codeudor al conjunto de codeudores.

Es decir, la solidaridad entendida como una pluralidad de vínculos y, sobre todo, en la representación recíproca de los deudores y de acreedores *ad conservandam vel perpetuandam obligationem non ad augendam* (111).

Solución que hemos considerado inexistente en nuestro Código Civil.

Admitida la eficacia de la transacción al conjunto de deudores hay que analizar qué consecuencias produce.

El artículo 1.816 *in fine* establece: «Pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial.» Con acierto señala PELÁEZ (112) la imprecisión de la fórmula utilizada por el legislador que ha sido corregida por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 692 al disponer: «Lo acordado por las partes en el acto de la comparecencia, que habrá de ajustarse a las normas generales para la validez de los contratos, así como a las reguladoras de la renuncia y la transacción, si las hubiere, se llevará a efecto por los trámites para la ejecución de las sentencias.»

La transacción judicial, normalmente por el trámite de la comparecencia del 692 para los procedimientos de menor cuantía llevará por sí misma a la aplicación de los trámites de la ejecución de las sentencias de forma análoga a la sentencia firme (113).

En suma, la actuación procesal realizada por uno de los deudores solidarios extenderá sus efectos frente al conjunto de los codeudores. El ar-

(110) El artículo 1.304 del Codice: «La transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto neiconfronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne proffittare.» (La misma solución con pluralidad de acreedores.)

(111) En este sentido puede consultarse la obra de AUBRY Y RAY, *op. cit.*, párrafo 298, ter. T. III, pág. 22, 3.^ª ed.; MOURLON, *op. cit.*, t. III, núm. 1.253, pág. 700; BAUDRY Y LACANTINERIE, *op. cit.*, t. XXIV, núm. 1.299, pág. 697; PLANIOL, *op. cit.*, t. II, núm. 761, pág. 246; DURANTON, *op. cit.*, t. XVIII, núm. 419 bis, pág. 453.

(112) PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 267.

(113) Sobre el estudio del artículo 692 ALMAGRO NOSETE, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por Valentín CORTÉS, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

título 1.141, 2.º del Código Civil debería aquí leerse como: «La transacción (acción) ejercitada contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos» (114).

Partiendo de esta extensión la conclusión final tendrá que resolverse atendiendo al resultado que la transacción produzca. Así, dependerá si la transacción provocó una remisión total o parcial de la deuda, o incluso una novación modificativa o extintiva para que la solución final sea una u otra (115).

Y es que evidentemente la transacción no podría obtener un mayor valor que el propio reconocimiento judicial de la deuda o, incluso, que una

(114) El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de abril de 1988 (RA 3297). En el fundamento de Derecho cuarto establece: «Con el que se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio e infracción de las normas reguladoras de las sentencias y concretamente del artículo 919 de la misma Ley, y que hace consistir en que como el auto del Juez de Primera Instancia de fecha 7 de mayo de 1986, por el que se fijó una cuantía mayor del precio real de la enajenación de los inmuebles, no fue apelado por la condenada doña..., entiende y pretende que para que ésta se tenga por firme el expresado auto del Juez y no pueda beneficiarle el aquí recurrido y que dictó la Sala *a quo*, a virtud del recurso de apelación que contra aquél interpuso solamente la otra condenada..., cuya pretensión no puede tener éxito pues cuando los condenados al pago de una cantidad tienen el carácter de deudores solidarios... dicho carácter de deudores solidarios hace que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados ALCANCE A SUS COOBLIGADOS SOLIDARIOS, POR VIRTUD DE LA FUERZA EXPANSIVA QUE LA SOLIDARIDAD COMPORTA...»

En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 17 de julio de 1984 (RA 4075) y la de 26 de septiembre de 1984 (RA 4358).

Lo que aquí mencionamos de la transacción (actuación procesal) también se predicará de la sentencia (recuérdese su similitud). Mas todo ello se enmarca en lo que nosotros entendemos por la libre disposición de la totalidad de la obligación por parte del deudor solidario que interviene en un proceso iniciado por el acreedor solidario. Lo efectuado en el proceso (proviene de la acción del art. 1.141, 2.º del CC) tiene una expansión al conjunto de codeudores. En definitiva, la reducción procesal de los principios de totalidad e integridad.

(115) Sobre la incidencia de la remisión total o parcial de la deuda, y de la novación realizada con un deudor solidario nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero.

No hay que olvidar que para los autores que mantienen la teoría de la validez individual de la transacción consideran que ésta se concreta por la totalidad de la obligación aunque únicamente compromete a uno de los codeudores. Esta es la conclusión de AMORTH: *La responsabilidad del deudor solidario...*, op. cit., pág. 292 y ss. Con esta eficacia personal de la transacción estos autores tienen que acudir a la ficción que supone la existencia de un doble orden de relaciones; las anteriores a la transacción, y las posteriores a la transacción. A nuestro entender, la solución concluida por estos autores se traduciría en un dilema: ¿Estamos ante una obligación solidaria? o, por contra, ¿aparece una obligación alternativa? Las preguntas son lógicas, pues, si se mantuviera la doble situación obligacional el acreedor podría tener la facultad de elegir la prestación inicial o la prestación transaccional. Por nuestra parte, reiterar que la solución ofrecida por los autores italianos no puede ser seguida por nosotros. Las diferencias existentes a la extensión de los efectos al conjunto de deudores solidarios por el acto efectuado sobre uno de ellos así lo demuestran.

sentencia judicial. Si con el reconocimiento judicial le otorgábamos el límite de la imposibilidad de imponer una vinculación solidaria discutida o al menos discutida en el proceso, la transacción no debe correr mejor suerte, es decir, *res inter alios acta*. Ahora bien, si la vinculación solidaria no es discutida la transacción, recuérdese normalmente en el ámbito de un proceso judicial, podría perfectamente equipararse a la cosa juzgada (arg. ex art. 1.816 CC).

El que establezcamos esta diferenciación toma razón del hecho de que el deudor solidario, mediante la transacción, puede no pretender «pulir» meras discrepancias en la interpretación, por ejemplo, del contrato, sino, en el que se pactaran condiciones más gravosas o perjudiciales para sus codeudores que, evidentemente, no fueron parte. Llevar la responsabilidad solidaria ex artículo 1.147 CC (infracción de la diligencia en la conservación de la cosa) a la actuación procesal procedente de la transacción efectuada SIN CONOCIMIENTO DE LOS CODEUDORES pudiera parecernos inacceptable (115 bis).

En la doctrina italiana puede consultarse a RUBINO, *op. cit.*, págs. 271 y ss.; CORRADO: «Transazione e obbligazione solidale», en *RDCo*, 1950, II, pág. 48; RAVAZZONI: *La Fideiussione*, Milano Dott. A. Giuffrè, Editore, 1957, págs. 39 y ss. Todos ellos tienen en común el aplicar la solución del artículo 1.300 (extinción obligación) cuando la transacción provoque una novación (no aplicación del 1.304). En cuanto a la transacción parcial, los autores son partidarios de la aplicación del artículo 1.301 (remisión). El conjunto de codeudores se aprovecharía «automáticamente» de la reducción de la deuda.

(115 bis) El Tribunal Supremo en Sentencia del 29 de septiembre de 1984 se pronuncia por considerar a la transacción como una novación provocando con ello el carácter mancomunado de la vinculación entre los deudores y el acreedor. Igualmente, el Tribunal Supremo en Sentencia del 30 de diciembre de 1988 (RA 10075) entiende que la transacción entre el deudor y el acreedor no perjudica al fiador; «La nueva modalidad en el pago de la deuda, concertada entre acreedor y deudor principal, entraña una prórroga, pues, previsto inicialmente un plazo aproximado de cuatro años, los nuevos pactos de pacto se extienden a un período aproximado de siete años, con la clara desventaja para el fiador que el contrato inicial no contenía intereses, mientras los nuevos pactos fijan un interés del 10 por 100 anual, todo lo cual indica la aplicación del artículo 1.851 del Código Civil, es decir, la extinción de la fianza».

Como podemos observar en ambas sentencias, aunque se trate en una de deudores solidarios y en otra de un fiador, la solución otorgada por el TS es la NO EXTENSION DE AQUELLO QUE SUPONGA UN AUMENTO DE RESPONSABILIDAD. Efectivamente, a nuestro entender la formulación ofrecida en ambas sentencias es perfectamente compatible con el artículo 1.141, 2.º del Código Civil e, indirectamente, con la tesis que estamos defendiendo. Es decir, la conexión recíproca que predicamos de los deudores solidarios que encuentra su manifestación en la COBERTURA DE CUALQUIER INFRACCION DE LA OBLIGACION SOLIDARIA *precisamente tiene que partir de LA OBLIGACION SOLIDARIA*. Si de alguna forma la DEUDA ha sufrido alguna modificación (por ejemplo el aumento de interés, el aumento del principal, etc.) no es posible que afecte a los demás ya que para éstos no les sería de aplicación el artículo 1.141, 2.º del Código Civil. Este artículo parte de la existencia de UNA UNICA DEUDA CONOCIDA Y ADMITIDA POR EL CONJUNTO DE DEUDORES SOLIDARIOS. En

4. LA COSA JUZGADA

Vamos a ocuparnos ahora del perjuicio extensible a los codeudores solidarios proveniente de la sentencia dictada frente a uno de ellos (116).

La extensión de los efectos de la sentencia dictada frente a uno de los deudores solidarios ha sido, y es todavía, una cuestión que ha generado una gran controversia (117). La cuestión podría plantearse mediante estas preguntas:

¿La sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios tiene autoridad de cosa juzgada contra sus codeudores?

¿La sentencia dictada en favor de uno de los deudores aprovecha a los otros?

¿Qué valor tiene, en favor y en contra de los coacreedores, la sentencia dictada en juicio trabado por uno de ellos frente al deudor común?

Cuestiones como éstas son las que intentaremos contestar a lo largo de estas páginas que introducimos.

Para resolver las preguntas anteriores podemos partir de un principio: la gran confusión que en la doctrina genera el apartado tercero del artículo 1.252, 3.º del Código Civil. Prueba de ello son las palabras de GÓMEZ ORBANEJA (118) que, al referirse al párrafo tercero del artículo 1.252 del Código Civil, establece: «El problema no tiene solución lógica posible. Resístese, por ejemplo, el buen sentido a admitir que la sentencia ganada

suma, la transacción efectuada por un deudor solidario que suponga un aumento de responsabilidad quedaría fuera del ámbito de la extensión del «perjuicio» del artículo 1.141, 2.º del Código Civil, ya que no se predica de la IDENTICA DEUDA que todos tienen frente al acreedor, es decir, es OTRA DEUDA. De la misma forma que si la transacción supusiera una liberación de un deudor solidario (por ejemplo quien es parte en la transacción) sería de aplicación el artículo 1.146 del Código Civil («no libra a éste de su responsabilidad para con los deudores») y el artículo 1.148 del Código Civil («De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de la deuda de que éstos fueran responsables») pudiendo ser opuesta esta excepción personal del deudor con quien se efectuó dicha transacción. Por tanto, a nuestro entender es perfectamente posible que el deudor efectúe una transacción limitada a un deudor solidario sin que ello imposibilite una nueva reclamación al conjunto de los deudores (arg. ex 1.144 CC «no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás»), entendiendo por reclamaciones la propia sentencia, incluso, transaccional.

(116) Hay que tener en cuenta que únicamente nos ocuparemos de si en la solidaridad de deudores se produce la extensión de los efectos de la cosa juzgada (positivos y negativos). Por tanto, no entraremos en el análisis de los efectos inherentes a la cosa juzgada, en particular, en la ejecución de la sentencia contra el patrimonio de cualquiera de los deudores solidarios.

(117) Ejemplos de la controversia generada a propósito de la extensión de la cosa juzgada los podemos encontrar en los recientes trabajos, por otra parte extraordinarios, de CARRERAS DEL RINCÓN: *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, op. cit., y CAFFARENA: *La solidaridad...*, op. cit.

(118) GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho...*, op. cit., pág. 450.

por el acreedor contra uno de los deudores solidarios pueda, en virtud de la extensión subjetiva de la cosa juzgada, afectar a los demás codeudores, los cuales son dueños, conforme al artículo 1.148 del Código Civil, de oponer todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales.»

Frente a este posicionamiento (no extensión de la cosa juzgada) se alza el texto categórico del artículo 1.252, 3.º del Código Civil: «Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean 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.»

Ante lo categórico del texto CAFFARENA ha entendido que: «Es difícil pensar que haya (se refiere al legislador) otra cosa que no sea que el deudor litigante solidario en el segundo pleito es como si fuera el mismo deudor antes demandado a los efectos de la cosa juzgada» (119).

En suma, podemos hablar de dos orientaciones antagónicas a la hora de entender los efectos de la cosa juzgada en los deudores solidarios (120). En primer lugar, aquellos autores que niegan la viabilidad de la extensión de la cosa juzgada en los codeudores solidarios (interpretación funcional del término solidaridad); en segundo lugar, los autores que extienden los efectos de la cosa juzgada a los deudores solidarios no litigantes (interpretación literal del término solidaridad (121).

(119) CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 22.

(120) Véase ASCOLI: «Obbligazioni solidali e cosa giudicata», en *Riv. Dir. Civ.*, 1916, pág. 542.

(121) La doctrina procesalista es especialmente contraria en aceptar una interpretación literal del párrafo tercero del artículo 1.252 del Código Civil. Así, ya vimos cómo GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, t. I, pág. 450 se manifestaba en contra de su admisión. De la misma forma GUASP, *op. cit.*, t. I, pág. 560 entiende que: «Hay que entender que el límite subjetivo de la cosa juzgada afecta exclusivamente a los sujetos que son parte en ambos procesos. Respecto a tales partes, la identidad subjetiva exige teóricamente una identidad física: las mismas personas, y una identidad jurídica: la misma calidad jurídica entre las partes de uno y otro proceso...»

Con mayor claridad se pronuncia SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, t. XVI, vol. 2.º, pág. 694 que tras admitir la extensión de la cosa juzgada en sentido positivo entiende que: «La única excepción que singulariza precisamente el aspecto material de las obligaciones solidarias, la constituye la inexistencia de la función negativa de la cosa juzgada en las reclamaciones formuladas por el acreedor contra los diversos deudores solidarios. Según el artículo 1.144 "...". Lo que no impide que la sentencia recaída en el primer proceso frente a uno de los deudores, produzca eficacia positiva de cosa juzgada en el segundo proceso, sin perjuicio claro está de que el nuevo deudor pueda oponer sus excepciones personales en el segundo proceso, en cuanto no fueran deducidas en el primer proceso... y que, de no intervenir, el deudor solidario demandado posteriormente no podrá alegar la excepción de cosa juzgada...»

Con mayor contundencia se expresa CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, págs. 84-85 al

¿Hemos llegado a un callejón sin salida? Esta podría ser la consecuencia que provocaría el analizar los efectos de la cosa juzgada basándonos en el enfrentamiento doctrinal que sobre el tema existe. En consecuencia, nosotros vamos a estudiar los efectos de la cosa juzgada en la obligación solidaria partiendo de su naturaleza jurídica. Para ello acudiremos con especial dedicación al argumento histórico como muestra del peculiar sistema que nuestro Código Civil dispensa de la obligación solidaria.

establecer que: «En nuestra opinión, la cosa juzgada *ex* artículo 1.252, 3.º operará fundamentalmente en función positiva o prejudicial, a pesar de que la literalidad del precepto, por los motivos expuestos, pudiera inducir a otra conclusión. Creemos que la interpretación sistemática deba reafirmarnos en nuestra opinión. Estimamos, por tanto, esencialmente cumplido el objeto propuesto en esta Primera parte: la interpretación del término solidaridad en el citado artículo termina cuando se descubre la *ratio legis*, el espíritu y la finalidad de la norma.

En la doctrina civilista se destaca la importancia que en la extensión de la cosa juzgada tiene las excepciones interpuestas por el deudor solidario demandado. Así, PUIG FERRIOL, cit., pág. 474 «el acreedor con base al art. 1.144 del Código Civil, presenta una nueva demanda contra otro de los deudores solidarios, ha de estimarse que éste podrá invocar aquellas causas objetivas que hacen referencia a la obligación como tal, y que no fueron objeto de controversia en el anterior litigio, por cuanto según el artículo 1.148 del Código Civil cualquiera de los deudores solidarios puede utilizar todas las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación. Por tanto aquí ya no puede operar la eficacia general de la cosa juzgada *ex* art. 1.251 del Código Civil, porque no reconoce el requisito de la identidad de personas que el precepto establece entre los obligados solidariamente, pues si se invoca una causa de extinción de la obligación solidaria es porque el vínculo que establece tal solidaridad no existe... pese a lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código Civil, es evidente que esta sentencia no produce efecto de cosa juzgada material en relación con los demás deudores solidarios que no hayan sido parte en el litigio, y ello por la razón fundamental de que en las obligaciones solidarias uno de sus principios cardinales es el que el acreedor puede dirigirse sucesivamente contra todos los deudores solidarios en tanto no haya recibido íntegramente la prestación (arg. *ex* art. 1.144 CC). Por tanto, la sentencia condenatoria obtenida frente a un deudor en nada afecta a los restantes, pues el acreedor puede ejercitar el *ius variandi* mientras no resulte cobrada la deuda por completo (el subrayado es nuestro).

DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, págs. 431 y 432, establece como principio general que la «sentencia dictada en juicio seguido por el acreedor con un deudor en términos generales, produce efectos para los demás deudores solidarios, pues así lo instituye expresamente el artículo 1.252 del CC». Posteriormente efectúa un detallado análisis de las excepciones interpuestas por el deudor solidario llegando a la conclusión de que la sentencia absolutoria fundada en causas comunes a todos los deudores solidarios, así como la sentencia condenatoria respecto a los medios comunes de defensa opuestos y desestimados, producen efecto de cosa juzgada.

CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 22 y ss. e incluso GUILARTE, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, pág. 277 limitan los efectos de la cosa juzgada a la función preclusiva introduciendo en ella las excepciones deducidas como las deducibles.

HERNÁNDEZ GIL, cit. RDP, pág. 411; SCAEVOLA: *Comentarios al Código civil*, t. XX, Madrid, 1958, pág. 536; MORÓN PALOMINO: «El proceso civil y la tutela de terceros», en RDP, 1965, julio-septiembre, págs. 152 y ss. e incluso en la doctrina procesalista MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva simple*, *op. cit.*, pág. 164, mantienen la extensión de la cosa juzgada directa al conjunto de los codeudores solidarios no demandados basándose en la identidad que para ellos recoge el artículo 1.252, 3.º del CC.

La remisión a la evolución histórica de la cosa juzgada tiene que proporcionarnos, en primer lugar, cuál ha sido la razón por la que el párrafo tercero incorpora la excepción considerando equiparados a las partes litigantes del proceso anterior a los codeudores no intervinientes en el proceso; y en segundo lugar, qué aplicación práctica se traduce de esta equiparación.

Como apunta DÍEZ PICAZO (122) el «párrafo tercero del artículo 1.252 del Código Civil, por lo que a la obligación solidaria respecta, no puede ser interpretado sin tener en cuenta el párrafo primero de dicho artículo...». Efectivamente, el párrafo primero del citado precepto establece que: «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con lo que lo fueron.»

En el primer párrafo del artículo 1.252 del Código Civil se parte del principio de limitación subjetiva de la cosa juzgada. En el derecho romano se seguía la doctrina de *cognitio extra ordinem: Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*. También era empleado el principio *l'eadem quaestio inter easdem personas*.

En suma, de las expresiones anteriores se desprende que la identidad de las personas era condición necesaria para la admisibilidad de la excepción de cosa juzgada (123).

Ahora bien, junto a la limitación de los efectos de la cosa juzgada a las partes intervinientes (*res inter alios*) convergen una serie de excepciones.

(122) DÍEZ PICAZO, en la introducción al trabajo de CAFFARENA: *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. III.

(123) En los estudios del derecho romano se demuestra la necesidad de mantener el principio de *Res inter alios iudicatae neque emolumentum adferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium*, es decir, el principio de limitación subjetiva de la cosa juzgada. En este sentido se pronuncia ALBERTARIO, op. cit., pág. 195; Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. III, parte IV COSA GIUDICATA-CUTTER. Milano Socxietá Editrice Libraria, 1906, págs. 249 y ss.; Enciclopedia del Diritto, t. XVIII Giudicato Civile, Milano, 1969, por PUGLIESE, págs. 728 y ss.; Enciclopedia del Diritto, t. XXIX, Obbligazioni-Omicidio, 1979, por Adolfo DI MAJO, págs. 325 y ss.; Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. XII, parte I; Obbligazione, págs. 478 y ss.; DEMANGEAT, op. cit., pág. 95; SAVIGNY, op. cit., t. I, párrafo 19, núm. 10, pág. 207; MOLITOR, op. cit., t. III, pág. 429; Eduardo VOLTERRA: *Instituciones de Derecho Privado Romano* (traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús DAZA MARTÍNEZ), Ed. Civitas, Reimpresión, Madrid, 1988, págs. 241, 255; ALBERTI, op. cit., págs. 41 y ss.; BETTI: *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*. Macerata, 1922, págs. 402 y ss.; en la doctrina española destaca la extraordinaria obra de SERRA DOMÍNGUEZ: *Comentarios...*, op. cit., t. XVI, vol. 2.º, págs. 628 y ss. Igualmente, CARRERAS: *Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho positivo español*, en FENEC-CARRERAS: *Estudio de Derecho procesal en el Derecho positivo español*, Barcelona, 1962, págs. 265 y ss., y la obra de CARRERAS DEL RINCÓN: *La solidaridad*, op. cit., págs. 39 y ss.

Estas excepciones operaban por el mecanismo de extender los efectos de la sentencia a otras personas como lo son el sucesor particular y universal o fiador. La justificación de esta extensión, que como vemos rompía con la limitación subjetiva de los efectos de la sentencia, se hacía sobre la base de la identidad física (124).

La regla general habría sido el acudir a la identidad del reparto jurídico. Cuando esta identidad se producía, la excepción de cosa juzgada se podía oponer a todas aquellas personas que por su posición jurídica no alteraban la naturaleza y la individualidad del reparto jurídico ya juzgado. Así: «L'eccezione di cosa giudicata può opporsi a tutte quelle persone per le quali identico é il rapporto giuridico giudicato tra persone diverse fisicamente da quella» (125).

Nuestro Código Civil también acude al expediente de la identidad de personas cuando establece en el párrafo tercero del artículo 1.252, 3.º que: «Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por los 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.»

La fuente que inspiró este párrafo tercero fue el «Avant-Projet de Revision du Code Civil» de LAURENT. A éste, en efecto, y concretamente al apartado tercero del artículo 1.380, remite el artículo 1.265 del Anteproyecto de 1882-1888 del que aquél es transcripción literal. Ahora bien, LAURENT, en el precepto citado, se limita únicamente a configurar, por vía negativa, el requisito de la identidad de personas.

El autor nos dirá: «Il faut que la demande soit entre les même parties: les ayants cause qui ont un droit réel dans la chose, tels que les créanciers hypothécaires, ne sont pas censés être parties dans le jugement qui intervient postérieurement.» Mas adelante nos añadirá el autor que: «On est

(124) *Enciclopedia Giuridica italiana*. Direzione di Pasquale STANISLAO MANCINI, op. cit., pág. 249.

(125) *Enciclopedia Giuridica Italiana*, op. cit., pág. 249. Especialmente importante es el estudio que se ofrece sobre textos del Digesto, y sobre las diferentes teorías para mantener la extensión de los efectos de la cosa juzgada. «Si può affermare adunque che nè l'identità fisica delle persone, nè il concetto della rappresentanza, nè quello legittimo contraddittore sono regole per l'ammissibilità dell'eccezione di cosa giudicata, ma la vera regola deve desumersi dall'identità del rapporto giuridico. L'eccezione di cosa giudicata può opporsi a tutte quelle persone per le quali é identico il rapporto giuridico giudicato; queste persone sono certamente quelle che agitarono il primo giudizio, ma sono anche altre che per regole di diritto sono così vincolate con le prime da rappresentare, nel caso concreto, l'identico rapporto. Tutti i successivi paragrafi tendono a rintracciare queste altre persone per le quali non é vera la regola res iudicata aliis non nocet, a rintracciare cioè i casi nei quali il mutamento delle fisiche persone non é un mutamento che getti riverbero alcuno sopra l'identità del rapporto giuridico».

partie dans un jugement quand un y a été représenté par ceux qui sont en cause» (126). Por tanto, todo parece indicar que la extensión de los efectos de la sentencia al conjunto de los codeudores solidarios suponía, como veíamos anteriormente para el derecho romano, una excepción al principio general, y un triunfo de la idea de representación entre los deudores o deudor que estaba en el procedimiento y los que no lo estaban. Esta representación se producía tanto entre los pleitos en los que litigó el causante, como en los que litigó un acreedor o deudor solidario, o de prestación indivisible. Los causahabientes del primero y los coacreedores y codeudores de los segundos deben considerarse representados por aquéllos (127).

Ahora bien, puede predicarse que el párrafo tercero del artículo 1.252 del Código Civil interpreta erróneamente el pensamiento jurídico de LAURENT, aunque, por otra parte, sigue la doctrina del derecho romano en cuanto a la extensión de la cosa juzgada en los supuestos de identidad de personas (misma relación jurídica).

A pesar de estos inconvenientes debemos entender que nuestro legislador de 1888 quiso que los deudores solidarios no fueran entendidos como

(126) LAURENT: *Avant-Projet...*, *op. cit.*, t. IV, págs. 371 y ss. La influencia de LAURENT es patente en la Ponencia de GAMAZO. Recuérdese que los vocales de la Comisión fueron Cárdenas, Aldecoa, Danvila y Gamazo, *vid.*, LASSO GAITE: *Crónica*, *op. cit.*, t. I, págs. 55 a 562.

(127) Hoy debemos a ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, págs. 227 y ss. el que en nuestro Código Civil se siga el concepto tradicional de obligación indivisible. El autor establece: «El precepto es enormemente significativo. Parte de la equiparación entre solidaridad e indivisibilidad en cuanto a la legitimación en torno a la exigibilidad del cumplimiento; pero, sobre todo, presupone la existencia de un pleito en el que se demanda la realización de una prestación indivisible en el que contendieron algunas de las personas vinculadas a ella, pero no todas. Pues bien, lo que nos dice el artículo 1.252, 3.º CC es que, en ese pleito, la relación procesal no sólo se constituyó, pese a todo, válidamente, sino que, además, la sentencia que lo resuelve puede dar lugar a la presunción de cosa juzgada en un pleito posterior en el que concurren los restantes acreedores o deudores. Desde la perspectiva de la concurrencia de una pluralidad de deudores, la contradicción entre este precepto y lo dispuesto en el artículo 1.139 CC, si se entiende que éste se refiere a la obligación indivisible mancomunada, es evidente...» El autor, después de evidenciar la contradicción que supondría el mantener la existencia de una reclamación conjunta (litisconsorcio) con lo regulado en el artículo 1.252, 3.º CC entiende que «En la concepción del CC, pues, esa representación se daría en las relaciones de prestación indivisible... Así pues, a partir del artículo 1.252, 3.º CC puede sostenerse que en nuestro Código se acoge la regulación tradicional de la obligación indivisible, en cuanto a la legitimación —equiparada a la solidaridad— en torno a la exigibilidad del cumplimiento.» En suma, el planteamiento del autor nos parece del todo acertado y evidencia un tratamiento «excepcional» de la exención de la cosa juzgada, tanto en la obligación de prestación indivisible como en la solidaria. En la primera, como luego veremos para la segunda, el 1.252, 3.º CC considera que se extenderá la cosa juzgada a quien no litigó ya que no será un tercero sino un sujeto idéntico (identidad de las personas).

terceros, ya que, aun no habiendo litigado entre ellos, existiría IDENTIDAD DE PERSONAS (arg. ex art. 1.252, 3.º del CC) (128).

El acudir al expediente de la identidad de personas en la obligación solidaria como consecuencia del mandato existente entre los codeudores solidarios había sido, por otra parte, la idea que inspiró la doctrina de la

(128) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 50, en contra de la expresión literal de nuestro artículo 1.252, 3.º del Código Civil establece que: «Lo paradójico es que ni el art. 1.380 del Anteproyecto belga alude a la solidaridad ni LAURENT sostenía la extensión de la cosa juzgada en las obligaciones solidarias; sino que era partidario de la doctrina diametralmente opuesta.»

Lo cierto es que LAURENT: *Principes de Droit civil français*, t. XX, París, 1876, núms. 118 y ss., págs. 244 y ss., no había interpretado la exención de la cosa juzgada al conjunto de los codeudores solidarios. La razón de la falta de extensión era formulada por la inexistencia de un mandato entre los codeudores para litigar. Los mecanismos de defensa, el que cada uno de los deudores puede defender su posición llevaba a la consecuencia de la no extensión de la cosa juzgada. Ahora bien, el propio LAURENT en su discurso sobre la solidaridad entra en profundas contradicciones. En primer lugar, porque en muchas ocasiones el propio autor había acudido a la existencia de un único vínculo, y a la existencia de un mandato entre los codeudores para justificar los efectos en la obligación solidaria. Así, LAURENT, *op. cit.*, t. XVII, núm. 354, pág. 356 nos dirá: «Il ya un lien entre les codébiteurs; ils ont consenti à être tenus pour une même dette, chacun pour le tout. Mais chacun n'a pas dans la dette commune un intérêt pour le tout: des qu'il ya plusieurs personnes intéressés au paiement d'une dette comme n'importe quel fait... le lien commun qui unit les codébiteurs a cet effet que chaque débiteur a mandat de faire ce qui est utile à tous, donc tout ce qui peut améliorer leur position à l'égard du créancier...». También había acudido a la teoría del mandato para explicar los efectos de la solidaridad activa (*op. cit.*, t. XVII, núm. 254, pág. 261): «Le mandat que se donnent les créanciers solidaires est irrévocable et il passé aux héritiers...»

Estas contradicciones habían intentado ser resueltas por el propio LAURENT, *op. cit.*, t. XX, pág. 151, al entender que el fallo aparecía en entender que los efectos de la mora y la prescripción se podían extender a los efectos de la sentencia.

En suma, podríamos llegar a la siguiente conclusión: el legislador español quería extender los efectos de la sentencia al conjunto de los codeudores solidarios y para ello acudió al expediente de la identidad de personas entre los codeudores solidarios. La remisión de GAMAZO al Avant-Projet de Code Civil de LAURENT se habría producido por el propio comentario que con efectos generales el propio LAURENT establecía de aquellos sujetos que se representaban en la causa (*vid.* LAURENT: *Avant-Projet de revision du Code civil*, t. IV, en comentario al artículo 1.380): «Quand on y a été représenté par ceux qui sont en cause.» La representación se produciría entre los codeudores solidarios. Partiendo de la limitación del artículo 1.252, 1.º del Código Civil los siguientes párrafos contendrían sendas excepciones a dicha disposición. En concreto, el párrafo tercero estribaría en entender que la identidad de personas se da en aquellos que estén unidos «por vínculos de solidaridad».

La contradicción denunciada por LAURENT, *op. cit.*, t. XX, pág. 155 de considerar a la vez a un deudor solidario como tercero y como parte dependiendo del resultado del proceso (*secundum eventum litis*) tampoco se produciría en nuestro derecho. El artículo 1.252, 3.º CC partiría de la consideración de que el deudor solidario no es un tercero, sino todo lo contrario, es decir, una equiparación a la parte litigante por existir una identidad de personas que expresamente sanciona el artículo 1.252, 3.º del CC.

Los planteamientos que hemos desarrollado nos llevan a entender junto con otros autores (*vid.* CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 50) que en rigor la remisión que se

exégesis francesa como consecuencia de la concepción que de la obligación solidaria se produjo en la etapa precodificadora francesa (129).

MERLÍN (130), fundado en el argumento del artículo 1.351 del Code francés («L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité») sostenía la extensión de que la cosa juzgada afectaba al resto de los codeudores aunque no hubieran intervenido en el proceso. Entendía MERLÍN que: «Le codebiteur solidaire, pour o contre lequel un jugement a été rendu, ne forme moralement qu'un seul qu'un seul et même individu avec lui».

MERLÍN, bajo la idea de que el crédito y la deuda solidaria son los mismos para cada uno de los acreedores y deudores solidarios, la causa es idéntica para todos, entendía, pues, que aunque físicamente no fueran la misma persona sí lo eran moralmente. La misma idea también había sido mantenida por LAROMBIERE (131), TOULLIER (132), COLMET ET SANTERRRE (133), BAUDRY-LACANTINERIE (134), MERCADE (135), DEMOLOMBE (136), PLANIOL (137).

efectúa al artículo 1.308 del Avant-Projet de Code civil de LAURENT no es del todo cierta. Ahora bien, no hay que olvidar que en la doctrina del siglo XIX la discusión había sido importante imperando la opinión favorable a la extensión objetiva de la cosa juzgada. Esta afirmación tiene su constatación en el artículo 913 del Anteproyecto de Código Civil de 1836 que establecía que: «La demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligación mancomunada (léase solidaria) PERJUDICA A LOS DEMAS, E IGUALMENTE LA SENTENCIA QUE CONTRA EL SE PRONUNCIE, pero aquellos podrán apelar de ella; y si la sentencia fuese favorable al deudor que había litigado, APROVECHARA también a los demás.» Este precepto recogía lo que había sido la opinión mayoritaria de la doctrina francesa del siglo XIX: la extensión de la cosa juzgada, tanto en su aspecto positivo como negativo al conjunto de deudores solidarios.

(129) Sobre la concepción francesa de la obligación solidaria, y sobre la justificación mediante la teoría del mandato de la extensión de los efectos al conjunto de los deudores puede consultarse el capítulo segundo de la introducción.

(130) MERLÍN: *Recueil alphabétique des questions de droit*, Bruxelles, 1829, t. XIII, voz «solidarité» y en el t. X, pág. 274.

(131) LAROMBIERE: *Traité*, op. cit., pág. 408.

(132) TOULLIER: *Diritto civile...*, op. cit., t. X, pág. 199.

(133) COLMET ET SANTERRRE: *Cours...*, op. cit., t. V, pág. 638.

(134) BAUDRY-LACANTINERIE: *Traité...*, op. cit., t. XII, pág. 279.

(135) MERCADE: *Explication...*, op. cit., t. V.

(136) DEMOLOMBE: *Cours...*, op. cit., t. III, pág. 311.

(137) PLANIOL: *Traité...*, op. cit., t. VII, núm. 1086, pág. 397.

En la doctrina italiana también se manifiesta la extensión de los efectos de la sentencia al conjunto de los deudores solidarios. En concreto para aquellos autores como GIORGI: *Teoría...*, t. I, págs. 156 y ss.

Aunque, posteriormente haremos especial mención de la actual regulación de la cosa juzgada en el Código Civil italiano de 1942, la doctrina italiana parte de la teoría

Pero la extensión de la eficacia de la sentencia al conjunto de los codeudores también había sido mantenido por POTHIER (138), en los casos de pluralidad de sujetos: «L'indivisibilité de leur obligation les fait regarder comme n'étant tous qu'une même partie et fait en conséquence réputer le jugement rendu avec l'un d'eux, comme rendu avec les autres.»

secundum eventis litis a la hora de la extensión de la cosa juzgada no por ello hay autores que critican esta solución. GANGI: *Le Obbligazioni...*, op. cit., pág. 236 nos dirá que: «A mio avviso, anche la sentenza pronunciata in confronto di uno dei debitori, purché fondata su ragioni obiettive e non già personali a questo debitore, avrebbe dovuto avere efficacia anche per tutti gli altri condebitori in ogni caso, tanto nel caso cioè essa fosse favorevole a quel debitore, quanto nel caso che essa fosse contraria. Se come é innegabile, il creditore ha il diritto di agire giudizialmente contro ciascuno dei debitori per l'intero debito, la sentenza che dichiara in confronto di uno di essi l'esistenza o inesistenza del debito, per ragioni obiettive, comuni a tutti i condebitori, non può non avere effetto anche per tutti agli condebitori, e così pure la condanna all'adempimento, di uno di essi non può non avere effetto anche contro gli altri, sia perché, essendo ciascuno di essi obbligato all'adempimento dell'intera prestazione, non può la condanna di uno di essi all'adempimento non avere effetto anche gli altri...»

No hay que olvidar que también autores franceses del siglo XIX negaron la eficacia de la sentencia frente al resto de los codeudores solidarios no demandados. Así, AUBRY ET RAU, op. cit., t. VIII, pág. 279; RODIERE, op. cit., núm. 109; DEVILCOURT, op. cit., t. II, pág. 713; DURANTON, op. cit., vol. 5.º, núm. 179, pág. 226; MOURLON, op. cit., t. XII, pág. 918.

Ahora bien, la mayoría de autores que niegan la eficacia objetiva de la sentencia frente a los deudores solidarios no presentes lo hacen sobre la base de la representación imperfecta que existía entre los deudores solidarios. La actuación de un deudor solidario únicamente puede favorecer pero no perjudicar. Piénsese que este planteamiento resulta entre nosotros cuestionable ya que nuestro artículo 1.147, 2.º extiende los efectos de la culpa y mora al conjunto de los codeudores. Por tanto, parece insostenible que por un lado perjudique un acto de un codeudor y por otro no (culpa/sentencia). Además, en nuestra legislación el artículo 1.141, 2.º CC sienta el principio que lo efectuado contra uno de los codeudores perjudica a todos. ¿No sería ello contradictorio con la eficacia *secundum eventum litis* de la sentencia? A nuestro entender no cabe duda.

Por último, la jurisprudencia francesa reconoce la extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios no litigantes. En este sentido se pronuncia la sentencia de Cass. del 1 de diciembre de 1885 con comentarios de Alex WEILL y François TERRE en *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence civile*, 5.ª ed., Dalloz-Sirey, París, 1970, núm. 166, pág. 489: «En matière d'obligations solidaires, et en raison même de la nature de ces obligations, chacun des codébiteurs solidaires qui peut, aux termes de l'art. 1.203 C. civ., être poursuivi seul pour la totalité de la dette, et qui a le droit, aux termes de l'art 1.208 du même code, d'opposer au créancier toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ces coobligés.

Dès lors, la chose jugée à l'égard de l'un codébiteur solidaires est opposable à tous les autres. Et c'est à tort qu'un arrêt déclare recevable la tierce opposition formée par le débiteur principal contre un jugement rendu à l'égard de la caution solidaire, alors que ce débiteur n'oppose ni une exception personnelle ni des faits de fraude ou de collusion.»

(138) POTHIER, op. cit., t. II, núm. 908, pág. 301. El propio autor para el caso de la obligación indivisible entendía que: «Lorsque la chose due á plusieurs héritiers est quelque chose d'indivisible... cette chose n'étant pas susceptible de parts, chacun d'eux

Con mayor fuerza podemos mantener la extensión de la cosa juzgada en la solidaridad pasiva si acudimos a nuestro derecho histórico. Efectivamente, la Partida 3.^a, ley 20, título 22 establecía que:

«Guisada cosa es, e derecha, que el juicio que fuere dado contra alguno, non empezca a otro... E como quier que el juyzio que es dado contra vno, non deue empecer a otro, assi como de suso diximos; pero cosas y ha, en **quel** empeceria; e esto seria, quando dos ornes se **fiziessen** debdores de otro sobre una cosa misma cada uno por todo, o quando fuesse algunos promitiendo campo, o viña, o contra cosa qualquier, de manera que cada uno dellos en todo la pudiesse demandar. Ca el juyzio que fuesse dado contra alguno destos sobredichos en **razon** de aquellas cosas, empeceria a los otros, maguer y non fuessen acertados ala **sazon** que lo dieron.»

Gregorio LÓPEZ (139), en su comentario a la citada ley, había establecido que: «Véase aquí cómo la sentencia proferida contra uno de los correos de deber perjudicar a los demás: lo que debe tenerse presente, porque lo contrario pretendía BART por derecho común (mientras que) lo juzgado contra uno de los acreedores solidario perjudica también a los demás, como por derecho común pretendía BART» (140).

est créancier du total... c'est pourquoi le jugement rendu sur le demande que l'un d'eux a faite de cette chose a eu pour objet la même chose que la demande qu'en feroient les autres; c'est *eadem res*. On peut aussi dire que ce jugement n'est pas *res inter alios judicata* à l'égard des autres créanciers... de cette chose...». Hemos considerado pertinentes traer aquí las palabras de POTHIER, pues aunque referidas a la obligación indivisible lo hace bajo el supuesto de una pluralidad de sujetos que deben una misma cosa. En la obligación indivisible mancomunada, propuesta la concurrencia de acreedores y deudores, cada uno de ellos puede reclamar la totalidad y cada uno de ellos debe la totalidad. Ergo, el planteamiento tradicional que venimos sosteniendo de la obligación indivisible (*vid.* ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*) confirma el que en la obligación solidaria, obligatoriedad de pluralidad de sujetos, donde existe un *eadem res debita* las palabras de POTHIER tengan su aplicación. Aunque luego nos extenderemos en su planteamiento, los principios de totalidad e integridad (*totum et totaliter*) en la obligación solidaria se proyectan sobre un mismo objeto (*edem res*). Por tanto, la lógica consecuencia procesal de estos principios será la extensión de la cosa juzgada a aquellos deudores que sin ser demandados ya han obtenido sentencia sobre el objeto debido, es decir, el mismo para todos los codeudores.

(139) Gregorio LÓPEZ: *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el X, con las variantes de más interés y con la Glosa del Lic. Gregorio López*, t. II, págs. 553 y ss.

(140) El inciso final de la Glosa de Gregorio LÓPEZ es del todo esclarecedora. En el derecho intermedio se había seguido cómo un principio sentado que en la solidaridad activa se mantenía la eficacia de la *litis contestado*. Una vez ejercitada la acción por cualquiera de los acreedores llevaba a la imposibilidad de que el resto de ellos pudiera reclamar la deuda. ALBERTI, *op. cit.*, pág. 207 entiende que: «Il problema quale si presenta alla nostra indagine si risolve praticamente nella determinazione di quali effetti

¿A qué perjuicio se refiere la Glosa de Gregorio LÓPEZ? CARRERAS DEL RINCÓN (141) interpreta que: «Los autores de la época, así como el legislador de Partidas, no se plantearon el problema de la función positiva como hoy lo entendemos. Cuando hoy se habla de que la cosa juzgada (no sentencia) perjudica a los codeudores del deudor solidario condenado se está pensando en que aquéllos no podrán oponer al acreedor común las excepciones comunes que ya hubieran sido opuestas y desestimadas en el pleito anterior, para evitar fallos contradictorios. Con otras palabras, confundían el efecto propio de la sentencia condenatoria, la ejecutabilidad o *actio iudicati* con la cosa juzgada, cuyo principal efecto es la inmutabilidad de las resoluciones judiciales.»

De las explicaciones dadas por CARRERAS DEL RINCÓN se obtiene la siguiente conclusión: la ley de las PARTIDAS estaría admitiendo la posibilidad de la ejecución de la sentencia contra cualquiera de los codeudores aunque no hubiera intervenido en el proceso. La admisión de esta ejecución de la sentencia se haría sobre la base de que la misma tiene los mismos efectos contra todos los deudores solidarios aunque no hubieran intervenido. Ahora bien, aunque si bien es cierto que no acudían al expediente de la identidad de personas si se hacía sobre la base del *eadem res debita* (mismo objeto debido) sistema que POTHIER entendía aplicable a la obligación indivisible (142). En suma, las PARTIDAS habrían abandonado el sistema seguido por el Derecho intermedio de limitar los efectos de la cosa juzgada. En las PARTIDAS la extensión de la cosa juzgada se hacía sobre la base

possa avere la res iudicata tanto nella forma assolutoria quanto nelle forma condannatoria, nei riguardi degli altri rei stipulandi, e cioè, in altre parole, se i suoi effetti sianno di carattere subbiettivo oppure obbiettivo. ma relativamente ai due o più rei stipulandi se si ricordano gli effetti della *litis contestatio* nei confronti dei medesimi non é neppure possibile formulare i limite della stessa indagine. Posto, infatti, como si é popche pagine addietro dimostrato, che la *litis contestatio* efficacemente intervenuta con uno dei rei stipulandi ha effetto consuntivo nei confronti degli altri correi, e libera di conseguenza il promittente di fronte all altro stipulante, ciò si verifica indipendentemente dal fatto che la sentenza sia assolutoria o condannatoria. Per tali ragioni, quindi, una indagine, quale á stata accennata poco sopra, non sarebbe né utile né necessaria non essendo, per le ragioni esposte per nulla giustificata.» Si esta solución era la adoptada por el derecho intermedio no hay que negar que igualmente autores como ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 199; GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 222; CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 44.

Por otra parte, hay que recordar que el derecho de Justiniano en la C. 8, 20, 40, 28 establecía: *Donec per omnia ei satisfiat*. La construcción de la evolución sufrida por la obligación solidaria suponía que el acreedor reclamante, no otro por los efectos de la *litis contestatio*, tuviera a su favor la facultad de reclamar de los otros codeudores la deuda ¿mediante una nueva reclamación o mediante una *actio iudicati*? La segunda solución llevaría incondicionalmente la admisión de la eficacia de la cosa juzgada contra el resto de los codeudores.

(141) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, págs. 47 y ss.

(142) Vid. la nota de la pág. 16 correspondiente a POTHIER.

de la identidad de objeto independientemente de la identidad o no de sujetos. Esta conclusión llevaba a considerar que el conjunto de deudores se vieran perjudicados (extensión), que indudablemente puede significar un beneficio, por la sentencia dictada contra uno de ellos. Los efectos positivos de la cosa juzgada tenían vigencia en la solidaridad (143).

En suma, nuestro derecho histórico, la P. 3.^a, ley 20, título 22 habría mantenido que la sentencia dictada contra uno de los deudores perjudica al resto de los codeudores solidarios aunque no han participado en el pleito. Este perjuicio suponía que en base a la identidad de objeto no se pudiera plantear un nuevo procedimiento sobre el mismo objeto (función negativa) de la cosa juzgada. A su vez, aunque CARRERAS DEL RINCÓN pretenda ver en ello un argumento para justificar la inexistencia de efecto positivo (144), la sentencia generaba un efecto positivo, es decir, al evitar sentencias contradictorias. La inexistencia de mención surge por ser un principio ya admitido en el Derecho intermedio, el cual no se cuestiona. Por «perjuicio» debería entenderse «extensión» tanto de lo beneficioso como de lo perjudicial.

La evolución también tendrá su confirmación en el artículo 913 del Anteproyecto de Código Civil de 1836. La sentencia perjudica al conjunto de los codeudores. La alusión a que la sentencia también «beneficia» supone una confirmación de que ésta produce los efectos positivos. A *sensu* contrario, el concepto perjuicio supondrá que la sentencia de condena se extiende al resto de los codeudores.

El íter histórico nos demuestra que prescindiendo de la «asumida limitación de los efectos de la sentencia de condena al deudor solidario demandado en el derecho romano y derecho intermedio, la precodificación, y, sobre todo, los autores de la escuela de la exégesis, aunque éstos sobre la base de la identidad de sujetos en los deudores solidarios, se habían mantenido los efectos de la cosa juzgada en la obligación solidaria.

Ahora bien, trasladándonos a nuestro derecho, no hay que olvidar que los autores que han estudiado los efectos de la sentencia en la obligación

(143) Hay que observar que en la doctrina del derecho intermedio se había admitido el efecto positivo de la cosa juzgada. Así lo prueba el que el deudor solidario que obtuviera una sentencia favorable, la misma pudiera ser alegada por el resto de los codeudores contra la posterior reclamación. La limitación se ofrecía en el sentido de que el resto de los codeudores no podían beneficiarse cuando la absolución provenía de un elemento personal (subjetivo) del codeudor solidario demandado. Por otra parte, la sentencia condenatoria del codeudor solidario no podía extenderse al resto de los codeudores. ALBERTI, *op. cit.*, pág. 215 entiende, respecto a la sentencia de condena, que: «Bartolo seguendo in ciò l'opinione di Iacopo Buitrago ritiene che, in ogni caso, la sentenza condannatoria "lata contra unum ex reis debendi" non perjudica gli altri nel caso che non mandatur executioni contra alium licet contra eum remaneat integrae actiones.»

(144) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 48.

solidaria consideran que los precedentes históricos son contrarios a nuestro actual artículo 1.252, 3.º, y que la extensión de la cosa juzgada no debe entenderse en un sentido literal (145).

¿Es posible mantener en nuestro derecho la extensión de la cosa juzgada en la obligación solidaria?

Para abordar este tema es imprescindible acudir a las explicaciones vertidas en páginas anteriores acerca de la regulación de la solidaridad en nuestro Código Civil.

A nuestro entender la eficacia de la cosa juzgada se extiende al conjunto de los codeudores solidarios. Esta afirmación, sin duda, parte del tenor literal del artículo 1.252, 3.º del Código Civil («vínculos de solidaridad») y de los autores, como MERLÍN y sobre todo POTHIER.

El mantener la eficacia de la cosa juzgada *ex art.* 1.252 CC se corresponde con la propia naturaleza de la obligación solidaria.

En la solidaridad pasiva el conjunto de deudores se encuentra obligado por un mismo objeto (*arg. ex art.* 1.137 CC) aunque se debe admitir que ello no significa una absoluta identidad de los sujetos (*arg. ex art.* 1.140 CC) (146).

En el aspecto externo la solidaridad pasiva se muestra impregnada por el principio de la unidad, es decir, lo que nosotros venimos denominando como la idea del todo en contraposición de la idea de parte que aparece en la relación interna. En consecuencia, una característica que no se puede negar en la solidaridad es que cuando el acreedor reclama la totalidad de la deuda de un único deudor esta reclamación incide sobre la misma titularidad del resto de los codeudores, es decir, sobre la integridad de la deuda. Ergo, en la solidaridad de deudores el elemento del todo, o totalidad, o integridad es el concepto decisivo. Si estos principios son los que caracterizan a la obligación solidaria no es difícil entender que el traslado procesal de los mismos sea la extensión de la cosa juzgada al resto de los codeudores

(145) CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 32 y ss.; CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, págs. 57 y ss. Este último autor, que ha sido quien con mayor amplitud y rigor ha estudiado el tema de la eficacia de la cosa juzgada, llega a la conclusión que nuestro artículo 1.252, 3.º CC había tenido como precedente la teoría desarrollada por MERLÍN y POTHIER. Esta conclusión la utiliza para argumentar que los citados autores habían llegado a una gran confusión en el terreno procesal. No había una perfecta distinción sobre la ejecución de la sentencia y cosa juzgada. El acudir al expediente de la identidad de personas había servido para justificar la existencia de una *actio iudicati* contra los codeudores. *A sensu contrario*, esta confusión supondría que en la obligación solidaria no se producen los efectos negativos de la sentencia.

Sobre la limitación del concepto literal del artículo 1.252, 3.º CC en la doctrina civil patria.

(146) Sobre la naturaleza jurídica de la solidaridad, y sobre la exclusión o inclusión de titularidades véase introducción.

no demandados. La extensión de la cosa juzgada, por tanto, deberá comprender:

1. La existencia (fuente de la obligación). En relación a ello comprenderá la validez o invalidez de la misma, la existencia o inexistencia de excepciones que se correspondan con la naturaleza de la obligación (comunes, arg. ex art. 1.143 CC).

2. La configuración de la prestación. Es decir, si consiste en una conducta de dar, hacer o no hacer, y si se corresponde con una cosa o un servicio.

Esta consecuencia lógica es defendida por BADOSA (147), HERNÁNDEZ GIL (148), SCAEVOLA (149), Díez PICAZO (150), MORÓN PALOMINO (151), MANRESA (152), PUIG FERRIOL (153), y en posición más extrema CAFFARENA (154) y GUILARTE (155).

(147) BADOSA: *Dret...*, op. cit., pág. 83.

(148) HERNÁNDEZ GIL, cit., pág. 411.

(149) SCAEVOLA: *Comentarios...*, op. cit., t. XX, Madrid, 1958, pág. 536.

(150) Díez PICAZO: *Fundamentos*, op. cit., t. I, pág. 431.

(151) MORÓN PALOMINO: «El proceso civil y la tutela de terceros», en *RDPr*, julio-septiembre, 1965, pág. 152. El autor, basándose en la teoría del mandato (posiblemente por seguir las explicaciones de POTHIER) equipara a los deudores no litigantes a la actuación del que intervino en el proceso. Esta equiparación (identidad) la efectúa en función del artículo 1.251 CC (cosa juzgada), y del artículo 1.141, 2.º CC. La identidad existente entre los codeudores solidarios supone que: «1.º Si aquél (se refiere a un codeudor no litigante) trata de replantear la controversia podrá oponérsele fundadamente la excepción de cosa juzgada, 2.º Por igual razón cabe entablar contra el tercero, deudor solidario, la ejecución forzosa de la sentencia.»

(152) MANRESA: *Comentarios...*, op. cit., Madrid, 1893, pág. 557 entiende que: «La extensión a todos los interesados del fallo primeramente recaído tendrá plena eficacia respecto a la totalidad de la obligación, a la esencia o validez de ésta, y del acto en que se encuentre su origen...»

(153) PUIG FERRIOL, cit., pág. 474. Utilizando la distinción entre sentencia de condena y absolutoria que efectuaba el Derecho intermedio entiende que tanto una como otra producen efectos de cosa juzgada en todo aquello que tenga relación con la naturaleza de la obligación. Es decir, exclusión de las excepciones personales inherentes a cada uno de los deudores.

(154) CAFFARENA: *Solidaridad...*, op. cit., págs. 21 y ss. El autor mantiene la eficacia de la cosa juzgada en relación a la existencia y prestación. En cambio, no extensión de la solidaridad en aquellas excepciones puramente personales a cada uno de los codeudores. La importancia de su innovación se corresponde con la extensión de la cosa juzgada a las excepciones comunes aunque la misma no haya sido alegada (cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible). Mientras que las excepciones personales interpuestas y que obtengan una sentencia absolutoria supondrán la no extensión al resto de los codeudores.

(155) GUILARTE: *Comentarios...*, op. cit., t. XV, vol. 2.º, pág. 278 sigue la distinción entre excepciones comunes y personales. Las comunes producen la extensión de la cosa juzgada siempre (cosa juzgada cubre lo deducido o deducible), las excepciones personales en ningún caso extienden sus efectos.

Efectivamente, podríamos entender que *communis opinio* que los efectos procesales que lleva implícita la obligación solidaria son la extensión de la cosa juzgada, ya sea positiva o negativa, al conjunto de los codeudores solidarios en función de la identidad de personas que en ella se produce.

Mas, no hay que olvidar que en la solidaridad pasiva la existencia de un crédito y una deuda (UNIDAD) no está reñido con la posibilidad de que los deudores se encuentren obligados de diferente forma (arg. ex art. 1.140 CC) (156). La no uniformidad en la configuración de la deuda solidaria tendrá importantes consecuencias en los efectos de la cosa juzgada.

A nadie se le puede escapar que así como la prescripción o la mora, situaciones de manifestación del perjuicio, podían tener un tratamiento diferenciado, lo mismo ocurrirá a los efectos de cosa juzgada con las excepciones personales (arg. ex art. 1.148 y 1.824, 2.º CC).

Es decir, los efectos de la cosa juzgada no alcanzarán a las excepciones que *personalmente* correspondan a los deudores que no han intervenido en el proceso. El «límite» que imponemos a la extensión de la cosa juzgada deber ser observado, aunque luego volveremos sobre ello, desde dos puntos de vista:

1.º Las excepciones personales del resto de los codeudores que han sido opuestas producirán los efectos de cosa juzgada. Ahora bien, sus efectos son limitados a la posibilidad de su interposición, es decir, a la «parte» con la que participa en la deuda. Es decir, en lo que exceda de la «parte» la eficacia de la cosa juzgada no puede predicarse.

2.º De las excepciones personales al resto de los codeudores que no han sido interpuestas no puede predicarse la extensión de la cosa juzgada.

Esta limitación que ofrecemos, entendemos, únicamente puede predicarse de las peculiares relaciones de titularidad (1.140 CC) y excepciones personales (ej. 1.146 CC) pero no DE LA VERACIDAD de la existencia de la deuda, su modalidad (1.088 CC), o su infracción (1.147 CC). Estas circunstancias deben ser entendidas como juzgadas aunque no se hayan interpuesto las oportunas excepciones a favor de la titularidad pasiva que, si bien está configurada por una pluralidad de sujetos frente al acreedor, actúan como si fueran una UNIDAD.

Tras las páginas anteriores podemos comprobar cómo en sede de extensión de la cosa juzgada en la deuda solidaria *asistimos a una PARADOJA*. Esta circunstancia que denunciemos aparece reflejada en dos vertientes, una de carácter general, y otra de carácter particular.

(156) Sobre los efectos de la solidaridad no uniforme, exclusión e inclusión de codeudores solidarios puede consultarse el capítulo primero de nuestra Introducción.

Por lo que hace referencia a la primera, asistimos a la contradicción entre la génesis del concepto de la cosa juzgada y el pretendido límite que, como hemos podido comprobar anteriormente, algunos autores pretenden de la sentencia dictada frente a un deudor solidario. El entender la cosa juzgada como *presunción de veracidad* había sido un gran esfuerzo y, a su vez, un gran logro de la doctrina. Efectivamente, las obras de POTHIER y DOMAT recogieron la elaborada doctrina efectuada por los Glosadores a propósito de la máxima: «*Res iudicata pro veritate accipitur*». Esta elaboración doctrinal tuvo su máximo exponente en la escuela histórica representada por SAVIGNY. Este autor, nos diría CHIOVENDA (157), que el mérito de la doctrina elaborada por SAVIGNY a propósito del valor absoluto de la sentencia consistía, ni más ni menos, en establecer que el contrato entre A y B vale para todos, y así la sentencia entre A y B vale para todos.

Lo cierto es que, prescindiendo de la problemática sobre el valor de la cosa como ficción de verdad (teoría de SAVIGNY) o presunción de verdad (teoría de los Precodificadores y así parece recogerse en nuestro art. 1.252 del CC) (158), nuestro Tribunal Supremo ha mantenido una reiterativa doctrina sobre el valor de la cosa juzgada como **PRESUNCION DE VERACIDAD**. Así, la Sentencia de 21 de julio de 1988 (RA 5997) en su fundamento tercero nos dirá que: «Partiendo de que la situación de la cosa juzgada material precisa de la concurrente identidad de personas, cosas, acciones y causa o razón de pedir entre uno y otro procedimiento, es de señalar que es indefectible la eficacia vinculativa que entraña, con la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan al contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de una resolución previa sobre idéntico conflicto...» (159).

Presunción de verdad que como veíamos se pretende limitar en los procesos seguidos a instancia del acreedor frente a un único deudor solidario.

Por lo que hace referencia a la segunda, la paradoja aparece en cuanto a los precedentes histórico-legislativos y doctrinales. Tanto los primeros (recuérdese el art. 913 del Anteproyecto de 1836 y, sobre todo, la Ley 20, título 22 de la Partida 3.^a y, por último, nuestro artículo 1.252, 3.º del CC)

(157) CHIOVENDA: *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, 1925.

(158) Sobre la problemática puede consultarse, con carácter general, la obra de CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, págs. 22 y 23 y bibliografía por el autor citada.

(159) Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. En el mismo sentido puede consultarse también la Sentencia de 15 de febrero de 1988, Ponente Excmo. Sr. don Ramón LÓPEZ VILAS, y la Sentencia de 26 de mayo de 1988 (RA 4343), Ponente Excmo. Sr. don Matías MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE.

como la inmensa mayoría de las opiniones doctrinales, sobre todo la escuela de la exégesis, sostenían la *extensión de la cosa juzgada*.

Pero, a mayor abundamiento, en este sentido particular de lo que calificamos como paradójico, la propia doctrina elaborada por el Tribunal Supremo confirma la extensión de la cosa juzgada frente a los deudores solidarios. Así, la Sentencia de 5 de junio de 1952 (RA 1511) diría que: «Hay identidad de personas a los efectos de la cosa juzgada, siempre que los litigantes del segundo pleito estén unidos con vínculos de solidaridad con los que del primero en virtud de los que pueden exigir o están vinculados a realizar las prestaciones de que se trate.» Igualmente la Sentencia de 20 de octubre de 1966 (RA 4722): «Se alega por el recurrente que si bien son las mismas en ambos procesos las personas de los litigantes, ha sido cambiada la posición procesal de éstos en el actual, al ser ahora demandada la que era demandante en el primer pleito, y actora los que allí figuraron como demandados, más esta mutación no afecta, conforme a la doctrina constante de esta Sala, a la referida identidad personal, pues lo que importa al efecto, como nota esencial, es que sea la misma la relación jurídica de los que intervinieron sin introducirse ningún elemento ajeno que no concurre cuando los litigantes del segundo pleito están unidos por vínculos de solidaridad...»

Y más recientemente la Sentencia de 16 de junio de 1984 al entender que: «Según reiterada y de sobra conocida doctrina legal, que si la participación responsable no es posible discriminarla o separarla con nitidez, para exigir a cada uno la que le es propia, esa responsabilidad puede ser reclamada de un modo solidario por entenderse constituida en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados, una situación de corresponsabilidad indiferenciada externamente y solidaria desde el lado del acreedor —aunque entre aquellos responsables puedan serlo, según sus acuerdos distinguible (arg. 1.145 CC)— que permite a aquél, por lo mismo, dirigirse contra cualquiera de ellos conforme al artículo 1.144 del Código Civil, o lo que es igual, que no le impone la necesidad de demandar o traer a juicio a todos los partícipes, porque, evidentemente, y por obra de ese vínculo, la situación procesal de *litis consorcio* ya no puede darse por carencia de sus presupuestos en cuanto bastará la presencia procesal de cualquiera —no de todos— para que la decisión sea tomada con la suficiente y eficaz defensa del comparecido y sea vinculante para los demás —ausentes— justamente por obra de la solidaridad (art. 1.252, 3.º CC) determinante de la identidad personal y de los efectos de la cosa juzgada.»

En definitiva, tanto la solución ofrecida por el legislador, como la interpretación que efectúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo son de signo idéntico: *Hay extensión de la cosa juzgada de los deudores solidarios en virtud de la IDENTIDAD PERSONAL.*

No obstante, y con ello hemos convenido también nosotros, posiblemente haya que limitar los efectos propios de la cosa juzgada. La limitación aparece, a nuestro entender, por los defectos o lagunas de que adolece la *Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los terceros al proceso pero que les afecta la sentencia*. La afirmación contundente de la *INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO* en la deuda solidaria, aun partiendo de un proceso con una única relación jurídica con pluralidad de titulares el cual concluirá en el pronunciamiento de una *sentencia* única, unido a la inexistencia de ningún precepto en la LEC que haga referencia expresa a la *intervención provocada o coactiva de los terceros* (160).

Cabría, quizá, plantearse que para evitar estos inconvenientes que aparentemente pueden aparecer pudiera ser necesario, con base al artículo 24,

(160) Las lagunas que aparecen en la LEC resultan hasta cierto punto incomprensibles. Si observamos los antecedentes históricos podemos comprobar cómo en las Partidas; Partida III, título XXIII, ley IV se establecía: «Tomar pueden en alzada no tan solamente los que son señores de los pleytos, o sus Personeros quando fuere dado juyzio contra ellos, assi como mostramos; mas aun todos los otros, quien pertenece la pro, e el daño que viniere de aquel juycio. E esto sería como si fuese dada sentencia contra alguno sobre cosa que el ouiesse comprado de otro, e non alasse.» La partida V, título V, Ley XXXVI entendía que: «El vendedor, segund de suso diximos, es tenuto a fazer sana la cosa quel vendio al comprador, o de tomarle el precio con todos los daños e los menoscabos quel vinieron entre si *gela non ampara...*»

Pero la admisión de intervención de terceros también había sido admitida por otros Cuerpos legales patrios. Así, anterior a las Partidas, el FUERO REAL (Libro III, título X, Ley VII): «Todo home, que alguna cosa vendiere a otro, sea tenuto de la defender con ella a derecho, quando quier que viere que alguno *gela* demandare, si el comprador *gelo* dixere; e si el comprador por si respondiere en el juyzio no lo faciendo saber al vendedor, o no quisiere venir a ver la sentencia, si fuere vencido no se pueda tornar a aquel que la vendio...» En el FUERO VIEJO DE CASTILLA (Libro IV, título II) y, a su vez, LA NUEVA RECOPIACION (libro II, título X, ley XV) entendía que: «Assimismo declaramos, que quando algún tercero opositor, que fuere el *algun* peyto que huviere venido a él a coadjuvar al principal, tome el pleyto en el estado en que se hallare, y no pueda recusar conforme a las leyes, y no en otra manera...» Por último también puede consultarse la NOVISIMA RECOPIACION (Libro XI, título II, Ley XVII).

La doctrina procesalista se ha hecho eco de estas lagunas y así GÓMEZ ORBANEJA: *op. cit.*, t. I, págs. 165 y ss., GUASP, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 205 y ss.; MONTERO AROCA, *La intervención*, *op. cit.*, págs. 5 y ss., son autores que propugnan la admisión de intervención de los terceros afectados por la sentencia.

Ahora bien, aunque nuestro Código Civil recoge algunas figuras de intervención (1.461 CC, garantía que pesa en el vendedor; y el artículo 1.084 CC en la solidaridad entre coherederos). CARRERAS LLANSANA: «Derecho procesal», en *Las enseñanzas del Derecho en España*, AA.VV., Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 191, ya anunciaba que: «Autor hay y muy ilustre que ha escrito sobre tal tipo de intervención múltiples páginas... cuando es evidente que nuestro Ordenamiento no admite la figura de la intervención principal...» En suma, aparentemente nos encontramos ante lagunas que difícilmente pueden ser salvadas acudiendo a nuestro Ordenamiento, pues sencillamente NO LAS REGULA.

1.º de la Constitución, realizar una interpretación finalista y por principios que fundamente la posibilidad de llamar al proceso de referencia a terceros pretendientes. La posibilidad de fundar en el artículo 24, 1.º de la CE la posible intervención de aquellos a los que les puede afectar la sentencia mientras persistan las deficiencias de la LEC sin lugar a dudas deberá proceder, y a ello nos dedicaremos en el título segundo, teniendo en cuenta los grados de eficacia de las resoluciones judiciales.

No podemos dejar pasar la oportunidad de esta recopilación, antes de entrar en el análisis de los supuestos concretos de extensión de la cosa juzgada, el establecer una precisión terminológica. Los efectos de la cosa juzgada pueden tener una doble manifestación: *a)* La eficacia que se manifiesta de toda resolución dentro del ámbito del mismo proceso al adquirir la sentencia el grado de inalterable (161), y *b)* La eficacia de la sentencia que ya obtiene el carácter de firmeza hacia el exterior. Es decir, el cierre de toda posibilidad de discusión de un nuevo proceso sobre la misma cuestión debatida (162).

Ahora bien, independientemente de la función de la cosa juzgada formal (apartado *a)*) o material (apartado *b)*) la sentencia ofrece otros efectos. Así, siguiendo a CARRERAS LLANSANA, la *función positiva* de la sentencia tiene su verdadero valor y trascendencia cuando se ha obtenido una declaración que luego será esgrimida como medio de ataque o de defensa en otro proceso en el que la primera resolución deberá ser tenida en cuenta como «prejudicial» (163). La *función negativa* supondría la imposibilidad de que en un segundo pleito el Juez entre sobre el fondo, es decir, la imposibilidad de que se inicie un nuevo proceso sobre la misma decidida (164).

Ambas manifestaciones de la cosa juzgada, como manifestábamos anteriormente, entendemos que se predicen en la vinculación solidaria. Retomando la distinción entre la relación externa e interna que efectuábamos en el capítulo primero (165): la relación externa impregnada por la idea de UNIDAD («todo») supondrá la que la sentencia debe ser única pues, insistimos, una única deuda existe (*eadem res debita*). En cambio, en la relación interna entre los codeudores la idea es la MULTIPLE («parte») que supondrá la posibilidad de que existan varias sentencias o si existe una única sentencia (el deudor subrogado reclama a cada uno su «parte» pero en un

(161) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 74.

(162) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 74, y SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pág. 636.

(163) CARRERAS LLANSANA: «Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho Español», en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962, págs. 287 y 288.

(164) CARRERAS LLANSANA: *Tratamiento...*, *op. cit.*, págs. 287 y 288.

(165) Véanse págs. 31 y ss.

mismo procedimiento) es posible que existan pronunciamientos diferentes sobre cada uno de los deudores. En el fondo, como vemos, no podemos dejar de lado la naturaleza jurídica de la solidaridad cuando nos enfrentamos ante el análisis de los efectos de la sentencia.

Iniciemos, pues, el análisis de los supuestos concretos en los que puede entrar en juego la excepción de la cosa juzgada.

4.1. LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA TRAS PRONUNCIAMIENTO INICIADO POR EL ACREEDOR CONTRA UN ÚNICO DEUDOR SOLIDARIO CON FALLO CONDENATORIO

La hipótesis que planteamos resulta *prima facie* del todo posible. La solidaridad, en el ámbito de la relación externa, está caracterizada por la idea del TODO (arg. ex art. 1.137 «Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria»; arg. ex 1.144 CC. «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios...»; 1.147 CC. «Si hubiese mediado culpa de parte de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor...»). El que se imponga la idea del TODO, en contraposición de la idea «parte» —*concur-sus partes fiunt*—, supone que el acreedor puede reclamar judicialmente la totalidad de la deuda demandando a cualquier deudor solidario, como muestra de las legitimaciones activa y pasiva por la totalidad, y que el proceso versará sobre la totalidad de la deuda obteniéndose un fallo, condenatorio o absolutorio, que se pronuncia de la TOTALIDAD DE LA DEUDA.

La sentencia de condena, como conclusión de un procedimiento instado por el acreedor, tendrá su fundamento en la *infracción de la obligación*. Si la deuda no ha sido pagada (obligación de dar cosa genérica) en el momento de su vencimiento, o la obligación de dar cosa específica no se cumple llegado el momento de su vencimiento, el acreedor puede iniciar la actividad declarativa de la obligación tendente a la obtención de una sentencia que condene al deudor por infringir la obligación (166).

Pues bien, esta fase declarativa, insistimos que puede iniciarse frente a cualquiera de los deudores solidarios, que conduce a una sentencia de condena vendrá determinada no sólo por la existencia de la obligación (ex art. 1.214 CC *onus probandi* «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento...») sino por la propia actividad procesal del deudor solidario demandado.

La actividad a la que hacemos referencia es precisamente la otra vertiente del propio artículo 1.214 del CC («y la de su extinción al que la

(166) Véase el capítulo tercero.

opone»). Es decir, la oposición de excepciones que conduzcan a la obtención de una sentencia absolutoria. Como nos dice BADOSA (167) las excepciones (arg. ex art. 1.148, 1.824, 2.º, 1.840, 1.845, 1.853 CC) «son aquellas circumstàncies que sense negar l'existència del deute, exclouen l'efectivitat del deure de diligència i, per tant, oposibilitat que es produeixi la responsabilitat del deutor, malgrat la pèrdua o deteriorament de la cosa deguda o l'incompliment de la prestació. Consisteixen, doncs, beneficis per al deutor».

Sin duda, como observamos, la actuación del deudor solidario demandado puede proporcionar la no aparición de la consecuencia lógica de la sentencia de condena, es decir, la fase de ejecución (arg. ex art. 919 LEC. «Luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución siempre a instancia de parte...», arg. ex art. 1.429 LEC. «La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución» (168). Pero, como su nombre indica, las excepciones oponibles frente a la reclamación del acreedor deben ser opuestas por el deudor solidario demandado a los efectos de oponerse a ella. De hecho, y retomando el estudio concreto de la solidaridad, la condena de un deudor solidario puede proceder tras la interposición de excepciones comunes a todos, interposición de excepciones personales propias, y excepciones personales al resto de los codeudores aunque, en este único caso, limitada a la «parte» que deban (ex art. 1.148 CC). De hecho, la sentencia de condena puede proceder tras la interposición de todas, algunas o ninguna excepción («podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor...»).

Cuando la condena proceda tras la interposición de todas las excepciones, todas las posibles, entendemos que el efecto negativo (imposibilidad de reproducir el procedimiento) debe desplegar todos sus efectos. Entendida la función negativa de la cosa juzgada como la imposibilidad de que en un nuevo proceso puedan discutirse cuestiones que ya lo fueron anteriormente supondrá *prima facie* que el acreedor no podrá iniciar un nuevo procedimiento judicial en el intento de reclamar, y con ello obtener una sentencia de condena, la deuda de un nuevo deudor solidario (aplicación del principio *Ne bis in idem*).

La solución que propugnamos no ha sido admitida por parte de la doctrina. DÍEZ PICAZO (169), en contra de esta opinión, mantiene que: «La sentencia que condena a uno de los deudores solidarios no impide al acreedor iniciar un nuevo procedimiento judicial contra otro deudor, pues ello no

(167) BADOSA: *Dret.*, op. cit., pág. 26.

(168) Sobre la sentencia como título ejecutivo seguimos a DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ: *Lecciones...*, op. cit., t. III, págs. 55 y ss.

(169) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, op. cit., t. I, págs. 431 y 432.

es sino el ejercicio del *ius variandi* que reconoce el artículo 1.144 del CC». CARRERAS DEL RINCÓN (170) nos dirá que: «Si se admitiera que el deudor común puede oponer la excepción de cosa juzgada a las reclamaciones de los otros acreedores, se estaría negando el derecho al proceso de éstos. A dichos acreedores se les estará negando el derecho, con toda probabilidad, la posibilidad de ejercitar y defender sus derechos, fácilmente pueden quedar en indefensión. Si la sentencia que puso término al primer pleito fue condenatoria quiere decir que el primer acreedor se ha conducido diligentemente. No obstante, dicha sentencia puede no aprovechar o beneficiar a los restantes acreedores solidarios... porque ellos no pueden utilizar dicha sentencia como título ejecutivo frente al deudor común...»

Si observamos las anteriores opiniones, dos serían las razones que imposibilitarían la eficacia de la tesis que aquí defendemos:

- a) El *ius variandi* ex art. 1.144 del CC.
- b) La indefensión de los acreedores no reclamantes.

Ahora bien, entendemos que ambas opiniones parten de presupuestos que pueden ser contestados. En primer lugar, no siempre, nosotros diríamos que casi nunca, existirá una pluralidad de acreedores frente a un deudor común. A su vez, tampoco es siempre necesario que una pluralidad de acreedores frente a un deudor suponga la necesaria existencia de vinculación solidaria. Y, por último, no entendemos qué tipo de diferencia se puede predicar entre el artículo 1.143, 1.º del Código Civil y la reclamación judicial. Si, partiendo de una solidaridad activa, el acreedor puede incluso novar, compensar o remitir la deuda con cualquiera de los deudores con efectos frente a sus coacreedores, no entendemos cómo la consecución de una sentencia favorable se le puede impedir. A mayor abundamiento, aun en el caso de que el artículo 1.141, 1.º del Código Civil lo entendiéramos destinado a la reclamación judicial, y así lo hemos entendido (171), la sentencia condenatoria del deudor supondría un «acto útil» («Cada acreedor puede hacer lo que sea útil a los demás...», ex art. 1.141, 1.º CC). Y, además, tampoco entenderíamos si dicha interpretación prosperara, como interpretar el artículo 1.142 CC que, destinado a la reclamación de la

(170) CARRERAS DEL RINCÓN: *La solidaridad...*, op. cit., págs. 93 y ss.

(171) Ya en páginas anteriores nos cuestionábamos la antinomia que parecía aparecer entre el 1.141, 1.º y 1.143, 1.º del CC (véase págs. 870 y ss.). Allí, como ahora, nos pronunciamos sobre la primacía del artículo 1.143 del CC, habida cuenta los propios antecedentes históricos y doctrinales que aparecen en POTHIER, op. cit., págs. 243 y 244 y son mantenidos por Díez Pícazo, op. cit., pág. 412, y BADOSA, op. cit., pág. 126.

Aunque no sea este el momento adecuado no podemos dejar de reconocer que en cuanto a la sentencia de condena con pluralidad de acreedores pueden generarse inconvenientes en el régimen interno (1.143, 2.º CC).

deuda entiende que: «El deudor puede pagar ... a cualquiera... si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago.»

En suma, la idea de que en la solidaridad cada uno de los intervinientes actúa impregnado de una titularidad sobre la totalidad, en este caso de la obligación y, en consecuencia, una legitimación, en este caso activa, sobre la totalidad, explica que cualquiera de los acreedores puede disponer de la totalidad de la obligación.

Más difícil parece la contestación a la cuestión planteada por DÍEZ PICAZO y que es seguida por PUIG FERRIOL (172). Es muy cierto que el artículo 1.144 del Código Civil permite al acreedor dirigirse contra uno, varios o todos los deudores solidarios y, sobre todo, que las reclamaciones entabladas contra uno de esos deudores no son obstáculo para las que posteriormente puedan efectuarse, eso sí —límite al *ius variandi*— *mientras no resulte pagada la deuda por completo*. Y precisamente por ello, en este artículo, sobre todo en el inciso final, se contempla, a nuestro entender, la posibilidad de que la sentencia firme de condena produzca el efecto negativo de la cosa juzgada. Si observamos el término *cobrada* utilizado por el legislador es significativo en extremo y parece referirse a la sentencia de ejecución, pues no es probable que se refiera a la mera sentencia de condena ya que la misma *perjudica* (arg. ex art. 1.141, 2.º y 1.252, 3.º del CC). Es decir, con esta interpretación del artículo 1.144 del Código Civil admitiríamos la *ejecución de la sentencia en el patrimonio de cualquier deudor solidario*.

Además, hay que tener en cuenta que nuestra tesis, efecto negativo de la cosa juzgada, había sido mantenida en el *ius commune*. ALBERTI (173) nos diría que: «Io credo, seguendo l'opinione de SEGRE, che gli effetti consuntivi della» *litis contestado* «nei confronti della stipulazione correaie attiva siano stati rispettati anche nel diritto justinianeo... In primo luogo esiste il silenzio della C. 28 cod. 8, 40 in erito al caso dei rei stipulandi, silenzio questo che si collega al fatto che quasi tutti frammenti della compilazione Giustiniana, che parlano ancora di effetti estintivi della *litis contestatio* si riferiscono alle stipulazione correaie attive. Interzo luogo é lógico che (i *creditori*) non possono più agire contro il debitore per la medesima causa anche per l'evidente inutilità di successive domande contro lo stesso debitore che dimostrato insolvente nei riguardi di uno dei concreditori...».

Opinión que igualmente COGLIOLO, utilización de «l'*actio iudicati*», cuando el deudor solidario demandado era insolvente (174). Y, por último,

(172) PUIG FERRIOL..., cit., pág. 474.

(173) ALBERTI, op. cit., pág. 36.

(174) COGLIOLO, op. cit., pág. 332. El autor diría exactamente: «L'attore poteva

tesis de la eficacia de la cosa juzgada negativa en la obligación solidaria que no ha estado exenta de opiniones favorables, incluso, en la propia doctrina procesalista. Así, SERRA nos dirá que: «Terminado por sentencia firme el proceso en que un acreedor solidario reclame del deudor el pago de la deuda, los restantes acreedores no podrán efectuar nuevo proceso contra dicho deudor. Si la sentencia es condenatoria, habrá quedado irrevocablemente la obligación, sin que exista necesidad de ulterior proceso.» El autor continúa diciendo: «Al haberse declarado ya la obligación en forma irrevocable, deviene innecesaria una ulterior actuación jurisdiccional. De lo contrario, podría darse la paradoja de que el deudor tuviera tantos títulos ejecutivos de condena cuantos acreedores solidarios existan...» (175).

Pero si las reflexiones de SERRA son contundentes, CARRERAS LLANSANA, en la misma línea, nos dirá: «Si se solicita una nueva condena del mismo demandado, la única función de la cosa juzgada que pudiera operar es la negativa; el Tribunal posterior deberá siquiera examinar si puede o no tal condena, sino que absolverá al demandado. La excepción entonces absolutamente indispensable» (176). Y, por último, MONTERO AROCA admitirá la eficacia objetiva de la cosa juzgada en la deuda solidaria al entender que: «Si la legitimación corresponde a cada acreedor y deudor individualmente, puede iniciarse y desarrollarse un proceso sin que figuren en él como parte todos los acreedores o deudores y, sin embargo, les afectará la cosa juzgada de modo directo» (177).

agire contro i correi del convenuto, se questo era insolvente; una questo *agire* non é un nuovo giudizio, ma solo un chiedere l'actio iudicati esecutiva contro chi non fu convenuto...»

(175) SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, págs. 694-695.

(176) CARRERAS LLANSANA, *op. cit.*, pág.

(177) MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 164.

Efecto negativo de la cosa juzgada que no es ajeno el Tribunal Supremo. Efectivamente en Sentencia dictada en 27 de febrero de 1984 (RA 813). Ponente Excmo. Sr. don Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no será que: «El vínculo de solidaridad con que la imposición fue efectuada y aceptada determina la posibilidad de que el imponente, como acreedor que es en la cuenta a plazo fijo convenida con Banco de Santander, una vez cesada la prohibición de disposición por haberse producido la defunción de la otra imponente a que supeditó, puede exigir la entrega del importe total de dicha cuenta de la entidad bancaria deudora aludida, y ésta asume la obligación del pago... a que por virtud de la existencia de solidaridad activa se produce un mandato recíproco de exacción de crédito íntegro entre los acreedores que en virtud de lo normado en los artículos 1.142 y 1.143 del Código Civil, al desenvolver su regulación permite a cualquier acreedor reclamar el cumplimiento de la obligación, y al deudor poder pagar a cualquiera de ellos, e incluso de tener obligación de hacerlo cuando hubiere sido requerido al efecto judicialmente por el acreedor solidario, sin perjuicio de que éste haya de responder a los demás acreedores de la parte que pueda pertenecerles en el crédito...»

Doctrina judicial que se mantenía en las Sentencias de fecha de 18 de noviembre de 1903, 14 de noviembre de 1983 entre otras.

En suma, la extensión de la cosa juzgada en su función negativa, a pesar de la opinión contraria de algunos romanistas (178), tiene incluso su argumento en el propio derecho romano.

Como sabemos (179), la existencia de la *litis contestado* en el Derecho romano clásico habría llevado a considerar que los efectos de la cosa juzgada no tuviera sentido plantearlos. Ahora bien, PAULO en el Digesto 44, 2, 12, 14 ya hacía referencia a que para los efectos de la cosa juzgada era suficiente *la identidad y que ésta, además, podía ser física*.

De la misma forma, la L. 2 Digesto XLV, 2.º; L. 31 (1) Digesto XLVI, 2 y la L. 5 Digesto XLVI, 1 estarían admitiendo la afirmación de que en la solidaridad pasiva la sentencia dictada contra uno de los codeudores se extendía contra todos ellos. La expresión «*Petitione unius tota solvitur obligatio*» adquiriría su máxima expresión en la solidaridad.

La mayoría de la doctrina, en base a esta máxima, había entendido que no hacía referencia a la sentencia sino a los efectos de la *litis contestado*. Pero el término *petitione* había sido interpretado por la Glosa como *effectualis*, es decir, el pago de la totalidad de la deuda, e incluso, algún autor lo había interpretado como la «integridad del juicio» y no la simple *litis contestado* (180).

Por ello FERNÁNDEZ DE RETES, para el *ius commune*, diría que (refiriéndose a la sentencia): «*Proficiat, et noceat caeteris, quia in individuus quilibet est legitimus actor et defensor insolidum.*» Y que, en definitiva, adquirió su máxima expresión en la etapa precodificadora tras la aportación de POTHIER, que más tarde, como sabemos, influyó en la Codificación francesa y los autores de la escuela de la exégesis (181).

(178) Entre los autores romanistas que niegan la función de la cosa juzgada cabe citar a ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 197; MASI, *op. cit.*, pág. 835. ALBERTARIO, en concreto, diría que: «*Degli effetti della sentenza sulla obbligazione solidale nel diritto classico non parlare. Infatti, prima che la sentenza venisse, se aveva un'altra causa che estingueva con efficacia generale l'obbligazione, a questa era la litis contestatio. Estinta l'obbligazione con questa, non era neppure da porre il quesito se a quali effetti producesse la sentenza ottenuta dal creditore contro uno dei debitori solidali o da un creditore solidali contro il debitori comune...*»

(179) Véase al capítulo primero en su introducción (págs. 50 y ss.).

(180) ALBERTI, *op. cit.*, pág. 88 con base al fragmento 19 Dig. 45, 2, y tomando la doctrina de AZONE, nos dirá que: «*La litis contestatio interrompe la prescrizione contro l'altro e nello stesso modo nell'ipotesi di due rei stipulandi, su unum lites contestatur al l'altro correo giova l'interuzione della prescrizione, ma la litis contestatio, intervenuta con uno dei correi, non ha più nella teoria de Azo la forza estintiva totale dell' obbligazione nè nei confronti della stipulazione correa passiva né nei confronti della stipulazione attiva, nel frammento 2 Dig. 45, 2 e nel 9 Cod. 8, 40 la petitio, ridotta AZIONE a novatio a solutio diventa nel secondo caso un vero e proprio pagamento ed anticipa la famosa petitio effectualis della Glossa.*»

(181) FERNÁNDEZ DE RETES: *De dividuis et individuus obligationibus commentarius repetitae praelectionis academicae*, Cap. II, VI, pág. 615.

En conclusión, el efecto negativo de la cosa juzgada no se encuentra impedido por el artículo 1.144 del Código Civil. En primer lugar, ya que incluso es cuestionable que la *litis contestado* produjera los efectos extintivos tan afirmados. Si admitimos que únicamente producía la extinción la expresión *efectualis*, es decir, el pago, no habría inconveniente en admitir que el *ius variandi* del acreedor se mantenga tras la sentencia de condena precisamente hasta que la deuda no hubiera sido pagada por completo. La expresión «mientras no resulte cobrada la deuda por completo» coincidiría con la terminología utilizada por Justiniano (*donec per omnia ei satisfiat*), que unido a la función de garantía que cobró la solidaridad en esta etapa del Derecho Romano nos conduciría a coincidir con GONZÁLEZ al entender que se admitiría el pago coactivo, es decir, el que procede tras la ejecución de la sentencia y todo ello hasta que la misma no hubiera sido pagada por completo.

Ahora bien, la interpretación que ofrecemos del artículo 1.144 del Código Civil, mantenimiento del *ius variandi* tras la sentencia de condena, no quita que cualquier deudor solidario, incluso el no interviniente en el proceso, pueda recurrir la sentencia con efecto frente a todos los deudores solidarios. Esta afirmación, que ya la mantenía CAFFARENA (182) es conforme a la doctrina del Tribunal Supremo. La Sentencia del 13 de marzo de 1943 (RA 309) entiende que: «Puede un deudor solidario sólo instar en concepto de demandante la declaración de nulidad de la obligación con igual extensión y efectos frente a los demás condenados y en su beneficio.» Y recientemente la Sentencia de 3 de marzo de 1990 («... teniendo en cuenta las consecuencias legales que produce la solidaridad, es manifiesto que la apelante pudo asumir la representación de los demás condenados... en consecuencia la apelación interpuesta necesariamente ha de afectar a los que con ella litigan unidos con vínculos de solidaridad...») (183), como la de 29 de junio de 1990 («No es incongruencia cuando habiendo apelado un

POTHIER, *op. cit.*, t. II, núm. 908, pág. 301 diría: «Lorsque la chose due à plusieurs héritiers... est quelque chose d'indivisible... cette chose n'estant pas susceptible de parts, chacun d'eux est crancier du total... c'est pourquoi le jugement rendu sur le demande que l'un d'eux a faite de cette chose a eu pour objet le même chose que la demande qu'en feroient les autres; c'est *eadem res*. ON peut aussi dire que ce jugement n'est pas «res *inter alios* judicata a l'égard des autres cranciers de cette chose...».

Sobre esta idea de la existencia de un *eadem res debita* también se alzaba la opinión de MERLÍN en *Recueil...*, *op. cit.*, t. X, pág. 274 al entender que: «Le codebiteur solidaire, pour o contre lequel un jugement a été rendu, ne forme moralement qu'un seul et même individu avec lui...»

Véanse páginas anteriores sobre la doctrina de la exégesis.

(182) CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 30-31.

(183) Sentencia recogida en *Actualidad Civil* núm. 28, semana 9, 15 de julio de 1990. Ponente: Excmo. Sr. don GONZÁLEZ ALEGRE Y BERNARDO.

solo condenado, la Audiencia revoca la sentencia respecto de él y del otro condenado que se abstuvo de ejercitar alzada, porque «establecida en la primera instancia la condena solidaria de ambos, ha de afirmarse que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcanzan a sus coobligados solidarios, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta») (184).

Aún quedaría por plantearnos qué ocurre cuando la sentencia de condena se obtiene sin la alegación de excepciones «personales» al resto de los codeudores.

En principio, la no alegación de cualquier tipo de excepción en nada tiene que perjudicar al acreedor reclamante ya que ni tan siquiera debe sufrir las consecuencias de la *insolvencia* del deudor (*ex art. 1.144 CC*). La no alegación de las excepciones oponibles *exclusivamente* debe perjudicar al deudor reclamado y no al acreedor reclamante. El «no perjuicio» del acreedor supondrá que la sentencia es cosa juzgada y no podrá reproducirse. El «perjuicio» para el deudor condenado se predicará en la nivelación del perjuicio económico. El resto de los codeudores solidarios, que deben sufrir la nivelación económica (1.145, 2.º CC), podrán oponer las excepciones que no interpuso el deudor que pagó la deuda en su totalidad.

El que prediquemos la inexistencia de cosa juzgada en las excepciones no opuestas por el deudor que pagó la deuda en cuanto pretenda la nivelación del perjuicio económico, nos introduce en la diferente eficacia que la cosa juzgada cumple en el ámbito interno de la solidaridad, es decir, la *función positiva*.

Si la función positiva, recuérdese a CARRERAS LLANSANA (185), es la posibilidad de que la sentencia sea tenida en cuenta en un segundo pleito, ésta cumplirá su efecto en el régimen interno de la solidaridad. El deudor condenado por la sentencia que haya efectuado el pago podrá reclamar de los restantes codeudores solidarios la suma declarada en la sentencia (186). Claro está el que dependa la acción de nivelación del perjuicio económico del pago satisfactorio al acreedor (1.145 CC) hace que podamos hablar de una función prejudicial de la cosa juzgada.

La solución que propugnamos evidentemente supone que el deudor solidario que paga la deuda puede iniciar un procedimiento para reclamar la deuda («cuota de contribución económica») al resto de los codeudores. Así, ¿cómo pueden operar las excepciones no ejercitadas ante el acreedor

(184) Sentencia recogida en Doctrina Judicial *La Ley*, núm. 39 de 1990, año 2.º bajo la dirección de Miguel Ángel FERNÁNDEZ. Ponente: Excmo. Sr. BARCALA TRILLO-FIGUEROA.

(185) CARRERAS LLANSANA: *Tratamiento...*, op. cit., pág. 288.

(186) SERRA, op. cit, pág. 694.

por parte del ahora acreedor de los deudores solidarios? La posibilidad de reclamar la *deuda* excluye cualquier posibilidad, ya lo veíamos anteriormente, de la función negativa de la cosa juzgada. Entendemos que la cosa juzgada no puede plantearse entre los codeudores solidarios. Estos pueden, en consecuencia, oponer cualquier mecanismo de defensa que no fue opuesto por el deudor subrogado en el crédito (1.210, 3.º CC) o, si entendemos la asimilación entre el artículo 1.148 y 1.840 del Código Civil, las excepciones que no pudieron ser opuestas frente al acreedor. La solución procede de la asimilación que efectuamos de los artículos 1.146 y 1.842 del Código Civil. La posibilidad de que existan *excepciones personales* hace que el deudor reclamado que no las opuso, conociéndolas, deba sufrir su posible interposición (187). Solución que ya había sido adoptada por el Derecho italiano (arg. ex art. 1.950, 1.917, 1.952, 2.º y 1.918, 2.º *Codice civile*) y que Ciffo considera que: «La norma dell'art. 1.952, 2.º dettata per la fideiussione trova applicazione in tema di regresso tra debitori solidali. Il debitore solidali, per tanto, convenuto in regresso dal codebitore, non resta soggetto a la cosa giudicata del codebitore e il creditore e può ancora opporre le accezione che avrebbe potuto opporre al creditore» (188).

En suma, desde el punto de vista de la relación interna entre los codeudores solidarios no cuenta tanto los efectos estrictos de la cosa juzgada como propiamente el pago, de suerte que son los efectos de hecho de la sentencia que condena al pago al deudor solidario demandado los que legitiman a éste para dirigirse frente a los restantes codeudores (189).

En este sentido si el resto de los codeudores solidarios quedan afectados por el pago, a lo que es lo mismo, por el fallo condenatorio, nada impide que, a su vez, el resto de los codeudores le pueda discutir su legalidad, es decir, la alegación de la existencia de fraude procesal e, incluso, la mala gestión de su actuación procesal (por ej. no haber interpuesto algún mecanismo de defensa). Con todo ello, y como nos movemos en el ámbito interno de la solidaridad, posiblemente la mayor garantía de la existencia

(187) BADOSA, *op. cit.*, pág. 129.

(188) CIFFO: // *Giudicato civile*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1955, pág. 110. En el mismo sentido, ALLORIO: *La cosa giudicata...*, pág. 134.

(189) La Sentencia del 12 de marzo de 1987 nos diría que: «La deuda de los demandados con la actora fue contraída *in solidum* creando una unidad de obligación frente al acreedor, con propósito de actuación conjunta de las deudas, pero con la consecuencia que la solidaridad atribuye el artículo 1.137 en relación con el artículo 1.144 CC, y con los efectos, para el caso del pago por uno de los deudores de poder repetir del otro la parte que le corresponda. Igualmente la Sentencia de 8 de julio de 1989 ya diría que: «Tratándose de obligación solidaria que cumplió en su totalidad uno de los deudores *in solidum* tiene derecho a reclamar de un codeudor la mitad que le corresponde «en C.J.t. 66, núm. 18, y la Sentencia de 11 de junio de 1955» (RA 2304).

del pago suponga la necesidad de establecer un sistema en virtud del cual el deudor que paga la totalidad no pueda sufrir las consecuencias de la alegación de lo anteriormente comentado (ej. excepciones no opuestas). Esta solución, quizá, y a ello dedicaremos un capítulo en el título segundo, puede ser el arbitrar la solución que el artículo 1.084 del Código Civil entiende para el pago de deudas de la herencia.

Recapitulando todo lo anterior, podríamos entender que en el ámbito externo de la solidaridad rige el principio de la cosa juzgada en función negativa. La sentencia de condena dictada con la participación del acreedor y un deudor solidario no podrá reproducirse afectando a todos los deudores siendo, en consecuencia, independiente la alegación o no de las excepciones que tuvieran frente a la reclamación. La relación interna será, para el acreedor, «*RES INTER ALIOS ACTA NOBIS, NEC NOCET, NEC PRODEST*». En cambio, en las relaciones entre los codeudores la función que cumple la sentencia de condena es la *positiva*. La sentencia podrá ser utilizada como «ataque» frente al resto de los codeudores sirviendo el hecho de pago como presupuesto inalterable. Ahora bien, quedando como cuestionable la posible interposición de excepciones frente a la reclamación del codeudor.

4.2. LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA TRAS PROCEDIMIENTO INICIADO POR UN ACREEDOR SOLIDARIO CONTRA UN ÚNICO DEUDOR SOLIDARIO CON FALLO ABSOLUTORIO

Anteriormente ya hemos hecho referencia a la posibilidad de que en la solidaridad pasiva existan deudores que se encuentren obligados de diferente forma (arg. ex art. 1.140 CC). Esta diferente forma de obligarse por parte de alguno de los codeudores llevaba a que otras manifestaciones del perjuicio inherente a la deuda solidaria tuviera para éstos un tratamiento diferenciado (ej. extensión de la mora, la prescripción).

A ello responde el artículo 1.148 del Código Civil cuando establece que: «De las que personalmente correspondan a los demás codeudores sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueran responsables.»

No obstante esta posible diferenciada situación en relación a la deuda el acreedor podrá pretender del resto de los codeudores la totalidad de la deuda. Cuando esto se produzca el deudor solidario podrá (no obligación) interponer la excepción que pertenezca a otros codeudores (ej. remisión parcial arg. ex art. 1.146 CC).

Trasladando lo anterior a la sentencia absolutoria no podemos desconocer que el deudor solidario puede serlo por la alegación de una excepción que se corresponda con la «naturaleza de la obligación» o por alegación de una excepción «personal».

La mayoría de la doctrina ha destacado estas especialidades como elementos destacables a los efectos de la cosa juzgada. Así, DÍEZ PICAZO (190) ha entendido que: «d) La sentencia que absuelve a un deudor solidario impide el ejercicio de una acción contra los demás deudores solidarios, si la desestimación de la demanda se ha fundado en una causa aplicable a todos, pero, en cambio, no impide el ejercicio de una nueva acción si la desestimación se funda en una causa estrictamente personal». A la misma conclusión han llegado otros autores como BADOSA (191), PUIG FERRIOL (192), DEMOLOMBE (193), LACOSTE (194), MERLÍN (195), LAROMBIERE (196), BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE (197).

La solución que consideramos adecuada proviene de un amplio debate del *ius commune*. Sobre la base del fr. 1,3 del Dig. 44,5 relativo al proceso del fiador se afirmó que la sentencia dictada frente a un fiador perjudicaba al deudor principal si el mismo tenía por contenido *motivos comunes (in rem)*. En cambio, si la sentencia tomaba razón de motivos personales no producía la extensión de los efectos de la sentencia (198). BARTOLO, por vía indirecta, había admitido la extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios que se encontraban vinculados pura y simplemente. En cambio, negaba la extensión en los supuestos en que los codeudores se encontraran vinculados bajo condición: «Disparitis qualitatis, quae sperat reduci ad paritatem, no vitiat stitutio ne correoru h.d. opp. de 1. eandem eo sol. plures dont hic, tene ultima: q. hic est disparitas intpe, ibi in culpa. Et ro est: quia hic adveniente conditione reducitur ed. paritate, ibi nunquam reduci speratur op. de 1. si id., quod j. eo. so. ibi est disparitas in re, hi in qualitate t. quaero, **utrum** no dice fit correctum perius Autteriticorum, ut ille qui est obligatus **pure**, proffit opponere beneficium divisionis pendente conditione alterius? Gl. Tangit. C. eo. auth. hoc. ita Dig. Tangit. hic **Dicam** j. eo. 1. fi ex duobus S. fi a Titio» (199). La afirmación de BARTOLO: «Sententia lata pro uno sive contra **unum** indistincta nocet **aliis**», encontró su admisión en

(190) DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, t. I, pág. 431.

(191) BADOSA: *Det. op. cit.*, pág. 125.

(192) PUIG FERRIOL, *op. cit.*, pág. 474.

(193) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. III, pág. 307.

(194) LACOSTE, *op. cit.*, pág. 217.

(195) MERLÍN, *op. cit.*, pág. 218.

(196) LAROMBIERE, *op. cit.*, pág. 408.

(197) BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *op. cit.*, t. XII, pág. 280.

Esta distinción también es destacada por autores procesalistas como GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, pág. 451; SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, t. XVI, vol. 2.º, pág. 694. Este último llega a la conclusión de que los efectos de la cosa juzgada (arg. ex art. 1.252 CC) también se producen en la obtención de la sentencia absolutoria con alegación de excepción personal como lo hace el artículo 1.143.

(198) ALBERTI..., *op. cit.*, pág. 209.

(199) BARTOLO: *In secundum digesti Novi partem*, ecc, ad leg. 16 de duobus reis.

el proemio de legislación española sobre contratos contenido en el *Tratado de Pothier* en el que su traductor entendería: «La demanda que entable el acreedor contra uno de los codeudores para el cumplimiento de la obligación solidaria *perjudica* a los demás, la sentencia que en este caso se diere obliga a los demás condenados lo mismo que si hubieran litigado; y por tanto tienen el derecho de apelarla» (200).

La afirmación de la distinción entre las excepciones *in rem* y las *in personam* a los efectos de la sentencia, apareció en los propios textos del Digesto. El fr. 42,3 del Dig. 12,2 entendía que el fiador «liberado» (sentencia absolutoria) «quia non fuit contractum vel solutum» liberaba igualmente al deudor principal. Ahora bien, si la excepción se refería únicamente al débito personal del fiador no queda liberado el deudor principal. En consecuencia, como afirmaba ALBERTI (201), en la Glosa es perfectamente defendible el afirmar que la eficacia liberatoria del deudor principal aparecía si tomaba razón de una causa común a ambos. Al mismo tiempo, tampoco era inexacto afirmar que en los deudores solidarios se predicaría la misma solución dada la equiparación de la regulación de la fianza a la solidaridad.

En suma, el criterio seguido por el *ius commune* era el de que la sentencia extendía sus efectos al conjunto de los vinculados solidariamente. Ahora bien, la extensión, en cuanto a la sentencia absolutoria, había que diferenciarla en cuanto que procediera de la interposición de excepciones comunes a todos los deudores solidarios (*in rem*), en este caso provocaba la extinción de la obligación, o si procedía de excepciones personales a un deudor (*in personam*), en este caso la sentencia únicamente tenía un efecto subjetivo (202).

A nuestro entender, la distinción es necesaria. Si el deudor solidario ha sido absuelto por la apreciación de una excepción que personalmente le corresponde contra el acreedor reclamante el artículo 1.252 del Código Civil no tiene aplicación. Esta no aplicación no procede por un límite a los efectos negativos de la cosa juzgada, sino, por la inexistencia de la misma. El expediente de la «identidad de personas» utilizado por el 1.252 del Código Civil a los efectos de la cosa juzgada se refiere a INTEGRIDAD DEL CREDITO y no a las situaciones particulares de un deudor solidario sobre la titularidad. Esta sentencia, por tanto, no habrá sido dictada sobre la base de la INTEGRIDAD DEL CREDITO con lo que permanecerán intactas las restantes titularidades correspondientes al resto de los codeudores. En consecuencia, el acreedor podrá reclamar «de nuevo» la totalidad de la deuda de cualquiera de los codeudores solidarios no demandados. Estos

(200) POTHIER: *Tratado de las Obligaciones*, traducción al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, t. II, Barcelona, 1978, pág. XVIII.

(201) ALBERTI..., *op. cit.*, pág. 210.

(202) Véase con carácter general a ALBERTI, *op. cit.*, pág. 207.

no podrán alegar el efecto negativo de la cosa juzgada AUNQUE, no obstante, podrán utilizar la sentencia absolutoria para REDUCIR, mediante la interposición de excepción «que personalmente correspondan a los demás», LA DEUDA en la «parte» que le correspondía en la deuda.

En consecuencia, no coincidimos con CARRERAS DEL RINCÓN cuando establece: «Si admitimos que tiene apoyo, siquiera indirecto, en el artículo 1.252 del Código Civil (se refiere a la ejecución de la sentencia en el patrimonio de un codeudor solidario), debemos admitir también que el deudor solidario podrá oponer frente a las reclamaciones del acreedor la excepción de cosa juzgada, cuando el primer codeudor hubiere resultado absuelto. Siendo esto inadmisibile, también debe serlo lo otro» (203). Las identidades en la titularidad de la deuda y las particulares relaciones de titularidad en la deuda llevan consigo esta especial configuración de la extensión de la cosa juzgada. Por ello, ya habíamos concluido que en la deuda solidaria existe una doble relación: externa e interna. La primera configurada por la idea de UNIDAD en los ejercicios de las titularidades («idea del todo»). La segunda configurada por la idea «de parte». Aunque ambas podían sufrir la aparición de particulares relaciones en el ejercicio de la titularidad. Cuando estas peculiaridades existen y se dicta una sentencia absolutoria es evidente que no se refiere a la INTEGRIDAD O TOTALIDAD del crédito o deuda. La inaplicación del 1.252 del Código Civil se nos muestra como la consecuencia propia.

En suma, si la sentencia absolutoria proviene de la alegación de una excepción común a todos los deudores solidarios la misma ha incidido sobre la INTEGRIDAD del crédito y de la deuda, con lo que la aplicación del artículo 1.252 del Código Civil se nos muestra una vez más como la consecuencia lógica. Por ello no coincidimos con SERRA (204) cuando entiende

(203) CARRERAS DEL RINCÓN, *op. cit.*, pág. 98.

(204) SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, t. XVI, vol. 2.º, pág. 694.

La tesis de la extensión de la sentencia absolutoria al conjunto de vinculados solidariamente aparece admitido por la Jurisprudencia del TS. Prueba de ello es la STS de 17 de julio de 1984 (RA 4075). Ponente: Excmo. Sr. Rafael CASARES CÓRDOBA que entiende: «... ha de afirmarse que los efectos de la actuación procesal de uno de los codeudores CONDENADOS, alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, que hace de toda lógica, que la declaración *anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de indemnizar, afecte, con igual extensión, a los demás que con él fueron solidariamente condenados, ya que otra cosa iría contra la naturaleza y cinexidad del vínculo solidario proclamado en los artículos mil ciento cuarenta y uno, mil ciento cuarenta y ocho y concordantes del Código Civil*».

La claridad de exposición de la sentencia anterior la hacemos propia. Efectivamente, la extensión de las acciones al conjunto de los deudores solidarios, en el ámbito del proceso, debe significar que tanto la sentencia absolutoria o condenatoria que tome razón de la propia titularidad de la deuda, por otra parte idéntica para todos, tiene que afectar a todos los deudores. Si no es así entraríamos en el ámbito de las lamentaciones

que: «Y si es absolutoria (se refiere a la sentencia) por causa personal del acreedor demandante respecto del deudor, extingue igualmente la obligación, por imperativo del artículo 1.143 CC sin perjuicio del derecho de los restantes acreedores a percibir del acreedor demandante la parte proporcional del crédito.»

A nuestro entender, el error del anterior autor reside en que aunque el artículo 1.143 del Código Civil dice: «Con cualquiera de los deudores de la misma clase... extingue la obligación» se está refiriendo a una excepción que corresponde al conjunto de los codeudores solidarios siempre que la misma incida sobre la INTEGRIDAD de la deuda. En cambio, si la misma es «parcial» (p. ej. una remisión parcial de la deuda 1.143 y 1.146 CC) el resto de los codeudores quedan igualmente vinculados aunque con la reducción de la «parte» de la deuda que el acreedor liberó.

TERCERA PARTE. LA INFRACCION DE LA DEUDA SOLIDARIA Y SU EXTENSION AL CONJUNTO DE DEUDORES SOLIDARIOS. ANALISIS DEL ARTICULO 1.147 DEL CODIGO CIVIL

CAPITULO TERCERO. La infracción de la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios. Análisis del artículo 1.147 del Código Civil

1. INTRODUCCION

Anteriormente hemos podido comprobar la extensión del «perjuicio» o «beneficio» al conjunto de deudores solidarios por ACCION, esencialmente

que el propio BERCOVITZ recoge a propósito de la STS de 23-1-1989 que ante un supuesto de comunidad de bienes entiende incongruente:

1. El que por un lado se extienda la cosa juzgada frente al comunero que ha actuado.
2. Exclusión del beneficio de la cosa juzgada si la sentencia obtenida por otro comunero en un procedimiento posterior sobre la misma causa.
3. Incongruencia con la indivisibilidad ya que si en la que proviene de la obligación se predica la extensión de la cosa juzgada (*ex art. 1.252, 3.º CC*), no es comprensible como no se produce en la indivisibilidad real.

En suma, igualmente hacemos propias las palabras de BERCOVITZ al decir: «Cierto que ello implicaría una solución (se refiere a la extensión de la cosa juzgada) encaminada más a la protección de los terceros que a la de los comuneros en tales casos. Pero tampoco es evidente que la protección que reciben los comuneros actualmente, al amparo de la doctrina jurisprudencial a la que me he referido, no sea excesiva.»

Véase Comentario a la STS de 23-1-1989 en C.c.j.c. núm. 19 enero/marzo 1989, núm. 494.

procesal, ejercitada por el acreedor frente a un único deudor solidario. Ahora pretendemos analizar la extensión igualmente del «perjuicio» cuando éste proviene de un incumplimiento imputable a un único deudor solidario.

Partiendo de la relación existente en una obligación entre el acreedor y el deudor, conocemos que el deudor es destinatario de un DEBER inherente a su posición jurídica, es decir, *a contrario* del artículo 1.104 del Código Civil («culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella diligencia que exija...») el deber de diligencia.

Esta carga de diligencia se proyecta esencialmente en dos momentos: a) Un momento anterior a la propia prestación, y b) la exigencia de una prestación determinada o realización de la misma (arg. ex art. 1.104 «se exigirá») (205).

Esta distinción que ofrecemos en el cumplimiento de la obligación supone que el deudor debe observar una conducta previa pero íntimamente conectada con la propia prestación, es decir, la necesidad de que el deudor adopte todos los mecanismos necesarios a su alcance para que la prestación se haga realidad (diligencia en la conservación ex art. 1.094 CC. «El obligado a dar una cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia») y, además, que el deudor cumpla con la prestación (ex art. 1.104 CC).

No obstante, esta apretada aproximación a la infracción de la obligación por parte del deudor, nosotros pretendemos destacar las consecuencias que depara precisamente la infracción de la obligación. Así, cuando no opera la ejecución específica de la deuda originaria por parte del deudor se produce una sustitución de la obligación del deudor, que ya no es la primitivamente contraída, sino que por imperativo de la ley se transforma en una obligación de reparar (arg. ex art. 1.101 CC. «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios...» y 1.150 CC. «La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios...» y el propio artículo 1.147, 2.º CC «todos serán responsables, para con el acreedor, del precio, y de la indemnización de daños y abono de intereses»). Esta exigencia de reparar que es *communis opinio* en nuestra doctrina, como así lo demuestran DÍEZ PICAZO (206), ALBALADEJO (207), PUIG BRUTAU (208), DELGADO ECHEVARRÍA (209) y BADOSA (210), surge como sanción predispuesta por el Orde-

(205) Sobre el concepto de infracción de la obligación por parte del deudor seguimos, como en otros muchos casos, el trabajo del Profesor BADOSA: *Dret D'obligacions...*, op. cit., págs. 19 y ss.: 369 y ss.).

(206) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, op. cit., pág. 704.

(207) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, pág. 192.

(208) PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, op. cit., t. I, 2.º, pág. 442.

(209) DELGADO ECHEVARRÍA: *Elementos...*, op. cit., t. II, 1.º, pág. 225.

(210) BADOSA: *Dret...*, op. cit., págs. 387 y ss.

namiento que es coercible incluso por la fuerza. El deber de reparar ocupa la posición que previamente ocupaba el deber de cumplir la prestación originaria con lo que, en definitiva, la obligación de reparar parte de la existencia de una obligación, la imputabilidad al deudor de dicho incumplimiento y, por último, un nexo causal entre el incumplimiento y el daño causado al acreedor.

Desde el punto de vista práctico (téngase en cuenta que este trabajo de investigación tiene como motivación el observar la solidaridad puesta en «escena»), atendiendo al ámbito del *onus probandi* del artículo 1.214 del Código Civil se impone la conclusión de que pesa sobre el acreedor la carga de demostrar la concurrencia de estos elementos. El advenimiento del daño, la cuantía del mismo, la infracción de la obligación, y que deriva de una preexistente obligación, han de ser probados por el acreedor (211).

Pues bien, este esquema que, insistimos, apretadamente hemos elaborado sobre las consecuencias de la infracción de la obligación por parte del deudor (212) puede ser perfectamente aplicable a la deuda solidaria.

La regla contenida en el artículo 1.147 del Código Civil supone la vinculación de los deudores solidarios al cumplimiento forzoso que toma

(211) La necesidad de prueba, por parte del acreedor, de la infracción de la obligación aparece constantemente exigida por la doctrina del Tribunal Supremo. La Sentencia de 8 de junio de 1966 (RA 3023) nos diría que: «Al actor incumbe la prueba de los hechos que sean fundamento de su demanda —*actori incumbit probatio*— sea cualquiera la naturaleza positiva o negativa de los mismos, y al demandado que oponga las excepciones ha de probar los hechos que en ella se funda —*reus in excipiendo fit actor*— y si bien es cierto que la doctrina científica y la Jurisprudencia han dado mayor flexibilidad a este principio, precisando su alcance, no se apartan de su contexto legal, en el sentido de atribuir al actor la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos del derecho a la constitución válida del derecho y los extintivos...»

En el mismo sentido se pueden comprobar las Sentencias de 15 de junio de 1961 (RA 2723), de 19 de diciembre de 1959 (RA 4890), etc.

La necesidad del *onus probandi* que incumbe al acreedor necesariamente, entendemos que tendrá que proceder en una doble vía. Efectivamente, para poder pretender la reclamación de la totalidad de la deuda tendrá que probar: 1.º la existencia de una obligación que de esta forma lo permita, es decir, la existencia de solidaridad entre los sujetos que a tenor del 1.144 del CC permita una reclamación de la totalidad de la deuda. 2.º Indudablemente tendrá que probar la existencia de la infracción de la obligación ya provenga por la obligación de conservar la cosa (*ex art. 1.096 CC*) o el incumplimiento (1.104 CC). Ambas facetas son imprescindibles para que el acreedor obtenga la ejecución forzosa o la ejecución «por equivalente» en base al artículo 1.911 CC.

(212) Téngase en cuenta que mientras para MOLINEO se predicaba la extensión al conjunto de deudores de las consecuencias del incumplimiento: «sed si non essent correi, tunc insons casu illo sibi fortuito liberaretur», y que para LAURENT: *Avant-projet...*, *op. cit.*, t. V, comentario al artículo 1.207 establecía que: «Le Code civil décide que l'obligation subsiste, en ce sens que les codébiteurs sont tenus du prix de la chose. C'est dire qu'ils répondent de la faute de leur codébiteur. Si ils m'étaient pas solidaires, la faute, à leur égard serait un cas fortuit; à raison du lien de solidarité qui les unit tous, la faute de l'un perpétue l'obligation.»

origen de la infracción obligacional que provenga de uno de ellos. Si bien es cierto, y luego tendremos ocasión de comprobarlo, que la solución ofrecida por el artículo 1.147, 2.º del Código Civil no ha tenido un predicado igualitario en la historia y, en consecuencia, en las Codificaciones (213), no podemos dejar de observar que en todo caso existía una *communis opinio* en cuanto a la obligación de reparar el daño causado con una prestación «por equivalente».

Si el modo más adecuado para evitar que en el acreedor se produzca la «frustración» del incumplimiento supone la ejecución específica, puede ocurrir que ésta no sea posible. El interés susceptible de ser satisfecho a favor del acreedor debe ser sustituido por un interés distinto que deberá ser satisfecho mediante la ejecución forzosa no específica (214).

A esta nueva modalidad de reparación del daño diferente a la reparación *in natura*, normalmente reparación pecuniaria, responde el artículo 1.147, 2.º del Código Civil. El Código Civil ha pretendido que el poder del acreedor de imponer al deudor la conducta que exigía la obligación se lleve a cabo mediante la obligación de repararlo en dinero y, a su vez, que este deber sea solidario.

En conclusión, el artículo 1.147, 2.º del Código Civil nos confirmaría que la sentencia de condena a una cantidad líquida («precio» del art. 1.147 del CC) en virtud del artículo 921 de la LEC pueda ser ejecutada en el patrimonio de cualquiera de los deudores solidarios («todos serán responsables...», *ex art.* 1.147 y «podrá decretarse el embargo de sus bienes...», *ex art.* 921 LEC). El título ejecutivo que habrá servido como base a esta ejecución será la sentencia de condena (*arg. ex arts.* 919 y ss. en relación con el art. 1.428 LEC).

2. EL INCUMPLIMIENTO DE UN DEUDOR SOLIDARIO

El artículo 1.147 del Código Civil establece:

«Si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios la obligación quedará extinguida.

Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor del precio y la indemni-

(213) Como luego tendremos ocasión de comprobar, la solución del artículo 1.147, 2.º del Código Civil en cuanto incluir la indemnización de daños y perjuicios e intereses al pago del precio, no ha sido seguida por la mayoría de las Codificaciones.

(214) PUGLIATTI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, pág. 129; LASERRA: *La responsabilità patrimoniale*, Nápoles, 1966, pág. 328 y concordantes.

zación de daños y abono de intereses, sin perjuicio de la acción contra el culpable o negligente» (215).

El precepto está destinado a regular las consecuencias del incumplimiento de la prestación, ya sea, por perecimiento de la cosa, o por imposibilidad de la prestación. En el primer párrafo se sanciona la liberación de todos los codeudores si no hubiera mediado culpa de los deudores solidarios (entendemos que de cualquiera de ellos). En el párrafo segundo extiende los efectos de la culpa al conjunto de los deudores (culpa como acto perjuicio).

(215) El Anteproyecto de 1882-1888 recogía el precepto con la misma redacción en su artículo 1.164. *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Anteproyecto del Código Civil, op. cit.*, págs. 364 y ss.

Las principales fuentes de inspiración de este artículo 1.164 del Anteproyecto de Código Civil fueron los artículos 1.207 del Avant-Projet belga de LAURENT y el artículo 711 del Código Civil argentino. El referido artículo 1.207 del Avant-Projet establecía: «Si la cosa hubiese perecido por culpa o durante la mora de uno o varios deudores solidarios, los demás serán responsables del precio de la cosa y de los daños e intereses, sin perjuicio de su acción contra el codeudor por cuya culpa la cosa pereció.»

Por otra parte, el artículo 711 del Código Civil argentino decía que: «La indemnización de pérdidas e intereses en el caso del artículo anterior podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal.» Cuestión bien diferente es si intentamos recoger los antecedentes legislativos patrios. El artículo 1.065 del Proyecto isabelino de 1851, en relación con la culpa, entendía que: «Si la cosa ha perecido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados (léase solidarios) o hayándose estos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses. El acreedor podrá solamente repetir los daños e intereses contra los deudores culpables o morosos.» En el sentido de repercutir las consecuencias de la culpa en el deudor culpable se pronunciaba el artículo 917 del Proyecto de Código Civil de 1836: «Si la cosa debida pereciere por culpa o morosidad de un deudor, no se liberarán los otros de pagar la parte del precio que les corresponda a prorrata, pero no estarán obligados a pagar intereses ni a resarcir perjuicios.»

GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, *op. cit.*, pág. 573, en comentario al artículo 1.064 del Proyecto de 1851, justificaba la no extensión del perjuicio ya que: «Sería injusto que la falta o mora de uno de los codeudores aprovechara a los otros para liberarse de la obligación y enriquecerse; pero no lo sería menos que les perjudicase para agravarla. Podrá, pues, el acreedor pedir el precio de la cosa a los otros codeudores, salvo el recurso de éstos contra el culpable o moroso, pero no los perjuicios e intereses que constituyen una nueva obligación tan personal como lo es la culpa o la mora.

Nótese el cambio producido en la regulación que de la culpa se establece en nuestro actual artículo 1.147 del Código Civil con relación a los precedentes legislativos patrios. La tradicional regulación del incumplimiento de la obligación solidaria, por causas imputables a uno o varios deudores, no hacía extensibles sus consecuencias (indemnización e intereses) al resto de los codeudores, en cambio, el actual párrafo segundo del artículo 1.147 del Código Civil extiende sus efectos al resto de los codeudores como una manifestación de acto perjuicio.

Hay que recordar que en la redacción del artículo 1.064 del Proyecto de 1851 había influido el Code francés (arg. ex art. 1.205) y sobre todo la doctrina de POTHIER cuando distinguía (núm. 273) entre la culpa *ad conservandam et perpetuandam obligationem* y

La solución apuntada para el primer párrafo no deja de ser superflua e innecesaria. A nadie se le puede escapar que por la aplicación de los preceptos generales en sede de obligaciones (arg. ex art. 1.105 y 1.182 del Código Civil) llegaríamos a esta conclusión. No obstante, hay que destacar que este párrafo primero del artículo 1.147 del Código Civil confirma un principio que hasta ahora hemos venido manteniendo: lo realizado contra un deudor solidario, o lo realizado por un deudor solidario en el ámbito externo de la obligación, extiende sus efectos (positivos o negativos) al conjunto de los codeudores.

Igualmente, también debemos destacar el párrafo primero de este artículo 1.147 del Código Civil por la omisión que efectúa del supuesto en que el incumplimiento sea imputable a uno de los acreedores (ej. *mora creditoris*) (216).

Mientras que la regla contenida en el párrafo primero no muestra síntomas de ruptura, sigue las reglas generales, cuestión diferente parece demostrarse del párrafo segundo (217).

la culpa *ad augendam ipsorum obligationem*. La primera tenía el carácter de solidaria, mientras que la segunda tenía un carácter personal.

Puede observarse en GUTIÉRREZ: *Código...*, op. cit., t. IV, pág. 101 cómo triunfó la doctrina de diferenciar entre culpa como *perpetuatio obligationis* y la infracción de la diligencia (responsabilidad).

(216) Aunque la omisión exista ya habíamos resuelto que la antinomia entre el artículo 1.143 y 1.141, 1.º del CC tenía que resolverse por la vía de la distinción entre *acto útil* y *acto perjudicial* en la titularidad activa. El acreedor podría realizar *actos de disposición* del crédito (arg. ex art. 1.143 del CC) con plena eficacia al conjunto de los cotitulares en dicho crédito.

(217) El artículo 1.147, 1.º del CC sigue el sistema de la no imputabilidad de la sanción al deudor solidario cuando exista una imposibilidad sobrevenida de la prestación y no imputabilidad al deudor de la causa que la origina. El artículo 1.147, 1.º reproduce, de hecho, la relación que se establece entre los artículos 1.105, 1.182 y 1.184 del Código Civil.

Sobre la imposibilidad sobrevenida puede consultarse a CRISTÓBAL MONTES: *El incumplimiento de la obligación*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 146 y ss.; FRANCISCO JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 150 y ss.; GIORGIANI: *L'inadempimento*, Milán, 1959, págs. 172 y ss.; BADOSA COLL: *Dret...*, op. cit., págs. 383 y ss.; CASTAN, op. cit., págs. 324 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios al artículo 1.182 del CC*, Madrid, 1980, págs. 266 y ss.; COVIELLO: *Del caso fortuito in rapporto allo estinzione della obbligazioni*, Lanciano, 1895, págs. 88 y ss.

Aunque no pretendemos hacer un análisis detallado de las causas de exoneración, o como entiende Jordano FRAGA: «Imposibilidad liberatoria-extintiva del deudor», siguiendo la doctrina italiana, no podemos ocultar que en el Código Civil encontramos normas contradictorias. Así, mientras que el artículo 1.096 (obligación de dar) establece «el caso fortuito», el artículo 1.136, 1.º (obligación alternativa) habla de «caso fortuito», el artículo 1.183 (pérdida de la cosa debida) habla de «caso fortuito»; existen otras normas que incluso se hace responder de la «fuerza mayor». Ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 457 del Código Civil, haciendo responder al poseedor de mala fe de los deterioros y pérdidas de la cosa incluso por «fuerza mayor». Por último, incluso el

El problema se centra en determinar si las consecuencias de la conducta imputable a uno de los codeudores debe limitarse a su área de responsabilidad («parte») o si, de distinto modo, debe propagarse a toda la obligación y, con ello, a todos los deudores solidarios aunque no participen en ella.

Retomando lo que ya anticipábamos en la introducción, cuando nos encontramos con una vinculación solidaria la infracción de la obligación puede proceder del período inmediatamente anterior a la propia realización de la prestación, es decir, «la diligencia en la conservación de la cosa» (*ex art. 1.094 CC*).

El que exista esta previa situación o componente de la diligencia, evidentemente, nos sitúa en el ámbito de las obligaciones de DAR y, en concreto, de cosa específica (218). Evidentemente, la existencia de una posible infracción mediante la no conservación de la cosa que haga imposible de forma anticipada la posibilidad de cumplir puede aparecer en la deuda solidaria. Claro ejemplo de ello lo encontramos en el ámbito de las obligaciones del comodatario (*ex art. 1.748 CC*. «Todos los comodatarios... responden solidariamente de ella...» (219). Ahora bien, la infracción de la diligencia en la conservación de la cosa únicamente puede aparecer en el ámbito de la prestación específica. Y es aquí donde realmente surgen los problemas en cuanto a la deuda solidaria. Prescindiendo del comodato, como supuesto especialmente regulado por el Código Civil, pudiera pensar-

Código Civil adopta, en algunos preceptos, una terminología conjunta (*ex art. 1.602, 1.625 CC*).

Las consecuencias de la no imputabilidad de la infracción de la obligación al deudor, igualmente deudor solidario, supondrá el efecto contrario a la imputabilidad, es decir, la no perpetuación de la obligación, ni el nacimiento de la oportuna indemnización de daños y perjuicios, ni la posible ejecución forzosa. En concreto, en la deuda solidaria la concurrencia de algún supuesto anteriormente reseñado supondrá la extensión al conjunto de deudores solidarios de la imputabilidad liberatorio-extintiva. Si la deuda era ÚNICA y ésta perece, si era cosa, por vicios, paso del tiempo (1.561 CC) o por caso fortuito o fuerza mayor (*ex art. 1.105 CC*), es evidente que el conjunto de deudores quedará liberado. Téngase en cuenta que esta afirmación, que ya vertíamos a propósito de la extensión de la cosa juzgada, es una prueba contundente de la existencia de una ÚNICA DEUDA y UNA ÚNICA VINCULACIÓN. Podrían aparecer problemas en cuanto a si la imposibilidad liberatorio-extintiva puede aparecer por la insolvencia de un deudor solidario si la misma deviene por la imposibilidad de aportar mayor patrimonio. BADOSA: *Dret...*, *op. cit.*, pág. 384, comenta la posible liberación del deudor por la inexistencia de culpa si la diligencia exigible ha de corresponderse a las circunstancias de las personas «no es exigible jurídicament una diligencia que imposi al deudor un sacrifici económic que no está al seu abast». No obstante, precisamente el Código Civil, que ha querido proteger al acreedor de la posible insolvencia del deudor (*ex art. 1.129, 1.º y 1.487 del CC*), ha querido ampliar la protección de la solvencia al conjunto de deudores solidarios (*ex art. 1.144 in fine*). La diligencia de cada deudor solidario está garantizada con su propio patrimonio, claro está, sin que pueda exigírsele más.

(218) JORDANO FRAGA, *op. cit.*, págs. 426 y ss.

(219) CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 350.

se, así también se pronuncia CAFFARENA (220), que en la deuda solidaria no puede existir una prestación de DAR cosa específica. El argumento que recoge CAFFARENA puede originar algunos inconvenientes. Si observamos el artículo 1.772 del Código Civil regula el ejercicio de acciones judiciales (remisión del art. 1.141 CC) ante una cosa entregada en depósito a varios depositarios obligados solidariamente. Esta solución adoptada por el Código Civil evidencia que no necesariamente tengamos que estar siempre en la deuda solidaria ante la entrega de cosa genérica (recuérdese el principio *genus nuncun perit*), siendo posible la obligación de dar cosa específica sin que ello suponga la conversión en obligación mancomunada. Es decir, la unidad en la fuente de acción sería lo que determinará la vinculación solidaria (221). La necesaria UNIDAD de la fuente de generación de la obligación solidaria en nada se quedaría si la misma parte de la perfecta identificación de las contribuciones que a cada uno le corresponde en la deuda (*ex art. 1.138 CC*).

No obstante, la práctica demuestra, prueba de ello es la copiosa jurisprudencia, que en la mayoría de los casos la obligación solidaria estará configurada bajo el principio de una prestación de dar cosa genérica. Pero no por ello el artículo 1.147 del Código Civil carece de interés. El que extienda los efectos de la sentencia de condena al pago del precio (ejecución no específica), los daños y perjuicios e intereses (*ex art. 1.096 CC*). «Cuando lo que debe entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101 del Código Civil puede compeler al deudor a que realice la entrega...», 1.124 del Código Civil «... exigir el cumplimiento con el resarcimiento de daños») al conjunto de deudores solidarios supone que la ejecución forzosa y con ello la responsabilidad patrimonial (*ex art. 1.911 CC*) es predicable de cualquiera de los deudores.

2.1. LA CULPA COMO ACTO PERSONAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA DEUDA SOLIDARIA (*si ex duobus reís... alterius factum alteri nocet*). *Culpa debitoris perpetuat obligationem*

En el artículo 1.147, 2.º del Código Civil encontramos una norma de difícil comprensión si observamos los antecedentes legislativos. Efectivamente, ha sido CAFFARENA (222) quien con especial dedicación ha analizado el problema.

(220) *Op. cit.*, pág. 350.

(221) RUBINO, *op. cit.*, págs. 135 y ss.

(222) CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 335 y ss.

La extensión de los efectos al conjunto de los deudores por acto realizado por cualquiera de ellos había sido un principio rector en el Derecho romano. La ley 18 DE DUOBUS REIS (Pomponius, lib. V ex Plautio) establecía: «Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet» (223). DEMANGEAT explicaba el texto del Digesto mediante un ejemplo: Primus et Secundus se sont obligés correaliter á me donner l'esclave Stichus; Primus rend la dation impossible, par exemple, en faisant périr l'esclave: l'obligation corréale n'en sub sistera pas mois, et je pourrai tenter la condictio, soit contre Primus, soit même, si je le préfère, contre Secundus. Ainsi, chaque débiteur répond du fait de son co-débiteur... Cette décision est applicable lors même que Primus, en faisant périr l'esclave aurait ignoré l'existence de l'obligation qui pesait sur lui» (224).

En los supuestos en que existiera negligencia del deudor (*culpa in no faciendo*), y el esclavo hubiera perecido, postrado por enfermedad curable, y dado que aquél no se había obligado sino a dar, y no hacer, la solución era la extinción de la obligación solidaria. Los deudores solidarios quedaban liberados. En general, entendía DEMANGEAT, en las deudas de cuerpos ciertos la obligación subsiste a pesar de la pérdida de la cosa, en dos casos:

1. Si la pérdida es imputable al deudor.
2. Si acaecida por fuerza mayor o caso fortuito, tuvo lugar después que el deudor fue constituido en mora.

DEMANGEAT hacía concurrir los efectos del *factum* y la *mora*. La diferencia se producía en la no equiparación entre el *factum* y la *mora* cuando el acreedor había requerido únicamente a uno de los deudores (*si duo rei promittendi sint alterius mora alteri non nocet o Unicuique sua mora nocet quod et in duobus resi promittendi observatur*) (225). ALBERTARIO (226) entendía que la equiparación del *factum* y la *mora* se mantenía en aquellos supuestos en los que a la obligación solidaria se le añadía una obligación accesoria: (*mora rei fideiussio queque nocet*).

En suma, en el derecho romano la *mora* sólo producía la *perpetuado obligationis* en aquellos supuestos en los que se había reclamado a la

(223) La misma solución se entendía aplicable a los supuestos de fianza. La Ley 58 & 1 De fidej. establecía que: «Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligado.»

(224) DEMANGEAT, *op. cit.*, págs. 374 y ss.

(225) DEMANGEAT, *op. cit.*, pág. 374. En el mismo sentido, MOLITOR, *op. cit.*, t. III, núm. 1.177, pág. 423; SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, párr. 18, pág. 177.

Los textos son de MARCIANO en Digesto 22, 1, 32, 4 y de PLAUTIO en el Digesto 50, 17, 173, 2.

(226) ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 200. Vid. a CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 336 a quien seguimos en esta exposición.

totalidad de los *reus promittendi*; por otra parte, las contradicciones entre los textos del Digesto (45, 2, 18 y 4, 3, 19) habían llevado a entender que la culpa no perjudicaba al resto de los codeudores.

En el derecho justiniano, como establece CAFFARENA (227), la solución adoptada fue diferente. La solidaridad aparece como una mutua garantía o corresponsabilidad; así, la mora y la culpa de un deudor repercute necesariamente sobre los demás al igual que ya en el Derecho clásico la mora y la culpa del deudor principal repercutían sobre su fiador (228).

¿Quid en nuestro derecho?

BADOSA (229) nos explica cómo la culpa «personal de un deudor puede tener repercusión colectiva a través de los vínculos de comunidad pasiva».

En la solidaridad pasiva podemos encontrar una distinción entre la perpetuación referida al vínculo obligacional y la no liberación del deudor. La distinción se hace más palpable cuando, tras el enunciado del artículo 1.147,2.º del Código Civil, podemos comprobar como nuestro

(227) CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 338.

(228) Téngase en cuenta la gran importancia que ha tenido en la construcción del concepto de la solidaridad la reforma operada por Justiniano. Como ya mencionamos a lo largo del capítulo primero en su introducción, la reforma de Justiniano viene a reforzar la posición del acreedor en la solidaridad. No es una mera reforma procesal (desaparición de la *litis contestatio*) sino que afecta directamente a la posición pasiva de la obligación solidaria. El deudor solidario continúa siendo un deudor de la totalidad de la obligación, pero lo seguirá siendo mientras la deuda no ha sido pagada por la totalidad. Es aquí donde aparece la fuerza vinculante de la reforma de Justiniano. Al deudor solidario le corresponde ahora un deber de diligencia en el cumplimiento por la totalidad de la deuda. *Ergo*, todos aquellos supuestos que puedan significar un incumplimiento (culpa, mora) no sólo son imputables frente al deudor que los ha generado sino por la expansión del deber de cumplimiento alcanzan al resto de los codeudores. Algunos autores han entendido, como hemos podido ver al citar a CAFFARENA O incluso ALBERTARIO, *op. cit.*, pág. 203, que el deudor solidario en la época de Justiniano se convierte en un fiador de sus codeudores. A nuestro entender ya mostramos nuestra reticencia a equiparar los efectos de la solidaridad a los supuestos de la fianza. Son muchas las cuestiones que separan una de otra. Ahora bien, no es menos cierto que la transformación de Justiniano parece operarse siguiendo la base de la fianza. Justiniano quiso resolver las injusticias que operaban en la solidaridad (especialmente la extinción de la misma por la *litis contestatio*) comparándola con otro supuesto en donde también concurrían una pluralidad de sujetos. Independientemente que pensemos que hay una mayor o menor equiparación entre la solidaridad y la fianza en el derecho justiniano. Lo que no hay que desconocer es que la solidaridad se constituye, en primer lugar, como un sistema de mayores garantías que incluso la fianza, y en segundo lugar que el conjunto de codeudores solidarios no quedarán liberados hasta que no se encuentre pagada la deuda en su totalidad afectándoles a todos lo efectuado por cualquiera de ellos.

(229) BADOSA: *Diligencia y culpa...*, *op. cit.*, págs. 958 y ss.

Ordenamiento ha seguido el sistema del derecho justiniano. Los deudores solidarios no quedarán liberados de la obligación solidaria, incluso aquellos deudores en los que no concurría la culpa.

Tiene razón BADOSA (230) cuando establece que el sistema seguido por nuestro Código Civil responde a la idea de que la solidaridad pasiva *perjudica* a los codeudores en cuanto al mantenimiento de la obligación, no en cuanto a su agravación (231).

(230) BADOSA: *Diligencia...*, op. cit., pág. 959.

(231) Es importante destacar que el principio de la no agravación de la obligación proveniente de acto de uno de los deudores solidarios había sido mantenido por diferentes ordenamientos anteriores al nuestro, y en definitiva, por aquellos autores que habían influido en su redacción. DUMOULIN citado por POTHIER..., op. cit., núm. 273, pág. 252, sostenía que la mora de uno de los rei producía respecto al otro el mismo efecto que su «culpa in committendo». Así, equiparó la «culpa» y la «mora». La gran diferencia estaría en que si la obligación se corresponde con la entrega de un cuerpo cierto, el resto de los codeudores estarán obligados *in solium* por el valor de la cosa, pero no de los daños y perjuicios que podrían producirse.

POTHIER..., op. cit., núm. 273, pág. 251 de la misma forma había mantenido la existencia de la perpetuación de la obligación solidaria... «Lorsque la chose due a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs solidaires, ou depuis qu'il a été mis demeure, la dette est perpétuée non seulement contre ce débiteur, mais contre tous ses codébiteurs, qui sont tous solidairement tenus de payer au créancier le prix de cette chose: car la dette de chaun d'eux étant une seule et même dette, elle ne peut pas subsister á l'égard de l'un, et être éteinte à l'égard des autres» (acaba citando la ley 18 de *duobus reis*).

La tesis de POTHIER quería poner orden a las discrepancias que, como anteriormente vimos, existían entre los principios («sed si duo rei promittendi sint alterius mora alteri non nocet») y («ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet») de los Digestos 22, I, 32, 4 y 45, II, 18, respectivamente.

BADOSA: *Diligencia...*, op. cit., pág. 960 (nota núm. 132) establece perfectamente las distinciones existentes: «Una, la de que el perjuicio sólo afecta al codeudor si además era socio (Glossa: Gl. nocet a a 1. ex duobus a Dig. de duobus reis, que atribuye su paternidad a MARTINUS y JOANNES BOSSIANUS y Gl. unicuique a 1. in condemnatione & cum verbum de Dig. de regulis juris; DYNUS; Reg. iur. Reg. 25, núm. 27; BARTOLUS: S.D.n.p. 1. ex duobus reis (16) núm. 39 y 1. ex duobus reis (18), Dig. de duobus reis; ANGELUS UBALDIS: S.D.n. p.1. ex duobus (18), Dig. de duobus reis; CASTRENSIS: S.D.n.p. 1. ex duobus reis (18), Dig. de duob. reis», «et intellige quantum ad effectum perpetuandi obligationem ne per interitum rei extingatur et quantum usuras»; PERIGLIS: In & Cato, ex 1. IV, núm. 27).

La segunda y «communis evasio» (MOLINAEUS: *loc. cit.*, núm. 123) consistía en que la extensión del perjuicio al codeudor requería un «factum», mientras que el «non factum» (vgr. la mora) sólo perjudicaba a su autor...

La especial configuración en el derecho intermedio también había sido analizada por ALBERTI, que tras citar a ACCURSSIO establecía que la culpa y mora se extendía al resto de codeudores si existía un vínculo de sociedad. En el mismo sentido, ANGELO DE UBALDI. Más importante, incluso, resulta la opinión recogida por ALBERTI de los autores ALBERICO DE ROSCIATE y JACOBO BUTRIGARIO, para los que «sed si duo rei promittendi sint alterius mora alteri non nocet» se refiere a la mora como «*ad augendam obligationem*»; y «ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet» se refería a la mora «*ad perpetuandam obligationem*». Vid. ALBERTI..., op. cit., págs. 308-309.

Resulta que la culpa de un deudor solidario (acto personal) viene a imputarse como propia a los demás codeudores solidarios. La *perpetuatio obligationes* les afectará a todos. Mas, el artículo 1.147,2.º del Código Civil significará el principal argumento que demuestra la relación existente en la obligación solidaria pasiva (organización de la cotitularidad de la deuda) entre *acto proprio* de un codeudor con *acto perjuicio* al resto de los codeudores. La culpa, la mora, y, en suma, cualquier acción ejercitada contra cualquier deudor solidario afecta al conjunto de ellos.

Como hemos podido observar, de las discusiones que la culpa de un codeudor había generado en la doctrina del derecho intermedio y en la propia doctrina francesa del siglo XIX, el legislador español podría haber seguido dos sistemas diferentes:

1. Atender al concepto de diligencia como conducta, es decir, personal de cada deudor.
2. Diligencia como exigible y a su papel de contenido jurídico de la deuda, es decir, otorgar el calificativo al deber de diligencia el carácter de solidaria (232).

Con estos precedentes no es de extrañar que en el Código Civil francés se siguiera la máxima de POTHIER, y que hemos visto refrendada por la doctrina del derecho culto, *ad conservandam et perpetuandam obligationem pero no ad augendam ipsorum obligationem*. El Code nos dirá en su artículo 1.205: «Si la chose due a péri par la faute au pendant la demeure de l'un de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose (clara relación con las palabras de POTHIER de que "chacun des débiteurs est débiteur du total"); mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêt tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure». La tesis del Code civil francés había sido mantenida por autores como TOULLIER..., *op. cit.*, T. III, núm. 729, pág. 756; DURANTON..., *op. cit.*, T. XI, núm. 217, pág. 256 y LAROMBIERE..., *op. cit.*, artículo 1.205, pág. 623. Fue criticada especialmente por PLANIOL y DEMOLOMBE..., *op. cit.*, T. XXVI, núm. 344, pág. 285 y el propio DEMANGEAT..., *op. cit.*, pág. 374 y ss.

(232) BADOSA: *op. cit.*, pág. 380, establece esta distinción. Por nuestra parte seguimos al autor a la hora interpretar la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 1.147 del CC. La diligencia aparece como contraria a la propia culpa. A su vez la preferencia de la diligencia sobre la culpa tiene como consecuencia «observar la diligencia no sólo tiene la mera relevancia exoneradora que hasta el momento ostentaba, sino que adquiere una eficacia específica de la que carecía: es el cumplimiento de una obligación», vid. BADOSA..., *op. cit.*, pág. 57 y pág. 59 y ss. sobre el concepto de diligencia obligacional.

Por nuestra parte, insistir que en las obligaciones solidarias la característica de la diligencia será que ésta se refiere a la totalidad de la obligación. Si a la diligencia la hemos calificado como cumplimiento de la obligación entendemos que en cualquier momento, por supuesto en cuanto concurra culpa o mora, ésta tendrá el carácter de solidaria. La aplicación práctica se demostrará en los supuestos en cuanto el cumplimiento no se ha producido. Es decir, la diligencia solidaria estará inmersa en el contenido jurídico de la deuda que no abandonará hasta que no se produzca el cumplimiento de la misma. ¿No podríamos decir que la sentencia dictada contra un deudor solidario

El artículo 1.147,2.º del Código Civil ha seguido un sistema mixto. Por una parte, destaca que el concepto de diligencia prevalece como exponente de exigible. Esta circunstancia se refleja en la relación externa. El acreedor no podrá verse perjudicado por la anomalía que suponga la actuación personal de un codeudor solidario. Por otra parte, el justo equilibrio debe aparecer en la relación interna entre los codeudores. Aquí, nivelación del perjuicio, aparecerá la idea del «todo» (aparentemente antagónico con la relación interna de la obligación solidaria arg. ex art. 1.138 CC) (233) como reflejo de la culpa como ACTO PERSONAL.

La razón del paso a un carácter solidario de la indemnización lo explica BADOSA al entender que: «El paso a la responsabilidad igualmente solidaria no se funda, sin embargo, en el carácter obligacional de la diligencia de conservación... Se funda en un argumento teórico que nada tiene que ver con la pretendida obligación de conservar. Es el principio de que el régimen jurídico de una obligación principal, se extiende a todas las obligaciones secundarias que de ella nacen» (234).

Si bien nada tenemos que objetar a BADOSA, nosotros entendemos que la especialidad del artículo 1.147,2.º del Código Civil explica algo más. Efectivamente, CAFFARENA (235) ya apuntó que: «En cambio la idea de

que devenga insolvente mantiene «latente» la diligencia en el cumplimiento como componente de la deuda, es decir, solidaria, incluso prescindiendo del artículo 1.252,3.º del C.C.? A nuestro entender creemos que no hay duda alguna.

(233) Téngase en cuenta, aunque más adelante le dedicaremos un especial tratamiento, que esta distinción realizada por el artículo 1.147,2.º del Código Civil nos puede servir para justificar otros problemas que se plantean en sede de obligaciones solidarias. En primer lugar, podríamos entender que el deudor solidario reclamado por la totalidad de la deuda (arg. ex art. 1.137 CC) no interpusiera las excepciones oponibles habiendo existido las oportunas comunicaciones, ¿no estaríamos ante un supuesto de infracción de la diligencia? Entendemos que ello ocurre (además el art. 1.148 CC establece: «podrá...» con ello, en la relación externa, el acreedor no tendría que sufrir las consecuencias de la no oposición de excepciones personales de otros codeudores. En la relación interna, la diligencia se convertiría en la acción interna contra el deudor demandado que no las opuso. En segundo lugar, el componente de la diligencia, entendida como beneficio del acreedor, sería la posibilidad de ejecutar la sentencia en el patrimonio de cualquiera de los codeudores. Todos los deudores tendrían una diligencia como contenido jurídico de la deuda, es decir, diligencia solidaria. Sería el régimen interno el que, en definitiva, nivelara las consecuencias de la ejecución forzosa de la sentencia (diligencia por la parte de cada deudor).

(234) BADOSA: *La Diligencia...*, op. cit., pág. 381 y ss. En concreto en la pág. 383 sienta el principio de que la norma contenida en el artículo 1.147,2.º puede generalizarse: «creemos que sí, dado que pensamos que el artículo 1.147 revela un principio fundamental del Ordenamiento: el de que la obligación principal determina el régimen jurídico de las obligaciones secundarias que proceden de ella. El carácter personal de la diligencia infringida se manifiesta únicamente en la repercusión o incidencia económica».

(235) CAFFARENA..., op. cit., pág. 369. BADOSA..., op. cit., pág. 382, también alude a este carácter de asimilación de la solidaridad a la fianza solidaria.

garantía (todos los deudores solidarios son frente al acreedor a la vez de deudores principales y garantes de los demás), una garantía superior a la de la fianza puede servir para fundamentar en este punto, como en otros».

A nuestro entender, creemos que el precepto nos demuestra dos consecuencias:

1. Que las soluciones ofrecidas por otros Ordenamientos jurídicos a la extensión del perjuicio procedente de la culpa o mora imputable a un deudor no son admitidas por el Código Civil (236).

2. Que nuestro Código Civil, en sede de obligaciones solidarias, ha seguido un sistema propio. Esta peculiaridad nos lleva a sostener, como **principio** general, que la regulación de «nuestra» solidaridad se equipara a la efectuada por Justiniano. De ahí que podamos hablar de un mayor rigor en la concepción de la solidaridad en nuestro Código Civil y que prueba de ello son los artículos 1.143, 1.147 y 1.252,3.º del Código Civil. Convenimos, pues, con DÍEZ PICAZO, y en cierta manera con CAFFARENA, al entender que cuando hablamos de solidaridad pasiva «lo que se trata de conseguir fundamentalmente es un refuerzo de la posición del acreedor. La solidaridad pasiva cumple, de esta manera, esencialmente una función de garantía. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos. Cuando se habla de solidaridad de deudores se está aludiendo, en rigor, a una responsabilidad solidaria (237).

(236) Vid. lo que establecíamos a propósito de la evolución histórico-legislativa del concepto perjuicio en la deuda solidaria.

Destaca de la construcción francesa el que por mantener el principio de *ad perpetuandam obligationem* y *no augendam* han tenido que realizar la construcción de la solidaridad en base a la existencia de un mandato de los deudores. Así, TOULLIER..., *op. cit.*, T. VI, núm. 731, pág. 758; MERCADE..., *op. cit.*, T. IV, núm. 609, pág. 501; LAURENT..., *op. cit.*, T. XVII, núm. 310, pág. 308; BARDE IN BAUDRY LACANTINERIE..., *op. cit.*, T. II, núm. 1.224, pág. 336; AUBRY Y RAU..., *op. cit.*, T. IV, pág. 298, pág. 46.

Ver, en la doctrina española, CAFFARENA..., *op. cit.*, págs. 341 y ss., HERNÁNDEZ GIL..., *cit.*, pág. 406.

La doctrina francesa ya había sufrido las duras críticas de DEMOLOMBE..., *op. cit.*, t. XXVI, pág. 287 que, en resumen, venía a decir que hubiese sido mejor decir que los deudores solidarios son mutuamente responsables de todas las consecuencias de la culpa o la mora de cualquiera de ellos, porque esta solución sería la única conforme con la naturaleza del vínculo obligatorio en la solidaridad.

En la doctrina italiana, como consecuencia de que el artículo 1.191 del Código Civil italiano de 1865 siguió al pie de la letra lo estipulado por el Code, autores como GIORGI..., *op. cit.*, t. I, pág. 139; MELUCCI..., *op. cit.*, pág. 75; mantenían la idea de mandato entre los codeudores y en consecuencia la argumentación del Code y la doctrina de la exégesis.

(237) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, T. I, pág. 420; CAFFARENA..., *op. cit.*, pág. 369. No es de extrañar que el propio BAUDRY-LACANTINERIE..., *op. cit.*, núm. 1.307, pág. 424 y ss. comentara: «les autres... deux systèmes opposés. Le premier de ces

Ciertamente existe un cierto paralelismo entre el artículo 1.147,2.º del Código Civil y la responsabilidad del artículo 1.903 del Código Civil y, a su vez, tenemos que reconocer que la principal función que cumple el artículo 1.147,2.º es la de obtener *mayor garantía al extender la responsabilidad patrimonial de la infracción de la obligación al patrimonio de cualquier deudor solidario* {ex art. 1.911 CC). Efectivamente, la responsabilidad patrimonial universal tiende a la efectividad, mediante la ejecución forzosa, de la obligación de resarcir que se produce como consecuencia del incumplimiento de la obligación preexistente (deber de reparar el daño causado por incumplimiento mediante el abono de la indemnización, ex art. 1.101 CC). Como nos diría DE CASTRO (238) «desde que la deuda nace, surge a su lado la responsabilidad —continúa el autor—, la responsabilidad crea la posibilidad de hacer efectivas, realmente o por subrogación, una deuda, en el caso de que no se cumpla al permitir la utilización de medios ejecutivos (ejecución judicial...). Acompaña la responsabilidad a la deuda jurídica como la sombra al cuerpo, aunque, a veces, como la misma sombra, se queda en simple posibilidad, en potencia».

En definitiva, la responsabilidad de reparar la infracción de la obligación solidaria se convierte igualmente en solidaria al ser cada uno de los deudores solidarios titular de su reparación (ex art. 1.147,2.º CC). De aquí deriva que exista la posibilidad de solicitar la oportuna reparación con la consiguiente ejecución forzosa (239).

Resta, por último, analizar algunas implicaciones particulares del modelo de responsabilidad del artículo 1.147,2.º del Código Civil. *En primer lugar*, el diferente tratamiento que dispensa el citado precepto en relación con el 1.150 del Código Civil («La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta...»). Es decir, el 1.147,2.º del Código Civil debe ser enten-

systems renforce la solidarité. Non seulement il maintient les effets admis par le droit français, mais il en ajoute certains. Ici, nous devons citer avant tout le Code civil espagnol. Il formule, dans son art. 1.141,2 cette règle générale: ... que les intérêts demandés contre l'un des codébiteurs courent contre tous. Quant à l'interruption de prescription l'art. 1974,1º, un effet absolu. Jusqu'ici, les solutions du Code civil espagnol concordent avec celles du Code civil français. Mais l'art. 1.147... cette disposition aggrave la situation que, dans le cas prévu, notre code civil fait à ceux des débiteurs qui ne sont pas en faute...». El propio autor entiende que lo estipulado en el artículo 1.147,2.º del Código Civil español concuerda con el artículo 1.207 del Avant-projet de LAURENT. Vid, también BADOSA, *op. cit.*, pág. 382.

(238) DE CASTRO: «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *RDP*, año XIX, núms. 226-227, julio-agosto 1932, págs. 194 y ss.

(239) GIORGI: *Teoría...*, *op. cit.*, pág. 234.

dido cuando la *imposibilidad sobrevenida es predicable de todos los deudores solidarios* (240).

En segundo lugar, puede suceder que el incumplimiento sea únicamente imputable a un deudor solidario, es decir, de tipo subjetivo. Para la mayoría de la doctrina, GUILARTE (241), CAFFARENA (242), MONTES (243), en virtud de la extensión de la responsabilidad que impone la solidaridad, el acreedor podrá exigir de cualquiera de los deudores, no afectados por la imposibilidad subjetiva, la reclamación de la totalidad de la deuda.

Ciertamente no creemos que exista ninguna dificultad en unirnos a estos autores. No obstante, quizá, se tenga que realizar alguna precisión. El que podamos hablar de la posible existencia de una infracción de la deuda solidaria (*ex art. 1.147,2.º CC*) imputable a un único deudor habrá sido ocasionada por la reclamación judicial efectuada por el acreedor. Lo anterior no es sino necesario para que estemos hablando de la infracción de la obligación a tenor del artículo 1.214 del Código Civil («onus probandi»).

Luego la sentencia de condena, que sabemos extiende sus efectos frente a todos, dirigida frente a uno o frente a otro es la que puede dar lugar a un cumplimiento forzoso *in natura* «o» por «equivalente». Es decir, habría que admitir que el acreedor tiene la posibilidad de pretender una u otra reparación como muestra de su «*ius electionis*» (*ex art. 1.144 CC*). Esta consecuencia podrá tener significación en el ámbito interno de la solidaridad. Si la prestación era de hacer, no hacer, o de cosa infungible, el objeto de regreso necesariamente tendrá que ser el valor de la prestación. Por otra parte, si la prestación era fungible, indudablemente podrá solicitar un cumplimiento «*in natura*».

En tercer lugar, y en relación con lo anterior, si la imposibilidad subjetiva *no procede de la culpa del deudor reclamado*, y así se aprecia en el fallo de la sentencia absolutoria, entendemos que el artículo 1.147,2.º debería interpretarse en el sentido de mantener la obligación solidaria, ya que se habrá demostrado la existencia de la obligación, la imposibilidad meramente subjetiva y no imputable del deudor demandado. Así, el acreedor podrá exigir una ejecución «*in natura*» de cualquiera de los codeudores.

En cuarto lugar, y partiendo de que la infracción es predicable de todos los deudores solidarios, cabe preguntarse que cuantía debe comprender la obligación de reparar. La regla general vendrá recogida en el artículo 1.106 del Código Civil («la indemnización comprende el VALOR...»). Esta es

(240) CAFFARENA..., *op. cit.*, págs. 351 y ss.

(241) GUILARTE: *Comentarios...*, *op. cit.*, t. XV, vol. 2.º, pág. 383.

(242) CAFFARENA..., *op. cit.*, pág. 352.

(243) MONTES: *La estructura...*, *op. cit.*, pág. 352.

precisamente la solución que recoge el artículo 1.147,2.º del Código Civil al establecer «el precio». Además, siguiendo a BADOSA (244), en las obligaciones dinerarias la indemnización debe ser el valor de sus intereses (1.108 CC). La posibilidad de compatibilizar el cumplimiento forzoso y la indemnización de daños y perjuicios aparece en el artículo 1.124 del Código Civil («El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento a la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos...») y 1.096 del Código Civil («Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada independientemente del derecho que le otorga el 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega»).

En suma, la norma contenida en el artículo 1.147,2.º del Código Civil confirma la extensión de la responsabilidad al conjunto de deudores cuando provenga de la infracción culpable de cualquiera de ellos. La sentencia que recoja la existencia de una infracción del deudor solidario reclamado supondrá que el resto de los deudores deben forzosamente responder. Ahora bien, la norma contenida en el artículo 1.147,2.º no debe identificarse con el artículo 1.150 («se resuelve»), sino que el acreedor no podrá pretender que el deudor solidario ejecutado y que pueda cumplir «in natura» cumpla «por equivalente».

2.2. LA «MORA SOLVENDI»

Llama poderosamente la atención que nuestro Código Civil no haga mención de que cualquier deudor solidario incurra en mora. El asombro es aún mayor cuando las Codificaciones efectuadas en el siglo XIX hacían expresa mención a que la incursión en mora de cualquier deudor solidario extendía (perjudicaba) sus efectos al resto de los deudores. Así, el artículo 1.205 del Codice Civile nos diría que: «Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeuure de l'un de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont pas déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose...». Igualmente, el Codice civile de 1865, en su artículo 1.191, establecía que: «Si la cosa dovuta é perita per colpa o durante la mora di uno o più debitori in solido, gli altri condebitori non restano liberati daH'obbligo di pagarne il prezzo...» (245).

(244) BADOSA: *Dret...*, op. cit., pág. 388.

(245) Solución que ampara el Codice civile de 1942 al entender, en su artículo 1.307, «Se lo adempimento dell'obbligazione é divenuto impossibile per causa imputabile a uno o più condebitori, gli altri condebitori non seno liberati dell'obbligo solidale di corrispondere il valore della prestazione dovuta». Diferente, como en casi todo, solución ofrece el B.G.B. en su párrafo 425: «Supuestos distintos de los señalados en los párrafos 422 a 424, mientras que de la relación obligatoria no se deduzca otra

Abundando en la incongruencia de nuestro Código Civil, ésta aparece por la expresa regulación que de la mora se establecía en el artículo 1.065 del Proyecto de 1851. Este precepto entendía que: «Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados, o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses. El acreedor podrá solamente repetir los daños contra los deudores culpables o morosos (246).

¿Quid ante esta omisión? Ciertamente el que el legislador español no haga mención a la posibilidad de incurrir en mora y las consecuencias que ello genera puede entenderse como una expresa renuncia a que tales consecuencias se extiendan al conjunto de deudores. Ahora bien, también puede entenderse que el legislador entendiera que no era necesaria su expresa regulación, pues, quedaría incluida en el artículo 1.147 del Código Civil, es decir, como un supuesto de culpa imputable a un deudor solidario (247).

El contestar a estas preguntas hace necesario el que analicemos las consecuencias que la incursión en mora del deudor tiene en la deuda. Conocido es que la mora (*ex art. 1.100 CC*) supone que el deudor se convierte en responsable de cualquier incumplimiento, incluso, aquél que provenga de un hecho fortuito. De esta forma el «*periculum obligationis*» se desplaza al ámbito de responsabilidad del deudor que incurre en mora. Mas, independientemente del «*periculum in mora*», la constitución en mora del deudor supone la necesidad de responder, frente al acreedor, de la indemnización de daños (*ex art. 1.102 CC*) y, si la deuda consiste en la entrega de dinero, el abono de intereses convenidos o interés legal (*ex art. 1.108 CC*) (248).

«Prima facie» puede observarse que las consecuencias que genera la incursión en mora del deudor solidario *son semejantes a las que causa la culpa del deudor*, es decir, la perpetuación de la obligación. Esta semejanza en la solución pudiera ser perfectamente la no alusión del artículo 1.147 CC a la mora: *se encontraría incluida en el precepto*.

Independientemente de que las consecuencias sean idénticas, tanto para la mora como para la culpa, también podría actuar como argumento a favor

cosa, sólo aprovechan y perjudican a aquel deudor solidario en cuya persona se producen».

(246) El Proyecto de 1851 sigue las enseñanzas de POTHIER y las Codificaciones. A propósito de la no repercusión de los daños e intereses, véase págs. 253 y ss. En concreto el estudio de la expresión «*perpetuandam et non augmentandam obligationem*».

(247) Véase a CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 347, en cuanto a las preguntas que puede plantear la omisión por parte del legislador.

(248) Véase ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. XV, vol. 1.º, comentario al artículo 1.100, págs. 353 a 374.

de la incursión en mora la propia existencia del artículo 1.141,2.º del Código Civil. Efectivamente, delimitado el hecho de que este artículo encuentra su ubicación en el ámbito externo de la relación solidaria, supone que las actuaciones dirigidas por el acreedor frente a cualquiera de ellos repercuten en los demás y con mayor contundencia si las mismas proceden de la interposición de una acción judicial (art. 1.100 «... desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación...»).

No obstante, nuevamente debemos realizar una limitación a las afirmaciones anteriores. La posibilidad de que en la deuda solidaria se encuentren los deudores obligados de forma diferente (*ex* art. 1.140 CC) —**exclusión de titularidades**— supondrá que no se predicarán en él las consecuencias de la mora. No podríamos hacer **incurrir** en mora a quien ni tan siquiera podía ser objeto de una reclamación de la deuda. Pero, esta especialidad en nada destruye los principios generales de su extensión.

¿La extensión de la mora al conjunto de deudores supondrá también la extensión de las consecuencias de la misma, es decir, los intereses o daños y perjuicios? (249). La «*communis opinio*» de los Ordenamientos jurídicos europeos supone la no propagación o, si se prefiere, la imputación de la CULPA directamente al deudor que incumple. No obstante, el artículo 711 adopta otra solución justificada por VELEZ SANSFIELD al entender que: «el conjunto de deudores deben, pues, sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor (*plures eadem actionem habetur unius loco sunt*) (250).

(249) La doctrina francesa entendió que la demanda de intereses se extendía a todos los deudores; DEMOLOMBE..., *op. cit.*, t. XXVI, pág. 296; LAROMBIERE..., *op. cit.*, t. III, pág. 444; BEAUDRY-LACATINERIE..., *op. cit.*, pág. 347.

Entendemos, siguiendo a Díez PICAZO, que la extensión de los intereses, incluso de la constitución en mora, no debe dejarse únicamente a la acción judicial, sino que es suficiente la acción extrajudicial. «El término acción, nos dirá el autor, debe entenderse directamente referido a la iniciación de un procedimiento judicial, pero, no cabe olvidar que la iniciación del proceso produce efectos en orden a la mora (1.100 CC). Por la misma razón, deben considerarse eficaces para constituir en mora a todos los deudores las reclamaciones extrajudiciales, por lo menos en aquellos casos en que, por ser fehacientes, deban producir efectos generales».

(250) LAURENT: *Avant-Projet de Revision du Code civil*, T. IV, pág. 191 y 192. Téngase en cuenta que la solución que propugnamos se mantenía en el artículo 1.207. El propio LAURENT mantenía, tras analizar el artículo 1.205 del Code civil, que la distinción que se producía entre el deudor culpable y los no culpables únicamente tenía predicado en la relación interna. Podríamos decir que si respecto al acreedor la obligación subsiste en tanto que no se extingue; la culpa de un deudor solidario no es causa de extinción, jergo, la deuda subsiste con el carácter que la misma tenía, es decir, solidaria!

En este sentido puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976 (R.A. 4188, Ponente: Don Francisco BONET RAMÓN).

La solución de nuestro Código Civil, partiendo de las explicaciones del artículo 1.147, indudablemente sigue la línea instaurada por el Código argentino. El que un deudor incurra en mora provocará que las consecuencias de la misma (*ex art.* 1.102 y 1.108 CC) se extiendan al conjunto de deudores.

3. CONCLUSIONES A LA TEORIA DEL PERJUICIO EN LA DEUDA SOLIDARIA

Una vez elaborado, entendemos, el concepto PERJUICIO en la deuda solidaria, y antes de pasar al análisis del equilibrio del mismo, consideramos oportuno realizar una pausa a los efectos de concretar todas las ideas hasta ahora aportadas.

Partiendo de la distinción que efectuaba la escuela de la exégesis entre la relación externa e interna, éste podría ser el esquema, en cuanto al perjuicio, que aparece en la solidaridad:

A) **AMBITO EXTERNO** (ARG. *EX ART.* 1.137 Y 1.144 DEL CC)

- Cualquier deudor solidario puede ser objeto de una reclamación de la **TOTALIDAD DE LA DEUDA**.
- Cualquier acreedor puede reclamar la **TOTALIDAD**.

La totalidad, como principio rector en la deuda solidaria, demuestra:

PRINCIPIO DE TOTALIDAD

- Cada deudor solidario tiene una titularidad que se proyecta por la totalidad de la deuda.
- La titularidad de cada deudor significa que igualmente tiene una legitimación pasiva por la totalidad.
- A «sensu contrario» cada acreedor solidario tiene una titularidad que se proyecta por la totalidad.
- Cada acreedor solidario tiene una legitimación activa igualmente por la totalidad: puede reclamar el **TODO**.

B) **AMBITO INTERNO**. PRINCIPIO DE INTEGRIDAD (CONEXIÓN RECÍPROCA)

- Cualquier deudor solidario puede sufrir las consecuencias de la insolvencia e incumplimiento imputable a un codeudor (Diligencia en el cumplimiento por la totalidad) (*ex art.* 1.147).

- La diligencia en el cumplimiento también se predica en cuanto a la satisfacción de la deuda (*ex art. 1.145,3.º CC*).
- El deudor solidario liberado por el acreedor debe igualmente responder si se realizó el pago de la totalidad, y provenga de la falta de información (el acreedor no puede AUMENTAR LA RESPONSABILIDAD de los deudores) (*arg. ex art. 1.146*).
- El conjunto de acreedores también responden de lo efectuado por cualquiera de ellos en prueba de la posibilidad de disponer por la totalidad (*ex art. 1.143 CC*).

En definitiva, la propagación de efectos, en el ámbito externo e interno, derivan de la propia naturaleza de la solidaridad: La protección del acreedor. Este, en ningún caso —que fueran los normales del artículo 1.105 del Código Civil—, debe soportar cualquier supuesto de falta de cumplimiento imputable a un codeudor. Que la solidaridad se resolviera por estas causas —imputarlo al acreedor— no cumpliría el fin a la que está destinada.

¿Quid de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 1.141 del Código Civil?

La utilización de la expresión «ACCION» es significativo, en extremo, que se refiere a la actividad *procesal*, es decir, la satisfacción del vínculo. Téngase en cuenta que toma razón del artículo 913 del Anteproyecto del Código Civil de 1836, que entendía que: «la demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligación mancomunada *perjudica* a los demás codeudores...». Ergo, en el Código Civil actual se sustituye demanda por acción. Sin duda, procede esta denominación del intento de modificar la expresión «actos» del Proyecto de 1851 (*arg. ex art. 1.059*) y, a su vez, en ampliarlo a cualquier supuesto de reclamación, es decir, la extrajudicial que fuera fehaciente.

Podríamos, por lo tanto, efectuar un esquema en cuanto al funcionamiento de la norma contenida en el artículo 1.141,2.º del Código Civil:

AMBITO DE APLICACIÓN: «ACCION»

La reclamación judicial o extrajudicial instada por cualquier acreedor en la persona de cualquier deudor.

CONSECUENCIAS: «PERJUICIO»

I. El ejercicio de la acción interrumpe la prescripción (1.974,1.º CC) frente a todos.

II. El ejercicio de la acción constituye en mora a todos (1.100, 1.101, 1.108).

III. La sentencia dictada contra un deudor solidario perjudica a todos (1.252,3.º CC). La sentencia de condena perjudica a todos: son deudores solidarios CONDENADOS. No podrá reproducirse un nuevo proceso que se refiera a la existencia, validez o características de la obligación.

IV. Actividad procesal del deudor solidario reclamado:

1) La transacción efectuada por éste debe perjudicar a todos siempre y cuando no se discuta la vinculación solidaria (arg. ex art. 1.816).

2) El reconocimiento judicial de la deuda por un deudor perjudica a todos sino se discute la vinculación solidaria.

La extensión del PERJUICIO se manifiesta, ya que se ejercita la acción sobre la **TOTALIDAD DE LA DEUDA QUE PRESUPONE UNA TITULARIDAD IDENTICA Y A SU VEZ POR LA TOTALIDAD.**

LÍMITES A LA EXTENSIÓN DEL PERJUICIO POR LA ACCION DEL ACREEDOR

I. No tenga como base la totalidad de la deuda. La extensión únicamente se predica de la «parte» reclamada.

II. No tenga como base la idéntica relación de titularidad (*exclusión de titularidades*, ex art. 1.140 CC). El perjuicio no se predica mientras no se llegue a la inclusión de las titularidades (llegue la condición o el plazo).

III. Tenga como base la previa demostración de la vinculación solidaria. No se extiende la COSA JUZGADA, no se extiende el RECONOCIMIENTO JUDICIAL, no se extiende la TRANSACCION. Efectos «inter alios».

IV. Tenga como base la existencia de la solidaridad, pero MODIFICA LA MISMA. No extiende sus efectos, ya que la conexión recíproca alcanza a los supuestos de incumplimiento, pero no a sufrir la mala fe o mala negociación de su codeudor.

Las limitaciones a la extensión del perjuicio que acabamos de exponer hace que el artículo 1.141,2.º del Código Civil deba leerse de la siguiente forma: «las acciones (judiciales o extrajudiciales) ejercitadas contra cual-

quiera de los deudores solidarios (y tenga como base la totalidad de la deuda idéntica para todos) perjudicarán a todos éstos».

Mención especial merece la vinculación solidaria que provenga de la *comisión de un ilícito civil* (obligación extracontractual). El artículo 1.902 del Código Civil determina que: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Si bien nuestro Código Civil no establece la vinculación solidaria cuando sean varios los que han cometido el daño. No obstante:

1. Derecho Romano (Lex Aquilia, D. 9, 2, 11, 2 y 4) establecía el llamado «*dammun iniuria datum*». (Pero si fueren muchos los que hirieren al siervo, debe examinarse si todos quedan obligados, cual si cada uno de ellos fuere el que matare. Y si realmente apareciere de quién era el dardo que lo mató, el que lo lanzó es el que queda responsable como si fuera el matador; pero si esto no se consiguiera, dice Juliano que todos queden obligados como matadores, y que aunque se accione contra uno, los demás no quedan libres, porque como la Lex Aquilia es penal, lo que uno de ellos paga no revela a los demás).

2. Derecho Comparado. El artículo 1.156 del *Codice* de 1865, el artículo 2.317 del Código Civil chileno, el artículo 1.081 del Código Civil argentino, el parágrafo 840 del B.G.B. han seguido la idea de vincular *solidariamente* a todos los responsables del daño.

3. Exégesis francesa. Es «*communis opinio*» el no acudir a la presunción de la solidaridad (DRAKIDES, LAURENT) y, a su vez, construyen la teoría de la solidaridad imperfecta. Adquiere su máxima expresión, en el derecho moderno, la vinculación solidaria con la doctrina jurisprudencial francesa (VICENT).

4. Jurisprudencia española. De una manifestación sobre la vinculación mancomunada de los culpables (vgr. la Sentencia del 19 de febrero de 1959: «Que nuestro Derecho positivo, en contraste con otros extranjeros y con algún sector doctrinal tendentes a reforzar los vínculos obligatorios con la concurrencia de varios sujetos pasivos, no se establece la solidaridad fuera de pacto y de la común intención de las partes que desean dar unidad a las relaciones jurídicas en cuanto a la prestación, salvo que la ley en sus expresos mandatos y autorizaciones determine lo contrario como excepción, según informan para sus *acotados* supuestos fácticos los artículos 145, 1.084, 1.731, 1.748 y 1.890 del Código Civil, excepciones que confirman y convalidan la norma general contenida en el artículo 1.137 y 1.138 del Código Civil...») ha pasado a ser mayoritariamente favorable a la vinculación solidaria (vgr. Sentencia del TS de 20 de mayo de 1968, la de 20 de febrero de 1970, la de 1 de mayo de 1973, la de 15 de octubre de 1976:

«la ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes, o como garantía para el acreedor, o como sanción de una falta derivada del artículo 1.902 del Código Civil»; las Sentencias de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982: «Se produce la solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según dispone el artículo 1.144 del Código Civil»; las Sentencias de 13 de septiembre de 1985, 7 de febrero de 1986, 17 de febrero de 1986, 8 de mayo de 1986 y 12 de mayo de 1988: «Es insistente la jurisprudencia en orden a que procede solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única cuando no es posible individualizar comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades»; las Sentencias de 12 de junio de 1987 y 21 de marzo de 1988 en cuanto a la responsabilidad solidaria del promotor y técnicos cuando ésta no pueda individualizarse o, como dice la Sentencia de 3 de abril de 1987: «... pero si se trata de acciones concurrentes con un tanto por ciento idéntico, no procede imponer la solidaridad, pues los comportamientos culposos y su relevancia están **individualizados**»). Independientemente de que existen poderosas razones para mantener, a pesar de la doctrina jurisprudencial, la vinculación mancomunada o presunción de mancomunidad (opinión mantenida por ALBALADEJO, MONTES, Díez PICAZO, LACRUZ) lo que a nosotros nos interesa es la aplicación del PERJUICIO, es decir, la extensión del mismo. ¿Es posible aplicar el mismo rigor que proporciona el artículo 1.141,2.º del Código Civil para la solidaridad pactada? Entendemos que no. Esta afirmación procede de un hecho fundamental: la extensión del perjuicio presupone la no discusión sobre la vinculación solidaria (vgr. la extensión de la cosa juzgada parte, por que tal es su presupuesto de hecho, de la existencia de una vinculación solidaria entre los codeudores). En cambio, la responsabilidad que procede de un acto ilícito (culpa) necesitará, precisamente, la constatación de que el hecho ocurrió, es decir, la existencia de una sentencia constitutiva. Precisamente por ello la actuación del sujeto declarado culpable no podrá extenderse al resto. A lo sumo puede predicarse de estas sentencias un valor «reflejo» o «prejudicial» (la existencia del hecho y del daño) pero no la vinculación solidaria. Es decir, únicamente se llegará a la extensión del perjuicio si todos estuvieran presentes en el procedimiento, ya que si extendiéramos los efectos estaríamos provocando auténtica indefensión (vgr. vulneración del artículo 24 de la CE). Por último, téngase en cuenta que el acontecer normal supondrá la existencia de un procedimiento penal, pues, precisamente este Ordenamiento jurídico entiende en su artículo 106 CP. «En el caso de ser *dos o más*

los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno». Precisamente para ello es preciso que haya varios procesados contra quienes se declare responsabilidad criminal, igualmente civil y NO ÚNICAMENTE UNO.

FRANCISCO JOSÉ BARBANCHO TOVILLAS
Profesor Titular de Derecho Civil. U. B.