

NOTAS SOBRE LA SOLIDARIDAD PASIVA Y EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA

EDUARDO RIBES TERRADO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Interpretación del artículo 1.141, párrafo segundo, del Código civil:* a) Antecedentes históricos y legislativos del precepto. b) Conclusiones. III. *Breves consideraciones en torno a la reclamación judicial de la deuda:* a) Exigencia del litiscorcio pasivo necesario. b) La llamada en garantía. c) La intervención voluntaria. d) La cosa juzgada. IV. *Consideraciones generales previas:* a) La presunta indefensión del deudor solidario no demandado. V. *Razones en favor de la no indefensión del deudor solidario no demandado:* a) El artículo 1.148 y las excepciones oponibles por el deudor demandado. b) Ausencia de excepciones que pueden ser opuestas por el deudor demandado.

I. INTRODUCCION

Como resulta sabido, la solidaridad pasiva es una estructura pensada y creada en interés del acreedor. Asistiéndole como razón de ser, la protección de los intereses de dicho acreedor en la prestación, de suerte que pueda reclamarla indistintamente de cualquiera de los varios obligados. No se olvide, además, que el patrimonio de todos los deudores que participan en la obligación se encuentra comprometido en el cumplimiento de ésta (arg. ex. art. 1.911 C. civil).

El interés práctico de este tipo de solidaridad se enmarca en el hecho o circunstancia de la extensión del ámbito de la responsabilidad, por una sólo relación obligatoria, al patrimonio de todos los deudores. Ello implica un aumento de la 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 aquél de los deu-

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 14 (Palma de Mallorca 1986).

dores que le confiera unas mayores garantías de cumplimiento (1).

En consecuencia, el bien jurídico protegido por la solidaridad de deudores radica, principalmente, por un lado, en la posibilidad que tiene el acreedor de dirigirse contra el deudor que él prefiera y exigirle la totalidad de la prestación debida (arg. ex. art. 1.137 C. civil) y por otro lado, y como consecuencia directa de ésta, la total cobertura del riesgo de insolvencia de cualquiera de los deudores solidarios (arg. ex. art. 1.144 C. civil) (2).

Dentro de ese contexto que nuestro Código civil dedica a la regulación de las obligaciones solidarias se halla ubicado un artículo de gran importancia (3), por las consecuencias que de él se derivan y, que además, plantea serios problemas en cuanto a los posibles sentidos de su interpretación. Nos referimos al artículo 1.141, párrafo segundo, en el cual se dispone que “las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos”.

De la interpretación literal de este precepto es perfectamente posible sostener que las acciones judiciales que el acreedor ejercite contra uno cualquiera de los deudores solidarios perjudican directamente al resto de los codeudores del demandado (4). Tal perjuicio podría, incluso, entenderse directamente referido a la ejecución de la sentencia de condena. Es obvio que el acreedor que se dirija contra un deudor solidario, reclamándole judicialmente el cumplimiento de la obligación, y habiendo obtenido sentencia de condena, puede dirigirse contra el patrimonio de ese mismo deudor demandado y condenado solicitando el despacho de la ejecución. Ello no supone ninguna especialidad ni característica pro-

(1) Este aumento de la seguridad en el cumplimiento de las obligaciones ha determinado que algunos códigos, no así el nuestro, hayan optado por sancionar la solidaridad pasiva como regla general de la obligación con pluralidad de deudores. Así, entre otros, el Código italiano de 1.942.

(2) Díez Picazo, opina que “con la 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 una solidaridad de deudores se está aludiendo en rigor a una responsabilidad solidaria”. En “Fundamentos de Derecho civil patrimonial”, I, Tecnos. Madrid 1.979. pág. 420.

(3) Que guarda relación con la regulación que de la solidaridad pasiva realiza el Código.

(4) Como es sabido, el especial régimen jurídico que impone la solidaridad a aquellos que la pactaron (refiriéndonos a la pasiva), implica el deber de soportar la consecuencia de que, lo actuado (en sentido general) contra uno de los deudores perjudica, necesariamente, al resto de codeudores solidarios.

pia del régimen de las obligaciones solidarias, puesto que se aplicarían las reglas generales.

Lo que sí supondría ya una “especial” consecuencia del régimen de la solidaridad pasiva, sería la posibilidad de que mediante la sentencia de condena dictada contra uno de los deudores solidarios, el acreedor pudiera dirigirse contra el patrimonio de cualquiera de los codeudores del condenado que no litigaron en el proceso declarativo inicial y solicitar contra ellos el despacho de la correspondiente ejecución.

Interpretando, pues, en ese sentido el párrafo segundo del artículo 1.141 del Código civil, cabría entender que, en sede de solidaridad pasiva, es posible solicitar, en virtud de una sentencia firme de condena, el despacho de la ejecución contra uno cualquiera de los deudores que no litigaron en el proceso declarativo, mediante el cual se obtuvo esa sentencia de condena.

Sería, por tanto, consecuencia de esta posible interpretación del precepto comentado, el que se despache ejecución contra un deudor que ni ha estado presente en el proceso (declarativo ordinario) ni, consecuentemente, ha tenido posibilidad alguna de defensa.

No obstante lo expuesto, conviene señalar que el resultado alcanzado con esta interpretación puede suponer, “prima facie”, una vulneración de los principios consagrados en la Constitución de 1.978. En efecto, el artículo 24, párrafo primero, del mencionado cuerpo legal establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

En el transcrito artículo de la Constitución se consagra, fundamentalmente, el llamado principio de audiencia. En una primera apreciación, tal principio supone una manifiesta relación con el interés procesal en la medida en que todos los interesados en el juicio han de ser llamados al mismo. De tal modo que este principio está íntimamente unido al interés, y éste a su vez, a la indefensión, puesto que lo que se pretende evitar es la indefensión de la parte que debió estar presente en el proceso, precisamente para oponer y defender su interés.

Así pues, nos encontramos, por un lado, con el artículo 1.141, apartado segundo, del Código civil que, de acuerdo con la interpretación sugerida, permite entender que el acreedor está facultado para dirigirse contra el deudor de su elección y que lo accionado contra éste perjudica

directamente a los demás deudores. De tal manera que, sería razonable entender que ese perjuicio incluye la posibilidad, por parte del acreedor, de solicitar (y obtener) el despacho de la ejecución contra uno de los deudores solidarios no litigantes en el declarativo correspondiente. Y por otro, nos encontramos con el artículo 24, apartado primero, de la Constitución, el cual eleva a rango constitucional el llamado principio de audiencia que, entendido en sus justos términos, equivale a decir que en materia procesal no puede admitirse un supuesto en el cual a una persona se le niegue la tutela “efectiva” de los jueces y tribunales. Es decir, este precepto nos está diciendo, más claramente, que nadie puede ser condenado (y mucho menos ejecutado) sin ser previamente oído, dado que ello supondría la más absoluta de las indefensiones.

Este planteamiento nos conduce inevitablemente a una colisión entre los dos preceptos citados, lo que aconsejará, si es que se quiere respetar el principio de audiencia y no producir indefensión, en los términos vistos, a cualquiera de los deudores solidarios, abandonar el sentido de la interpretación propuesta.

Entendemos, con todo, que esta contradicción es puramente formal, y que es posible mantener la interpretación apuntada del artículo 1.141 sin que ello provoque la indefensión de cualquiera de los obligados. Para ello deberá, en primer lugar, procederse a la interpretación del propio artículo 1.141,2 con la finalidad de averiguar si la interpretación sugerida puede efectivamente subsumirse en el marco de este precepto. Y en segundo lugar, analizar las razones en favor de la no indefensión del deudor solidario no demandado y ejecutado.

II. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.141,2 DEL CODIGO CIVIL

Lo primero que se advierte de la lectura de este precepto es la imposición de una extensión de efectos al colectivo de deudores solidarios, de tal manera que, cualquier actuación del acreedor dirigida contra uno de los deudores tiene los mismos efectos que si la hubiera dirigido contra cada uno de ellos. Consecuentemente, lo actuado frente a uno alcanza a todos ellos.

Cabe preguntarse, ahora: ¿Cuándo el artículo habla de que las acciones ejercitadas... perjudicarán a todos, a qué tipo de acciones se está refiriendo?... Evidentemente alude a las acciones extrajudiciales. Nótese que la propagación de efectos a todos los deudores solidarios, que esta-

blece el precepto, lo es con carácter general y, por tanto, se refiere a una pluralidad de actos, tales como: la interrupción de la prescripción (5), reconocimiento de deuda, constitución en mora, la transacción, etc. (6), cuando cada uno de ellos tiene lugar frente a uno o varios de los deudores (7).

Pero, a nuestro juicio, y también de una forma indudable, se está refiriendo a las acciones judiciales. Efectivamente, sobre este punto está de acuerdo prácticamente la mayoría de nuestra doctrina (8). No podía ser de otro modo, pues reportaría un beneficio muy efímero para el acreedor el que la propagación a los deudores sólo se concretara en las acciones extrajudiciales. No se olvide que la estructura de la solidaridad pasiva, como ya se ha apuntado, está pensada para reforzar la posición del acreedor en la obligación y asegurarle unas mayores posibilidades de éxito en sus pretensiones (9).

Así las cosas, y apoyándonos en la evidencia del propio artículo 1.141 apartado segundo, del Código civil, es perfectamente lícito señalar que, en sede de solidaridad pasiva, las acciones judiciales ejercitadas contra cualquiera de los deudores afectan perjudicando a todos ellos. Tesis, ésta, también apoyada por una serie de preceptos de nuestro Derecho histórico.

a) *Antecedentes históricos y legislativos del artículo 1.141,2*

Este precepto encuentra su antecedente más inmediato en el Anteproyecto de 1.882-88, que en su artículo 1.158 aparece con la misma redacción (10). En este sentido, pues, el artículo 1.158 del Anteproyecto

(5) Confrontese a ese respecto el artículo 1.974, 1 del Código civil.

(6) Vid. Guilarde Zapatero, Vicente, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales" R.D.P. Tomo XV, Vol. 2º, págs. 268 y 269.

(7) Esto ya lo dice, en parte, el propio artículo 1.143, apartado primero, del Código civil.

(8) A título meramente indicativo, cabe citar a: Diez Picazo, Luis, en "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", cit., pág. 430 y 431. Guilarde Zapatero, Vicente, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", cit., pág. 268.

(9) Es de tal envergadura el reforzamiento de la posición del acreedor en las obligaciones solidarias que, algún autor, como por ejemplo Soto Nieto, señala que en las obligaciones solidarias se produce el reconocimiento del "favor creditoris". En "Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva". R.D.P., Julio-Agosto, 1.980 pág. 799.

(10) En tal precepto se dispone que: "Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos" Vid. Peña Bernaldo de Quiros, Manuel, "El Anteproyecto del Código civil español de 1.882-88". Centenario de la ley del Notariado, sección IV. Fuentes y Bibliografía. Volumen 1º. pág. 361 y 362.

citado no sufre modificación alguna con relación al 1.141 actual. Es ya más problemático determinar con precisión la procedencia de ese precepto del Anteproyecto de 1.882-88, y averiguar qué precepto o preceptos fueron los que inspiraron al legislador de la época para que redactara en tal sentido el artículo 1.158.

Algunos autores (11) han coincidido al admitir la influencia que ejerció el artículo 1.059 del Proyecto de 1.851 en la configuración del artículo 1.158 del Anteproyecto. En el citado precepto del Proyecto de 1.851 se dispone que “cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados (12), aprovecha o perjudica a los demás” (13). Nótese que en él únicamente se habla de interrupción de la prescripción (14). Con todo, estos autores se reafirman en su postura, manteniendo que, si bien no lo encontramos exactamente formulado, no parece haber muchas dudas en cuanto a su procedencia, dado que este precepto del Anteproyecto establece de forma general la determinación especial que, para el caso concreto de la interrupción de la prescripción, mantiene el referido artículo 1.059 del Proyecto (15).

Remontándonos, pues, hasta el Proyecto de Código civil de 1.851, no se encuentra ningún precepto que justifique (históricamente) mantener la interpretación ya sugerida del actual artículo 1.141,2. No obstante, en el Proyecto de 1.836, sí que aparece un precepto directamente relaciona-

(11) En ese sentido: Guilarte Zapatero, Vicente, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”. Cit. pág. 264. Manresa y Navarro, José María, en “Comentarios al código civil español”, Tomo VIII, Vol. 1º, Reus S.A., Madrid. 1967. pág. 511.

Quintus Mucius Scaevola, en “Código civil comentado y concordado” Tomo XIX, 2ª Edic. Reus, S.A. Madrid 1957. pág. 25. Cossio Corral, Alfonso, en “Instituciones de Derecho Civil” Edic. Alianza - Universitaria. Textos 1977. pág. 222. Puig Peña, Federico, en “Tratado de Derecho Civil español”. Tomo IV. Vol. 1º, 3ª. Edic. R.D.P. Madrid 1958. pág. 64

(12) Téngase en cuenta que el Proyecto denomina mancomunidad a la solidaridad.

(13) Vid. García Goyena, Florencio. “Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español”. (reimpresión de la edición de Madrid 1.852). Zaragoza. 1.974, pág. 569.

(14) Incluso hay autores, como por ejemplo Guilarte Zapatero, que mantienen la opinión de considerar que el artículo 1.059 del Proyecto de 1.851 inspiró de forma directa el redactado del artículo 1.158 del Anteproyecto de 1.882-88, pues “el artículo 1.141, cuyo apartado segundo encuentra su antecedente en el Proyecto de 1.851, que en su artículo 1.059 se limitaba a referirse a la interrupción prescriptiva, sin la generalidad del actual, aparece en el artículo 1.158 del Anteproyecto de 1.882-88 con su misma redacción y se tomó directamente del 1.198 del Anteproyecto belga de Laurent”. En “comentarios...” cit., pág. 264.

(15) García Goyena, al comentar el artículo 1.059 citaba como fuentes de inspiración, entre otras, los artículos 1.199 y 1.206 del Código francés. En “Concordancia, ...” cit., pág. 569.

do con la cuestión que nos ocupa. Nos estamos refiriendo, en concreto, al artículo 913, en el que señala que “la demanda que cualquier acreedor entable contra un deudor para el cumplimiento de la obligación mancomunada (16) perjudica a los demás codeudores, e igualmente la sentencia que contra él se pronunciare, pero aquéllos podrán apelar de ella, y si la sentencia fuese favorable al deudor que había litigado, aprovechará a los mismos” (17).

El artículo expuesto está advirtiendo claramente que, en los casos de solidaridad pasiva, las acciones judiciales ejercitadas contra uno de los deudores perjudicarán a sus codeudores. Pero, y ello es importante, el precepto dice todavía más, pues está indicando de una forma categórica que no sólo perjudican a los codeudores las acciones judiciales que se ejerciten contra uno de ellos, sino que, también, *les perjudica la sentencia que en tales casos recaiga*.

¿Qué significa, en realidad, la advertencia que contiene este precepto en el sentido de que la sentencia que se pronuncie contra uno de los deudores perjudica a los demás?. Entendemos que su significado es muy claro, pues nos está señalando que habiéndose obtenido sentencia de condena contra algún deudor solidario, puede el acreedor dirigirse contra cualquiera de los codeudores de éste y solicitar el despacho de la ejecución, ya que la sentencia que obtuvo frente a uno es como si la hubiera obtenido frente a todos ellos (18).

No constituyen un caso aislado, en nuestro Derecho histórico, las afirmaciones contenidas en el artículo 913 del Proyecto de Código civil de 1.836. Manifestaciones en tal sentido las hallamos en LAS SIETE PARTIDAS. En efecto, en la Ley XX, Título XXII de la Tercer Partida se dispone que “guisada cosa es, e derecha, que el juyzio que fuere dado contra alguno non empezca a otro, ... Pero cosas y ha en quel empeceria,

(16) En el Proyecto de Código civil de 1.836 se denominaba mancomunidad a la solidaridad.

(17) Vid. Lasso Gaité, Juan Francisco, “Crónica de la Codificación española”, Codificación civil (Génesis e historia del Código). Vol. II. Ministerio de Justicia. Comisión general de Codificación. Madrid. 1.980, págs. 204 y 205.

(18) Nótese que este precepto está, en definitiva, proclamando la propagación de efectos al grupo de deudores solidarios en el sentido de que, lo accionado contra uno de ellos perjudica al resto, e incluso, tal propagación se concreta en la sentencia dictada contra uno de ellos, afectándoles directamente, ya sea aprovechándoles (si la sentencia fue favorable) o bien perjudicándoles (si fue desfavorable). Todo ello sin otro límite, reza el precepto, que la posibilidad de apelar la sentencia, siempre y cuando, se entiende, ésta no haya adquirido condición de firmeza.

e esto seria quando dos omes se fiziessen debdores de otro sobre vna cosa misma cada vno por todo... Ca el juyzio que fuesse dado contra alguno destes sobredichos en razo de aquellas cosas empeceria a los otros, maguer y no fuessen acertados a la fazo que lo diero" (19).

El citado texto, a la hora de precisar los efectos de las sentencias sobre terceras personas ajenas a los que litigaron, está señalando dos consecuencias distintas o, si prefiere, está exponiendo una regla general y unas excepciones a tal regla. Así, por un lado, mantiene de una forma terminante que la sentencia emitida contra una persona no puede perjudicar a otra. No obstante, advierte el precepto, hay supuestos en que sí se produce perjuicio: se trata de los casos en los cuales "dos omes se fiziessen debdores de otro sobre *vna misma cosa cada uno por todo*". En definitiva, cuando dos o más deudores estén unidos por vínculos de solidaridad, la sentencia que se dicte contra uno de ellos perjudica a los demás (20).

b) Conclusiones

En resumen, conviene precisar que, si bien no es posible hallar un precepto que haya motivado de una manera clara la concepción del artículo 1.141, apartado segundo, del Código Civil, se ha apuntado por un cierto sector de nuestra doctrina la idea de que tal precepto proviene del artículo 1.059 del Proyecto de 1.851 (21), ya que tal regla establece una

(19) Vid. "Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono", glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de Su Majestad. Salamanca 1.555 (Reproducción anastática, edición del B.O.E., Madrid 1.974), pág. 138 y ss.

(20) No obstante esta categórica afirmación que hace la Ley comentada, en las glosas a ésta de Gregorio López, se señala la opinión contraria de Bartolo en el sentido de que la sentencia dada contra uno de los deudores solidarios no debe perjudicar a los otros. En realidad Bartolo se limita a poner de manifiesto que la sentencia que se dicte contra un deudor solidario *obligado pura y simplemente* no puede perjudicar a otro que se encuentre *obligado bajo condicion*.

Este autor sostiene, pues, como caso especial, el no perjuicio contra uno de los deudores de la sentencia otorgada contra otro, cuando ambos se encuentran *obligados de forma distinta*, lo cual es perfectamente posible (cfr. art. 1.140 C. civil). De lo que se sigue, que en el caso en que dos deudores solidarios estén obligados de la misma manera, la sentencia dictada contra uno alcanza al otro. Véase Bartolo a Saxoferrato, "In Secundam Digesti Novi Partem", 1.574, en sus comentarios a la Ley VII, Título II.

(21) Y este, a su vez, fue inspirado por los artículos 1.199 y 1.206 del Código francés. En el artículo 1.199 se disponía que: "Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers". Por su parte en el artículo 1.206 se señalaba que: "Les poursuites faites contre l'un des débiteur solidaires interrompt la prescription à l'égard de tous". Véase por todos los exegetas a Marcade en "Explication du Code Napoleon", Tome IV. Cinquieme edition. Paris 1.852. págs. 466 y sig.

peculiar comunicación de efectos a todos los deudores solidarios, al igual que el artículo 1.141,2 actual, pero aquél referido únicamente a la interrupción prescriptiva. No puede negarse, por lo tanto, la influencia que tal precepto del Proyecto ejerció sobre el legislador para redactar el artículo comentado.

En definitiva, el artículo 1.141,2 está regulando algo más que la simple comunicación de los efectos de la interrupción prescriptiva. Con base en nuestro Derecho histórico es posible sostener que el artículo comentado nos está advirtiendo que las acciones judiciales entabladas contra uno de los deudores solidarios perjudican a todos los demás, de tal modo que la sentencia que en tal caso recaiga, obliga a los otros deudores de la misma manera que si hubieran litigado ellos mismos (22). En suma, una de las formas de garantizar la ejecución de los principios que rigen en tema de solidaridad es, precisamente, la *exigibilidad* (por cualquier vía) del crédito solidariamente debido.

III. BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RECLAMACION JUDICIAL DE LA DEUDA

El acreedor común de varios deudores solidarios tiene, al tiempo de pretender que se cumpla la obligación, dos posibilidades: o decidirse por una reclamación extrajudicial de la deuda, o bien optar por una reclamación judicial de la misma.

Si se decide por la reclamación judicial, el acreedor, puede demandar a un sólo deudor; a varios, o bien a todos a la vez (arg. ex art. 1.144 C. civil). Ello es consecuencia de que, frente al acreedor, cada uno de los deudores es deudor de la totalidad, es decir, se debe "totum et totaliter", de tal modo que, si todos deben el todo, el acreedor puede elegir al deu-

(22) Esta interpretación del segundo párrafo del artículo 1.141, guarda armonía, además, con la regulación que de la solidaridad pasiva efectúa el Código. Puesto que si del artículo 1.144 se desprende que el acreedor puede exigir por entero la deuda a cualquiera de los deudores, y el artículo 1.147, párrafo segundo, que hace responsables a todos los deudores del incumplimiento culpable de la obligación, aunque la culpa pueda individualizarse en uno de ellos, cabe pensar, pues, que las mismas razones existen para que la acción judicial ejercitada contra uno de los deudores afecte a todos los demás, así como la sentencia que en tales casos recaiga.

Piénsese que si en el régimen de la solidaridad pasiva, las consecuencias de la culpa, por incumplimiento de la obligación, afecta incluso a aquellos deudores que no la motivaron, rechazando con ello la regulación general contenida en el artículo 1.101 del Código civil. ¿Porqué nos ha de extrañar el que se propague, también, al grupo de deudores las consecuencias de la sentencia dictada contra uno de ellos?

dor (o deudores) que más le convenga y demandarle por la totalidad de la deuda. En principio, si el acreedor acciona sólo frente a un deudor, demandándolo por la totalidad de la deuda, ha de cuestionarse necesariamente la posición que deben o pueden adoptar el resto de codeudores del demandado, puesto que la *sentencia* que contra el demandado se pronuncie, *afectará a todos ellos*. Dos son, en consecuencia, los problemas que cabe plantear. En primer lugar, y por lo que hace referencia a la legitimación pasiva, ¿debe el acreedor demandar a todos los deudores?. En segundo lugar, y caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea negativa, ¿pueden intervenir, de alguna manera, los deudores no demandados en el juicio?.

a) *Exigencia del litisconsorcio pasivo necesario*

El litisconsorcio pasivo necesario se da en aquellos casos en que el Derecho exige que el actor dirija la demanda, simultáneamente, frente a dos o más personas. Mediante el litisconsorcio necesario se pretende evitar que personas que no han litigado queden alcanzadas por los efectos que puedan derivarse de la sentencia dictada frente a uno de ellos. De tal modo que el fundamento de tal consorcio, se dice, sea la necesidad de preservar el principio de audiencia (evitar la indefensión) cuidando que no queden alcanzadas por los efectos de una sentencia aquellas personas que, por no haber sido demandadas, no han tenido ocasión de comparecer en el proceso y alegar lo que más convenga a su derecho (23). Pero, planteadas así las cosas, la cuestión parece una petición de principio, ya que se parte del necesario y, acaso, institucional perjuicio de varios sujetos.

Así las cosas, podría pretenderse que en la solidaridad pasiva ha de exigirse la figura del litisconsorcio pasivo necesario, dado que el supuesto reúne las características exigidas para su aplicación. En efecto, es uno de los casos en que la sentencia dictada frente a una persona alcanza, en cuanto a sus efectos, a otras puesto que todas ellas quedarán directamente afectadas por la sentencia que se dicte.

(23) Vid. De La Oliva, Andrés y Fernández López, Miguel Angel, en sus "Lecciones de Derecho procesal", I^o, 2^o Edic. Barcelona, 1.984, pág. 204, exponen que "puesto que, en ciertos casos, es inevitable que de la actividad procesal de las partes se deriven efectos perjudiciales para otros, la única forma de evitar que estas personas queden en la indefensión es obligar al actor a dirigir la demanda frente a todo aquél que tenga un interés en el resultado del proceso. Que, habiendo sido emplazado, comparezca efectivamente, depende de su espontánea decisión".

Aunque el supuesto que nos ocupa reúne todas las características para la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario, no es de aplicación aquí. Y no lo es por tres razones: 1). En primer lugar, la propia esencia de las obligaciones solidarias se opone a que entre en juego tal consorcio. Si aceptamos su aplicación, es decir, si el acreedor tuviera que demandar necesariamente a todos los deudores solidarios, estaríamos dejando sin contenido los artículos 1.141,2 y 1.144 ambos del Código civil. 2). En segundo lugar, es opinión mayoritaria de la doctrina procesalista el que la relación procesal pueda quedar válidamente constituida sin necesidad de que sean demandados todos los deudores solidarios (24). 3). Finalmente, el propio Tribunal Supremo ha sido ciertamente unánime al considerar no operante el litisconsorcio necesario en los supuestos de obligaciones solidarias (25).

Parece claro que el acreedor que demanda a uno de los deudores solidarios, exigiéndole el cumplimiento íntegro de la obligación, no puede oponérsele la excepción de falta de legitimación pasiva ("exceptio plurium litis consortium"). Ello, pese a la extensión subjetiva de la cosa juzgada a los codeudores (arg. ex. art. 1.252,3 C. civil) y a los principios de audiencia bilateral y economía procesal que informan el procedimiento, a los cuales supone una importante excepción (26).

Ahora bien, excluida la posibilidad de aplicación del litisconsorcio pasivo necesario, ¿cuál es entonces la situación del deudor solidario demandado?. ¿Cuáles son las posibilidades de los codeudores respecto del proceso en marcha, que les afecta directamente?. Las respuestas a estas cuestiones no parecen tan claras como en el caso del litisconsorcio necesario. Pero, en cualquier caso, es sumamente significativo el que la doctrina procesalista no se ha puesto de acuerdo en cuanto a las soluciones que deben adoptarse (27).

(24) La doctrina procesalista es unánime a la hora de rechazar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario en la solidaridad de deudores: Fairen Guillen, "Sobre el litisconsorcio", Nueva Enciclopedia Jurídica, XV, pág. 692; Prieto Castro, "Derecho Procesal civil", I, pág. 323; Gómez Orbañeja, "Derecho procesal civil" I^o, págl. 410; Guasp, "Derecho procesal civil", Madrid, 1.962, pág. 123.

(25) En tal sentido se pronuncia la Sentencia de 23 de Febrero de 1.962, en unos términos muy claros, así: "De la resolución de un contrato, de su extinción y del cumplimiento de obligaciones derivadas del mismo, no puede conocerse, según repetidas declaraciones de éste Tribunal, en proceso en que no se haya demandado a todos los contratantes, salvo que, como previene el artículo 1.252 del C. civil, los demandados y los que no lo fueron, estén unidos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones reclamadas".

(26) Vid. Caffarena Laporta, Jorge, "La solidaridad de deudores", Madrid, 1.980, pág. 10.

(27) Algunos autores se han pronunciado calificando la situación de la solidaridad de

b) *La llamada en garantía*

Si fuera posible que el deudor demandado pudiera hacer citar y traer a los codeudores al proceso pendiente, ello situaría a la solidaridad de deudores como uno de los supuestos en los que funcionaría la denominada llamada en garantía (28).

De todas maneras, conviene precisar que en nuestro Derecho no es posible entender que el deudor solidario demandado pueda pedir que se citen e incorporen al proceso los demás codeudores. Las razones de mantener tal negativa pueden resumirse así: en primer lugar, no existe en la Ley de Enjuiciamiento civil precepto alguno que establezca, como regla general, el que cualquier parte pueda llamar al proceso a un tercero, que se considere común a la causa; en segundo lugar, porque ello no encuentra ningún apoyo en nuestro Derecho histórico. Es más, no sólo no encuentra apoyo, sino que se niega tal efecto (29); y en tercer lugar, cabría apuntar que tal derecho del deudor demandado supondría una limitación del derecho que asiste al acreedor (cfr. arts. 1.137 y 1.144 C. civil) de considerar a cada uno de los deudores, deudor de la totalidad de la deuda (30).

De lo expuesto se deduce que en nuestro Derecho no parece posible que el deudor demandado pueda pedir que se suspenda el procedimiento para que sean citados y emplazados los demás codeudores solidarios. Tal negativa indudablemente perjudica a los deudores, tanto al demandado como a los que no lo fueron, pero no cabe olvidar que el régimen de la solidaridad pasiva es un régimen excepcionalmente gravoso para los

deudores como un supuesto de listisconsorcio cuasi-necesario o eventualmente necesario (a). No obstante, esta tesis ha sido duramente criticada por Serra Dominguez, calificando la aplicación de un listisconsorcio cuasi-necesario a la solidaridad pasiva como algo inútil y por lo tanto inexistente. En "Litisconsorcio" ob. cit., pág. 693.

(a)- Vid. Fairen Guillen, "Sobre el litisconsorcio ..." cit., pág. 143 y sig... Y en el mismo sentido Ramos Mendez en "Derecho procesal civil", Bosch, Barcelona 1.980, pág. 279 y 280.

(28) Esta solución ha sido empleada por la doctrina italiana y francesa en el caso de la solidaridad de deudores/. Para estos autores, el deudor solidario demandado puede oponer la "excepción dilatoria de garantía" y pedir un plazo para traer al pleito a sus codeudores. Véase sobre el tema a Caffarena Laporta, en "La solidaridad de deudores" cit., el cual hace un estudio muy detallado y completo de la cuestión.

(29) García Goyena considera que "en las obligaciones mancomunadas (solidarias) no puede el codeudor demandado pedir nunca término para emplazar a sus codeudores porque cada uno de ellos debe totum et totaliter". En "Concordancias, motivos, ..." cit., pág. 580.

(30) Vid. Caffarena Laporta, Jorge, que hace un estudio completo de las razones que hacen desestimar la postura comentada. En "La solidaridad de deudores" cit., pág. 15 y 16.

deudores y que busca las máximas garantías para el acreedor (31).

c) *La intervención voluntaria*

Descartada la posibilidad de que el deudor demandado pueda citar y emplazar a su codeudores en el proceso iniciado contra él, conviene plantearse la cuestión relativa a la intervención voluntaria, es decir, ¿pueden los codeudores intervenir en el proceso ya iniciado?. Parece una cuestión fuera de toda duda que cualquiera de los deudores no demandados pueda acudir al proceso e intervenir en él con carácter de litisconsorte (32).

Así lo aconseja el legítimo interés en intervenir para la defensa de su propio derecho que tienen los deudores solidarios no demandados, cuando resulta del artículo 1.252,3 del Código civil que a ellos se extenderán los efectos de la cosa juzgada.

d) *La cosa juzgada*

Del artículo 1.252 se desprende que, en el caso concreto de la solidaridad pasiva, la sentencia dictada contra uno sólo de estos deudores afecta a todos los demás, como si tal sentencia se hubiera dictado frente a todos ellos. En definitiva, este precepto está imponiendo una extensión de la eficacia de la cosa juzgada, en el sentido de que la sentencia firme producirá eficacia de cosa juzgada con respecto a los deudores solidarios no intervinientes en el proceso en que ésta recayó (33).

(31) La negativa, en nuestro derecho, de la llamada en garantía perjudica efectivamente a los deudores solidarios, pero conviene precisar que no se agrava, por ello, sus situación en la relación obligatoria.

(32) Serra Domínguez, trata este tema con profundidad, manteniendo la posibilidad de intervención de los codeudores del demandado en el proceso ya iniciado. Vid. "Intervención de terceros en el proceso" en Estudios de Derecho procesal, Barcelona, 1.969, pág. 229 y 230.

(33) Pese a la aparente claridad del precepto, la doctrina procesalista no se ha puesto de acuerdo sobre la interpretación de este artículo, pues mientras unos no tratan la cuestión, limitándose a describir simplemente el artículo, para otros se trata de un grave problema. Gomez Orbaneja (a), califica a este artículo de ilógico, señalando que "resístese, por ejemplo, el buen sentido a admitir que la sentencia ganada por el acreedor contra uno de los deudores solidarios pueda, en virtud de la extensión subjetiva de la cosa juzgada, afectar a los demás deudores, los cuales (medie o no confabulación), son dueños, conforme el artículo 1.148 del C. civil, de oponer todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que les sean personales. Y porque se resiste el buen sentido, se postula que esos otros deudores deben ser traídos al pleito (y por el demandante, pese al texto

Nuestra doctrina civilista, al comentar este precepto, trata de limitar los efectos de la citada extensión. Diez-Picazo mantiene, al respecto, que la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia recaía frente a un deudor solidario se extiende a los demás deudores, únicamente en dos supuestos: Por un lado, en el caso en que haya recaído sentencia absoluta fundada en causas comunes a todos los deudores, y por otro, en el supuesto de sentencias condenatorias respecto a los medios comunes de defensa opuestos y desestimados (34).

Puig Ferriol, también niega el efecto de la cosa juzgada en los casos de solidaridad de deudores (35). La argumentación que emplea este autor se basa en contraponer lo preceptuado por el artículo 1.144 a lo dispuesto en el propio artículo 1.252, ambos del Código civil. Es decir, a pesar de que el artículo 1.252 impone una extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada al resto de codeudores del que litigó, éste autor la rechaza basándose, para ello, en que el artículo 1.144 permite al acreedor dirigirse sucesivamente contra todos los deudores solidarios en tanto no haya cobrado la deuda por completo.

Pese a la opinión de estos autores, lo que resulta claro es que el párrafo tercero del artículo 1.252 establece una propagación de los efectos de la cosa juzgada a los cotitulares solidarios. Y así, la sentencia dada con-

categórico del artículo 1.144); o lo que es igual, se postula, con apoyo exclusivamente en el artículo 1.252 que el artículo 1.252 no opere”.

Este autor postula, en definitiva, la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario en la solidaridad de deudores, con lo cual, como ya se ha visto, no sólo contradice la opinión mayoritaria de la doctrina procesalista y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que también, topa con la naturaleza jurídica de la solidaridad pasiva, la cual excluye la aplicación de tal consorcio.

(a)- En “Derecho procesal civil” cit. pág. 410.

(34) En “Fundamentos de Derecho civil patrimonial”, cit. págs. 431 y 432.

(35) Efectivamente, este autor señala que obtenida sentencia de condena frente a uno o varios deudores solidarios “pese a lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código civil, es evidente que esta sentencia no produce los efectos de la 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 de que el acreedor puede dirigirse sucesivamente contra todos los deudores en tanto no haya recibido íntegramente la prestación (cfr. art. 1.144 C. civil). 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 según el artículo 1.144 C. civil en su proposición última, lo cual lleva a la afirmación de que la distinción entre sentencia favorable y desfavorable es institucionalmente fundada a la hora de fijar la eficacia de la cosa juzgada en materia de obligaciones solidarias, a pesar de que el artículo 1.252 del Código civil no establece tal distinción”. En “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre. Tomo II, Madrid, 1.976, pág. 474.

tra uno de estos codeudores afecta a todos los demás. Ello es acorde con el régimen jurídico de la solidaridad pasiva, puesto que, como ya se ha señalado, el artículo 1.141, apartado segundo, advierte lo mismo.

Es muy cierto, por otro lado, que el artículo 1.144 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, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. Y precisamente por ello, en éste artículo, sobre todo en su apartado final, se contempla, a nuestro juicio, la posibilidad de que mediante la sentencia firme de condena puede, el acreedor, dirigirse contra el patrimonio del deudor condenado en ejecución, no siendo obstáculo tal ejecución para las que posteriormente puedan dirigirse contra otro u otros de los deudores solidarios. Obsérvese que el inciso final de este precepto señala que “mientras no resulte *cobrada* la deuda por completo”. Aquí, el término “cobrada” es significativo en extremo y parece poder referirse a la sentencia de ejecución, pues no es probable que se refiera a la mera sentencia de condena, ya que ésta última *perjudica* a todos (arg. ex. art. 1.141,2 C. civil).

Así pues, como se ha puesto de manifiesto, los autores que han estudiado el tema han tratado de limitar al máximo la extensión de la cosa juzgada a los codeudores solidarios no intervinientes en el primer proceso. No obstante, por mucho que se trate de limitar sus efectos, cuando el artículo 1.252 dice que “se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito estén unidos a los que contendieron en el pleito anterior por vínculos de solidaridad”, es difícil pensar que haya establecido otra cosa que no sea que el deudor litigante en el segundo pleito es como si fuera el mismo deudor antes demandado a los efectos de la cosa juzgada (36).

IV. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

Efectuando una breve reconsideración de lo visto hasta aquí, nos encontramos que si, por un lado, y siguiendo lo preceptuado por el artículo 1.252, la solidaridad de deudores es uno de los supuestos en los cuales funciona plenamente la extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada y, por ello, el acreedor que ha obtenido sentencia favorable de condena contra uno de los deudores, no puede, puesto que se lo impide la propia presunción de veracidad de la cosa juzgada, reproducir el proceso

(36) Vid. Caffarena Laporta, en “Solidaridad...” cit. pág. 18 y ss.

declarativo correspondiente contra otro de los mismos deudores (37), es perfectamente lícito mantener la extensión de los efectos perjudiciales de la sentencia pronunciada contra uno, al resto de correos de éste. Dicho perjuicio se nos antoja, en línea de principio, indivisible e indisponible.

Piénsese, por ejemplo, en qué sucedería si el acreedor, después de haber obtenido sentencia firme de condena, solicita el despacho de la ejecución contra ese deudor vencido y condenado, y no se hallan bienes en su patrimonio puesto que resulta totalmente insolvente. Resultaría que habiendo obtenido resolución favorable no le sería posible resarcirse de su crédito dado que no podría dirigirse contra los codeudores, en un nuevo declarativo, puesto que ello se lo impide la propia presunción de cosa juzgada (38).

Evidentemente ello no es así, puesto que, por un lado, el artículo 1.144 faculta al acreedor para poder dirigirse contra otros deudores, después de haber intentado infructuosamente el cobro de la deuda contra uno de ellos. Pero, además, el propio artículo 1.252 impone, claramente, una extensión de efectos de la sentencia recaída contra un deudor, a los codeudores de éste, de tal modo que con esa sentencia puede el acreedor dirigirse, en ejecución, contra otros deudores que no fueron demandados. De la adecuada conjugación de los preceptos contenidos en los artículos 1.252 (cosa juzgada), 1.141,2 (comunicabilidad del perjuicio) y 1.144 (reclamación patrimonial, vía título ejecutivo), por lo

(37) ¿Tampoco en el supuesto de que obtenida sentencia favorable de condena contra uno de los deudores solidarios, y habiéndose procedido a solicitar el despacho de la ejecución contra su patrimonio, no fueron hallados en él bienes suficientes para cubrir el total importe de la deuda, quedando así cubierta, por ejemplo, la mitad de la misma. En tal caso, puede el acreedor dirigirse contra otro cualquiera de los deudores, nuevamente, solicitando el resto del importe de la deuda, o tal vez se lo impide la propia fuerza expansiva de la cosa juzgada?

Sin entrar en cuestiones profundas, hay que considerar que, a nuestro entender, falta aquí uno de los requisitos en los cuales se apoya la consideración de cosa juzgada, nos referimos a la perfecta identidad que se exige entre las cosas, es decir, en el primer proceso declarativo, el acreedor demandó el total importe de la deuda, y en el segundo se pretende accionar solamente por la mitad de ella. Por tanto, el "petium" no es el mismo y cabrá entender que en estos casos es perfectamente posible una nueva reclamación judicial de la deuda sin topar con la excepción de cosa juzgada.

(38) Nos encontraríamos, pues, de nuevo, con el efecto extintivo de la "litis contestatio", recordemos que en Derecho romano clásico, la reclamación que el acreedor dirigía contra uno de los deudores solidarios, reclamándole el importe de la deuda, extinguía su acción aunque no se hiciera efectiva la totalidad de ésta. Es decir, el acreedor sólo podía dirigirse contra uno de los deudores solidarios y con ello extinguía su acción, cobrará o no la totalidad de la deuda.

tanto, resulta la consideración preliminar de la ejecutabilidad de la resolución judicial.

No se olvide que todos son deudores por la totalidad. Así pues, y objetivamente, ¿qué objeciones pueden alegarse al hecho de que condenado un deudor solidario, dicha sentencia afecte a todo el grupo de codeudores, de la misma manera que si hubiera sido condenado cada uno de ellos en particular?.

a) *La presunta indefensión del deudor solidario no demandado*

Habida cuenta de todo lo dicho, es posible afirmar, pues, la admisibilidad, en sede de solidaridad pasiva, de la ejecución sobre el patrimonio de un deudor no demandado, de la sentencia de condena obtenida frente a otro de los deudores de la misma clase, lo que ha de ser perfectamente compatible con la sanción constitucional del principio de audiencia del artículo 24 de la Constitución. Porque si hasta aquí hemos mantenido, en definitiva, que cualquiera de los deudores solidarios puede ser ejecutado mediante la sentencia de condena ya aludida, ¿no se está produciendo con ello una vulneración de los principios consagrados por la Constitución?

En efecto, el artículo 24 de la Constitución, en su apartado segundo, como ya se ha visto, eleva a rango de Derecho público subjetivo el llamado principio de audiencia que, como ya sabemos, recoge la consideración de que nadie puede sufrir las consecuencias de una sentencia dictada en proceso en el cual no haya sido parte, puesto que no ha tenido ocasión de pronunciarse en él como mejor le conviniera. Consecuentemente, y en virtud del propio artículo 24 de la Constitución, nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio. la formulación de este principio, ¿es absoluta?... Hay excepciones?.

Si, por un lado, 1)- tenemos unos preceptos del Código civil, los cuales aconsejan entender que en los casos de solidaridad pasiva, la sentencia de condena pronunciada contra uno de los deudores perjudicará a los codeudores del que litigó, de tal manera que, dicha sentencia puede ser ejecutada sobre el patrimonio de cualquiera de esos deudores, incluso de aquellos que no fueron demandados, que deberán soportar, así, en su propio patrimonio, las consecuencias aludidas.

Y por otro, 2)- nos encontramos con el artículo 24, apartado primero, de la Constitución, que se opone categóricamente a los resultados al-

canzados con la aplicación del especial régimen jurídico de la solidaridad de deudores (puesto que tal precepto eleva a rango constitucional el principio de audiencia que, entendido en sus justos términos, equivale a mantener que en materia procesal no cabe la admisión de un supuesto en el cual a una persona se le niege la tutela efectiva de los jueces y tribunales, puesto que ello supondría la más absoluta y flagrante de las indefensiones), se deduce sin ninguna dificultad que los comentados preceptos del Código civil, mediante los cuales es posible mantener la postura apuntada, parecen colisionar con lo dispuesto en el artículo 24 mencionado, sobre todo en su apartado primero. Entendemos, con todo, que la contradicción es puramente formal.

Indudablemente, lo que se pretende con la consagración del rango constitucional del principio de audiencia es, fundamentalmente, la exclusión de cualquier tipo de indefensión. Dicho de otro modo, el bien jurídico protegido por el apartado primero del artículo 24 es la indefensión, en el sentido de que nadie puede verse compelido a soportarla. Por lo tanto, cabría estimar que, si se pretende ejecutar la sentencia de condena contra el patrimonio de uno de los deudores que no fue condenado (y que por ello no tuvo oportunidad de pronunciarse en el proceso declarativo) se está produciendo, según el propio artículo 24, la más absoluta de las indefensiones.

La indefensión que se podría producir al deudor solidario no demandado y ejecutado, funcionaría en un doble plano:

1) -En el plano de lo jurídico procesal- La indefensión aquí se produce como consecuencia de que resulta condenado de facto un deudor, el cual no ha tenido ocasión de alegar personalmente en el proceso, en el que se ha obtenido sentencia de condena, aquellas posibles excepciones personales que en él concurrían.

2) -En el plano de lo jurídico sustantivo- Esta indefensión, evidentemente, es consecuencia de lo anterior. Es decir, en la medida en que el deudor solidario no demandado tendría que soportar en su patrimonio las consecuencias del despacho de la ejecución, está cargando con unos perjuicios materiales (económicos) que, en definitiva, debería soportarlos, en principio, sólo el deudor efectivamente demandado y condenado.

V. RAZONES EN FAVOR DE LA NO INDEFENSIÓN DEL DEUDOR SOLIDARIO NO DEMANDADO

La doble indefensión expuesta parece ser el principal obstáculo que excluye la posibilidad de admitir la ejecución aludida. Por ello, en la medida en que se demuestre que en sede de solidaridad de deudores no se produce ningún tipo de indefensión (ni en el plano de lo jurídico procesal, ni en lo jurídico sustantivo) al ejecutar a un deudor no demandado ni condenado, estaremos advirtiendo de la posibilidad de una solución que no comprometa los principios jurídicos procesales tantas veces aludidos. Es decir, si el único obstáculo que se encuentra para no admitir la ejecución del no demandado es la posible indefensión que ello le produciría, demostrando que no hay tal indefensión, no se encuentran otras razones para no aceptar plenamente la solución propugnada: a saber, la ejecución del no demandado.

a) *El artículo 1.148 y las excepciones oponibles por el deudor demandado*

Este precepto está destinado a establecer los posibles medios de defensa de que puede valerse el deudor solidario reclamado por el acreedor. En efecto, tal precepto dispone que “el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables”.

Se pone, pues, a disposición del deudor demandado, tres tipos de excepciones de las cuales puede valerse frente a las reclamaciones del acreedor. En primer lugar, las excepciones reales, que son las derivadas de la naturaleza de la obligación; en segundo lugar, las excepciones personales propias; y en tercer lugar, las excepciones que personalmente correspondan a los demás deudores solidarios (39). Con ello se faculta, en

(39) El tratamiento que dispensa nuestro Código a la cuestión del empleo de las excepciones que personalmente corresponden a los demás deudores solidarios, podríamos calificarlo de novedoso. En efecto, este precepto, que con su misma redacción, aparece regulado en el artículo 1.165 del Anteproyecto de Código civil de 1.882-88 (a), proviene del Proyecto de 1.851 (b), el cual, y siguiendo la pauta establecida por el Código civil francés, disponía en su artículo 1.067 que: “El deudor mancomunado (léase solidario) puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, o sean comunes a todos los codeudores. Podrá también oponer todas las que le sean personales pero no las que lo sean de los demás codeudores”.

(a)- Vid. Peña Bernaldo de Quiros, “El Anteproyecto...” cit. pág. 365

(b)- Vid. García Goyena, “Concordancias...” cit. pág. 537 y sig.

definitiva, al deudor demandado, el que pueda alegar en el proceso todo aquello que se podría oponer a la pretensión del acreedor. Es decir, se le permite excepcionar no sólo sus propios medios de defensa (excepcionales reales y personales propias) sino que, también, los de sus codeudores no demandados (excepciones personales de éstos). Consecuentemente, ¿en qué medida se produce indefensión de un deudor solidario no demandado y al que se pretende ejecutar, si resulta que todo lo que hubiera podido oponer al acreedor, lo ha opuesto (40), en su nombre, aunque en interés propio, el demandado? (41).

Quizá, el único supuesto que puede plantear problemas sea el del deudor solidario demandado que pudiendo oponer una excepción personal propia del no demandado, no la opone. En primer lugar, conviene

(40) Resulta claro, a nuestro juicio, que si el deudor demandado hace uso de las excepciones que le asisten (tanto las propias como las de sus codeudores) no se produce indefensión del deudor no demandado y ejecutado. No obstante conviene analizar los supuestos en los cuales el deudor demandado no hace uso de esas excepciones.

a)- *Primera hipótesis.* El deudor solidario demandado podía oponer una excepción real en el proceso declarativo ordinario - Si el demandado, pudiendo oponer una excepción derivada de la naturaleza de la obligación, no hace uso de ella y el acreedor mediante la sentencia de condena pretende ejecutar al deudor no demandado, parece, en este caso, que puede producirse indefensión sobre tal deudor, dada la resignación del condenado sobre la excepción de prescripción (por ejemplo). Esa posible indefensión deriva de la consecuencia de que si hubiera sido efectivamente demandado el deudor que se pretende ejecutar, habría podido oponer la excepción real que el demandado no opuso, y se libraría, caso de que fuera estimada, de tener que pagar el total importe de la deuda. Se deduce, pues, el hecho de no ser opuesta por el demandado esa excepción real, un perjuicio para *todos* los deudores solidarios no demandados. Tal perjuicio no conlleva, a nuestro juicio, indefensión alguna para el deudor ejecutado, pues en la medida en que el deudor condenado ha renunciado a la prestación ganada frente al acreedor, al no oponerle la correspondiente excepción, continúan todos y cada uno de ellos obligados por la totalidad de la deuda, y el deudor no demandado y ejecutado deberá pagarla. La indefensión aquí no perjudica, pues la condición de los deudores no se agrava por ello (cfr. el art. 1.147 del C. civil, del cual se desprende la posibilidad de que cualquier deudor solidario puede, con su conducta, agravar la situación de los demás deudores en la obligación). Pero en el supuesto que nos ocupa no hay perjuicio y, por ende, tampoco indefensión. La excepción de prescripción corresponde, en definitiva, a la discrecionalidad del demandado.

b)- *Segunda hipótesis.* El deudor demandado podía oponer una excepción personal propia en el proceso declarativo ordinario. Si el deudor demandado no hace uso de una excepción personal propia, sigue sin producirse indefensión del no demandado y condenado. La razón de ello se encuentra en el hecho de que el demandado puede perfectamente renunciar a utilizarla, y ello no agrava la responsabilidad del deudor no demandado y ejecutado. Al no oponerse tal excepción, será ejecutado por la totalidad de la deuda, pero posteriormente podrá repetir contra sus codeudores por la parte que les correspondía a cada uno de ellos en la obligación, incluso contra el deudor demandado, el cual no podrá oponerle la excepción personal que no utilizó contra el acreedor.

(41) Piénsese en el supuesto en el que habiendo dos deudores solidarios, el acreedor se dirige contra uno de ellos, obteniendo sentencia de condena, y solicitando el despacho de

matizar que las excepciones personales del deudor no demandado pueden oponerse, por el demandado, *en nombre ajeno y en interés propio*, con lo cual, el deudor demandado que las oponga, no sólo está defendiendo su propio interés, sino que, además, lo hace aduciendo razones ajenas y aún beneficiando, indirectamente, al titular de éstas. En cualquier caso, si el deudor demandado no hace uso de esa excepción personal propia de uno de sus codeudores, tampoco se produce indefensión. Veamos: en el supuesto en que el demandado no oponga, en el declarativo ordinario, por ejemplo, la excepción personal de falta de capacidad del deudor no demandado, no por ello se produce indefensión sobre ese deudor que no fue demandado. Y no se produce indefensión puesto que ese deudor podrá hacer valer su propia excepción incluso fuera del proceso declarativo ordinario.

En efecto, cuando se pretenda ejecutar al deudor no condenado, podrá éste oponerse al despacho de dicha ejecución, alegando lo preceptuado en el número 1º del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Tal precepto dispone que “podrá pedirse igualmente que se declare nulo el juicio: 1º. Cuando *la obligación* o el título en cuya virtud se hubiere despachado la ejecución fueren nulos”. Consecuentemente, el deudor no demandado que disponga de una excepción personal, como por ejemplo, la minoría de edad, ya haya sido opuesta o no por el deudor demandado, no podrá ser ejecutado, dado que a ello se opone la nulidad de la obligación (con respecto a él) por virtud de la cual se solicita el despacho de la ejecución previa la sentencia de condena.

Pero es necesario destacar, por otro lado, que *esta inejecutabilidad de la sentencia de condena contra el deudor no demandado no se debe a la vigencia aquí del principio de audiencia* (es decir, que se produzca indefensión), sino a la falta de legitimación pasiva que produce en ese deudor la concurrencia de la excepción personal. De todo lo expuesto se desprende que es posible ejecutar, pues, al deudor solidario no demandado sin que por ello se conculque el principio de audiencia que consagra la Constitución en su artículo 24, apartado primero. Con la salvedad, ya vista,

la ejecución contra el otro deudor que no ha sido demandado. Supongamos, y ello es posible, que no pueda oponérsele al acreedor excepción alguna, entonces ¿en qué medida se produce indefensión del deudor no demandado y ejecutado cuando, de haber sido demandado hubiérase sido igualmente condenado al pago, pues no podrá haber opuesto ningún tipo de excepción?. Recuérdese que todos y cada uno de los deudores solidarios deben la totalidad de la deuda, y que el acreedor puede dirigirse contra el deudor que prefiera, a su elección.

¿Qué perjuicio se produce, pues, al deudor ejecutado cuando resulta que debía la totalidad de la deuda, y con ello no ha hecho más que cumplir con su obligación?.

de que se intente ejecutar a un deudor no demandado en el cual concurra una excepción personal. En tales supuestos, no es posible despachar ejecución contra ese deudor. Pero ello no se debe a la aplicación del principio de audiencia, sino que su inejecutabilidad es debida a la falta de legitimación pasiva de tal deudor solidario, pues que una sentencia de condena, cualquiera que sea, no puede ejecutarse contra aquél que ni siquiera podía ser condenado, dada la naturaleza de las normas civiles sobre la nulidad del título o contrato del que deriva la obligación (cfr. arts. 1.300 y sig. C. civil). En estos casos, al deudor solidario no podrá ni siquiera condenársele, pues oponiendo la nulidad del contrato, del cual deriva la obligación que se intente declarar, paraliza la pretensión del acreedor. Es más, tal deudor no podrá ser *nunca* condenado y ejecutado, por esa obligación, puesto que, a pesar de que la acción de nulidad sólo dura cuatro años, en vía de excepción es perpetua.

b) *Ausencia de excepciones que puedan ser opuestas por el deudor demandado*

Podría aún entenderse que se produce una indefensión material, en la medida en que dicho deudor no demandado debe cagar con los perjuicios materiales que suponen el pago total de la deuda que debería soportar, en principio, el deudor demandado y condenado. A pesar de lo expuesto no se produce esta aludida indefensión material, por un lado porque en virtud del artículo 1.137 del Código civil, tanto el deudor demandado como el que no lo fue deben la totalidad de la deuda y, como consecuencia de ello, la acción de condena dictada contra uno afecta, perjudicando, al otro como si se hubiera dictado contra él mismo (arg. ex. art. 1.141, 2 C. civil). Y, por otro lado, cuestión sumamente importante es que la pretendida indefensión material queda totalmente excluida por el instituto de la subrogación en los derechos del acreedor.

El artículo 1.210 del Código civil dispone, a ese respecto, que “se presumirá que hay subrogación: 3º. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”. De este precepto resulta claro que las únicas personas que pueden subsumirse en tal situación no pueden ser otras que el *deudor solidario* y el fiador, que, naturalmente, son personas que tienen un claro interés en subrogarse en los derechos del acreedor.

No hay duda de que el deudor solidario está interesado en la obligación, lo está hasta tal punto que la debe. De tal modo que, no sólo puede pagar y extinguir, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.158 del Có-

digo civil, sino que también puede perfectamente no extinguir o adquirir el crédito del acreedor pagado. El deudor solidario, como tal deudor, tiene un interés indudable en cumplir la deuda a la que se obligó para liberarse de la misma, y precesamente por ese interés, la ley le presume que con su pago no extingue la obligación (42).

El artículo 1.210, 3º del Código civil, está diciendo, en definitiva, que normalmente el deudor solidario, cuando paga la deuda, paga con intención de subrogarse en los derechos y en las acciones (consecuentemente, en el crédito) del acreedor al que debía y esta sujeto. Ello es así porque la ley le presume un interés en no extinguir un crédito que servirá, al no extinguirlo, para reclamar de sus codeudores, lo mismo que a él, siendo deudor, le hubiera reclamado el acreedor. De tal manera, pues, el deudor que ha pagado la totalidad de la deuda en interés y nombre propio, puede hacer uso del mismo crédito que disponía el acreedor, salvo, naturalmente, en su parte confundida, para reclamar de sus codeudores la parte que les corresponda en la obligación (43).

En suma pues, el deudor solidario que paga la totalidad de la deuda se le presume que lo hace sin intención de extinguirla, adquiriendo el crédito, por ello, en identidad de condiciones (44) en que lo tenía el acreedor. Con ello se quiere poner de manifiesto que, a menos que “renuncie” al beneficio de la subrogación, el deudor solidario siempre realiza el pago con el deseo de no extinguir la obligación. Por ello, el artículo 1.210 3º, con tal presunción, exime del deber de demostrar otra cosa que no sea su propia condición de deudor solidario y el hecho del pago (45).

Habida cuenta de todo lo expuesto, ¿qué indefensión puede producirse en el deudor no demandado y ejecutado, el cual se ha visto compelido a pagar la totalidad de la deuda, si resulta que por el hecho del pago

(42) De una forma más categórica se pronunciaba el artículo 1.117 del Proyecto de 1.851, al establecer que la subrogación “tiene lugar por disposición de la ley a favor... del que paga por interés en el cumplimiento de la obligación”. García Goyena, al comentar este precepto aclara que tal interés lo tiene el deudor mancomunado (solidario) y el fiador. Vid. “Concordancias...,” Cit.

(43) Lo que nunca puede ser objeto de la subrogación del deudor solidario es lo que en realidad debe (su parte de la deuda en la relación interna), que es lo mismo que no puede nunca recuperar de sus codeudores. El resto, pagando la totalidad de la deuda, puede no extinguirlo y recuperarlo a través del crédito al cual se ha subrogado.

(44) Naturalmente, salvo los efectos de la confusión. Confróntese el artículo 1.194 del Código civil, el cual señala que “la confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la porción correspondiente al acreedor o deudor quien concurren los dos conceptos.”

(45) Sobre la subrogación en el crédito véase Hernández Moreno, Alfonso, en “El pago del tercero”, Barcelona, 1.983. En el que se analizan detalladamente los supuestos del artículo 1.210 del Código civil.

se le transfiera el crédito que ostentaba el acreedor y en sus mismas condiciones?. En efecto, según el artículo 1.212 del Código civil, “la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”. Ello quiere decir, sencillamente, que no puede hablarse de indefensión ni de perjuicio causado al deudor solidario demandado y posteriormente ejecutado, puesto que por el hecho de haber procedido al pago la ley le presume la subrogación en el crédito del acreedor pagado, y en sus mismas condiciones, lo cual quiere decir que adquiere un crédito que ya ha sido declarado y ejecutado. ¿Qué mejores garantías pueden ofrecérsele?.

Cabe resumir, en fin, que en ningún caso se produce indefensión sobre el deudor solidario que no ha sido condenado y al que se pretende ejecutar (46).

(46) Aunque en “obiter dicta” así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia de 17 de Febrero de 1.984, ya que “en el recurso que resolvemos se ha suscitado, aunque sin una formulación contundente, la cuestión relativa a si Doña Dolores Tomás Pravia podía haber sido lesionada en los derechos que le reconoce el artículo 24 de la Constitución en la medida en que ha sufrido las consecuencias de un procedimiento sin haber sido parte de él, sin haber sido oído y sin haberse podido defender. Frente a esta alegación o argumentación se ha dicho que el artículo 88 de la Ley del Suelo establece una regla de subrogación real en materia de situaciones urbanísticas, que son, por regla general, vínculos “ob rem”. Además de ello ha de señalarse que el principio de eficacia de la cosa juzgada, tal como se encuadra configurada en nuestro Derecho positivo, y en especial por el artículo 1.252 del Código civil determina que en un caso como el presente no se contraviene el artículo 24 de la Constitución, sino que el efecto frente al causahabiente de la sentencia o decisión recaída en proceso seguido contra el causante es rigurosa aplicación del mismo. Lo decidido en un procedimiento vincula a los causahabientes de los que fueron parte en ese procedimiento y a los que están unidos a ellos por vínculos de la solidaridad, quienes no pueden pretender reabrir el proceso, ejercer la pretensión contradictoria con la ya resuelta y, además, *han de soportar la ejecución de la decisión o sentencia dictada en el proceso seguido contra su causante o codeudor solidario*”.

Vid. Sentencia Tribunal Constitucional, en Recurso de Amparo número 59/1.983. Sentencia número 22/1.984, de 17 de Febrero. Sexto Fundamento Jurídico. Nótese la claridad con que el Tribunal Constitucional (en la voz de su ponente Luis Díez-Picazo) mantiene (aún en “obiter dicta”) la posibilidad de ejecución del deudor solidario no demandado sin que por ello se conculque el artículo 24 de la Constitución y el fundamental principio de audiencia. El subrayado es nuestro.