

La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria (art. 1111 CC)

FRANCISCO JORDANO FRAGA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Cádiz

A mis alumnos en las Facultades de Derecho de Sevilla, Cáceres y Jerez, tras dieciséis años de servicio.

SUMARIO: I. *Necesidad de demandar, por el acreedor subrogante-actor, en todo caso, al tercero que es sujeto pasivo del poder jurídico deuditorio subrogatoriamente ejercitado.*—II. *Posición, al respecto, de los Derechos italiano y portugués.*—III. *La situación en el Derecho francés.*—IV. *Panorama doctrinal español sobre la cuestión.*—V. *El ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria y las condiciones de su (eventual) control judicial a posteriori.*—VI. *Fundamentación de la existencia del litisconsorcio pasivo necesario en este caso:* A) Principios generales a considerar sobre la fundamentación del litisconsorcio pasivo necesario y la determinación de sus hipótesis. B) Fundamentación del litisconsorcio pasivo necesario en el supuesto de ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria.—VII. *Consideración especial del problema de la cosa juzgada:* A) Principios generales sobre el ámbito subjetivo de la cosa juzgada. B) Cosa juzgada y ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria en otros ordenamientos de situación legislativa análoga al Derecho español (Francia e Italia antes del vigente Código civil italiano). C) Aplicación de los principios generales de la cosa juzgada al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria. D) Ejercicio judicial subrogatorio y sustitución procesal. E) Refutación de otros argumentos a favor de la extensión de la cosa juzgada al deudor subrogado no demandado. F) Mi conclusión.—VIII. *Las consecuencias de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario (falta, de demanda, por el acreedor-actor, del deudor subrogado):* A) Antes de dictarse sentencia firme (en el curso del juicio subrogatorio). B) Recaída sentencia firme (concluido el juicio subrogatorio).—IX. *La integración del juicio (subrogatorio) para evitar las consecuencias de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario (por no haber demandado, también, al deudor subrogado).*—X. *Otros aspectos del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria.*—XI. *La posición de los demás acreedores del deudor subrogado distintos del acreedor subrogante-actor.*

I. NECESIDAD DE DEMANDAR, POR EL ACREEDOR SUBROGANTE-ACTOR, EN TODO CASO, AL TERCERO QUE ES SUJETO PASIVO DEL PODER JURÍDICO DEBITORIO SUBROGATORIAMENTE EJERCITADO

Que cuando la legitimación subrogatoria, *ex* artículo 1111 CC o norma extranjera equivalente, se ejercita judicialmente, el acreedor subrogante –actor/demandante– haya de demandar al *tercero* –persona ajena a la relación obligatoria que vincula a acreedor subrogante y deudor subrogado– que es *sujeto pasivo* del poder jurídico de que es titular (sujeto activo) el deudor subrogado y de cuyo ejercicio (judicial) subrogatorio se trata, nunca ha ofrecido la menor duda a la doctrina, sea nacional que extranjera ¹

Resultado éste al que, en efecto, es forzoso llegar, desde el momento en que se postula como rasgo definitorio de la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, y, por tanto, requisito (legal) de la misma ², la existencia, en el poder jurídico deudor de cuyo ejercicio en vía subrogatoria se trata, de una pretensión (o contrapretensión) *contra* un tercero, y, con ella, la existencia, consecuentemente, de un sujeto pasivo contra el cual se ejercita la pretensión (o contrapretensión) de que el deudor subrogado es titular.

Por lo que, obviamente, desde tales presupuestos definitorios/legales, se impone por sí mismo, que si sólo cabe la legitimación subrogatoria respecto de poderes jurídicos de esas características, el acto de ejercicio (*judicial o extrajudicial*) de los mismos cuando se realiza *subrogatoriamente* por el acreedor del deudor-titular, ha de dirigirse necesariamente contra el tercero sujeto pasivo, exactamente igual que si el deudor-titular lo hubiera realizado *personalmente*.

A este tercero, sujeto pasivo del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado y, como tal, necesariamente legitimado pasivamente para la demanda subrogatoria –cuando la legitimación subrogatoria se ejercita judicialmente–, lo llamaré sucesivamente, por razones de brevedad y claridad, y como, por otra parte, es frecuente en la doctrina, *deudor deudor*, en el sobreentendido que aquí se emplea tal expresión (como por la doctrina usual a que ahora me refiero) en ese sentido tan amplio: también válido para los sujetos pasivos de poderes jurídicos del deudor subroga-

¹ Vid., p. ej., DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1993 (4.ª ed.), núm. 20, p. 743; GARCÍA AMIGO, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, *sub* artículo 1111, pp. 66 ss., y allí, p. 70, VI, A); LACRUZ SANCHO, en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1, Barcelona, 1985 (2.ª ed.), núm. 152, p. 323; MONTERO AROCA, *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona, 1972, p. 83; MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. (Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione)*, Milano, 1975, p. 314.

² Vid. mi *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1111 CC) (Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación)*, Madrid, 1996, pp. 115 ss. (y allí, otras referencias doctrinales).

do que no sean créditos de éste (y, por tanto, terminología, así, igualmente extensible a quienes, en rigor, no son deudores del deudor subrogado).

Así como la necesidad de demandar subrogatoriamente al *debitor debitoris* es evidente, indiscutida e indiscutible, suscita, en cambio, discusión (en aquellos países donde no está resuelta expresamente por la ley) la cuestión de si el deudor subrogado ha de ser demandado por el acreedor subrogante-demandante.

Como la legitimación pasiva del *debitor debitoris* es indisputada, mientras la del deudor subrogado (allí donde no se establece en forma expresa por la ley) es discutida, ello conduce al resultado de que el problema de la legitimación pasiva respecto del ejercicio judicial de la acción subrogatoria por su titular (acreedor subrogante), se plantea, de *facto*, en términos³ de si el deudor subrogado ha de ser, o no, también demandado junto con el *debitor debitoris*; de si la demanda del acreedor subrogante-actor ha de ser *sólo* contra este último o *conjunta* contra los dos referidos sujetos.

Es ése, pues, ante tal estado de cosas, el problema que hay que resolver, y precisamente de él me ocuparé en las páginas sucesivas.

II. POSICIÓN, AL RESPECTO, DE LOS DERECHOS ITALIANO Y PORTUGUÉS

La cuestión de que ahora me ocupo, ha encontrado solución explícita en el vigente Código Civil italiano. Dispone, a tal efecto, su artículo 2900-II⁴, que si la legitimación subrogatoria se ejercita judicialmente, el acreedor subrogante (actor-demandante) ha de demandar también

³ Vid., p. ej., para nuestro Derecho: ATAZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1988, p. 110; CRISTÓBAL MONTÉS, *La vía subrogatoria*, Madrid, 1995, pp. 156-157; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., núm. 20, p. 743; LACRUZ, *Elementos de derecho Civil*, II, I, Barcelona, 1977, p. 156; LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, II, I (1985), cit., núm. 152, p. 323; MONTERO AROCA, *La intervención*, cit., p. 83; CORTÉS (V.), «El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDProc.*, 1976, pp. 369 ss., y allí, p. 387.

Para el Derecho extranjero, *vid.*, p. ej., ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, Coimbra, 1992 (5.ª ed.), núm. 432, p. 442; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III-2 y IV, Milano, 1955, p. 178, e); CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, núm. 5, p. 109; GIAMPICCOLO, voz., «Azione surrogatoria», en *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 950 ss., y allí, núm. 6, p. 958; LAURENT, *Principes de Droit civil*, XVI, Bruxelles-Paris, 1893 (5.ª ed.), núm. 400, p. 459; MONTELEONE, *op. cit.*, núm. 3, p. 327; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria)*. *Appunti delle lezioni*, Milano, 1974, núm. 17, p. 119; PATTI, en *Trattato di Diritto Privato* (dir. P. Rescigno), 20, Torino, 1990 (reimp.), p. 132.

Porque el estado de cosas, sobre este punto, es el que se dice, es por lo que el artículo 2900-II C. Civ. it., al consagrar la necesidad de demandar al deudor subrogado, cuando la legitimación subrogatoria se ejercita judicialmente por el acreedor subrogante, lo ha hecho en términos de que el deudor subrogado debe ser *también* demandado (o sea, *además*, del *debitor debitoris* y junto con éste, cuya legitimación pasiva, por tanto, se presupone legalmente).

Artículo 2900-II C. Civ. it.: «Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare *anche* il debitore al quale intende surrogarsi».

⁴ Vid. su texto, *retro*, en la nota precedente.

(además de al *debitor debitoris*) al deudor subrogado y titular del poder jurídico así (subrogatoria y judicialmente) ejercitado.

De lo literalmente dispuesto en el artículo 2900-II C. Civ. it., extrae, como primera conclusión la doctrina italiana⁵, con un fácil argumento *a contrario* [dado que la exigencia procesal establecida en la norma sólo se refiere al caso del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria: «*qualora (il creditore) agisca giudizialmente*»] una implícita autorización legal del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria. O sea, el ejercicio subrogatorio *no* ha de ser *necesariamente* judicial, pero cuando lo sea el acreedor subrogante, actor y demandante, ha de demandar, conjuntamente, a deudor subrogado y *debitor debitoris*. El acreedor subrogante puede, por tanto, a título de ejemplo, recurrir a la legitimación subrogatoria para reclamar extrajudicialmente el pago debido al propio deudor –titular del crédito así, subrogatoria y extrajudicialmente, reclamado–, constituir extrajudicialmente en mora al *debitor debitoris* (por intimación extrajudicial y subrogatoria) o interrumpir extrajudicialmente (por reclamación extrajudicial y subrogatoria) la prescripción extintiva afectante a un derecho patrimonial de su deudor.

En segundo lugar, y por lo que concierne más directamente al tema de nuestro interés, de la clara exigencia legal que el artículo 2900-II C. Civ. it. expresa con relación al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, la doctrina italiana⁶ deduce (lógicamente) que en el juicio subrogatorio (en el que se ventile la admisibilidad de la legitimación subrogatoria respecto de un concreto poder jurídico del deudor subrogado) siempre han de estar presentes, como partes procesales, tres sujetos –los tres directamente implicados en el objeto de tal concreta litis: acreedor subrogante, deudor subrogado y tercero-*debitor debitoris*–; y que, consecuentemente, aquel de ellos que promueve o inicia dicho juicio, como demandante (normalmente, el acreedor subrogante –por ser ésta la situación normal, es, también, precisamente, la única que el legislador italiano contempla–), ha de llamar al juicio –ha de demandar– necesariamente, por imperativo legal, a los otros dos (deudor subrogado y *debitor debitoris*, en esa misma situación normal que el legislador italiano contempla).

Esta *necesidad* de demandar conjuntamente a dos personas, por parte del actor-demandante, para llevarlos a un único juicio que será resuelto con una única sentencia, implica, en sentido técnico procesal, una situa-

⁵ *Vid.*, p. ej., así, NICOLÒ, en *Commentario Scialoja/Branca del Codice Civile* (arts. 2900, 2969), *sub*, artículo 2900, Bologna-Roma, 1957, p. 155, *a*); NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, núm. 4, pp. 38-39; GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 1, p. 951; CICU, *L'obbligazione*, *cit.*, núm. 5, p. 109; PATTI, *op. cit.*, núm. 12, p. 135; MONTELEONE, *op. cit.*, núm. 11, p. 432; BRUNELLI, *voz* «Azione surrogatoria», en *Novis. Dig. it.*, II, Torino, 1981 (reimp.), pp. 182 ss., y allí, p. 182.

⁶ *Vid.*, p. ej., MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 311 (núm. 2), 313, 314, 327 (núm. 3), 334 y 387; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, núm. 17, p. 119; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1995 (reimp.), p. 425; CICU, *L'obbligazione*, *cit.*, núm. 5, p. 109; GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 4, pp. 954-955, y núm. 6, p. 958; BETTI, *op. cit.*, p. 178, *e*); NICOLÒ, *op. cit.*, p. 20; PATTI, *op. cit.*, p. 132; BRUNELLI, *voz cit.*, p. 182.

ción de *litisconsorcio pasivo necesario* (puesto que la pluralidad de partes se da en el lado pasivo de la relación procesal), situación que, en el caso más normal —del acreedor titular de la legitimación subrogatoria como actor-demandante—, el que contempla el artículo 2900-II C. Civ. it., afecta, como codemandados, a deudor subrogado y *debitor debitoris*⁷.

Parece claro que se inspiró en el ejemplo italiano el vigente Código Civil portugués. Pues su artículo 608⁸, de forma enteramente análoga a lo que prescribe el artículo 2900-II C. Civ. it., señala que cuando la legitimación subrogatoria se ejercita judicialmente por el acreedor subrogante, éste ha de demandar (también) al deudor subrogado.

Y la doctrina portuguesa⁹, sobre esa base legal, llega, también aquí, a la misma doble conclusión: *a*) de que es igualmente posible un ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria —implícitamente autorizado en el artículo 608 CC port. *a contrario*: la exigencia procesal en él contenida sólo se refiere al caso del ejercicio judicial de la acción subrogatoria, luego cabe también el extrajudicial—; *b*) de que cuando la legitimación subrogatoria se ejercite judicialmente por el acreedor subrogante (como actor-demandante), éste, *ex* artículo 608 CC, port., ha de demandar, además de al *tercero-debitor debitoris*, también al deudor subrogado, exigencia legal que crea, entre ambos sujetos codemandados, una situación procesal de *litisconsorcio (pasivo) necesario*.

En mi opinión, por las razones que expondré más adelante, es esta misma solución, italiana y portuguesa, la que debe aplicarse en el Derecho español, aun a falta en él de una explícita disposición normativa en tal sentido.

Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar, no es ése el parecer de nuestra doctrina mayoritaria, la cual, aun conociendo¹⁰ la exigencia legal que resulta para los Derechos italiano y portugués, no la considera vigente, a falta de norma expresa en el mismo sentido, en el nuestro.

Según creo, en la formación de este parecer, claramente mayoritario entre nosotros, ha tenido mucho que ver la influencia de la doctrina francesa, cuya opinión se forma sobre un Código Civil, el francés, que, al igual que el nuestro, tampoco establece expresamente la necesidad de demandar al deudor subrogado, siempre que la legitimación subrogatoria se ejercite judicialmente.

⁷ En concreto, hablan, en la doctrina italiana, de *litisconsorcio necesario*, como consecuencia de la exigencia legal impuesta en el artículo 2900-II C. Civ. it.: MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 327 (núm. 3), 334 y 387; CICU, *L'obbligazione*, cit., núm. 5, p. 109; GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 6, p. 958; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, núm. 17, p. 119; BIANCA, *op. cit.*, p. 425.

Se ha pronunciado en igual sentido la jurisprudencia italiana (véanse las citas en: MONTELEONE, *op. cit.*, p. 327, nota 43; BIANCA, *op. cit.*, nota 37, p. 425; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. y loc. cit.*).

⁸ Artículo 608 CC, port.: «Sendo exercida judicialmente a subrogação, é necessária a citação do devedor».

⁹ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, núm. 432, pp. 442-443.

¹⁰ *Vid.*, p. ej., CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1983 (13.ª ed. rev. por García Cantero), nota 1, p. 285 (situación en Italia y Portugal); ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, 1978 (5.ª ed.), p. 322, c) (Derechos italiano y portugués); CRISTÓBAL, *op. cit.*, p. 157 (situación según el Código Civil italiano).

III. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS

Para el Derecho francés, donde, como acabo de recordar, su Código Civil, en la sede de la subrogatoria (art. 1166 CC. fr.), no se pronuncia explícitamente sobre el problema que aquí nos ocupa, la gran mayoría de la doctrina francesa¹¹ se ha pronunciado en términos de que, a los efectos del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, *no* es necesario que el acreedor subrogante-actor demande, además de al tercero-*debitor debitoris*, al deudor subrogado. Opinión también secundada por la (escasa) jurisprudencia francesa que se ha pronunciado sobre la cuestión¹².

Por tanto, puesto que allí se entiende, mayoritariamente, que en el juicio subrogatorio no es legalmente necesario demandar al deudor, la conclusión evidente que de ello se saca, es que el tercero-*debitor debitoris* no puede pretender —por vía de *excepción*, opuesta a la demanda del acreedor subrogante-actor— que se desestime la demanda contra él subrogatoriamente ejercitada por el acreedor, si éste no ha demandado, tam-

¹¹ *Vid.*, en tal sentido, p. ej., AUBRY/RAU, *Cours de droit civil français*, IV, París, 1871 (4.ª ed.), nota 4, p. 118, pp. 120 y 122, y nota 18; COLIN/CAPTANT, *Curso elemental de derecho civil*, III, Madrid, 1987 (reimp. de la 4.ª ed. española, revisada y puesta al día por Batlle; notas de Derecho español por De Buen), p. 83; LAURENT, *Principes*, XVI, cit., núm. 400, pp. 459-460, y núm. 408, p. 468; MARTY/RAYNAUD/JEZTAZ, *Droit civil. Les obligations*, tomo 2 (*Le régime*), París, 1989 (2.ª ed.), núm. 153, p. 138; ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, en Planiol/Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations* (segunda parte), París, 1954 (2.ª ed.), núm. 916, pp. 247-248; MAZEAUD (H., L. y J.), *Leçons de droit civil*, II, 1, París, 1978 (6.ª ed. revisada por Chabas), núm. 972, pp. 1014-1015.

¹² A este respecto, los autores franceses, *vid.*, por ej.: LAURENT, *op. cit.*, p. 459, y nota 4; MAZEAUD, *op. cit.*, p. 1014, núm. 972, nota 1; ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *op. cit.*, p. 248, nota 1; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXV, París, 1869, núm. 107, p. 105, suelen citar y transcribir o resumir la doctrina de una vieja sentencia de la casación francesa (sent. 23 enero 1849, *Rec. Dalloz.*, 1849, 1, 42), que argumentaba la no necesidad legal de demandar al acreedor subrogante también al deudor subrogado, diciendo que si la parte procesal demandada (el *debitor debitoris*) juzga útil o necesaria la presencia del deudor subrogado en el juicio subrogatorio, está ello bien a su alcance, llamándole, a tal efecto, a la causa.

Otras citas de jurisprudencia francesa, en el mismo sentido de la no necesidad legal de demandar también al deudor subrogado, pueden verse en MAZEAUD y ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *opp. y locc. últ. citt.*

Afirman ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE (*op. cit.*, núm. 916, p. 247, y notas 3 y 4, con jurisprudencia allí citada) que en caso de embargo-ejecución ejercitado en vía subrogatoria, la casación francesa sí exige la demanda del deudor subrogado, en nombre del cual actúa el acreedor subrogante. Las razones aducidas para ello son que la llamada a la causa de su deudor, por el acreedor subrogante-ejecutante en vía subrogatoria, es necesaria para que sea válidamente determinada la suma que debe ingresar en el patrimonio del deudor subrogado y la parte de esa suma total que debe ser atribuida al acreedor subrogatoriamente ejecutante. Puesto que tales razones son propias del embargo-ejecución, creen los referidos autores que en los demás casos la demanda del deudor subrogado es sólo facultativa del acreedor demandante en vía subrogatoria, y no ya preceptiva.

Observan los MAZEAUD (*op. cit.*, núm. 972, p. 1015, y nota 3) que cuando a la acción subrogatoria se acumula una acción para determinar las sumas debidas, al acreedor subrogante y demandante, por el deudor subrogado, entonces sí se impone, en la jurisprudencia francesa que citan, al acreedor, la necesidad de demandar también al deudor subrogado, pues entonces el acreedor subrogante se dirige judicialmente también contra *su* deudor, pero *no* ejercitando contra éste la subrogatoria (un derecho del deudor subrogado), sino *su* propio derecho de crédito que tiene por sujeto pasivo al deudor subrogado.

bién, al deudor subrogado¹³; ni, mucho menos, por supuesto, podría el Juez o Tribunal ante el que se plantea el juicio subrogatorio sin haberse demandado también al deudor subrogado, desestimar *de oficio* la demanda del acreedor, dictando, respecto del tercero-*debitor debitoris* demandado en solitario, una sentencia absolutoria en la instancia.

En apoyo de esa opinión francesa mayoritaria, se han utilizado argumentos como los siguientes:

1) Aunque el acreedor subrogante ejercita judicialmente un poder jurídico de su deudor, lo hace en virtud de un derecho propio (precisamente, la legitimación subrogatoria *ex art. 1166 CC fr/artículo 1111 CC*) directamente conferido por la ley para la defensa de un interés, asimismo, propio (la protección/conservación de la garantía patrimonial del deudor subrogado y, consiguientemente, del derecho al cobro contra éste). ¿Por qué, pues, habría de demandar también al deudor-titular y subrogado, quien, acreedor subrogante, está legalmente legitimado para hacer valer (en juicio o fuera de él) los derechos/acciones de su deudor?¹⁴.

2) Puesto que la ley francesa nada dice sobre la necesidad de demandar (también) al deudor subrogado, lo congruente con ese silencio legal es entender como (legalmente) no necesaria dicha demanda. Pues no sería lógico ni defendible hacer, en esa situación legal de silencio, de la falta de demanda contra el deudor subrogado una causa de desestimación/fracaso de la acción del acreedor subrogante, causa que, como tal, la ley ignora; ni tampoco, en esa misma situación de silencio legal, resulta admisible imponer al acreedor subrogante y demandante una obligación (legal) que, como tal, la ley desconoce¹⁵.

Ahora bien, si para la mayoría de los autores franceses la ley francesa no exige o impone como *necesario* que el acreedor subrogante y demandante demande, también, al deudor subrogado, ello *no* significa, en cambio, que, al mismo tiempo, la doctrina francesa ignore la *conveniencia o utilidad* que indiscutiblemente reporta la presencia (a través de su llamada, de una u otra forma, a él) en el juicio subrogatorio del deudor subrogado.

Utilidad/conveniencia de la llamada procesal al juicio subrogatorio, también, del deudor subrogado que se apoya en los siguientes datos puestos de relieve por los autores franceses:

a) La opinión mayoritaria entre los mismos, es que así como el acreedor subrogante-actor es libre de demandar, o no, también al deudor subrogado, si no lo hace y recae sentencia (firme) en el juicio subrogato-

¹³ Así, AUBRY/RAU, *op. cit.*, nota 4, p. 118.

¹⁴ Comp. COLIN/CAPITANT, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵ Así, sustancialmente, LAURENT, *op. cit.*, núm. 400, pp. 459-460.

Argumentan también del silencio legal, al respecto, en el Derecho francés, para negar en él la necesidad de que el acreedor subrogante y demandante demande también al deudor subrogado, EMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *op. cit.*, núm. 916, p. 247.

rio sin que el deudor subrogado haya sido procesalmente convocado a la causa, esa sentencia así obtenida o no tiene, en ningún caso, eficacia de cosa juzgada (material) respecto del deudor subrogado no demandado (y éste es el parecer mas extendido en Francia) ¹⁶ o, por lo menos, resulta dudoso que la tenga ¹⁷.

Y es obvio que una sentencia firme condenatoria del *debitor debitoris*, obtenida por el acreedor subrogante-demandante sin eficacia de cosa juzgada respecto del deudor subrogado no llamado al juicio subrogatorio, será normalmente *inútil* para el acreedor-demandante: en particular, a la hora de su ejecución el deudor subrogado no demandado podría paralizarla recurriendo a la «oposición de tercero» ¹⁸ [remedio procesal existente en los Derechos francés e italiano, sin equivalente en el nuestro, recurriendo al cual se puede paralizar la ejecución de una sentencia firme que afecte a la posición jurídica de un sujeto (tercero) no convocado al proceso del que emanó la sentencia que se trata de ejecutar].

Puesto que, por lo dicho, es de suma importancia práctica para el acreedor subrogante-actor que la sentencia firme recaída en el juicio subrogatorio tenga, también (o la tenga indisputadamente), eficacia de cosa juzgada respecto del deudor subrogado, se comprende muy bien que la doctrina francesa mayoritaria señale, al mismo tiempo que dice que *no hay obligación* de demandar también al deudor subrogado, que sí es *interés* del acreedor demandante hacerlo, y que, precisamente por ello, será lo normal que lo haga.

Si lo dicho es suficiente para justificar el *interés* del acreedor subrogante y demandante en llamar al juicio subrogatorio también al deudor subrogado (y no ya la *necesidad* de hacerlo), todavía agrega la doctrina francesa una razón adicional en abono de ese mismo resultado práctico ¹⁹. Puesto que el tercero-*debitor debitoris* y demandado puede oponer a la acción del acreedor subrogante las mismas defensas —derivadas de la relación jurídica que vincula a tal *debitor debitoris* con el deudor subrogado y titular del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado— que podría haber opuesto al ejercicio personal, por su titular, del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado, y puesto que la discusión de las mismas puede no ser fácil para el acreedor subrogante-actor —en tanto que extraño, tercero, a la relación jurídica que vincula a *debitor debitoris* y deudor subrogado en la que se fundan tales defensas—, es del interés de ese acreedor subrogante, también por esta razón, llamar asimismo al deudor subrogado al juicio subrogatorio, para asegurar, así, al menos, la *posibili-*

¹⁶ Vid., p. ej., en tal sentido: AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 122 y nota 18; COLIN/CAPITANT, *op. cit.*, p. 83; ESEMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *op. cit.*, p. 248.

Véanse, asimismo, los demás autores franceses que cito, en igual sentido, al tratar específicamente del problema de la cosa juzgada para las sentencias recaídas en el juicio subrogatorio [sub VII]).

¹⁷ Vid. MARTY/RAYNAUD/JEZTAZ, *op. cit.*, núm. 153, p. 138; MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 972, pp. 1014-1015.

¹⁸ Así, en concreto, COLIN/CAPITANT, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹ Comp. COLIN/CAPITANT, *cits.* en la nota precedente.

dad (si comparece y es esa su voluntad) de que el deudor subrogado le ayude en la discusión procesal con el *debitor debitoris* demandado.

b) Hasta aquí hemos visto las razones que, según la opinión doctrinal francesa mayoritaria, justifican el interés del *acreeedor subrogante-actor* en (sin estar, en rigor, obligado legalmente a ello) demandar, también, al deudor subrogado.

Pero, siempre según esos mismos autores franceses, en llamar al juicio subrogatorio, también, al deudor subrogado, no sólo está interesado el acreedor subrogante demandante, sino, asimismo, y en igual y hasta mayor medida, el *tercero-debitor debitoris*.

Para entender lo cual, en efecto, bastará recordar que, según la misma opinión doctrinal francesa predominante, la sentencia firme recaída en juicio subrogatorio al cual no ha sido procesalmente convocado el deudor subrogado, carece, por completo, de eficacia de cosa juzgada (material) respecto de éste.

Lo que significa, por ejemplo, si se trata de la reclamación, judicial y subrogatoria, de un crédito del propio deudor contra un tercero, que si éste (*debitor debitoris*) resulta condenado, por sentencia firme, al pago del mismo frente al acreedor subrogante-demandante, dado que esa sentencia no tiene eficacia de cosa juzgada para el deudor subrogado (titular del crédito de *quo*) que no haya sido llamado al juicio subrogatorio, la tal sentencia no podrá impedir que el deudor subrogado no demandado —en ejercicio, judicial y personal, de su derecho de crédito, no afectado por la sentencia en cuestión— se dirija sucesivamente contra su deudor (*debitor debitoris*) para reclamarle judicialmente un segundo pago.

Visto lo cual, se comprende, cómo la doctrina francesa afirma²⁰ que si el acreedor subrogante-actor deja de demandar al deudor subrogado (y para *no* dejar de hacerlo tiene, según se ha visto, buenas razones en su propio interés), será, entonces, el tercero *debitor debitoris* demandado (en solitario) por aquél, quien (teniendo, asimismo, en su propio interés, muy buenas razones para hacerlo) llame al juicio subrogatorio al deudor subrogado no demandado por el acreedor subrogante y actor.

La situación del Derecho francés, respecto del problema que nos ocupa, según la opinión doctrinal francesa mayoritaria, podría resumirse, a la vista de todo lo dicho, del siguiente modo:

1. El acreedor subrogante-actor no está obligado a demandar, también, al deudor subrogado (o, más en general, no existe *necesidad legal* de que en el juicio subrogatorio, lo promueva quien lo promueva, esté también presente —en el sentido de convocado procesalmente— el deudor subrogado).

²⁰ *Vid.*, p. ej. COLIN/CAPITANT, *op. cit.*, p. 83; LAURENT, *op. cit.*, núm. 400, p. 460; ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *op. cit.*, p. 248; MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 972, pp. 1014-1015; AUBRY/RAU, *op. cit.*, pp. 120 y 122 y nota 18.

2. Pero, al existir muy poderosas razones de *utilidad y conveniencia* para llamar al juicio subrogatorio también al deudor subrogado, que justifican el *interés* en hacerlo, tanto del acreedor subrogante como del tercero *debitor debitoris* (sin que ni uno ni otro tenga obligación legal de ello), lo *normal*, lo que sucede *en la práctica*, es que, bien sea a instancia del acreedor subrogante (normalmente demandante), bien del *debitor debitoris* (normalmente demandado), el deudor subrogado acabará siendo llamado, también él, al juicio subrogatorio²¹.

Incluso, según algunos autores franceses²², el propio Juez o Tribunal que conoce de la causa subrogatoria, podría, siempre que lo estimase conveniente u oportuno –tampoco aquí hay obligación legal de hacerlo–, ordenar *de oficio* la llamada a la causa del deudor subrogado que ni acreedor subrogante ni *debitor debitoris* hayan convocado formalmente al proceso.

En el Derecho francés, por tanto, tal y como se ve por su doctrina mayoritaria, sin ser obligatoria o necesaria la presencia/convocatoria procesal del deudor subrogado en el juicio subrogatorio, es el *propio interés*, tanto del acreedor subrogante como del *debitor debitoris*, el que, de alguna manera, *fácticamente* asegura la llamada procesal, también, del deudor subrogado a ese juicio.

Ocurre, sin embargo, que de este modo se ignora, que –como trataré de demostrar más adelante para el Derecho español– el deudor subrogado *siempre* tiene un interés propio, *autónomo* (*suyo*) en estar, también él, convocado al juicio subrogatorio, interés que, por tanto, no puede supeditarse o hacerse dependiente del de otras personas (así, el deudor subrogado podría no ser llamado al juicio subrogatorio si ni acreedor subrogante-actor, ni tercero *debitor debitoris* lo juzgan conveniente para su propio interés –y si, admitiéndose dicha posibilidad, tampoco el Juez o Tribunal que conoce del litigio considerase oportuno convocarlo de oficio–). En mi opinión (para el Derecho español), que justificaré en su lugar, a ese interés propio, autónomo del deudor se corresponde una genuina *obligación legal* que impide, en todo caso, que el juicio subrogatorio pueda seguirse (regularmente) sin habersele formalmente convocado: sin darle la oportunidad procesal de intervenir en él.

Con todo, en la situación del Derecho francés, vista por la doctrina en él mayoritaria, existe un dato tranquilizador: si bien que es *posible* (por no ser lo contrario legalmente necesario) que el juicio subrogatorio se siga sin una convocatoria procesal en forma del deudor subrogado

²¹ Ésta es una constatación unánime en la doctrina francesa: *en la práctica* se suele convocar al juicio subrogatorio al deudor subrogado. Y lo constatan tanto quienes, mayoritariamente, creen que ello no es una exigencia legal (*vid.*, p. ej., COLIN/CAPITANT, *op. cit.*, p. 83; LAURENT, *op. cit.*, p. 460; MARTY/RAYNAUD/JEZTAZ, *op. cit.*, núm. 153, pp. 138; ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *op. cit.*, p. 248; MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 972, p. 1015); como quienes, minoritariamente, sostienen lo contrario (DEMOLOMBE, *op. cit.*, núm. 107, p. 107).

²² Así, ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *op. cit.*, p. 248, núm. 916 (que citan, en favor de esta posibilidad, jurisprudencia francesa: *ib.*, nota 3).

—pero ya he dicho que, *en la práctica*, esto es muy difícilmente imaginable—, la sentencia firme que recaiga en el juicio subrogatorio seguido de ese modo nunca tendrá eficacia de cosa juzgada material respecto del deudor subrogado no procesalmente convocado y, además, éste tiene el remedio de la «oposición de tercero» para impedir la ejecución de la sentencia así obtenida (pues la limitación del efecto de cosa juzgada a las partes del juicio, no es remedio suficiente cuando la sentencia recaída afecta a la posición jurídica del tercero extraño a él; lo que es evidente en el caso de la legitimación subrogatoria: se ejercita un *derecho del deudor subrogado no demandado*, el efecto de la acción subrogatoria se produce directamente *en el patrimonio del deudor subrogado no demandado*, dentro del cual aspira, ahora, a cobrarse —y extinguir, así, total o parcialmente, el crédito de que es titular— el acreedor subrogante, con la consiguiente extinción, total o parcial, de la obligación de que es sujeto pasivo *el deudor subrogado no demandado*).

Con lo que, por una y otra vía (limitación subjetiva del efecto de cosa juzgada y «oposición de tercero»), debe observarse que de la opinión mayoritaria francesa *no* se sigue indefensión para el deudor subrogado no convocado al juicio subrogatorio.

Respecto de la opinión doctrinal francesa mayoritaria queda, en cambio, en pie una evidente objeción de economía procesal: ¿por qué dejar que llegue a su conclusión un juicio subrogatorio sin convocar a él al deudor subrogado, siendo así que terminará con una sentencia totalmente inútil para sus (dos) partes procesales?

Si señalo ahora este dato de la situación del Derecho francés, es para contraponerlo, en elogio de su doctrina, a la opinión doctrinal mayoritaria entre nosotros, que, como después se verá, no sólo afirma la no necesidad legal de la demanda también al deudor subrogado, sino que sostiene que la sentencia obtenida en juicio subrogatorio al que no haya sido convocado el deudor subrogado, tiene, a pesar de ello, eficacia de cosa juzgada material para éste. Con lo cual, parece como si nuestra opinión doctrinal mayoritaria se hubiese confabulado para producir un resultado que asegurase la más completa indefensión procesal del deudor subrogado no demandado. Resultado que, por supuesto, en mi criterio, es completamente indefendible en nuestro Derecho, y en cualquier otro que se tome mínimamente en serio las garantías constitucionales del proceso civil.

Lo dicho hasta aquí para el Derecho francés, refleja, como he venido repitiendo, la opinión mayoritaria de su doctrina. Pero tampoco han faltado en Francia quienes, en posición minoritaria, y pese al silencio legal en la materia, han defendido —en mi opinión, convincentemente— que el acreedor subrogante-actor debe demandar también al deudor subrogado. El más destacado representante de esta opinión minoritaria es, sin duda, Demolombe²³ cuyos razonamientos, en tal sentido, tendré debidamente

²³ *Op. cit.*, núm. 107, pp. 105-106.

en cuenta a la hora de defender esa misma opinión para el Derecho español.

IV. PANORAMA DOCTRINAL ESPAÑOL SOBRE LA CUESTIÓN

Ya ha quedado dicho que tampoco el Derecho español, como el francés, se pronuncia explícitamente, en la sede sistemática de la legitimación subrogatoria (art. 1111 CC), sobre si el acreedor que ejercite judicialmente la legitimación subrogatoria ha de demandar, junto al tercero *debitor debitoris*, al deudor subrogado y, como tal, titular del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado por el acreedor demandante.

La posición de la doctrina española mayoritaria sobre este problema acusa, según creo, el influjo del criterio doctrinal francés predominante, en el sentido de que se entiende que no hay, tampoco, en el Derecho español *necesidad* u *obligación legal* de que el acreedor subrogante-actor demande también al deudor subrogado. La presencia de éste en el juicio subrogatorio se rebaja, así, a una simple cuestión de *utilidad* o *conveniencia*, que es lo que justifica que *en la práctica* se suela también demandarlo. Pero nada impide, desde los presupuestos de que se parte, que el juicio subrogatorio pueda iniciarse, continuarse y concluirse sin que el deudor subrogado haya sido convocado a él ²⁴.

Hay, sin embargo, como ya anticipé, una diferencia importante entre el planteamiento de nuestra doctrina mayoritaria y el de la francesa predominante: mientras ésta, como en su lugar señalé, niega eficacia de cosa juzgada, respecto de él, a la sentencia recaída en un juicio subrogatorio en el que el deudor subrogado no haya sido procesalmente convocado; en cambio, nuestra opinión doctrinal común sostiene que la sentencia así obtenida por el acreedor subrogante-actor no deja de tener eficacia de cosa juzgada respecto del deudor subrogado no demandado ²⁵.

²⁴ La opinión de la doctrina española mayoritaria, a que aludo en el texto, puede encontrarse, p. ej., en: DE BUEN, anotaciones a Colin/Capitant cit., p. 146; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1, Barcelona, 1983 (7.^a ed.), núm. 4, p. 216; id., *Comentarios Albaladejo al Código Civil y Compilaciones forales*, XV, 1, Madrid, 1989, sub art., 1111, pp. 949 ss., y allí, núm. 4, p. 965; ATAZ, *op. cit.*, p. 110; CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 285, d); CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 157, 204 y 207; ESPÍN, *op. cit.*, p. 322, c); GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 70, VI), A); LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, II, 1 (1985) cit., p. 323 (pero sobre la posición de estos dos últimos coautores véanse, después, las precisiones que introducen respecto de la doctrina mayoritaria).

En cuanto al influjo francés que ha determinado la formación de la opinión mayoritaria española, es fácilmente constatable: su iniciador fue DE BUEN (cit.), que se ajustó al criterio de los autores franceses (COLIN/CAPITANT), cuya obra anotaba, seguidores, éstos como sabemos, de la opinión común en Francia.

²⁵ Del problema del efecto de cosa juzgada relativo a las sentencias recaídas en el juicio subrogatorio me ocuparé más adelante [*sub* VII]) y allí se encontrarán las referencias a la doctrina a que ahora aludo en el texto.

En este momento y lugar baste con señalar, que para aquellos autores que no se pronuncian explícitamente sobre la cuestión de si el acreedor subrogante-actor ha de demandar también al

Razón por la cual, cuando nuestros autores defensores de la opinión común señalan los motivos de conveniencia práctica o utilidad que aconsejan (pero que no obligan) al acreedor subrogante-actor a demandar, también, al deudor subrogado, no dicen, como la opinión doctrinal francesa mayoritaria, que ése es el único modo de asegurar que la sentencia obtenida en el juicio subrogatorio tenga eficacia de cosa juzgada respecto del deudor subrogado, sino que se limitan a señalar²⁶ que ésa es la manera de evitar dudas o discusiones sobre el efecto de cosa juzgada respecto del deudor subrogado, aunque, de suyo, ese efecto también se daría aun no demandándole.

En favor de la opinión doctrinal mayoritaria entre nosotros se han utilizado razones como las siguientes:

1. En primer término, se argumenta del *silencio legal* de nuestro Derecho sobre la cuestión. A cuyos efectos se utiliza una suerte de argumento *a contrario*: si en otros ordenamientos (extranjeros) la exigencia de demandar también al deudor subrogado se impone expresamente por la ley, en nuestro Derecho, en cambio, donde una tal exigencia legal no se explicita en parte alguna, debe entenderse que la llamada procesal del deudor subrogado al juicio subrogatorio no es obligada o necesaria²⁷.

[Pero, en mi opinión, de esta forma se ignora que la exigencia de convocar procesalmente, en modo necesario, al deudor subrogado, puede estar *implícita* en nuestro Derecho, como resultado de la aplicación a este caso de principios generales vigentes en él; y, todavía más, que el régimen normal respecto de las situaciones de litisconsorcio pasivo necesario, es que vengan impuestas por la ley de forma *tácita*—en atención a las características de la relación jurídica material deducida en juicio por el actor-demandante—. De todo ello me ocuparé después, al tratar de fundamentar mi propia opinión sobre el tema.]

2. También se aduce²⁸ que, puesto que el acreedor subrogante-actor actúa en el juicio subrogatorio en el lugar de y con efectos para el deudor subrogado—esto es, sustituyéndole, con plenos efectos, en el acto de

deudor subrogado, pero que afirman, tajantemente, que la sentencia firme recaída en el juicio subrogatorio tiene en todo caso eficacia de cosa juzgada respecto del deudor subrogado, aun no habiendo sido éste demandado (convocado al juicio subrogatorio)—*vid.*, p. ej., así, GULLÓN, «La acción subrogatoria», en *RDP*, 1959, pp. 102 ss., y allí, p. 120; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1993 (6.ª ed., 3.ª reimp.), p. 232, *d*—, hay que entender (lógicamente) que, de forma implícita, defienden la no necesidad de demandar/convocar al deudor subrogado al juicio subrogatorio, y que éste, consiguientemente, puede seguirse y concluirse también a falta de esa convocatoria procesal.

²⁶ *Vid.*, así, p. ej., DE BUEN, ALBALADEJO, ATAZ, CATÁN TOBEÑAS y ESPÍN *cits. retro*, en la nota 24.

²⁷ *Vid.*, en tal sentido, CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 157 y 204.

²⁸ *Vid.* ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1, cit., núm. 4, p. 216; *id.*, *Comentarios Albaladejo*, sub artículo 1111, cit., núm. 4, p. 965; DE BUEN, anotaciones a COLIN/CAPITANT *cit.*, p. 146 [quien habla, atécnicamente, de que el acreedor subrogante actúa «en representación» del deudor subrogado, queriendo, seguramente, apuntar a esa misma idea de sustitución—legitimación subrogatoria y representación no son lo mismo, pero sí son, ambas, formas de legitimación indirecta para el ejercicio, de sustitución, en él, de la persona del sujeto titular del poder jurídico ejercitado—].

ejercicio (judicial) del poder jurídico al que la legitimación subrogatoria concierne—, ninguna necesidad, consecuentemente, hay de convocar a éste (al sujeto sustituido) a dicho juicio. Y aquí los civilistas suelen aceptar, sin ninguna reserva, la categoría doctrinal procesalista de la *sustitución procesal*, sobre cuya base, convertido dentro del juicio subrogatorio el acreedor subrogante-actor en *sustituto procesal* del deudor subrogado —éste, a su vez, sujeto sustituido procesalmente por aquél—, se justificaría tanto que el deudor subrogado (procesalmente sustituido) no haya de ser demandado por el acreedor subrogante-actor (sustituto procesal) —más en general, que no haya de ser convocado procesalmente al juicio subrogatorio—, cuanto que la sentencia obtenida por el acreedor subrogante-actor (sustituto procesal) tenga eficacia de cosa juzgada para el deudor subrogado (procesalmente sustituido) incluso en el caso de no haber sido éste formalmente convocado al (demandado en el) juicio subrogatorio.

[Sin entrar, por el momento, en el análisis de la consistencia, como categoría general, de la construcción doctrinal procesalista de la sustitución procesal y de la consideración del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria como su aplicación arquetípica —de ello hablo, en lo estrictamente preciso a mis modestos fines, al tratar, más adelante, del problema de la cosa juzgada: *sub VII*)—, ahora me basta con consignar —y esta opinión la desarrollo después, al tratar de fundar mi propio criterio sobre el problema que aquí específicamente interesa— que del hecho, innegable, que el acreedor subrogante-demandante actúe, en el ejercicio (judicial) *del poder jurídico del deudor subrogado*, en el lugar (sustituyéndole) de y con plenos efectos para éste, no se infiere, para nada, que el acreedor-actor no deba demandar, también, al deudor subrogado y titular del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado, pues para ejercitar dicho poder debitorio debe demostrar *su propia legitimación subrogatoria* (su propio derecho a ésta): los requisitos legales, *ex artículo 1111 CC*, que la fundan, y debe hacerlo tanto frente al *debitor debitoris* como frente al propio deudor subrogado y titular. Frente a ambos es necesario que la legitimación subrogatoria quede acreditada, a ambos hay que darles la oportunidad procesal de discutirla.]

No han faltado, sin embargo, tampoco en España, autores que disientan de la opinión mayoritaria o que, cuando menos, restrinjan, de algún modo, su alcance.

Así Lacruz, en un primer momento²⁹ escribía que la salvaguardia de la autonomía del deudor y, también, de su derecho a la inercia, exige plantear el ejercicio judicial de la subrogatoria, en tanto no esté probada la insolvencia del deudor subrogado, mediante demanda, del acreedor subrogante-actor, dirigida conjuntamente contra el deudor y el *debitor debitoris*. En tal caso y de esa forma, el juicio subrogatorio se planteará también contra el deudor subrogado (como codemandado), y será él

²⁹ *Elementos*, II, 1 (1977) cit., p. 156.

quien pague (al acreedor subrogante-actor) si tiene con qué, dándose lugar a la acción contra el *deudor debitoris* (el otro codemandado) únicamente si el deudor subrogado es insolvente. En cambio, la demanda contra dicho deudor subrogado no sería ya necesaria una vez que se han demostrado tanto su insolvencia como el crédito contra él del acreedor subrogante-actor.

Como es natural, desde mi particular punto de vista –que es favorable a la *necesidad* de que el deudor subrogado *siempre* sea procesalmente convocado al juicio subrogatorio–, la expuesta opinión de Lacruz tiene el valor de limitar, sensiblemente, el campo de aplicación de la opinión doctrinal mayoritaria, si bien que con el inconveniente de dejarle, todavía, un no irrelevante espacio aplicativo.

Ocurre, sin embargo, que, según mi opinión –que desarrollo más extensamente en su lugar–, las buenas razones aducidas por el egregio civilista van más lejos de lo que él mismo señala, y apuntan, precisamente, en la dirección que yo defiendo –necesidad de llamar siempre al deudor subrogado al juicio subrogatorio y existencia, por tanto, de litisconsorcio pasivo necesario, afectante a deudor subrogado y tercero *deudor debitoris*, siempre que, como es normal, ese juicio se promueva a instancia del acreedor subrogante (como actor-demandante).

En efecto:

a) La autonomía del deudor subrogado y su «derecho a la inercia» de los que habla Lacruz como fundamento de la necesidad de llamarle, también a él, al juicio subrogatorio, no son otra cosa que la expresión *en positivo* de lo que *negativamente* expresa la exigencia legal (*ex* artículo 1111 CC) de determinados requisitos para fundar la legitimación subrogatoria del acreedor. Puesto que el acreedor *sólo* está legitimado subrogatoriamente si concurren *todos* esos requisitos legales –para poder reparar, así, el perjuicio que la inercia del deudor causa a su garantía patrimonial y, con ella, al crédito del acreedor por ello perjudicado–; es obvio, *a sensu contrario*, que allí donde cualquiera de esos requisitos legales falta, la inercia del deudor es *legítima*: no puede ser superada con el recurso a la legitimación subrogatoria (que el acreedor perjudicado, faltando cualquiera de sus requisitos legales, no puede utilizar). En una palabra, el «derecho a la inercia» del deudor –la legitimidad de su ausencia, aun resultando ésta perjudicial económicamente a sus acreedores– sólo existe cuando no se dan, por faltar *cualquiera* de ellos, todos los requisitos de la legitimación subrogatoria. Equivale, en suma, a la falta de uno o varios de esos requisitos legales.

b) Tiene razón Lacruz, por tanto, cuando invoca el «derecho a la inercia» del deudor subrogado como argumento para fundar la necesidad de demandarle también a él en el juicio subrogatorio. Y la tiene, porque el acreedor subrogante-actor *sólo* está legitimado para ejercitar en juicio un poder jurídico de su deudor, *en la medida* en que concurren, en el caso, todos los requisitos de la legitimación subrogatoria *ex* artícu-

lo 1111 CC. Razón por la cual, como primera tarea procesal en el juicio subrogatorio, el acreedor-actor habrá de *demostrar* cumplidamente (carga de la prueba a él adosada) la *efectiva concurrencia*, en el caso, de *todos* esos requisitos legales.

Y esa demostración del acreedor-actor no sólo ha de hacerse procesalmente frente al tercero *debitor debitoris*—esto es obvio: la pretensión de que es titular el deudor subrogado sólo la puede reclamar, en el lugar de y con efectos para dicho deudor-titular, el acreedor subrogante si en favor de él se da la legitimación subrogatoria, por concurrir todos sus requisitos legales—, sino *también* frente al propio deudor. Y esto último no sólo porque la discusión procesal sobre si se dan los requisitos legales de la legitimación subrogatoria en el caso—respecto de ese concreto acreedor-actor, respecto de ese concreto poder jurídico subrogatoriamente ejercitado—implica, como se ha visto, *necesariamente* discutir sobre la legitimidad o no de la inercia del deudor subrogado—sobre si éste tiene o no «derecho» a ella—: de forma que resulta verdaderamente insostenible e inadmisibles que a esa discusión procesal no se convoque al deudor subrogado (tan interesado, o más, que el *debitor debitoris* en oponerse a la legitimación subrogatoria del acreedor-actor; en cualquier caso, igualmente interesado en que se le dé la *posibilidad* de ser procesalmente oído); sino porque, *además*, en el juicio subrogatorio el acreedor-actor, por definición, hace valer un poder jurídico *del deudor subrogado*, el resultado de cuyo ejercicio judicial favorable (sentencia firme condenatoria del tercero *debitor debitoris*) se producirá, también por definición, directamente en el *patrimonio del deudor subrogado*, cuya nueva situación patrimonial será aprovechada por el acreedor subrogante (y/u otros acreedores del deudor subrogado) para su cobro, con la consiguiente disminución del *pasivo del deudor subrogado*. En suma, se mire por donde se mire, las conexiones del objeto de la litis, dentro del juicio subrogatorio, con la persona del deudor subrogado, son tan innegables, directas e importantes, que es absolutamente imprescindible llamarle, también a él, a esa discusión procesal: darle la posibilidad de ser oído en ella; como es totalmente inadmisibles sostener que esa controversia procesal pueda seguirse y concluirse sin darle en la debida forma esa oportunidad procesal.

c) Lacruz, según todo lo dicho, tenía razón, pero, en cambio, se quedaba corto en cuanto al resultado por él defendido. Pues, como he venido repitiendo, la llamada procesal al juicio subrogatorio del deudor subrogado—como, por otra parte, exactamente igual vale para el tercero *debitor debitoris*—se justifica en la necesidad de demostrar procesalmente frente a él (y, consiguientemente, darle la oportunidad procesal de discutir) *todos* y *cada uno* de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria. Por tanto, *no sólo* la existencia del crédito del acreedor subrogante—éste es, ciertamente, *uno* de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC: sólo puede recurrir a ella quien sea acreedor del sujeto subrogado—o la insolvencia del deudor

subrogado –también ésta *otro* requisito, *ex* artículo 1111 CC, de la legitimación subrogatoria–, sino *cualquier otro* requisito que lo sea, *ex* artículo 1111 CC, de la legitimación subrogatoria –como, por ejemplo, la inercia del deudor-titular subrogado; el carácter no excluido de la legitimación subrogatoria del poder jurídico que se pretenda subrogatoriamente ejercitar; la existencia de un sujeto pasivo de ese poder–. Razón por la cual, en contra de lo que cree Lacruz, el hecho de que la existencia del crédito del acreedor subrogante y la insolvencia del deudor subrogado estén acreditadas de forma que el deudor subrogado no las pueda discutir (p. ej., por resolución judicial firme que le vincule), no dispensa al acreedor subrogante-actor de la necesidad de demandar también al deudor subrogado (pues el acreedor aún debe probar, también frente al deudor subrogado, los demás requisitos legales de la legitimación subrogatoria y, consecuentemente, darle la oportunidad procesal, también a él, de discutirlos).

d) Está muy bien vista por Lacruz –según creo que todos convendrán– la justificación práctica de la necesidad de demandar también al deudor subrogado, en el hecho de ofrecerle a éste –por cualquier medio legítimo, también a través de la intervención de un tercero *solvens* (*credendi, donandi, solvendi causa*)– la oportunidad de pagar el crédito del acreedor subrogante-actor.

Por supuesto que si ese pago se produce, el acreedor subrogante-actor, después de su cobro, queda *ipso facto* deslegitimado para el ejercicio (judicial) subrogatorio: la inercia del deudor no le ha causado *a él* perjuicio económico alguno.

De esta forma, en mi opinión, esa justificación práctica señalada por Lacruz, está en perfecta sintonía con los principios generales antes expuestos: lo que justifica, en todo caso, la convocatoria formal al juicio subrogatorio del deudor subrogado, es que se le dé, también a él, la oportunidad procesal de discutir todos y cada uno de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor. El ofrecerle, dentro del juicio subrogatorio, la oportunidad de pagar el crédito del acreedor-actor, no es sino un aspecto más de la discusión general, en el marco procesal de ese juicio, sobre la concurrencia de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria en el acreedor-actor: pagando el deudor subrogado demuestra, bien que *no* es insolvente (si paga con medios propios), bien (si paga con recursos ajenos) que su inercia, en cualquier modo, *no ha perjudicado* económicamente a ese concreto acreedor. O sea, *la falta*, respectivamente, de dos requisitos legales canónicos –insolvencia del deudor subrogado y perjuicio económico del acreedor subrogante– de la legitimación subrogatoria.

En una edición posterior de la misma obra, ahora con la colaboración de Sancho, Lacruz³⁰, aunque acoge inicialmente la opinión de la doctri-

³⁰ LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, II, 1 (1985), cit., núm. 152, pp. 323-324.

na mayoritaria, luego la precisa y restringe en el mismo sentido que había ya expuesto en la edición anterior: necesidad, sin embargo, y por las mismas razones ya conocidas, de demandar también al deudor subrogado, siempre que haya de demostrarse, por el acreedor subrogante-actor, bien la existencia de su crédito ³¹, bien la insolvencia del deudor subrogado. Opinión ésta respecto de la cual, naturalmente, mantengo la valoración y precisiones previamente hechas para el primer lugar y tiempo en que su autor la expuso.

Entre nuestros civilistas, se ha pronunciado, de forma general e indiscriminada, en favor de la necesidad de que el deudor subrogado sea siempre también procesalmente convocado al juicio subrogatorio [no sólo, pues, cuando sea el acreedor subrogante, como es lo normal, quien lo promueva en tanto que actor-demandante] Díez-Picazo ³². Autor éste que justifica su opinión, diciendo que es la solución que garantiza mejor los diversos intereses en juego. También me lo parece a mí, y trataré de demostrarlo en su lugar (sin perjuicio de todo lo hasta aquí ya dicho en tal sentido).

Por lo que se refiere a la opinión de los procesalistas españoles, la gran mayoría de ellos ³³ considera al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria como manifestación arquetípica de la categoría general —en España de elaboración doctrinal, no recogida, con ese carácter general, por la ley procesal— de la *sustitución procesal*. Y sobre la base de los efectos que (*doctrinalmente*, no por la ley procesal) se atribuyen, con carácter general, a esta categoría procesal, se justifica tanto que el acree-

³¹ En concreto, argumentan LACRUZ/SANCHO [*Elementos*, II, 1 (1985), cit., núm. 152, p. 324] la necesidad de que el acreedor subrogante demuestre, también frente al deudor subrogado, el crédito de que es titular, del hecho de que, con la subrogatoria, se trata, precisamente, de cobrar ese crédito.

Por mi parte, además de recordar que la necesidad de demandar también al deudor subrogado vale, con carácter general, para todos y cada uno de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria —y no sólo la existencia del crédito del acreedor subrogante o la insolvencia del deudor subrogado—, preciso, particularmente, por lo que respecta a la existencia del crédito del acreedor subrogante contra el deudor subrogado, que ésta, en efecto, ha de ser demostrada por el acreedor subrogante-actor (frente a *debitor debitoris* y deudor subrogado: dando a ambos la oportunidad procesal de discutirla), *pero* porque se trata, indiscutiblemente, de *uno más* de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria ex artículo 1111 CC, que esencialmente presupone en el titular de la legitimación subrogatoria la condición de *acreedor* del deudor subrogado y titular del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado. Razón por la cual no es obstáculo, a los fines de asimilar éste a los restantes requisitos legales de la legitimación subrogatoria para la cuestión que aquí interesa, que la legitimación subrogatoria no persiga *directamente* el cobro del crédito del acreedor subrogante, sino producir (directamente) un efecto conservativo/reintegrativo/aumentativo en el patrimonio del deudor subrogado, para que el acreedor subrogante (y/u otros acreedores del deudor subrogado) pueda (*indirectamente*) cobrarse dentro de éste.

³² *Fundamentos*, II, cit., núm. 20, pp. 743-744: «¿Debe ser demandado también el deudor [subrogado]? Algunos autores y algunos ordenamientos jurídicos así lo entienden, considerando que debe darse al deudor la posibilidad de estar presente en el procedimiento. Nuestro Código Civil no alude especialmente al problema, que presenta una solución muy difícil, aunque la que parece que garantiza mejor los diversos intereses en juego, es la de permitir que el deudor —sujeto del derecho ejercitado— pueda estar presente en el procedimiento».

³³ *Vid.* las citas *sub VII*), donde me ocupo del problema de la cosa juzgada.

dor subrogante-actor intervenga en el juicio subrogatorio como sustituto procesal del deudor subrogado (éste, sujeto procesalmente sustituido), en el lugar de y con plenos efectos para él, *sin necesidad* de que demande también al sujeto (deudor subrogado) a quien procesalmente sustituye, como que la sentencia firme recaída en el juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor, como sustituto procesal del deudor subrogado no demandado, tenga también *eficacia de cosa juzgada (material)* para éste.

No ha faltado, sin embargo, entre nuestros procesalistas, quien³⁴, partiendo del presupuesto generalmente aceptado de que el sustituido *no* es parte procesal en el juicio promovido, en su lugar, por el sustituto, haya señalado que, desde el punto de vista *práctico y siempre* que los intereses entre sustituto procesal y sustituido se presuman contradictorios, poniendo como ejemplo de esa situación de antagonismo, precisamente, el del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, entonces, se hace *aconsejable* demandar, también, al sustituido (en nuestro caso, al deudor subrogado), para asegurar su presencia en el proceso y evitar, así, todo tipo de problemas, en particular probatorios y de ejecución de sentencia.

Debe observarse que la recién referida opinión procesalista está en perfecta sintonía con la de la mayoría de nuestra doctrina civilista: la demanda, también, del deudor subrogado es meramente aconsejable/conveniente, por razones prácticas, pero no necesaria, no responde a una exigencia legal. En concreto, en la perspectiva dicha, no se impone una situación de litisconsorcio pasivo necesario, de tercero *debitor debitoris* y deudor subrogado, frente a la demanda del acreedor subrogante-actor.

En cambio, que me conste, existe, al menos, un procesalista español³⁵ que sí ha sostenido la opinión que yo considero igualmente preferible: la de que es una verdadera exigencia legal llamar procesalmente al juicio subrogatorio también al deudor subrogado, y que, por tanto, frente al acreedor subrogante-actor se impone una genuina situación procesal de litisconsorcio pasivo necesario, en la que están involucrados (como code mandados) *debitor debitoris* y deudor subrogado. La razón aducida en favor de tal resultado —el ejercicio subrogatorio, por parte del acreedor-actor, produce un efecto jurídico inmediato sobre el poder jurídico subro-

³⁴ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, Barcelona, 1992 (5.ª ed.), p. 266 y nota 5.

³⁵ MONTERO AROCA, *La intervención*, cit., pp. 83-84.

En concreto, es esto lo que allí escribe el referido autor: «a) la primera figura a considerar es la acción subrogatoria, contemplada en el primer supuesto del artículo 1111 del Código Civil. Legitimado activamente está el acreedor. Pasivamente lo está el deudor del deudor, pero el problema se presenta cuando nos preguntamos si el acreedor ha de demandar conjuntamente, de tal forma que constituyen un litisconsorcio pasivo necesario, a su deudor y al deudor del deudor. . . El hecho innegable es que el ejercicio de la acción del deudor por parte del acreedor, produce un efecto jurídico inmediato sobre un derecho que pertenece al primero, como consecuencia de una única decisión que ha de pronunciar el Juez. Por ello, estimo que el acreedor debe demandar a los dos deudores, al directo [subrogado] y al deudor del deudor, los cuales podrán usar medios diferentes de defensa, pero constituyendo un litisconsorcio pasivo necesario».

gatoriamente ejercitado, y éste es de titularidad del deudor subrogado— me parece convincente, y es una de las que considero más adelante a la hora de fundamentar mi propia opinión en igual sentido.

El planteamiento (del litisconsorcio necesario) ahora expuesto suscitó, como cabía esperar, oposición en quienes compartían la opinión mayoritaria de nuestros procesalistas. Y así se dice³⁶, poniendo por delante, una vez más, que en la práctica (aunque esto no sea, en rigor, necesario) se demandará, también, al deudor subrogado, en contra de la referida opinión:

1. Que existiendo unanimidad doctrinal (o casi) entre los procesalistas en considerar al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria como un supuesto de sustitución procesal, y siendo lo propio de ésta que el sustituto (acreedor subrogante-actor) actúa en el lugar de y con efectos para el sustituido (deudor subrogado), si se exigiera del acreedor subrogante (sustituto procesal del deudor subrogado) que demandase —que llamase al juicio subrogatorio— también al deudor subrogado (además de al *debitor debitoris*) se vendría a negar lo que la sustitución procesal, por definición, significa —pues la no necesidad de llamar al deudor subrogado al juicio subrogatorio, deriva de que en éste ya actúa en su lugar y con efectos para él su sustituto procesal-acreedor subrogante. El deudor subrogado es tan ajeno al juicio subrogatorio (a la condición de parte procesal en él), como cualquier otro sustituido procesal respecto del juicio en que actúa, para él y en el lugar de él, su sustituto.

2. Que, puesto que la pretensión (de titularidad del deudor subrogado) que subrogatoriamente se ejercita por el acreedor-actor se tiene *contra* el sujeto pasivo de la misma (*debitor debitoris*), y no *contra* el deudor subrogado (que es su sujeto *activo*), el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria sólo debe dirigirse por el acreedor subrogante-actor *contra* el *debitor debitoris* y no, también, contra el deudor subrogado.

Sin perjuicio de lo que diré más adelante para fundamentar mi propia opinión, me interesa replicar, ya aquí, brevemente, a estos dos argumentos:

1. Si todo el problema de la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado estriba en que, de tal suerte, no podríamos considerar al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria como un verdadero supuesto de sustitución procesal, *poco male*, que diría un italiano. Sencillamente resultará que no podremos calificar doctrinalmente como sustitución procesal, por la manera en que nuestra *ley* lo regula (los efectos que ésta le atribuye), al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, al no darse en él los efectos que la *doctrina* usualmente atribuye a esa categoría general (en España, insisto, como tal, meramente doctrinal) de la sustitución procesal.

³⁶ Vid. CORTÉS (V.), «El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDP* Proc, 1976, pp. 369 ss., y allí, pp. 387-388.

Bien, ¿y qué drama hay en ello?, ¿qué imponía que esa calificación doctrinal hubiese en todo caso de darse?, ¿es que el legislador no puede configurar el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria fuera de los moldes de la sustitución procesal (preconcebida, doctrinalmente, de una precisa manera)?

Lo dicho pretende manifestar la manera viciosa, por inversión conceptual, en que, según creo, razonan sobre este problema nuestros procesalistas y (bajo su influjo) nuestros civilistas.

Ese modo de razonar vicioso, lógicamente invertido, sería esquemáticamente así: *puesto que* la sustitución procesal produce determinados efectos –1) no necesidad de demandar también al sustituido procesal, de convocarlo procesalmente al juicio en el que actúa, en su lugar, su sustituto; 2) eficacia de cosa juzgada para el procesalmente sustituido, aun no demandado o no convocado a juicio, de la sentencia obtenida, en su lugar, por el sustituto procesal– [*pero* ¿dónde está dicho *por nuestra ley* que la sustitución procesal produzca esos efectos? Nuestra ley procesal ni siquiera conoce la sustitución procesal como categoría general. Nos hallamos, pues, ante un *a priori* meramente doctrinal: se preconci-be, da por sentado (doctrinalmente, sin apoyo legal) que la sustitución procesal produce *determinados* efectos]; *puesto que* el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria es una aplicación (y hasta el arquetipo) de la categoría general de la sustitución procesal [¿pero dónde dice la ley que lo sea, o, lo que es lo mismo, que el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria produzca los mismos efectos que se atribuyen (doctrinalmente) en general a la sustitución procesal?]; la conclusión «lógica» de todo ello es que, en el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, el acreedor subrogante-actor no tiene necesidad de demandar, también, al deudor subrogado y ello, sin embargo, no impide que la sentencia firme así obtenida en el juicio subrogatorio también tenga eficacia de cosa juzgada respecto del deudor no demandado.

A mi modo de ver, por el contrario, hay que partir de lo que la *ley* (explícita o implícitamente) dispone sobre las condiciones en que el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria debe realizarse y sobre los efectos que éste tiene. Y sólo después, ateniéndose a ese régimen legal, podrá venir la calificación doctrinal que lo describa. Pero lo que de ninguna manera puede aceptarse es que desde una (discutible y discutida) calificación doctrinal –la de sustitución procesal– se construya invertidamente el régimen jurídico del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, se le atribuyan efectos jurídicos que la ley *no* establece.

Si, insisto, después del examen del Derecho aplicable resulta que la ley no ha atribuido al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria los efectos que la doctrina señala para la categoría general de la sustitución procesal, y que, consecuentemente, no puede considerarse a la acción subrogatoria como un caso de la misma, ¿quién puede sentirse agraviado por ello, hasta el punto de pretender desaplicar el Derecho vigente y sustituirlo por un régimen jurídico diverso?

2. Si bien es verdad que la pretensión subrogatoriamente ejercitada (aquella de que es titular el deudor subrogado) por el acreedor subrogante-actor sólo tiene por *sujeto pasivo* al *debitor debitoris* (y nunca al deudor subrogado-titular, que es su sujeto activo), lo cierto es que, en mi opinión [que justifico, más adelante, al exponerla por extenso], el acreedor subrogante-actor que ejercita judicialmente la legitimación subrogatoria, no sólo ejercita, contra el *debitor debitoris* (su sujeto pasivo), esa pretensión del deudor subrogado-titular —a la que llamaré, para entendernos, *pretensión principal*—, sino que, junto a ella, y necesariamente (puesto que es, precisamente, esta otra la que le legitima para ejercitar la pretensión principal en lugar de y con efectos para el deudor-titular), ejercita su propio derecho, *ex* artículo 1111 CC, —del que el acreedor subrogante-actor mismo, y no ya el deudor subrogado, es titular—, a la legitimación subrogatoria —a ésta, también para entendernos, la llamo *pretensión accesoria* de la principal—, derecho propio/pretensión accesoria del acreedor subrogante-actor (titular, sujeto activo) que, ésta sí, se dirige conjuntamente (porque a ambos tiene por *sujetos pasivos*) *contra debitor debitoris* y deudor subrogado, tanto contra uno como contra otro.

V. EL EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DE LA LEGITIMACIÓN SUBROGATORIA Y LAS CONDICIONES DE SU (EVENTUAL) CONTROL JUDICIAL A POSTERIORI

Es opinión acertada y corriente, también entre nosotros ³⁷, que el ejercicio de la legitimación subrogatoria por el acreedor subrogante-titular *no* ha de ser necesariamente judicial y que, consecuentemente, dicho ejercicio puede, también, realizarse en forma extrajudicial. Los ejemplos de ello que más constantemente se señalan en la doctrina son el de una reclamación extrajudicial del pago, por el acreedor subrogante, del crédito del deudor subrogado contra un tercero (que sirve, asimismo, caso de ser desatendida, para constituir subrogatoriamente en mora al *debitor debitoris*) o la interrupción de la prescripción extintiva de un derecho patrimonial del deudor subrogado, por la reclamación extrajudicial del acreedor subrogante dirigida contra el sujeto pasivo (*debitor debitoris*).

La propia doctrina que señala (repito que con razón) la innegable posibilidad del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria por su titular (el acreedor subrogante) —como, en principio, cabe,

³⁷ *Vid.*, p. ej., en nuestra doctrina: ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1, cit., núm. 4, p. 216; id., *Comentarios Albaladejo*, cit., sub artículo 1111 CC, núm. 4, p. 965; LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, II, 1 (1985), cit., núm. 151, p. 323, C), y núm. 155, p. 328; CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 174 (núm. 2) y 208; GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 70, VI, A). *Vid.*, ya, mi *El ámbito objetivo*, cit., pp. 117-118.

Para el Derecho extranjero, además de MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 194 y 221, *vid. retro*, sub notas 5 y 9, y su respectivo texto concordante.

también, el ejercicio extrajudicial por su sujeto titular de cualquier otro poder jurídico reconocido por el ordenamiento; del mismo modo, por tanto, que el deudor subrogado titular del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado puede, en principio, ejercitarlo personalmente tanto en forma judicial como extrajudicial—, suele señalar, al mismo tiempo, sin embargo, que *en la práctica*, por unos motivos o por otros, el acreedor que ejercita la legitimación subrogatoria lo hará (y lo hace) casi siempre judicialmente.

También esta otra apreciación es exacta y, a mi juicio, debe ponerse en relación con la inseguridad jurídica que deriva de todo ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria mientras no se verifique judicialmente su admisibilidad y procedencia.

Pero, en cualquier caso, el ejercicio extrajudicial, por el acreedor subrogante, de su legitimación subrogatoria es posible y, aún más, en algún supuesto (p. ej., el mencionado caso de la interrupción subrogatoria de la prescripción extintiva) imaginable que se dé en la práctica, incluso preferentemente de esa forma extrajudicial.

Cierto que si, por definición, el ejercicio *extrajudicial* de la legitimación subrogatoria, por parte del acreedor subrogante-titular, se caracteriza por la ausencia de todo proceso judicial en el momento en que se realiza, ello forzosamente significa que respecto de esta forma de ejercicio de la legitimación subrogatoria³⁸ son literalmente implanteables las exigencias procesales que, en cambio, son inherentes al ejercicio judicial (la necesidad o exigencia legal de que estén en el juicio subrogatorio, como partes procesales, los tres sujetos directamente implicados en él; y, por tanto, que si es el acreedor subrogante quien lo promueve, como es lo normal, se le imponga el litisconsorcio pasivo necesario respecto de tercero *debitor debitoris* y deudor subrogado). Donde no hay juicio, porque no hay demanda, ninguna necesidad de demandar puede imponerse para la válida constitución de un (inexistente) juicio.

Ahora bien, de lo dicho no debe extraerse la apresurada conclusión de que el ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria sea tema por completo ajeno al objeto de nuestro estudio (la legitimación pasiva dentro del juicio subrogatorio), pues así como, por hipótesis, no hay juicio en el momento mismo del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria, el juicio subrogatorio *puede* también acabar planteándose en este caso, aunque *con posterioridad* al acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial realizado por el acreedor.

Y es claro que si, con relación a un previo acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial, el juicio subrogatorio acaba después surgiendo, las exigencias legales para este juicio subrogatorio *a posteriori* deben ser exactamente las mismas que las que son aplicables cuando tal juicio surge *ab initio*, de resultas del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria por el acreedor-titular (como actor-demandante).

³⁸ Comp. GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 6, p. 958.

Desde luego y en todo caso la intervención subrogatoria del acreedor sólo es jurídicamente admisible y, por tanto, productora de los efectos propios del concreto acto de ejercicio de que se trate —efectos directos para el deudor subrogado y titular del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado, pero también, necesaria y correlativamente, para el sujeto pasivo de ese poder (*debitor debitoris*)—, allí y cuando se den en el caso todos y cada uno de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC.

Pero así como tratándose del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, la comprobación/verificación, en el caso, de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria es siempre *necesaria* [pues constituye un aspecto indisociable del objeto principal de la litis: la admisibilidad del acto de ejercicio (judicial) de la pretensión del deudor subrogado por parte de su acreedor] y *previa* al reconocimiento, en su caso, por sentencia firme de los efectos propios del acto de ejercicio subrogatorio de que se trate.

Tratándose, en cambio, del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria³⁹, la verificación/comprobación de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria es sólo *eventual* (únicamente si algún sujeto interesado en discutir sus efectos se opone a dicho acto de ejercicio, cuestionando que en él concurrieran, cuando se realizó, todos los requisitos legales *ex* art. 1111 CC) y también *posterior* al concreto acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial respecto del cual se suscita, ahora, *ex post*, por cualquier interesado, la discusión (judicial) sobre su admisibilidad y procedencia —y, consecuentemente, sobre si produce, o no, sus efectos propios.

Ahora bien esta actividad judicial sólo eventual y siempre *a posteriori* del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria tiene, en cuanto a la cuestión de si el concreto acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial reunía o no, en el momento en que se realizó, todos los requisitos legales *ex* artículo 1111 CC, carácter meramente *declarativo*⁴⁰. Razón por la cual, obtenida sentencia (declarativa) firme que resuelva afirmativamente tal cuestión —el acto de ejercicio extrajudicial subrogatorio sí reunía todos los requisitos legales *ex* artículo 1111 CC en el momento de su realización— los efectos propios del acto de ejercicio subrogatorio cuestionado (y ulteriormente declarado judicialmente legítimo, conforme a ley) —p. ej., interrupción de la prescripción extintiva de un crédito del que el deudor subrogado es titular; constitución en mora del *debitor debitoris*— se producen desde la fecha de dicho acto (pues la sentencia posterior ha venido a declarar su legitimidad, por reunir, *en el momento en que se realizó*, los requisitos

³⁹ *Vid.*, para lo que sigue, p. ej., MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 433 y 434; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 116; GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 4, p. 954; PATTI, *op. cit.*, núm. 112, p. 135; NICOLÒ, *op. cit.*, p. 155, a). *Vid.*, ya, mi *El ámbito objetivo*, cit., pp. 117-118.

⁴⁰ *Vid.*, ya, mi *El ámbito objetivo*, cit., pp. 117-118.

legales precisos), y no desde el momento sucesivo (que puede ser temporalmente muy distante del primero) de la sentencia firme declarativa.

(En cambio, es claro que el acto de ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria sólo puede producir su efecto propio desde el momento en que recae sentencia firme estimatoria de la demanda del acreedor subrogante, sin perjuicio, claro, de los que legalmente la propia presentación de la demanda subrogatoria produzca, para el caso de ser sucesivamente estimada).

He dicho que la verificación judicial de la concurrencia, en un concreto caso de ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria, de los requisitos legales *ex* artículo 1111 CC, es sólo *eventual*. Esto no sólo significa que *no* sea necesaria una *previa* verificación judicial (antes del acto de ejercicio subrogatorio de *quo*), por el acreedor subrogante, de la concurrencia de todos los requisitos legales de su legitimación subrogatoria⁴¹ —lo que, obviamente, significaría tanto como negar la posibilidad del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria, e imponer, en todo caso, su ejercicio judicial—, sino que, incluso, una vez realizado el acto extrajudicial de ejercicio subrogatorio —o sea, después de esa realización—, la discusión judicial sobre la concurrencia en él de todos los requisitos legales *ex* artículo 1111 CC tampoco *forzosamente* habrá de surgir. No, en particular, cuando ningún interesado en ellos discuta (judicialmente) los efectos del acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial de *quo*, oponiéndose a que el acreedor que lo realizó tuviera, *ex* artículo 1111 CC (por no darse todos los requisitos de esta norma), legitimación para realizarlo.

Vengo repitiendo que la discusión judicial, eventual (porque no siempre se dará, no es necesaria) y siempre *a posteriori*, sobre la concurrencia, en un concreto acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial, de los requisitos legales del artículo 1111 CC, tiene legitimación (activa) para promoverla cualquier sujeto de alguna forma interesado en los efectos de dicho acto de ejercicio.

Es evidente, pues, a tal fin, la legitimación activa tanto del tercero *debitor debitoris* como del deudor subrogado⁴²: o sea, de los otros dos sujetos que, junto con el acreedor subrogante e interviniente, conforman el grupo de personas *directamente* afectadas por el ejercicio subrogatorio. Y, como es natural, pueden ser, simultáneamente, ambos, cada uno en defensa de su propio y personal interés, los que promuevan —dentro de un único juicio, con un único objeto, a resolver por una sola sentencia, juicio en el que intervienen, autónomamente, dos partes procesales actoras— la discusión judicial del acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial del acreedor subrogante.

⁴¹ *Vid.*, así, PATTI, *op. cit.*, núm. 12, p. 135.

⁴² *Vid.*, así, p. ej., MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 435-436; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 116; GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 4, p. 954; PATTI, *op. cit.*, núm. 12, p. 135.

Es más, puede ser el propio acreedor subrogante, como sujeto también interesado en ello, quien promueva preventivamente (anticipándose a la discusión/oposición suscitable judicialmente por otros sujetos) la comprobación/verificación judicial de la legitimidad de su acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial⁴³. Este posible interés preventivo, siempre atendible, puede ser en este caso particularmente relevante: el antagonismo de intereses de los tres sujetos directamente implicados en la situación subrogatoria hace probable o pensable la oposición sucesiva de cualquiera de los otros dos distintos del acreedor (o, incluso, según diré enseguida, de un tercero diverso) que no haya prestado su conformidad a la intervención subrogatoria extrajudicial, y la discusión judicial consiguiente será tanto más peligrosa cuanto más tardía (más alejada de la fecha, anterior, del acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial de *quo*), no estando, como se verá seguidamente, sujeta a límite de tiempo.

Pero el indicado carácter declarativo del repetido juicio convierte en más amplio el círculo de los potencialmente legitimados para discutir judicialmente la admisibilidad del ejercicio subrogatorio extrajudicial: repito, cualquier *interesado* en esa discusión⁴⁴. Como, por ejemplo, un acreedor del *debitor debitoris* que discuta (judicialmente) la legitimación *ex* artículo 1111 CC del acreedor del titular del crédito (deudor subrogado) de que es sujeto pasivo aquél, para haber interrumpido subrogatoria y extrajudicialmente la prescripción extintiva que a dicho crédito afectaba.

La mejor doctrina⁴⁵ señala que la (eventual y sucesiva) verificación/comprobación judicial de los requisitos legales del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria puede ser suscitada, por cualquier persona legitimada para ello, en cualquier tiempo: sin sujeción a un determinado plazo, de prescripción o de caducidad, a contar (hipotéticamente) desde el momento en que se realizó el concreto acto de ejercicio subrogatorio al que esa verificación judicial se refiere.

En mi opinión esa conclusión es exacta, y se trata, según creo, de una derivación más del carácter declarativo que tiene la acción encaminada a tal verificación/comprobación judicial. No hay que decir que, sin embargo, el transcurso del tiempo puede afectar indirectamente a la legitimación activa para dicha acción: en la medida en que, con él, desaparezca el *interés* en suscitar la repetida discusión judicial y, por tanto, simultáneamente, también la legitimación activa para ese fin.

⁴³ Vid. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 161; GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 4, p. 954; MONTELEONE, *op. cit.*, p. 435.

⁴⁴ Vid., ya, en este sentido más amplio (que engloba, por supuesto, también a los tres sujetos directamente implicados en la situación subrogatoria), mi *El ámbito objetivo*, cit., p. 117.

⁴⁵ Vid., así, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 435 (quien argumenta de que se trata de una acción de nulidad radical [y, como tal, declarativa] derivada de la falta de legitimación del acreedor interviniente [pero, digo yo, la acción no deja de ser declarativa cuando efectivamente se comprueba que el acreedor interviniente, por darse los requisitos legales precisos, ostentaba la legitimación subrogatoria]; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 117 (quienes argumentan, asimismo, de la sustancial ilegitimidad de la intervención del acreedor, si no concurren todos los requisitos legales de la legitimación subrogatoria).

Lo que específicamente interesa para el tema de nuestro estudio, como ya adelanté, es que para el juicio subrogatorio que eventualmente subsiga al ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria por el acreedor subrogante son (lógicamente) aplicables las mismas exigencias procesales de legitimación pasiva válidas para el juicio subrogatorio que es resultado necesario y previo del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria por el acreedor subrogante-actor.

Y, conforme a ese principio, si se piensa, como aquí se defiende, que nuestro Derecho impone que siempre y en todo caso estén presentes en el juicio subrogatorio los tres sujetos (acreedor subrogante, deudor subrogado y tercero *debitor debitoris*) directamente implicados en el objeto del litigio, esa misma exigencia legal rige también, desde luego, para la verificación/comprobación judicial que eventualmente se promueva, por cualquier sujeto con legitimación activa a tal propósito, con posterioridad a un determinado acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial.

Esta misma es la opinión de la mejor doctrina italiana⁴⁶, que la argumenta, para su propio Derecho, y como allí es correcto hacerlo, de lo dispuesto en el artículo 2900-II C. Civ. it. para el caso del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria.

Que estos tres sujetos directamente implicados en él deban ser siempre convocados al juicio subrogatorio (previo o posterior que sea al acto de ejercicio subrogatorio cuya legitimidad se trata judicialmente de verificar) deriva, también siempre, de las mismas razones:

- El *acreedor subrogante*, porque es el titular de la legitimación subrogatoria (del derecho a ella) *ex* artículo 1111 CC.
- El *deudor subrogado*, porque es el titular (sujeto activo) del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado y, también, porque es sujeto pasivo del derecho a la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante.
- El tercero *debitor debitoris*, porque es el sujeto pasivo del poder jurídico (del deudor subrogado) subrogatoriamente ejercitado (por el acreedor subrogante), y, también, porque es, junto con el deudor subrogado, sujeto pasivo del derecho a la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante.

Por lo dicho, y como vengo repitiendo desde el comienzo de este trabajo, la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario no sólo rige para cuando el juicio subrogatorio lo promueve el acreedor subrogante-actor [bien en la hipótesis más normal del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, o bien, tratándose de ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria, cuando sea el propio acreedor subrogante quien, preventivamente, por razones de seguridad jurídica, promueva, también como actor-demandante –ya vimos antes que está, también él, legitimado activamente a ese fin, tiene interés en hacerlo–, la verificación/comprobación judicial

⁴⁶ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 334 y 434; GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 4, pp. 954-955; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 116-117.

del ejercicio subrogatorio extrajudicial], en cuyo caso ese litisconsorcio pasivo necesario concierne, como codemandados, a los otros dos sujetos directamente implicados en el juicio subrogatorio –*debitor debitoris* y deudor subrogado–; sino que la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario dentro del juicio subrogatorio opera también (para garantizar que siempre sean procesalmente convocados a él los tres sujetos directamente implicados) cuando, tratándose de la verificación judicial sucesiva de un acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial, el juicio subrogatorio es promovido (como actor/demandante) por persona distinta del acreedor subrogante.

Por tanto:

1. Si sólo es el deudor subrogado quien impugna judicialmente el acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial, deberá convocar al juicio subrogatorio, como codemandados, a *debitor debitoris* y acreedor subrogante (respecto de estos dos sujetos hay litisconsorcio pasivo necesario).

2. Si es únicamente el *debitor debitoris* quien judicialmente discute (como actor/demandante) el acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial, deberá demandar conjuntamente a acreedor subrogante y deudor subrogado (a estos dos sujetos concierne, en el caso, el litisconsorcio pasivo necesario).

3. Si es una persona diversa (p. ej., un acreedor del *debitor debitoris*) quien judicialmente impugna (como actor/demandante), en solitario, el acto extrajudicial de ejercicio subrogatorio, deberá convocar al juicio subrogatorio, como codemandados, a los tres sujetos directamente implicados en el ejercicio subrogatorio –a los tres, consiguientemente, se refiere, ahora, el litisconsorcio pasivo necesario.

En cambio, naturalmente, quien demanda el control/verificación judicial *a posteriori* del ejercicio subrogatorio extrajudicial, no tiene que demandar al sujeto directamente implicado en la situación subrogatoria que ya esté en el juicio subrogatorio actuando como codemandante, pidiendo, también él, la impugnación judicial del acto extrajudicial de ejercicio subrogatorio –pues este otro actor/demandante ya está en el juicio subrogatorio, es parte procesal en él; no hay ya ninguna necesidad de convocarlo para convertirlo en lo que ya es: en parte procesal de ese juicio.

Pero si se piensa, en modo diverso del aquí defendido, que no es necesario –en el sentido de que no es una exigencia legal– convocar procesalmente al juicio subrogatorio también al deudor subrogado, la aplicación del mismo principio general sentado para la verificación judicial eventual y sucesiva al ejercicio subrogatorio extrajudicial, debería conducir, si hay coherencia, a negar, también, que en esta otra forma de plantear el juicio subrogatorio sea necesaria la demanda al deudor subrogado por parte del sujeto actor-demandante que lo promueva.

Consecuentemente, la opinión mayoritaria entre nosotros debería traducirse en que la presencia del deudor subrogado como parte procesal en este juicio subrogatorio eventual y sucesivo al ejercicio subrogatorio

extrajudicial, sólo está garantizada cuando sea él quien, como actor-demandante, en solitario o con otros sujetos legitimados a ese fin, lo promueva. No siendo el deudor subrogado actor-demandante, en cambio, la no necesidad de demandarlo también a él por parte de quien sea el sujeto actor, hace perfectamente posible que el juicio subrogatorio (eventual y sucesivo) pueda seguirse y concluirse sin que se le convoque en forma a dicho juicio (no hay, pues, garantía legal de la presencia del deudor subrogado en el mismo).

El juicio subrogatorio que eventualmente subsiga al ejercicio subrogatorio extrajudicial terminará, por lo que respecta a la cuestión principal en él debatida (la verificación/comprobación judicial de los requisitos legales del art. 1111 CC en el concreto acto de ejercicio subrogatorio discutido), con una sentencia firme que tiene, según ya se ha dicho, carácter declarativo.

Sentencia declarativa que puede ser, naturalmente, tanto *afirmativa*: el acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial reunió, en el momento en que se hizo (por el acreedor subrogante), todos los requisitos legales del artículo 1111 CC, por lo que produce sus efectos propios, para deudor subrogado y tercero *debitor debitoris*, ya desde aquel momento de su realización —y no sólo desde la fecha posterior de la sentencia declarativa— (p. ej., interrupción de la prescripción extintiva del crédito del deudor subrogado; constitución en mora del *debitor debitoris*); cuanto *negativa*: si se constata judicialmente que, en el momento en que se realizó, a la intervención pretendidamente subrogatoria del acreedor actuante le faltaba uno o más de los requisitos legales del artículo 1111 CC. En cuyo segundo caso, la intervención del acreedor actuante ha sido ilegítima, no amparada por la legitimación subrogatoria del artículo 1111 CC. Y, consecuentemente, no produce los efectos de ésta, ni para el deudor titular del poder jurídico ilegítimamente ejercitado por su acreedor, ni para el tercero sujeto pasivo del poder jurídico del deudor. Al amparo de esa declaración judicial negativa de ilegitimidad, se procederá, consiguientemente, a declarar nulo (sin los efectos jurídicos *proprios* de la legitimación subrogatoria) al acto de ejercicio del acreedor y, si es del caso, como efecto secundario de esa nulidad se condenará a las pertinentes restituciones (si, p. ej., el *debitor debitoris* llegó a entregar algo de resultas de la ilegítima intervención del acreedor)⁴⁷.

Evidentemente, que la intervención extrajudicial ilegítima del acreedor no produzca los efectos propios de la legitimación subrogatoria, no significa que no produzca otros distintos. Además de los eventualmente restitutorios, antes aludidos, es, sobre todo, imaginable, que tanto deudor subrogado como tercero *debitor debitoris*, o cualquiera de ellos, solicite indemnización de los daños que, en su caso, le haya producido la ilegítima intromisión del acreedor.

⁴⁷ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, p. 433; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 117.

La cuestión de la responsabilidad civil del acreedor por su ilegítima intromisión es suscitable, como será lo normal y es lo más aconsejable, dentro del *mismo juicio subrogatorio* de verificación/control del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria, pero, desde luego, nada impide que se plantee en *juicio separado* de aquel otro y *sucesivo* a él. En cualquiera de las dos formas (en el mismo juicio o en juicio separado y sucesivo) se trata, evidentemente, de una cuestión accesoria o dependiente que presupone la *previa* declaración judicial de la ilegitimidad de la intervención del acreedor causante del daño.

La doctrina señala que así como, según ya vimos, la verificación/impugnación judicial del ejercicio subrogatorio extrajudicial puede suscitarse, por parte legitimada para ello, sin límite de tiempo; en cambio, la cuestión accesoria o dependiente de la responsabilidad civil del acreedor interviniente en forma ilegítima está sujeta, en cuanto a su planteamiento, a los plazos de prescripción propios de las acciones de responsabilidad civil⁴⁸.

Opinión que, también a mí, me parece exacta. Y ello porque la cuestión de la responsabilidad civil, aunque conexas, o dependiente de, la cuestión principal (la verificación judicial, en el caso concreto de ejercicio subrogatorio extrajudicial, de los requisitos legales del artículo 1111 CC), *no* tiene la misma naturaleza meramente declarativa de ésta (se trata de *condenar*, o no, al acreedor interviniente y causante del daño; de *constituir ex novo*, o no, según se den, o no, los requisitos legales ex artículo 1902 CC, la obligación legal resarcitoria a su cargo, con la correlativa adquisición del crédito indemnizatorio a favor del sujeto dañado).

Como incidentalmente acabo de señalar, en mi opinión la responsabilidad civil del acreedor ilegítimamente actuante, es siempre de naturaleza *extracontractual* (y, por tanto, el plazo prescriptivo a aplicar respecto de su exigencia es, también siempre, el propio de esta clase de responsabilidad: art. 1968 CC). Por consiguiente creo que la naturaleza de la acción de responsabilidad civil (y, con ella, el plazo de prescripción aplicable) no cambia por el hecho de que sea el *deudor* quien la reclama de *su acreedor* (ilegítimamente entrometido en los asuntos del primero y causante, por ello, de un daño). Esto no basta, entiendo, para convertir la responsabilidad civil de *qua* en contractual, pues el acreedor dañante, por hipótesis, ha actuado ilícitamente —y causado el daño a su deudor— fuera del ámbito de la relación obligatoria que le vincula con su deudor y sujeto dañado: respecto de *otras relaciones jurídicas*, de que este último es titular, que dicho acreedor interviniente ha pretendido (ilegítimamente) ejercitar en vía subrogatoria.

Me parece exacta la opinión⁴⁹ que entiende que allí y donde *no* se den los requisitos legales de la legitimación subrogatoria, *ex* artícu-

⁴⁸ Vid., así, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 437; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 117-118.

⁴⁹ De PATTI, *op. cit.*, núm. 12, p. 136 (lógicamente por él sostenida para el Derecho italiano).

lo 1111 CC, pero *sí* concurran, en cambio, los propios de la *negotiorum gestio* (arts. 1888 ss. CC), no será suscitable, respecto del acreedor interviniente-gestor de negocios (de su deudor), la cuestión de la responsabilidad civil por su intervención.

Pues, entonces, es claro que de esta otra forma (con la gestión de negocios ajenos), aunque con fundamento jurídico diverso de la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, la injerencia del acreedor interviniente en los asuntos de su deudor es, asimismo, legítima: está autorizada por la ley.

La aplicación, cuando proceda, de las normas de la *negotiorum gestio*, no sólo sirve, naturalmente, para enervar la responsabilidad civil del acreedor interviniente (o, en su caso, para plantearla, *pero* en los términos en que puede suscitarse, conforme a su régimen legal, respecto de un gestor oficioso), sino para todos los demás efectos que son propios de esa institución.

El acto extrajudicial de ejercicio subrogatorio, realizado por el acreedor subrogante, como cuando el ejercicio del poder jurídico, subrogatorio y extrajudicialmente realizado, lo hiciera personalmente el deudor titular, se dirige únicamente contra el sujeto pasivo (*debitor debitoris*) de ese poder jurídico. Si, como será lo normal, se trata de actos de ejercicio de carácter recepticio, el ejercicio extrajudicial será comunicado/notificado por el acreedor subrogante al tercero *debitor debitoris*, y éste, por tanto, lo conocerá en el mismo instante de su verificación extrajudicial.

En cambio, tratándose de actos de ejercicio de carácter no recepticio, no existe para el acreedor subrogante ninguna *obligación* de notificación al tercero *debitor debitoris*, como tampoco existiría para el deudor subrogado-titular, de haber éste ejercitado personalmente su poder jurídico⁵⁰.

Por lo que se refiere al *deudor subrogado*, nunca existe, para el acreedor subrogante, una verdadera *obligación* de notificarle el acto de ejercicio extrajudicial realizado en su lugar y con efectos para él.

Ahora bien, así como el acreedor subrogante nunca está *obligado* a notificar al deudor subrogado y, tampoco, tratándose de actos no recepticios de ejercicio, al *debitor debitoris* (en cambio, si se trata de actos recepticios, ya se ha dicho que por definición, el *debitor debitoris* conocerá el ejercicio subrogatorio extrajudicial al mismo tiempo de producirse éste); es, en cambio, de gran *interés* para él hacerlo. No haciéndolo, simplemente, se pierden las innegables ventajas que conlleva esa notificación —no se trata, desde luego, tal notificación de un requisito constitutivo/de eficacia del acto de ejercicio subrogatorio: para el cual, al acreedor subrogante que actúa en el lugar del deudor subrogado, no se le pueden exigir diferentes requisitos de los que valen para el ejercicio personal del deudor-titular—. Por eso, en uno y otro caso —para el deudor subrogado siempre, para el *debitor debitoris* en los actos de ejercicio no recepticio—, se ha hablado, con razón, de que técnicamente no existe un

⁵⁰ Así, también, NICOLÒ, *op. cit.*, p. 161.

deber u obligación de notificar a cargo del acreedor subrogante, sino una simple *carga*, en tal sentido, por parte del mismo ⁵¹.

El sentido práctico o ventaja de la notificación, para el acreedor subrogante, a deudor subrogado y tercero *debitor debitoris* (a éste, insisto, sólo de los actos de ejercicio no recepticios), del acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial es evidente ⁵².

Deudor subrogado y *debitor debitoris* son los sujetos directamente afectados por el ejercicio subrogatorio y, por tanto, en quienes es más fácilmente presumible la oposición al acto de ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria.

Sin la notificación de que se habla, el acreedor subrogante vivirá en una perenne incertidumbre sobre la eficacia del acto de ejercicio extrajudicial subrogatorio realizado: no cuenta con la aprobación de uno o de los otros dos sujetos directamente implicados en la situación subrogatoria (en quienes es más fácilmente imaginable la impugnación/oposición judicial), por lo que el sujeto o sujetos que no prestaron su conformidad, siempre podrán discutir (sin límite de tiempo, como se vio antes) judicialmente la eficacia del acto extrajudicial de ejercicio subrogatorio. Y esa amenaza permanente de la futura discusión judicial es tanto más grave para el acreedor subrogante cuanto más tiempo pase desde el momento de la realización del acto de ejercicio subrogatorio. Porque cuanto más tardía sea la discusión judicial, más difícil le será demostrar al acreedor subrogante que, en el momento anterior en que subrogatoriamente intervino, se daban todos los requisitos legales del artículo 1111 CC (las circunstancias han podido cambiar radicalmente con relación a aquel primer momento, en el tiempo en que la discusión judicial se suscita por el sujeto impugnante/oponente).

En cambio, si el acreedor subrogante en el mismo momento en que realiza el acto de ejercicio extrajudicial subrogatorio, lo comunica a los otros dos sujetos directamente interesados en él (o sólo al deudor subrogado, si se trata de un acto recepticio), dicho acreedor notificante obten-

⁵¹ Así, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 436.

En cambio, para NICOLÒ (*op. cit.*, p. 161) existe obligación, del acreedor subrogante, de notificar al deudor subrogado el acto extrajudicial de ejercicio subrogatorio, obligación que sería equivalente de la de rendir cuentas que se da siempre que un sujeto interviene, sustituyendo al titular, en asuntos de otro.

También para NATOLI/BIGLIAZZI GERI, (*op. cit.*, pp. 117-118), existe un genuino deber, del acreedor subrogante, de informar de su intervención subrogatoria extrajudicial al deudor subrogado. Deber que se apoyaría en la buena fe y que, además, sería confirmado por la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, cuando el ejercicio de la legitimación subrogatoria es judicial. [A propósito de esto último, como aclaro a continuación en el texto, creo que no se trata de fenómenos asimilables: 1) la notificación por el acreedor subrogante de su intervención subrogatoria extrajudicial es una cautela aconsejable/conveniente; mientras que 2) la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado es una exigencia (legal) para la válida constitución de la relación procesal en el juicio subrogatorio: hay litisconsorcio pasivo necesario.]

Igualmente PATTI (*op. cit.*, núm. 12, pp. 135-136) considera que el acreedor subrogante está verdaderamente obligado a informar al deudor subrogado de los actos de ejercicio subrogatorio extrajudicial que realice.

⁵² Para lo que sigue, me inspiro, muy de cerca, en lo que dice MONTELEONE, *op. cit.*, p. 435.

drá, bien la ventaja de un *pronunciamiento* (pero *inmediato*) de éstos, sea de *aprobación/conformidad*, lo que evitará discusiones judiciales posteriores promovidas por el/los sujetos autorizantes, sea de *oposición/impugnación judicial* (pero también *inmediata*), lo que abrirá el paso al juicio subrogatorio *a posteriori*, en los términos ya conocidos, pero en las mejores condiciones para el acreedor subrogante: no extemporáneamente; bien la *mera pasividad* del o de los sujetos notificados, ante la cual, el acreedor subrogante, de forma preventiva y por razones de seguridad jurídica, promoverá inmediatamente, él mismo, como actor-demandante, la verificación judicial, *ex post* de los requisitos legales del artículo 1111 CC en el concreto acto de ejercicio subrogatorio extrajudicial de que se trate. También de esta forma el acreedor subrogante afrontará el juicio subrogatorio *a posteriori* en las mejores condiciones: temporáneamente, evitando la penosa situación de inseguridad jurídica permanente con progresiva debilitación de sus defensas.

En suma, como se ve, sea cual fuere la actitud de los sujetos notificados por el acreedor subrogante, éste siempre obtiene de la práctica de la notificación (a deudor subrogado y *debitor debitoris*, o sólo al primero, si el acto de ejercicio subrogatorio es recepticio) una ventaja en términos de seguridad jurídica y de mejor defensa de su propia posición e interés.

VI. FUNDAMENTACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN ESTE CASO

He venido sosteniendo precedentemente la necesidad de convocar procesalmente, también, al deudor subrogado al juicio subrogatorio, y, consiguientemente, en la hipótesis más frecuente en que dicho juicio es promovido por el acreedor subrogante (actor/demandante), la existencia de un genuino *litisconsorcio pasivo necesario* que involucra, conjuntamente (como codemandados), a deudor subrogado y *debitor debitoris*.

Por tanto, a la hora de justificar, más por extenso, esa opinión, me parece conveniente arrancar de los principios generales, comúnmente aceptados, sobre la fundamentación y determinación del litisconsorcio pasivo necesario.

A. PRINCIPIOS GENERALES A CONSIDERAR SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y LA DETERMINACIÓN DE SUS HIPÓTESIS

En todo juicio o relación jurídica procesal siempre hay dos partes (actora/demandante y demandada). Los procesalistas hablan de litisconsorcio o situación litisconsorcial para designar todos aquellos supuestos

en que, dentro de la relación jurídica procesal y bien en la posición de parte actora-demandante (litisconsorcio activo), bien en la de parte demandada (litisconsorcio pasivo), bien en ambas (litisconsorcio mixto), existe una pluralidad de sujetos (actores/demandantes o demandados). Esa situación procesal plurisubjetiva, que no empece, como se ve, el principio procesal de dualidad de partes, puede producirse tanto en el momento del inicio mismo del juicio (p. ej., demanda presentada conjuntamente por varios actores o demanda interpuesta conjuntamente contra varios demandados), como sucesivamente a ese primer momento (p. ej., por una posterior llamada a la causa de un sujeto inicialmente no convocado a la misma –art. 1084 CC–, o por la vía de la acumulación de autos –arts. 160 ss. LEC–)⁵³.

Cuando se habla de *litisconsorcio pasivo necesario*⁵⁴, se quiere decir que la pluralidad de sujetos demandados se *impone*. No se trata, pues, de una cuestión de mera conveniencia práctica o de economía procesal, sino de una verdadera exigencia legal. Ante la naturaleza de la pretensión hecha valer por la parte actora (y, por ende, de la relación jurídica material deducida por tal parte en juicio, relación en que fundamenta su pretensión), el Juez o Tribunal que conoce de la misma *no puede ni debe* pronunciarse sobre ella si no es con relación a una pluralidad de personas: o sea, *conjuntamente contra todos ellos*.

La condición de litisconsorte pasivo necesario viene impuesta, pues, según se ve, por la propia naturaleza de la relación jurídica material deducida en juicio [hay, también, como veremos después, algún supuesto excepcional en que el litisconsorcio pasivo necesario se impone por razones puramente procesales]: es ella la que determina quiénes son los sujetos *directamente* involucrados en la concreta cuestión litigiosa que el demandante plantea, y, por consiguiente, quiénes serán, también, las personas *directamente* afectadas por la resolución judicial firme que, en un sentido o en otro, le ponga fin.

Consecuentemente, el significado técnico procesal del litisconsorcio pasivo necesario es que al demandante/actor, allí donde rige esa exigencia, se le impone que demande inicialmente de forma conjunta a todos los litisconsortes necesarios o que, en cualquier caso, llame sucesivamente al juicio a todos ellos –existen, como se verá en su lugar, en nues-

⁵³ Vid., p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, en Gómez Orbaneja/Herce Quemada, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976 (8.ª ed.), p. 162.

⁵⁴ Para el cual, *vid.*, p. ej., (y en casi todos los lugares indicados, también abundantes citas de jurisprudencia): GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, pp. 164 ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, Barcelona, 1992 (5.ª ed.), pp. 280 y 284 ss.; FERNÁNDEZ, en De la Oliva/Fernández, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1994 (3.ª ed., 2.ª reimp.), p. 496 (núm. 6) y pp. 498 ss.; FONT SERRA, voz «Litisconsorcio», en *Enciclopedia Jurídica Básica (EJB) Civitas*, III, Madrid, pp. 4143 ss., y allí, pp. 4145 ss.; GARBERÍ, comentario a la sentencia TS 11 junio 1991, *CCJC*, 26, pp. 653 ss., y allí, pp. 658 ss.; SERRA, «Concepto y regulación positiva del litisconsorcio», en *RDProc*, 1971, pp. 573 ss., y allí, pp. 583, ss.; CORTÉS, «El litisconsorcio», *cit.*, pp. 369 ss.; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, *Derecho jurisdiccional*, II, 1, Barcelona, 1993 (3.ª ed.), pp. 45 ss. *Vid.*, ya, mi *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, nota 793, p. 583.

tro ordenamiento procesal algunos expedientes que permiten subsanar la falta de demanda inicial a alguno de los litisconsortes necesarios, integrando sucesivamente el juicio con los inicialmente no demandados—. Desde esta perspectiva, el litisconsorcio pasivo necesario aparece como un límite del principio dispositivo, en su vertiente de la libertad, por parte del actor, a la hora de determinar el sujeto o sujetos contra quienes dirigir la propia demanda. Son las normas mismas (insisto, como regla, sustantivas, materiales) las que, para una determinada y *concreta* pretensión en ellas apoyada, imponen (al actor-demandante) la legitimación pasiva de varias (*concretas*) personas, conjuntamente y no de forma separada.

No hay que decir que la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario se agota en la imposición de la *demanda o llamada al juicio* de todos los litisconsortes: darles, así, la *oportunidad* de comparecer. No es, en cambio, preciso que hagan uso efectivo de tal posibilidad: que, de hecho, comparezcan (lo que, de exigirse, dejaría la tutela judicial del actor al capricho de los demandados).

En cuanto a la *fundamentación última* del litisconsorcio pasivo necesario —la *próxima* ya ha quedado dicho que está, generalmente, en una norma de Derecho material o sustantivo: aquella en que se funda la pretensión del actor/demandante—, estas son las explicaciones que más frecuentemente se utilizan por doctrina y jurisprudencia⁵⁵:

1. Inutilidad/inejecutabilidad de la sentencia firme dictada en un juicio que se haya seguido sin la presencia, como parte procesal (sin la convocatoria procesal), de uno o más de los litisconsortes necesarios.

2. Garantía del principio de audiencia/contradicción y consiguiente interdicción o evitación de la indefensión procesal, convocando al juicio a todos los que resultarán directamente afectados por el fallo que en él se dicte; dando oportunidad de alegar y contradecir en el juicio a cuantos están directamente implicados en el asunto en él controvertido.

3. Evitar el riesgo de sentencias contradictorias: si no se convoca al mismo juicio a todos los sujetos directamente interesados en la controversia que constituye su objeto, podrán, entonces, existir dos o más juicios sobre dicha controversia, con el consiguiente riesgo de que sean resueltos con fallos no coincidentes.

4. Impedir que resulten afectados, por la eficacia de cosa juzgada de la sentencia firme en que concluye un juicio, terceros extraños al proceso que, no habiendo sido demandados, no han tenido oportunidad de ser oídos (alegar, contradecir, defenderse).

⁵⁵ *Vid.* (y allí se encontrarán tanto la crítica de estas fundamentaciones, como citas de jurisprudencia que las ha utilizado), p. ej., RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 284 ss.; FONT SERRA, *op. cit.*, pp. 585-586; CORTÉS, *op. cit.*, pp. 393, 394, 395; MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 46; GARBERÍ, *op. cit.*, p. 660. *Vid.*, ya, mi *La responsabilidad*, cit., nota 793, p. 583.

La doctrina procesalista ⁵⁶ suele señalar la incorrección de esta última motivación, crítica que yo, precedentemente, suscribí ⁵⁷, aduciendo, en contra, que una de dos, o (*excepcionalmente*) hay extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada a terceros no demandados, no partes en el proceso de que se trate (efecto excepcional *ex art. 1252 CC*), y, entonces, es seguro que no existe litisconsorcio pasivo necesario –pues la propia ley autoriza/permite que no se demande a esos terceros, aun afectados por el resultado del litigio–; o bien (*en los casos normales*) la eficacia de la cosa juzgada se limita a las partes procesales litigantes y, por tanto, los terceros no litigantes, extraños al proceso, no resultan afectados por la sentencia dictada respecto de tales partes.

Actualmente me parece, en cambio, que la motivación otrora criticada tiene sentido, pues:

1. La eficacia, *ex artículo 1252 CC*, en ciertos casos excepcionales, de la sentencia dictada –de su cosa juzgada- *erga omnes*, no significa, en cambio, que se pueda dejar de demandar, por el actor-demandante, a los sujetos *directamente* afectados por, implicados en, el objeto de la litis (véase lo que se dice después sobre nulidad/validez de testamentos y cuestiones de estado civil). Para estos sujetos sigue en pie, por la naturaleza de la relación jurídica material discutida (su implicación directa en ella), el litisconsorcio pasivo necesario (la necesidad de demandarlos a todos ellos). La eficacia *erga omnes* de la sentencia firme, en tales casos, se refiere a todo sujeto ajeno a la relación material objeto del litigio pero *indirectamente* afectado por su constitución/impugnación/declaración.

2. La propia fundamentación del litisconsorcio pasivo necesario –la implicación directa de todos los litisconsortes en el objeto del litigio– hace que, aun *no* reconociendo, como es forzoso (según los principios generales de la cosa juzgada: su límite subjetivo general), a la sentencia recaída en un proceso efecto de cosa juzgada respecto del litisconsorte no demandado, la sentencia así dictada le sigue afectando directamente (pues resuelve un asunto que es *indivisiblemente también* del litisconsorte procesalmente preterido), y es esto, precisamente, lo que convierte a la sentencia así dictada en inútil/inejecutable: la limitación del efecto de cosa juzgada a las solas partes procesales del litigio (con exclusión del litisconsorte procesalmente preterido) no garantiza suficientemente la posición jurídica de aquél, a quien (debiéndose haber hecho) no se convocó procesalmente al juicio (y, consiguientemente, no se le dio la oportunidad de alegar/contradecir, de defenderse).

Lo dicho es suficiente para entender que en todas esas cuatro motivaciones expuestas hay algo de verdad, porque no son entre sí incompatibles: todas ellas son resultado o consecuencia de la idea básica de la

⁵⁶ RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 285; CORTÉS, *op. cit.*, p. 393.

⁵⁷ *La responsabilidad*, cit., nota 793, p. 583, d).

conexión directa e indivisible del conjunto de los litisconsortes necesarios con el asunto objeto de la litis.

Es esa conexión —que resulta, según vengo repitiendo, de la propia relación jurídica material deducida en juicio por el actor/demandante—⁵⁸, la que impone que el litigio no pueda/deba resolverse sino llamando al juicio a todos los litisconsortes necesarios (dándoles así la oportunidad de ser oídos: de comparecer y alegar/contradecir, de defenderse), y la que hace que la sentencia firme que lo resuelva afecte *siempre* de forma directa a todos los litisconsortes necesarios (lo que es razón de más para exigir la convocatoria procesal de todos ellos al juicio, y también para determinar que la sentencia obtenida que no tenga eficacia de cosa juzgada respecto de el o los litisconsortes necesarios no demandados sea inejecutable, pues la limitación del efecto de cosa juzgada de la sentencia recaída sólo frente a los litisconsortes necesarios convocados al juicio, no garantiza suficientemente la posición jurídica de quienes, procesalmente preteridos, no pudieron comparecer en dicho juicio y alegar/contradecir en él: defenderse; ni, por otra parte, es judicialmente viable una resolución judicial sólo frente a algunos, en asunto que sólo puede resolverse *indivisiblemente* frente a *todos* los sujetos en él directamente implicados).

⁵⁸ Sobre tal conexión, *vid.*, p. ej., en la doctrina: GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 164; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 280, 284, 286 y 287; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 498, 499 y 504; FONT SERRA, *voz cit.*, p. 4145; GARBERÍ, *op. cit.*, pp. 658 y 659; SERRA, *op. cit.*, p. 585; CORTÉS, *op. cit.*, p. 391 y nota 53; MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 46.

En la jurisprudencia del TS, p. ej.: sent. 7 febrero 1981 (*Col. legisl.*, núm. 44), Cdo. 2.º: «necesidad de llamar al proceso a todas cuantas personas puedan estar interesadas en la relación jurídico-procesal [querrá decir la jurídica material deducida en juicio] objeto del mismo, cuando la resolución que pueda recaer haya de afectar a derechos y obligaciones de distintas personas»; sent. 26 febrero 1981 (*Col. legisl.*, núm. 81): (necesidad de demandar) «a quien pudieran afectar *directamente* los pronunciamientos recaídos»; sent. 8 julio 1982 (*Col. legisl.*, núm. 326), Cdo. 3.º: «como racional y obligada consecuencia impeditiva de que pueda pronunciarse una decisión con referencia a las varias personas, físicas o jurídicas, que puedan estar interesadas en la relación jurídico-procesal [relación jurídica material, insisto] objeto del proceso, y la resolución que haya de recaer alcance a derechos y obligaciones que les afecten, a uno de ellos no interviniente»; sent. 24 abril 1990 (*RA 2799*), FD 3.º: «la justificación más importante (del litisconsorcio pasivo necesario) ha de buscarse en la situación jurídica material controvertida en el pleito, con presencia de todos los interesados en ella, únicos que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios... no hay razón alguna para llamarlos obligatoriamente al proceso en el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte *de modo directo*..., pues si no es así, si los efectos hacia a un tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario»; sent. 20 junio 1991 (*RA 4564*), FD 3.º: (el litisconsorcio pasivo necesario) «no sólo ha de estimarse en el supuesto de que las personas no llamadas al proceso intervinieran en la misma relación jurídica [material deducida en juicio], sino que es suficiente que, aun sin haber intervenido en la misma relación... tengan un interés *directo* legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos, con la consiguiente conculcación del principio de bilateralidad de la audiencia..., ya que han de estar presentes en la litis todos aquellas personas a quienes pueda afectar [*directamente*] la resolución. Además, citando a todos los interesados se preserva el principio de audiencia, evitando la indefensión y los pronunciamientos que afecten a personas no demandadas, pero que tienen un interés legítimo [*y directo*] para serlo y no quedar fuera del proceso cuya resolución final [*directamente*] puede afectarles».

Por los efectos que se atribuyen a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, es comprensible (aunque no justificable) que haya sido abusivamente utilizada por litigantes deseosos de impedir una resolución sobre el fondo de la controversia –a veces, tras varios años de pleito, cuando la excepción se hace valer en sede casacional.

La respuesta, lógica y justa, de doctrina procesalista y jurisprudencia⁵⁹, frente a esta *inflación* o *hipertrofia* de litisconsorcios pasivos necesarios, nacida de una voluntad obstruccionista de la tutela jurisdiccional, ha sido limitar la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario a los solos casos en que tiene sentido: allí donde hay un sujeto con *interés* (legítimo y actual) en el asunto objeto del litigio, que le implica de forma *directa*, *inmediata* o *próxima* en él (y no ya de forma indirecta, refleja o lejana).

En cambio, para que se dé el litisconsorcio pasivo necesario no es forzoso que exista, por parte de los litisconsortes, situación de cotitularidad (en nuestro caso, en el lado pasivo) de la relación jurídica material deducida en juicio⁶⁰. También hay litisconsorcio pasivo necesario, sin esa cotitularidad, cuando haya la conexión directa e inmediata con el asunto objeto del litigio. De esa conexión directa no se puede prescindir (es siempre *necesaria*), pero ella, por sí misma, es, en cambio, *suficiente*.

Como se habrá observado, existe una estrecha relación entre la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario y el *principio procesal de audiencia o contradicción*⁶¹.

Según tal principio (*audiatur et altera pars, nemo inauditus damnari non potest*), nadie puede ser condenado, ni tampoco afectado directamente por una sentencia, sin que en el correspondiente juicio se le dé la oportunidad de comparecer: de ser oído (o leído), de alegar/contradecir, de defenderse, en suma.

En la medida en que la audiencia/contradicción, positivamente, se confunde con el *derecho a la defensa* y, negativamente, su vulneración –que un sujeto se vea afectado directamente por una sentencia sin que se le haya dado la oportunidad de comparecer (para alegar, contradecir, defenderse) en el juicio en que se dictó– produce siempre *indefensión*, es lógico, y acertado, que la doctrina procesalista⁶² haya visto consagrado, con rango constitucional, este capital principio procesal en el artículo 24-1 Const., que proclama tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como la interdicción de la indefensión procesal.

No se trata, pues, de un simple enunciado teórico, sino de una norma (un principio general del Derecho procesal) con rango constitucional,

⁵⁹ Vid. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 504; GARBERÍ, *op. cit.*, pp. 658-659. Véase, asimismo, la doctrina, transcrita en la nota precedente, de las sents. TS 26 febrero 1981, 24 abril 1990 y 20 junio 1991.

⁶⁰ En tal sentido, sent. 20 junio 1991, *retro* en la nota 58.

⁶¹ Sobre el cual, *vid.*, p. ej., DE LA OLIVA, en De la Oliva/Fernández, *Derecho procesal civil*, I, cit., pp. 104 ss.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ (Ignacio), voz «Principio de audiencia», en *EJB Civitas*, III, Madrid, 1995, pp. 5072-5073; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, *Derecho jurisdiccional*, I, Barcelona, 1993 (3.ª ed.), pp. 494-495.

⁶² *Vid.*, p. ej., DE OLIVA, *op. cit.*, núm. 6, pp. 106-107; Díez-PICAZO GIMÉNEZ *op. cit.*, p. 5072; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, I, p. 494.

que tiene un insoslayable valor garantístico —en tanto que, precisamente, instrumento de lucha contra la indefensión procesal.

La exigencia ínsita en dicha garantía normativa (constitucional) se satisface, como señalan los procesalistas⁶³, ofreciendo, al sujeto condeñable o afectable directamente por la sentencia, y no de un modo uniforme, sino que puede variar según las distintas clases de procedimiento, la *posibilidad de comparecer*: de alegar, contradecir, defenderse, sin que, en cambio, sea preciso que tal sujeto haga uso efectivo de dicha posibilidad (compareciendo en el proceso), pues nadie está *obligado* a defenderse/comparecer, y, de otra forma, sería facilísimo (no compareciendo) burlar el derecho a la tutela jurisdiccional del actor/demandante. Es, pues, conforme con las exigencias constitucionales del artículo 24-1 Const., que pueda seguirse y concluirse con sentencia condenatoria un proceso civil en rebeldía (pues al demandado procesalmente rebelde, convocándole en forma al juicio, se le dio oportunidad de alegar/contradecir, de defenderse).

Se comprende, consiguientemente, que cuando, por la naturaleza del asunto que es objeto de la litis, existan varios sujetos directamente implicados en él, de forma que tanto deba resolverse judicialmente de modo indivisible frente a todos ellos, como que la resolución judicial que se dicte sobre el mismo afectará directamente también a todos ellos (sin que, como vengo repitiendo, la limitación del efecto de cosa juzgada a los solos sujetos demandados garantice suficientemente la posición jurídica de los no demandados pero también directamente implicados en el asunto de *quo*): o sea, en la situación que es propia del litisconsorcio pasivo necesario; se comprende, digo, que en tal situación, la exigencia de demandar a todos los sujetos directamente implicados en el litigio (y, como tales, afectados directamente por la sentencia que lo resolverá), sea un trasunto/concreción del principio general procesal de audiencia/contradicción: de evitar la indefensión procesal de los litisconsortes necesarios no demandados, de dar la oportunidad de comparecer, alegar y contradecir (la pretensión del actor-demandante) a todos los litisconsortes necesarios —en tanto que directamente implicados en el objeto del litigio y, consecuentemente, directamente afectados por la sentencia que se dictará para resolverlo.

Por lo dicho, se entiende, a su vez, que el principio de audiencia/contradicción no sólo sea, según expuse precedentemente, *una* de las motivaciones que, en doctrina y jurisprudencia —sobre todo, en esta última⁶⁴—,

⁶³ Vid. DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 105; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 5072; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, I, p. 495.

⁶⁴ Vid., p. ej., sent. 3 octubre 1977 (RA 3636), Cdo. 1.º: «es absolutamente preciso que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida, lo que implica o presupone limitación del arbitrio del actor en orden a la designación de las personas, naturales o jurídicas, que han de ser llamadas al proceso, no pudiendo quedar fuera de él las que tengan indudable y legítimo interés en impugnar las acciones que se ejercitan [o sea, en contradecir al demandante], al poder quedar afectados por el fallo que se ha dictado; sent. 26 febrero 1981 (*Col. legisl.* núm. 81), Cdo. 2.º: (el respeto al principio) «de la necesidad de oír y vencer en juicio a quien en él pudie-

se utilizan como fundamento último del litisconsorcio pasivo necesario, sino que, incluso, por autorizados procesalistas, se señale que es éste *el* verdadero fundamento último del litisconsorcio pasivo necesario⁶⁵, o que la imposición del litisconsorcio pasivo necesario, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en casos en que no está expresamente exigido por la ley, pero sí implícitamente por la naturaleza de la relación jurídica material deducida en juicio, es una de las manifestaciones más importantes, desde el punto de vista práctico, de la aplicación —de la virtualidad preceptiva, por tanto— de ese mismo principio general, constitucional y procesal, de audiencia/contradicción/interdicción de la indefensión⁶⁶.

Sin embargo, el problema que, sobre todo, plantea el litisconsorcio pasivo necesario, no es tanto la formulación de los criterios generales a

ra ser condenado o a quien pudieran afectar directamente los pronunciamientos recaídos, exige... el llamamiento o vocación al proceso de cuantos se vean o puedan ser afectados por la resolución a dictar..., pero sin que tal vocación o llamada sea precisa, respecto de aquellas personas, naturales o jurídicas, que no sean afectadas por la litis o no tengan un legítimo interés en impugnar [contradecir] la pretensión contraria»; sent. 8 julio 1982 (*Col. legisl.*, núm. 326), Cdo. 2.º: «desde el momento que no le vinculan [al sujeto no demandado] pronunciamientos judiciales declarados sin su intervención en el procedimiento y que le afectan directamente, al implicar vulneración del esencial principio de Derecho de que nadie puede ser privado de sus derechos, sin ser oído y vencido en juicio (sentencias, entre otras, de 2 febrero 1928, 10 enero 1945, 28 febrero 1955)... al no poderse declarar en las sentencias derechos ni imponer deberes que afecten a personas no intervinientes en el juicio (sentencias 22 enero 1908 y 3 abril 1956)»; sent. 10 mayo 1984 (*Col. legisl.*, núm. 289; *RA* 2405), Cdo. 5.º: «la expresada situación litisconsorcial sólo surge cuando la sentencia que recaiga puede producir efectos de cosa juzgada respecto de personas no llamadas al proceso y que se hallen vinculadas por la misma relación jurídica que la debatida; circunstancias que no concurren ahora... ni hay peligro, ni en el anterior ni en este litigio, de condenar a persona alguna sin ser oída»; sent. 24 abril 1990 (*RA* 2799): (el litisconsorcio pasivo necesario) «se fundamenta en la veracidad de la cosa juzgada, en la extensión de sus efectos, en que nadie puede ser condenado sin ser oído y en la necesidad de evitar fallos contradictorios»; sent. 9 mayo 1990 (*Col. ofic.*, núm. 287), FD 1.º: (figura del litisconsorcio pasivo necesario) «fundamentada en la necesidad de integrar en un proceso, dado su carácter indivisible, a todas cuantas personas puedan verse afectadas por razón del derecho discutido o por el alcance de la resolución que en el mismo haya de dictarse, y ello tanto por el propósito de eliminar la posible indefensión de tales personas, como de evitar sentencias contradictorias»; sent. 11 junio 1991 (*CCJC*, 26, p. 655; *RA* 4442): «el litisconsorcio necesario ha de buscarse en la relación jurídica material controvertida en el pleito, debiendo reclamarse la presencia de todos los interesados en ella, para impedir, en unos casos, que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio, o para evitar sentencias contradictorias en otros»; sent. 20 junio 1991 (*RA* 4564), FD 2.º: «los pedimentos de la demanda... hubieran exigido llamar a éstos [los comuneros no demandados] al proceso para ser oídos o, al menos, darles la oportunidad de serlo. Es obvio que les afectan las cuestiones de la litis», y FD 3.º: (el litisconsorcio pasivo necesario) «no sólo ha de estimarse en el supuesto de que las personas no llamadas al proceso intervinieran en la misma relación jurídica [material deducida en juicio], sino que es suficiente que, aun sin haber intervenido en la misma relación... tengan un interés directo, legítimo que puede ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos, con la consiguiente conculcación del principio de bilateralidad de la audiencia..., ya que han de estar presentes en la litis todas aquellas personas a quienes puede afectar la resolución. Además, citando a todos los interesados se preserva el principio de audiencia, evitando la indefensión y los pronunciamientos que afecten a personas no demandadas pero que tienen un interés legítimo para serlo y no quedar fuera del proceso cuya resolución final puede afectarles».

⁶⁵ Así, FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 499, y nota 14, pp. 503-504.

⁶⁶ *Vid.*, en este sentido, DE LA OLIVA, *op. cit.*, p. 109 (núm. 9).

que responde, cuanto de, sobre su base, determinar los *casos concretos* en que procede su exigencia.

Hay, ciertamente, algunos pocos casos en que el litisconsorcio pasivo necesario resulta de manera directa y expresa de una norma legal.

Tal es el caso, unánimemente señalado por los procesalistas⁶⁷, de las obligaciones indivisibles (*rectius*, consorciales o en mano común), según resulta del artículo 1139 CC (el acreedor que exige judicialmente el cumplimiento de una obligación consorcial o en mano común ha de demandar necesariamente a todos los deudores consorciales o en mano común).

Si el anterior es un caso de litisconsorcio pasivo necesario expresamente impuesto por la ley (sustantiva) como consecuencia, según es la regla, de la naturaleza de la relación jurídica material deducida en juicio; es, también, un caso de litisconsorcio pasivo necesario exigido directa y expresamente por la ley (procesal), el contemplado en el artículo 1539 LEC para las tercerías (el tercerista debe demandar necesariamente a las dos partes del juicio ejecutivo en el que incide su acción)⁶⁸, sólo que aquí, excepcionalmente, son razones de orden procesal (y no de Derecho material o sustantivo) las que han conducido a esa exigencia legal.

Ahora bien, si los casos de litisconsorcio pasivo necesario directa y expresamente establecidos por la ley son muy pocos, y si, generalmente o como regla, es la propia naturaleza de la relación jurídica controvertida en el juicio (deducida en él por el actor/demandante) la que impone la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario⁶⁹, se llega a la lógica conclusión de que, en los supuestos normales, tal exigencia del litisconsorcio pasivo necesario vendrá impuesta, al margen de un mandato legal expreso, como consecuencia del examen de la naturaleza del asunto controvertido. O, lo que es lo mismo, la mayoría de los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario resultarán, tras su adecuada interpretación, de la voluntad *tacita* de la ley sustantiva en que se fundamenta la pretensión del actor-demandante⁷⁰.

Algunos autores procesalistas⁷¹ contraponen terminológicamente el litisconsorcio pasivo necesario directa y expresamente establecido por la

⁶⁷ Vid., p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 164; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 287-288; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 500; SERRA, *op. cit.*, pp. 586-587; CORTÉS, *op. cit.*, pp. 382 ss. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II, 1*, cit., p. 45; FONT SERRA, *voz cit.*, p. 4145.

⁶⁸ Vid., p. ej., FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 500; CORTÉS, *op. cit.*, p. 388; FONT SERRA, *voz cit.*, p. 4145.

⁶⁹ Esta es la opinión unánime de los procesalistas. Vid., p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 164; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 280, 284, 286 y 287; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 498 y 499; SERRA, *op. cit.*, pp. 584-585 y 589; CORTÉS, *op. cit.*, pp. 375 y 381; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional, II, 1*, cit., p. 46; GARBERÍ, *op. cit.*, pp. 658, 659, 660 y 662; FONT SERRA, *voz cit.*, p. 4145.

En la jurisprudencia, *vid.*, p. ej., en el mismo sentido, sent. 24 abril 1990 (RA 2799) y sent. 11 junio 1991 (RA 4442 y CCJC. 26, p. 655). Más jurisprudencia puede verse citada en GARBERÍ, *ib.*, p. 659).

⁷⁰ En sentido similar, MONTERO AROCA, (*Derecho jurisdiccional, II, 1*, cit., p. 46): «el supuesto normal del litisconsorcio no precisa de norma expresa, porque su necesidad viene impuesta por la naturaleza de la relación jurídica que se pretende discutir en el proceso».

⁷¹ Vid., p. ej., FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 499 y 501 y nota 10; FONT SERRA, *voz cit.*, p. 4145.

ley –al que denominan «*legal*» o «*propio*»–, y el que viene exigido (después, digo yo, de una adecuada interpretación de las normas jurídicas sustantivas aplicables al caso) por la jurisprudencia del Tribunal Supremo –para el que se reserva la calificación de «*impropio*»–. Pero, como estos mismos autores advierten, la distinción entre una y otra categoría de litisconsorcio necesario carece, por completo, de trascendencia real o práctica, dado que ambas están completamente asimiladas (por la jurisprudencia del TS y la doctrina de los autores) en su tratamiento procesal y en sus efectos.

Entre los casos de litisconsorcio pasivo necesario que señalan doctrina y jurisprudencia como resultado de la interpretación de la ley sustantiva a aplicar, de la voluntad tácita de ésta, aun faltando una norma que expresamente lo imponga, pueden señalarse los siguientes (y limito esta enumeración, no exhaustiva, a supuestos que, por ser los más frecuentemente citados, se pueden considerar, también, los menos dudosos):

A) Cuando se trata de impugnar o constituir una relación jurídica familiar, el actor/demandante ha de demandar necesariamente a todos los sujetos titulares, directamente implicados en ella. Y, así, por ejemplo:

A.1 La acción de nulidad matrimonial, cuando se ejercita por un tercero interesado (y, por ende, legitimado) o por el Ministerio Fiscal, ha de dirigirse necesariamente contra los dos cónyuges, no bastando dirigirla contra sólo uno de ellos⁷².

A.2 Si se pretende reclamar o impugnar la paternidad o maternidad, han de ser demandados, por el sujeto actor legitimado a ese fin, todas las personas (salvo, naturalmente, que el actor sea una de ellas) que son sujetos de la relación paternofamiliar impugnada (hijo, padre, madre) y/o de la que se pretende judicialmente establecer (el padre o la madre cuya filiación se reclama)⁷³.

Y no es obstáculo para la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario en estos casos [A.1 y A.2], lo dispuesto en el artículo 1252-II CC sobre el alcance *erga omnes* de la eficacia de cosa juzgada propio de las sentencias firmes que resuelven cuestiones de estado civil, pues dicho precepto sólo se refiere a los terceros ajenos a la relación jurídica familiar controvertida, nunca a los directamente interesados/implicados en ella⁷⁴, respecto de los que, por tanto, no se dispensa al actor de la necesidad de demandarlos. La eficacia *erga omnes* de la sentencia firme que resuelve la cuestión de estado *presupone* que ha sido dictada en un proceso válido, *regularmente constituido*, también desde la perspectiva que aquí interesa (con convocatoria formal de todos los litisconsortes pasivos necesarios).

⁷² Vid., p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 164; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 288; SERRA, *op. cit.*, p. 589; CORTÉS, *op. cit.*, pp. 386-387; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 503; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, 1, p. 46; FONT SERRA, *voz cit.*, p. 4145.

⁷³ Vid. SERRA, *op. cit.*, p. 589; CORTÉS, *op. cit.*, pp. 386-387; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 288; FONT SERRA, *voz cit.*, p. 4145.

⁷⁴ Así, certeramente, SERRA, *op. cit.*, p. 589.

B) Se impone, también, el litisconsorcio pasivo necesario cuando se trata de impugnar un negocio jurídico del que son parte varias personas o en el que, de cualquier modo, están directamente interesadas una pluralidad de personas. Y, así, por ejemplo:

B.1 La acción de nulidad testamentaria habrá necesariamente de dirigirse, por el demandante, contra todos los instituidos (no sólo herederos, también legatarios) en el testamento impugnado ⁷⁵.

Tampoco es aquí obstáculo, para la exigencia de este litisconsorcio pasivo necesario, lo dispuesto en el artículo 1252-II CC sobre la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada relativa a cuestiones de nulidad/validez testamentaria. Pues, también aquí, dicho precepto sólo se refiere a terceros distintos de los sujetos directamente implicados en la nulidad testamentaria, a los que, consecuentemente, no se dispensa, al actor/demandante, de la necesidad de demandar. También aquí, en suma, la eficacia *erga omnes* de la sentencia presupone que se haya dictado en un proceso válido, regularmente constituido (al que se haya convocado en forma a todos los sujetos directamente implicados en la cuestión litigiosa).

B.2 Si se pretende la impugnación de un contrato, por persona legitimada para ello que no es parte en él, sino tercero, el demandante deberá necesariamente llamar al juicio a las dos o más partes del contrato impugnado (a todos los sujetos que estén en las dos o más posiciones de parte contractual en el contrato impugnado, y si es uno de ellos el que impugna, deberá necesariamente demandar a todos los demás) ⁷⁶.

C) Se exige, asimismo, el litisconsorcio pasivo necesario en las situaciones de cotitularidad o indivisión. Por ejemplo, si se pretende la impugnación de un derecho que corresponde proindiviso a varios, han de ser demandados todos los sujetos cotitulares ⁷⁷; o si se ejercita la acción de división/partición, dentro de una comunidad de bienes o de una comunidad hereditaria, el comunero/coheredero actor/demandante necesariamente habrá de demandar a todos los demás comuneros/coherederos partícipes en la misma comunidad indivisa de *qua* ⁷⁸.

Si los ahora relacionados son casos que, aun a falta de norma expresa, vienen pacíficamente considerados, por doctrina y jurisprudencia, como de litisconsorcio pasivo necesario, está claro que a la hora de determinar nuevos casos de litisconsorcio pasivo necesario por voluntad tácita de la ley (sustantiva) habrá que examinar, en cada supuesto, las características

⁷⁵ Vid. SERRA, *op. cit.*, p. 590; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 288; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 503; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, 1, p. 46.

⁷⁶ Vid. SERRA, *op. cit.*, p. 590; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, 1, p. 46.

Que todos los intervinientes en un contrato radicalmente nulo estén ligados por el litisconsorcio pasivo necesario, a los efectos de la pertinente acción declarativa, ha sido recientemente confirmado por la sent. TS 14 mayo 1994 (RA 3583), FD 2.º

⁷⁷ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 164.

⁷⁸ Vid. SERRA, *op. cit.*, p. 591; CORTÉS, *op. cit.*, pp. 381-382; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 288; FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 503.

de la relación jurídica material deducida en juicio, de la pretensión del actor/demandante que se apoya en aquella ley, para, tras ese examen, concluir con la exigencia, o no, del litisconsorcio necesario.

Para la realización de ese examen interpretativo, en el concreto supuesto de nuestro interés (el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria), es útil tener en cuenta las mismas pautas generales que el Tribunal Supremo ha utilizado en los restantes casos. Pautas que, según la doctrina procesalista⁷⁹, serían las siguientes:

a) Se impone el litisconsorcio pasivo necesario respecto de todas aquellas personas que pudieran verse afectadas *directamente* por la sentencia que se dicte (sent. TS 29 mayo 1981)⁸⁰.

b) Se exige, asimismo, el litisconsorcio pasivo necesario con relación a todos aquellos que tengan interés *directo*, legítimo y evidente, en el resultado del pleito o que tengan interés *directo* en impugnar, *contradecir* las peticiones del actor (sent. TS 3 octubre 1977)⁸¹.

c) Hay, igualmente, litisconsorcio pasivo necesario con referencia a todos los sujetos *directamente* implicados en una relación jurídica que, por ser inescindible, sólo permita, con relación a ella, un pronunciamiento judicial único e indivisible (sent. TS 10 marzo 1980).

B. FUNDAMENTACIÓN DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN EL SUPUESTO DEL EJERCICIO JUDICIAL DE LA LEGITIMACIÓN SUBROGATORIA

Recuerdo y aclaro, de entrada, que el litisconsorcio necesario respecto del juicio subrogatorio se entiende en el sentido de que en él siempre han de estar presentes, como partes procesales, los tres sujetos directamente implicados (acreedor subrogante, deudor subrogado y tercero *debitor debitoris*), quienquiera que sea el que de ellos lo promueva como actor/demandante. Por tanto, también existe litisconsorcio pasivo necesario (respecto de los otros dos sujetos distintos del actor/demandante) si el juicio subrogatorio es promovido por el tercero *debitor debitoris* o por el deudor subrogado, *a posteriori* del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria por parte del acreedor subrogante [*vid.*, *retro* nota 46 y el texto concordante].

Aquí me ocupo, porque ya he dicho que es la hipótesis más frecuente en la práctica, de un juicio subrogatorio promovido —como actor/deman-

⁷⁹ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, núm. 8, p. 501. De este autor son también las citas de jurisprudencia que se hacen en el texto para cada uno de los criterios generales por él señalados.

⁸⁰ *Vid.*, además, *retro*, la jurisprudencia que se cita y transcribe en la nota 58.

⁸¹ Respecto al interés en contradecir, *vid.*, junto a ésta, otras sentencias, en el mismo sentido, que se citan y transcriben, *retro* en la nota 64.

Respecto de la idea del interés directo en la cuestión litigiosa, *vid.* la jurisprudencia que se cita y transcribe, *retro*, en la nota 58.

dante— por el acreedor subrogante, bien en ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, bien en verificación judicial, instada por él mismo, de un previo ejercicio extrajudicial suyo de la legitimación subrogatoria. Hipótesis, la más frecuente, en la cual, pues, la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario (como codemandados) se refiere a tercero *debitor debitoris* y deudor subrogado.

Ahora se trata de razonar, más por extenso, que ese litisconsorcio pasivo necesario, del que he venido hablando precedentemente, es algo efectivamente exigible con los datos de nuestro ordenamiento vigente.

Y a mí me parece que así es, tanto por lo visto, en general, sobre el litisconsorcio pasivo necesario, cuanto por lo que he ido anticipando a propósito, en concreto, del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria o la verificación judicial de un previo ejercicio extrajudicial de la misma.

Trataré de hacer aquí una exposición orgánica de las razones que apoyan tal conclusión.

1. Lo primero que procede advertir, es que no puede hacerse del *silencio legal* sobre la cuestión un argumento contrario a la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario en este caso.

Pues que no exista una norma de ley que *expresamente* imponga, al acreedor subrogante-actor, la demanda, también, al deudor subrogado, no implica, sin más, que se pueda dejar de demandar a éste. Pensando de esa forma, se le da automática, ciegamente, a la inexistencia de una norma expresa que imponga la demanda, también, del deudor subrogado, el sentido de una norma expresa contraria (pero *igualmente* inexistente): se puede dejar de demandar a ese deudor. Mientras que, en el silencio de la ley (ésta expresamente ni dice que se deba demandar al deudor subrogado, ni, tampoco, que se pueda dejar de hacerlo), el problema ha de ser resuelto con arreglo a los *principios generales* del litisconsorcio pasivo necesario, aplicados a la concreta cuestión litigiosa de *qua*. Principios generales que llevan, según creo, en este caso a la misma conclusión sobre la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario que si éste viniera impuesto por una norma expresa⁸².

Sobre la improcedencia de la interpretación que convierte, de forma automática, ciega, a la falta de norma expresa que imponga la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, en una autorización legal para dejar de hacerlo, no me contentaré, sin embargo, con invocar para

⁸² En sentido similar, para el Derecho francés —también falto, como se sabe, de una norma expresa que resuelva la cuestión—, DEMOLOMBE, *Cours*, XXV, cit., p. 106: ciertamente, el texto de la ley (francesa) no exige, expresamente, que el acreedor subrogante-actor demande, también, al deudor subrogado. Pero este silencio legal impone recurrir, por parte de la doctrina, a los principios generales, en forma de asegurar, para todos aquellos que estén en él (directamente) interesados, la entera regularidad del proceso iniciado por el actor/demandante. Y esa finalidad (garantística) sólo puede ser conseguida, en el caso, imponiendo la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado.

este caso las clásicas advertencias sobre los riesgos de la interpretación *a contrario* (cuando se hace de modo implacable, con automatismo) o de que no todo lo que no está expresamente prohibido resulta legalmente permitido o autorizado.

Sino que, más precisamente, recordaré que, como se ha visto en el apartado anterior [VI, A)] la manera en que *preferente y normalmente* se determina el litisconsorcio pasivo necesario en nuestro ordenamiento es por *voluntad tácita de la ley (sustantiva)*, tras su adecuada interpretación, examinando la naturaleza y caracteres de la pretensión del actor/demandante (de la relación jurídica material que éste deduce en el juicio) que se apoya en aquella ley. De forma que, como comprobamos en ese mismo lugar, la mayor parte de los casos de litisconsorcio pasivo necesario reconocidos por doctrina y jurisprudencia no responden a un mandato legal expreso, en tal sentido, sino implícito en la propia naturaleza del asunto judicialmente controvertido.

Lo dicho es suficiente, entiendo, para privar al silencio legal en la materia del valor —que, no obstante, a veces equivocadamente se le da— de argumento *definitivo* en contra de la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado. Como si, por tanto, dicho silencio legal cerrase hasta la *mera posibilidad* de plantearse la cuestión del litisconsorcio pasivo necesario en el caso.

Desvirtuada —y, según se ve, muy fácilmente— la presunta eficacia obstativa, a ese fin, del silencio legal sobre la materia, queda abierta la *sola posibilidad* de plantear si, efectivamente, existe o no, respecto del acreedor subrogante-actor, litisconsorcio pasivo necesario de tercero *debitor debitoris* y deudor subrogado. Cuestión que, como queda dicho, habrá que resolver aplicando los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario a la concreta cuestión litigiosa de *qua*.

Antes de hacer lo cual —en la exposición que sigue—, quiero hacer una indicación de Derecho comparado.

Ya se ha visto [*retro*, II] que el Código civil italiano de 1942 (art. 2900-II) sí impone expresamente, al acreedor subrogante-actor la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado.

Pero, me interesa advertir, esta exigencia del legislador italiano de 1942 no surgió (lógicamente) en el vacío, sino que estuvo precedida, bajo la vigencia del Código civil italiano de 1865, de una opinión doctrinal y jurisprudencial, por otra parte mayoritarias⁸³, en el mismo sentido que la norma actualmente vigente impone.

⁸³ En favor del mismo criterio que luego consagraría el Código Civil italiano vigente, ya para el Código de 1865, *vid.*, por ejemplo, GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, II, Madrid, 1977, reimpr. de la 2.ª ed. española, trad. de la 7.ª ed. italiana. Traducción y anotaciones de Derecho español por la Redacción de la RGLJ, núm. 240, pp. 279 ss.; CICU, *L'obbligazione*, cit., núm. 5, pp. 106-107.

Que esa fuese la opinión doctrinal prevalente antes de la entrada en vigor del vigente Código Civil italiano, lo dicen tanto CICU (*ibidem*), cuanto PATTI, *op. cit.*, nota 110, p. 132 (que cita, en este lugar, a más doctrina, de la misma época, en igual sentido).

Con lo cual quiero decir y demostrar, que cuando el legislador italiano de 1942 (o, después de él y bajo su influjo, el portugués de 1966) establece la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, no está, así, imponiendo una exigencia caprichosa o por razones de mera oportunidad/conveniencia, sino que decide explicitar lo que ya, por la naturaleza del supuesto, se entendía implícitamente exigido (en la opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias) por la ley anteriormente vigente.

Y esa misma situación italiana anterior a 1942, de litisconsorcio pasivo necesario impuesto implícitamente por la ley, es la que, como me propongo demostrar a continuación –para un ordenamiento, el español, que regula la legitimación subrogatoria sin diferencias relevantes, en lo que interesa, a como lo hacía el Código civil italiano de 1865–, está vigente en nuestro ordenamiento actual.

2. En contra de la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, tratándose del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria por el acreedor subrogante (actor-demandante), se ha aducido, como se recordará⁸⁴, que objeto del ejercicio subrogatorio es el poder jurídico del deudor subrogado. Y éste sólo tiene por *sujeto pasivo* al tercero *debitor debitoris*, por lo que, consecuentemente, sólo *contra* él cabrá dirigir el ejercicio (judicial o no) subrogatorio por parte del acreedor subrogante (actor-demandante en la hipótesis de ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria). Y nunca, también consecuentemente, *contra* el deudor subrogado titular del poder jurídico subrogatoriamente ejercitado, que es su *sujeto activo*, no pasivo.

La respuesta a esta objeción arranca del hecho, reconocido por numerosa y autorizada doctrina, de que en el ejercicio (judicial o extrajudicial) de la legitimación subrogatoria no sólo existe el *poder jurídico del deudor subrogado*, sino, también, un genuino *derecho del acreedor subrogante*: el derecho a la legitimación subrogatoria, a ejercitar, concurriendo precisos requisitos, los poderes jurídicos de su deudor⁸⁵.

Que idéntico criterio lo defendiese la jurisprudencia italiana mayoritaria de ese mismo momento histórico, puede verse en PATTI (*ibidem*, y allí citas de esa jurisprudencia).

⁸⁴ CORTÉS, *op. cit.*, p. 387. Y *vid.*, ya, *retro*, nota 36 y texto concordante.

⁸⁵ Que exista un derecho propio del acreedor subrogante a la legitimación subrogatoria, lo sostiene, p. ej., MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 195, 215 (núm. 4) ss., 312, 313, 330 y 337; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 39, 40, 41, 44 (núm. 5) y 46; NICOLÒ, *op. cit.*, pp. 25, 26 y 38; AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 118. *Vid.*, ya, mi *El ámbito objetivo*, cit., pp. 156, 1), y 157.

Entre los procesalistas españoles, GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 148: «cuando el sustituto procesal –p. ej., el acreedor en la acción subrogatoria– deduce en juicio el derecho ajeno de su deudor, deduce a su vez su derecho [del acreedor subrogante/sustituto procesal] a deducirlo, el cual depende de que el primero entre en su esfera de disposición, conforme a las normas del Derecho civil» [mejor, dicho con más generalidad, de que se den, en el caso concreto, *todos* los requisitos legales que el artículo 1111 CC señala a ese efecto]; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 258-259: «el que ejercita la acción subrogatoria actúa en el proceso en nombre e interés propio y también por un derecho propio: el que le concede el Código Civil en su artículo 1111 CC, precisamente. Por ello, la hipótesis, en mi opinión, deja de tener valor como un caso de legitimación extraordinaria y se convierte en un caso más de legitimación ordinaria» [cierto, como explico después en el texto, por lo que se refiere al derecho propio del acreedor subrogante,

Se trata, como digo, de un derecho propio del acreedor subrogante (no del deudor subrogado), que la ley (art. 1111 CC), dándose determinados requisitos, le atribuye directamente para la garantía de su crédito (para la conservación de la garantía patrimonial del deudor subrogado e inerte, como instrumento para asegurar mejor el cobro del propio crédito).

El acreedor subrogante es, pues, en las condiciones del artículo 1111 CC, titular del derecho a la legitimación subrogatoria. Derecho que no se confunde ni con el crédito (o créditos) de ese acreedor para cuya garantía de cobro se otorga –aunque, ciertamente, como toda garantía, su titularidad es necesariamente accesoria de la de un crédito, la presupone– ni, mucho menos, con el poder jurídico del deudor subrogado que subrogatoriamente se pretende ejercitar –que es el *objeto* del derecho propio, autónomo, del acreedor subrogante a la legitimación subrogatoria; derecho que consiste, precisamente, en ejercitar (judicial o extrajudicialmente), dándose todos los requisitos del artículo 1111 CC, poderes jurídicos del deudor subrogado en las mismas condiciones en que éste podría haberlo hecho personalmente, en particular, con el mismo contenido del poder jurídico subrogado y con los mismos efectos, para el deudor-titular, del acto de ejercicio así realizado.

Por tanto, en todo acto de ejercicio subrogatorio (judicial o extrajudicial, insisto) realizado por el acreedor subrogante, no *sólo* hay (y evidentemente que lo hay) ejercicio de un *derecho/poder jurídico ajeno* (del deudor subrogado y titular), sino, *además*, ejercicio de un *derecho propio* del acreedor subrogante, directamente otorgado a éste para la defensa/protección de un *interés también propio* (inmediatamente conservativo, mediatamente de cobro): de garantía. Derecho accesorio, como toda garantía, de la titularidad de un crédito, pero no confundido, tampoco, con éste (sino añadido, yuxtapuesto a y dependiente de él). Es, precisamente, la existencia de ese derecho (a la legitimación subrogatoria) del acreedor subrogante, el que legalmente (*ex art. 1111 CC*) justifica que se pueda ejercitar un poder jurídico ajeno (del deudor subrogado) sin estar, para ello, legitimado de otro modo (p. ej., representativamente).

Si el acreedor es, dándose los requisitos señalados a ese fin por la ley sustantiva (*ex art. 1111 CC*), titular de un derecho a la legitimación subrogatoria, derecho (material, sustantivo) que entraña una pretensión (dirigida, como se verá después, *contra dos determinados sujetos pasivos*: deudor subrogado y tercero *debitor debitoris*) al ejercicio subroga-

pero sigue habiendo, en cuanto a la pretensión de que es titular el deudor subrogado, ejercicio por un sujeto distinto del deudor-titular: el acreedor subrogante], y p. 264: «en realidad, si bien se observa, el acreedor que comparece en el proceso ejercitando la acción subrogatoria no hace más que utilizar un derecho propio; derecho que, con carácter general, la norma, el artículo 1111 CC, concede a todos los acreedores para remediar la insolvencia del deudor buscada por la vía de la inactividad. Su legitimación es directa y propia, según la terminología al uso, puesto que actúa en base a la posibilidad que le ofrece el artículo 1111 CC: no ejercita un derecho ajeno, sino propio» [dése por reproducida la misma precisión anterior].

torio, a mí me parece claro que a esa concreta *pretensión* (sustantiva, material) se corresponde, como para cualquier otra pretensión reconocida por o derivada de la ley sustantiva, su consiguiente *acción*: instrumento de defensa para invocar, en su respecto, la tutela jurisdiccional.

Ya he dicho [*retro*, V)] que nada impone el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria [del derecho a la misma del acreedor subrogante], pero si, como es lo más frecuente, el acreedor subrogante y titular del derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC opta por el ejercicio judicial, o si, tras el ejercicio extrajudicial, es él mismo quien insta su verificación judicial, me parece evidente que, de ambos modos, el acreedor ejercita, aunque como explicaré enseguida, *no sólo*, una *propia acción*, encaminada a la tutela judicial de su *propio derecho* a la legitimación subrogatoria. Acción propia del acreedor que necesariamente se yuxtapone o acumula (pero no se confunde) con la derivada del derecho/poder jurídico del deudor subrogado que subrogatoriamente se ejercita: precisamente, porque el acreedor subrogante hace valer judicialmente –al ejercitar judicialmente la legitimación subrogatoria o al verificar judicialmente su ejercicio extrajudicial anterior–, ejercitando su propia acción (subrogatoria), su pretensión de ejercicio de la acción del deudor subrogado, o de que se declare bien hecho el ejercicio extrajudicial anterior del derecho/poder jurídico del deudor subrogado.

En la hipótesis del ejercicio judicial subrogatorio tenemos, pues, que el acreedor subrogante y actor-demandante, hace valer o deduce en el juicio subrogatorio, simultáneamente, *dos acciones* con sus correlativas dos pretensiones: su propia acción (subrogatoria) por la que invoca la tutela judicial de su propio derecho (hace valer judicialmente la correspondiente pretensión), *ex* artículo 1111 CC, al ejercicio judicial del derecho/poder jurídico del deudor subrogado –y a ésta, para entendernos, podemos llamarla *acción/pretensión accesoria*–; y, junto a ella, de forma *necesaria* (pues el propio contenido/objeto de la pretensión/acción subrogatoria así lo exige), la acción del deudor subrogado e inerte por la que se solicita la tutela judicial del derecho/poder jurídico de que este otro sujeto es titular (se hace valer judicialmente la correspondiente pretensión) –y a esta otra, también para entendernos, podemos llamarla *acción/pretensión principal*–⁸⁶.

Cuando se trata de la verificación judicial, promovida por el acreedor subrogante (como actor-demandante), de un ejercicio extrajudicial anterior de la legitimación subrogatoria, también existen dos pretensiones (accesoria y principal, la una de titularidad del acreedor subrogante, la otra del deudor subrogado) y dos acciones (accesoria y principal, con

⁸⁶ *Vid.*, ya, lo anticipado en el texto que sigue a la nota 36.

Naturalmente, la intervención subrogatoria del acreedor subrogante también podría consistir en, valiéndose de su propio derecho, *ex* artículo 1111 CC, deducir una *excepción* del deudor subrogado e inerte, frente a la acción/demanda promovida contra éste por un tercero (sujeto pasivo de la defensa del deudor subrogado, sin perjuicio de su condición de actor/demandante en cuanto a la pretensión dirigida contra el deudor subrogado).

idéntica atribución), con la única diferencia de que, puesto que aquí, por hipótesis, el ejercicio subrogatorio extrajudicial ha precedido al juicio subrogatorio, en éste el ejercicio de las dos acciones no es sincrónico con el ejercicio extrajudicial y previo de las dos pretensiones, sino diacrónico (sucesivo), y, por eso, el juicio (como las dos acciones en él simultáneamente deducidas) tiene aquí carácter puramente *declarativo*: se trata de verificar *a posteriori* que en el momento del ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria existían tanto el poder jurídico del deudor subrogado, como el derecho, *ex* artículo 1111 CC, del acreedor subrogante a ejercitarlo. A cuyo fin el acreedor subrogante-actor ejercita, simultáneamente, tanto la acción declarativa de su derecho a la legitimación subrogatoria (*ex* art. 1111 CC), como, subrogatoriamente, la acción declarativa del derecho de su deudor que fue previa, subrogatoria y extrajudicialmente ejercitado.

De cualquiera de esas dos formas resulta que en el juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante, como actor-demandante, no se hace valer *sólo* la acción/prentensión (*principal, subrogada*) de la que es titular el deudor subrogado –si se trata del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria–, o sólo una acción declarativa del derecho/poder jurídico del deudor subrogado –si se trata de la verificación judicial *ex post* de un previo ejercicio extrajudicial de la legitimación subrogatoria–, sino que, junto a ellas, el acreedor-actor hace valer su propia acción/prentensión (*acesoria, subrogatoria*) –en el primer caso– o una acción declarativa de su propio derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC –en el segundo caso.

Y siendo ello así, ya no puede argumentarse de que el derecho/poder jurídico del deudor subrogado –y, consecuentemente, tanto la *pretensión* que constituye su contenido, como la *acción* concedida para hacerla valer judicialmente– sólo tenga, *como es cierto*, por *sujeto pasivo* al tercero *debitor debitoris*, para concluir seguidamente, que, puesto que es ese mismo derecho/poder jurídico del deudor subrogado el que el acreedor subrogante judicialmente ejercita, su demanda debe únicamente dirigirse contra ese solo sujeto pasivo del derecho judicial y subrogatoriamente ejercitado.

Pues, como queda dicho, el ejercicio judicial subrogatorio del derecho/poder jurídico del deudor subrogado implica, de forma *simultánea y necesaria* –porque, sin ello, el acreedor que no tenga un título de legitimación distinto no podría realizarlo–, el ejercicio, también, de un derecho propio *ex* artículo 1111 CC del acreedor subrogante-actor, de una acción/prentensión propia, y *esta otra* (*acesoria* de la principal, pero no confundida con ella), como el propio derecho sustantivo (*ex* art. 1111 CC) del acreedor subrogante de que deriva, tiene por *sujetos pasivos* tanto al deudor subrogado como al tercero *debitor debitoris*. Por tanto, *contra ambos*, como tales, *conjuntamente* se ejercita.

Y, tratándose de la verificación judicial, promovida por el acreedor subrogante –como actor/demandante–, de un previo ejercicio subrogato-

rio extrajudicial, la acción declarativa de su derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, apoyada, también, en éste, no puede dejar de dirigirse contra esos dos mismos sujetos pasivos –los que lo son, igualmente, del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria– [vid., ya, *retro*, V)].

Con arreglo al planteamiento aquí defendido, consiguientemente, en todo supuesto de ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, el tercero *debitor debitoris* es tanto *sujeto pasivo* del derecho/poder jurídico del deudor subrogatoriamente ejercitado (esto es obvio y nadie lo discute), como, al mismo tiempo, también lo es del derecho del acreedor subrogante a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC. Mientras que, por otro lado, el deudor subrogado que, ciertamente, *no* es sujeto pasivo del derecho/poder jurídico subrogatoriamente ejercitado (sino, al contrario, su titular, *sujeto activo*), no deja, por ello, de ser (sino que, precisamente, el ser titular del derecho subrogado así lo exige) *sujeto pasivo*, también, junto con el tercero *debitor debitoris*, del derecho del acreedor subrogante *ex* artículo 1111 CC (y de la consiguiente acción/pretenión) a la legitimación subrogatoria⁸⁷.

Por tanto, según lo expuesto, la legitimación pasiva (por nadie discutida) del tercero *debitor debitoris* en el juicio subrogatorio promovido, como actor-demandante, por el acreedor subrogante, no sólo deriva del hecho, obvio, de que él es el sujeto pasivo del derecho/poder jurídico (del deudor subrogado) judicial y subrogatoriamente ejercitado, sino, en mi opinión, *además*, de que es, también, sujeto pasivo del derecho/pretenión del acreedor subrogante a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC. Desde este punto de vista, la legitimación pasiva del tercero *debitor debitoris*, la necesidad, para el acreedor subrogante-actor, de demandarlo, significa que la demostración (carga de la prueba adosada al acreedor-actor) de la concurrencia en el caso de todos los requisitos legales (*ex* artículo 1111 CC) de la legitimación subrogatoria, debe hacerse procesalmente frente al *debitor debitoris*, por la evidente razón de que la pretensión principal (subrogada) de la que es titular el deudor subrogado contra el tercero *debitor debitoris*, sólo puede ser judicialmente ejercitada, en el lugar y con efectos para dicho deudor titular, por parte del acreedor subrogante, si en favor de éste se da, con todos sus requisitos, la legitimación subrogatoria, Y, por supuesto, correlativamente, dado que la reclamación judicial subrogatoria del acreedor subrogante contra el *debitor debitoris* sólo es legítima si el primero está investido legalmente de la legitimación subrogatoria, el acto satisfactivo o de cumplimiento del *debitor debitoris* frente a ella sólo

⁸⁷ Sostiene, igual que yo, que sujeto activo del derecho a la legitimación subrogatoria (en España, *ex* art. 1111 CC) es el acreedor subrogante, y sujetos pasivos, conjuntamente, deudor subrogado y tercero *debitor debitoris*, NICCOLÒ, *op. cit.*, p. 26.

Para MONTELEONE (*op. cit.*, pp. 219, 221, 230 y 337), en cambio, sujeto pasivo del derecho del acreedor a la legitimación subrogatoria es únicamente el deudor subrogado.

será regular en la misma medida en que se demuestre la legitimación subrogatoria del acreedor-actor.

Pero, puesto que el deudor subrogado también es sujeto pasivo de la pretensión/acción subrogatoria del acreedor subrogante-actor, la legitimación pasiva en el juicio subrogatorio promovido a instancia de éste, no se agota en el tercero *debitor debitoris*, sino que afecta, conjuntamente con él, al deudor subrogado.

La justificación de la legitimación pasiva, también, del deudor subrogado, la necesidad de demandarlo igualmente a él, no es menos evidente que en el caso del *debitor debitoris*. También frente al deudor subrogado ha de demostrar el acreedor subrogante su legitimación subrogatoria –la concurrencia en el caso concreto de todos los requisitos *ex* artículo 1111 CC– porque sólo así la ley legitima la intromisión del acreedor en el ejercicio de un derecho/poder jurídico de su deudor. La discusión judicial, en un caso concreto –respecto de ese preciso acreedor-actor, respecto de ese determinado poder jurídico subrogatoriamente ejercitado–, de la existencia, o no, de la legitimación subrogatoria (por darse todos sus requisitos legales o por faltar uno o más de ellos) en favor del acreedor-actor, plantea, de forma necesaria y simultánea, según vimos atrás (*retro*, en el texto que sigue a la nota 29), la discusión sobre la ilegitimidad o no de la inercia del deudor subrogado: sobre si ésta es o no superable con el recurso a la legitimación subrogatoria. Es, pues, sencillamente inadmisibile, que a una discusión judicial sobre el «derecho a la inercia» *del deudor subrogado*, sobre la legitimidad o no del ejercicio judicial, por otro, de un derecho/poder jurídico *del deudor subrogado* –ejercicio que por otra parte, de admitirse, producirá efectos directos en el patrimonio *del deudor subrogado*, con vistas, mediata, indirectamente, al pago de deudas *del deudor subrogado*–, se pueda dejar de convocar procesalmente (no sea necesario demandarlo) al deudor subrogado. También él, como sujeto pasivo del derecho a la legitimación subrogatoria del acreedor, directamente afectado *ex re* por éste, debe ser demandado por el acreedor-actor.

Se ha dicho⁸⁸, con razón, que la decisión judicial que pone fin al juicio subrogatorio, debe, evidentemente, pronunciarse, también, de forma necesaria sobre la existencia, o no, del derecho a la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante-actor, pues sólo correspondiéndole tal derecho (por darse sus requisitos legales *ex* art. 1111 CC) puede el Juez o Tribunal conocer de la pretensión/acción principal o subrogada (de la que es titular el deudor subrogado contra el tercero *debitor debitoris*) cuando esa pretensión principal se deduce en juicio por un sujeto (el acreedor subrogante) que ni es titular de la misma, ni un representante de éste.

Por mi parte, ya he dicho que suscribo esa conexión necesaria, inseparable, dentro del juicio subrogatorio, entre pretensión principal (subro-

⁸⁸ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 377-378.

gada) y pretensión accesoria (subrogatoria). Y digo más: esa conexión inseparable de ambas pretensiones (que obliga al Juez o Tribunal a pronunciarse sobre las dos) resulta de que ambas dos son simultánea, conjuntamente deducidas por el acreedor subrogante-actor (y constituidas, así, en objeto del litigio) ya en el mismo instante que presenta la demanda con que se inicia el juicio subrogatorio. Pues, insisto, el acreedor demandante que ejercita judicialmente la legitimación subrogatoria, ejercita, así, tanto la acción principal del deudor subrogado, como su propia acción subrogatoria.

La estrecha, inseparable conexión entre pretensión/acción subrogada y pretensión/acción subrogatoria, se revela en que ⁸⁹ el Juez o Tribunal sólo podrá estimar la acción/pretensión principal, subrogatoriamente y judicialmente ejercitada por el acreedor subrogante, si el acreedor-actor tiene, en el caso concreto, el derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC; y que, en cambio, faltándole la legitimación subrogatoria (por no darse alguno o varios de sus requisitos legales) al acreedor-actor, el Juez o Tribunal desestimaré la pretensión principal/subrogada por él judicialmente ejercitada.

Desde el planteamiento que aquí se defiende (el acreedor subrogante-actor, en el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, deduce simultáneamente dos acciones, subrogada y subrogatoria), resulta particularmente fácil de entender y justificar la, a mi entender, exacta doctrina del Tribunal Supremo ⁹⁰, según la cual la prueba de los requisitos legales, *ex* artículo 1111 CC, de la legitimación subrogatoria, se hace dentro del mismo juicio subrogatorio, y que, por tanto, la discusión judicial de su existencia (en ese concreto acreedor-actor) se verifica simultáneamente con aquella otra de la fundamentación de la pretensión principal/subrogada. O sea, de que tanto una como otra cuestión, y de forma inseparable, constituyen el objeto del juicio subrogatorio: la materia en él controvertida sobre la que el Juez o Tribunal ha de pronunciarse. Y no se olvide que es, precisamente, el objeto del litigio el que determina la legitimación, activa y pasiva, para plantearlo. En particular, en nuestro caso, como vengo repitiendo, la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado.

Que dentro del juicio subrogatorio exista, según he dicho, una (por lo demás, evidente) estrecha, inseparable conexión entre pretensión/acción principal o subrogada y pretensión/acción accesoria o subrogatoria, no significa, en cambio, como también he dicho, que se identifiquen o confundan entre sí.

La indicada conexión sólo significa, como antes indiqué, que el ejercicio judicial subrogatorio de la pretensión principal o subrogada, únicamente puede prosperar (con sentencia estimatoria de la demanda del

⁸⁹ Comp. MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 391-392.

⁹⁰ *Vid.*, p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 147; RAMOS MÉNDEZ, nota 2, p. 264. En los lugares indicados, citas de sentencias del TS en las que la referida doctrina se contiene.

acreedor subrogante-actor), si tanto el deudor subrogado tiene acción (principal o subrogada) –porque tiene, efectivamente, según la ley sustantiva aplicable, el derecho del que deriva la concreta pretensión subrogada–, cuanto el acreedor subrogante-actor tiene acción (accesoria o subrogatoria) –porque es, realmente, titular, al darse todos los requisitos legales del artículo 1111 CC, del derecho a la legitimación subrogatoria del que deriva su pretensión subrogatoria ejercitada judicialmente.

Pero más allá de esta (repito que evidente) conexión, existen ciertos márgenes de autonomía, posibilitados, precisamente, por el hecho de que se trata de acciones/pretensiones diferentes con titulares distintos.

a) En particular, si el Juez o Tribunal que conoce del juicio subrogatorio verifica en él que el acreedor-actor (el que concretamente actúa como demandante en ese concreto juicio) *no* ostenta el derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC –por faltar uno o más de los requisitos legalmente exigidos a ese fin–, ello será suficiente para que dicho Juez o Tribunal, sin necesidad de entrar en la cuestión de si la pretensión subrogada está o no fundada en Derecho, de si existe o no el derecho/poder jurídico del deudor que se pretendía judicialmente ejercitar en vía subrogatoria –pues, aun de existir, ya ha quedado demostrado que ese concreto acreedor-actor *no* está legitimado para hacerlo valer en juicio–, deba desestimar la demanda subrogatoria del acreedor-actor.

Ahora bien, desestimada por tal causa la demanda subrogatoria de ese concreto acreedor-actor, y quedando imprejuizados, tanto el derecho/poder jurídico del deudor subrogado que se intentaba subrogatoriamente ejercitar, como la posible legitimación subrogatoria de cualquier otro acreedor suyo, la sentencia desestimatoria de *qua* ni es obstáculo (de cosa juzgada) para un *ejercicio judicial personal* de ese mismo derecho realizado por el propio deudor-titular (siempre, claro, que en el correspondiente juicio, como actor-demandante, logre demostrar el fundamento jurídico de su pretensión: la existencia de su acción, de su derecho/poder jurídico), ni, tampoco, para un *ejercicio judicial subrogatorio* del mismo derecho del deudor realizado por otro acreedor (siempre que, naturalmente, en este otro juicio subrogatorio se demuestre tanto la existencia del derecho del acreedor-actor a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, como la del derecho/poder jurídico del deudor subrogado que en el caso concreto se pretende ejercitar subrogatoria y judicialmente).

Viceversa, si el acreedor-actor ostentaba, en el caso, la legitimación subrogatoria (por demostrarse en el juicio subrogatorio la concurrencia de todos sus requisitos legales *ex* artículo 1111 CC), pero no existía la acción del deudor subrogado (en el juicio subrogatorio se demuestra la inexistencia o extinción del derecho/poder jurídico que subrogatoria y judicialmente pretendía ejercitarse), entonces, asimismo, el juicio subrogatorio concluirá con sentencia desestimatoria de la demanda del acreedor subrogante-actor. Sentencia desestimatoria que tiene efi-

cacia de cosa juzgada (también en lo referente a la inexistencia o extinción del derecho/poder jurídico del deudor subrogado) igualmente para el deudor subrogado *demandado* (recuérdese, según el planteamiento aquí defendido, *necesariamente demandado junto* con el tercero *debitor debitoris*) —deudor al que, por tanto, ya no le resultará posible un sucesivo ejercicio (judicial o extrajudicial) de ese mismo derecho/poder jurídico que la sentencia, con eficacia de cosa juzgada también para él, ha declarado extinguido o inexistente—. Y puesto que los demás acreedores del deudor (distintos del acreedor-actor) están, a los efectos de la legitimación subrogatoria, en la misma posición que el deudor subrogado, tampoco para ellos existe un derecho/poder jurídico que es inexistente o está extinguido para aquél según un pronunciamiento judicial firme cuya eficacia de cosa juzgada le alcanza.

El acreedor subrogante-actor que hizo valer con la demanda subrogatoria un derecho inexistente o extinguido de su deudor, obtiene (lógicamente) en el juicio subrogatorio el mismo resultado negativo que habría obtenido el deudor subrogado de haber intervenido personalmente: es archisabido que las defensas/excepciones que el tercero *debitor debitoris* puede oponer, en cuanto a la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado, son exactamente las mismas cuando actúa personalmente éste que cuando lo hace subrogatoriamente un acreedor suyo.

Y obsérvese que en el planteamiento que yo defiendo, la necesidad de convocar al juicio subrogatorio tanto al deudor subrogado como al tercero *debitor debitoris*, no sólo asegura que el eventual pronunciamiento sobre la inexistencia/extinción del derecho/poder jurídico subrogado alcance, con eficacia de cosa juzgada, también al deudor subrogado codemandado, sino que, además —y ambos aspectos son, según se sabe, inseparables: relatividad subjetiva de la cosa juzgada y posibilidad de audiencia/contradicción/defensa—, al convocarle igualmente a él al juicio subrogatorio, se le da la posibilidad procesal de que intervenga en la discusión judicial que en él se suscita sobre la existencia/subsistencia o no del derecho/poder jurídico subrogado: la oportunidad procesal, en suma, de contradecir las excepciones/defensas que, en su caso, oponga el tercero *debitor debitoris* sobre esta cuestión.

b) La posible autonomía de las dos acciones (subrogada y subrogatoria) que el acreedor subrogante-actor deduce en el juicio subrogatorio —ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria— se ve particularmente clara en el caso de *renuncia*⁹¹.

⁹¹ Comp., para lo que sigue, lo dicho por RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 267, *sub* 4.

En mi opinión, las exactas conclusiones a que llega este autor en tema de renuncia, hablando, en general, de la sustitución procesal, se ven reforzadas y clarificadas desde el planteamiento que yo defiendo, en particular, para la legitimación subrogatoria: ejercicio simultáneo, por el acreedor subrogante-actor, de dos acciones.

La renuncia a la acción por parte del acreedor subrogante-actor sólo puede referirse a aquella acción de que él es titular (la accesoria/subrogatoria), y nunca a aquella otra de la que él no es titular sino el deudor subrogado (la principal/subrogada), y sobre la cual legalmente (art. 1111 CC) no se le atribuye facultad de *disposición* sino de *ejercicio*. Consecuentemente la renuncia del acreedor subrogante-actor sólo extingue la acción propia (accesoria/subrogatoria) pero, en cambio, deja en pie (imprescindible su existencia) la acción del deudor subrogado: el derecho/poder jurídico de éste en que se apoya.

Por eso, la renuncia a la acción del acreedor subrogante-actor ni impide el sucesivo ejercicio judicial personal de su derecho/poder jurídico por parte del deudor subrogado (siempre que, claro, demuestre en el correspondiente juicio la existencia/subsistencia de su derecho –subsistencia no afectada por la renuncia del acreedor subrogante, pero que sí ha podido serlo, naturalmente, por otras causas–); ni, por supuesto, el sucesivo ejercicio judicial subrogatorio por parte de un acreedor distinto del renunciante (siempre y cuando, naturalmente, este otro acreedor demuestre, en el juicio subrogatorio, tanto su derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, cuanto la existencia/subsistencia del derecho poder/jurídico del deudor subrogado de cuyo ejercicio subrogatorio y judicial se trate).

En contra de la opinión aquí defendida, de la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, cuando la legitimación subrogatoria se ejercita judicialmente, no cabe argumentar:

i) Del *ejercicio judicial personal* del derecho/poder jurídico del deudor por parte de éste. Razonando de esta forma se dirá, que del mismo modo que el deudor-actor, cuando interviene personalmente, sólo ha de demandar al *debitor debitoris* (el sujeto pasivo de la pretensión judicialmente ejercitada), igual debería suceder cuando es el acreedor subrogante-actor quien, actuando en el lugar del deudor subrogado y con efectos para éste, ejercita judicial y subrogatoriamente la misma pretensión que ese deudor subrogado podría haber ejercitado personalmente.

Pero es evidente que no puede argumentarse, para el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, del supuesto del ejercicio judicial *ex iure proprio*: en este otro ni hay legitimación subrogatoria, ni, por tanto, ninguno de los problemas que le son propios⁹². En concreto, como ya he señalado, la diferencia estriba en que el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria implica no sólo ejercicio de la pretensión (principal/subrogada) del deudor subrogado, sino, además, de forma necesaria y simultánea, ejercicio de una pretensión propia (accesoria/subrogatoria) del acreedor subrogante: de su derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC.

⁹² Así, también, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 334.

ii) Tampoco, aunque así se haya pretendido⁹³, del hecho –según se ha visto, *cierto*– de que el acreedor subrogante-actor tenga, *ex artículo* 1111 CC o norma sustantiva equivalente, un *derecho propio*, suyo a la legitimación subrogatoria, no se deduce, en cambio, que si lo ejercita judicialmente pueda prescindir de demandar al deudor subrogado. Pues ese derecho propio del acreedor subrogante-actor tiene por sujeto pasivo (además de al tercero *debitor debitoris*) también al deudor subrogado, se ejercita judicialmente, por tanto, también contra él.

La ley (art. 1111 CC) confiere, ciertamente, de forma directa al acreedor ese derecho a la legitimación subrogatoria, pero lo hace sólo en la medida en que se den precisos requisitos (los explícitos e implícitos en el artículo 1111 CC), requisitos que, naturalmente, el acreedor-actor ha de demostrar (carga de la prueba) en el juicio subrogatorio y, también (además de frente al tercero *debitor debitoris*), frente al deudor subrogado (colegitimado pasivamente en el ejercicio judicial subrogatorio), que es, no en vano, titular del derecho/poder jurídico cuyo ejercicio subrogatorio se pretende y, consecuentemente, el sujeto en cuyo patrimonio se producirán directamente los efectos de ese ejercicio, y respecto del cual se suscita la legitimidad, o no, de la intervención del acreedor subrogante en su esfera jurídica.

A la discusión judicial sobre los requisitos legales de la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante-actor –o, lo que es lo mismo, a la discusión judicial sobre la legitimidad, o no, de la intervención del acreedor-actor y, correlativamente, de la inercia del deudor subrogado– han de ser, en suma, necesariamente convocados –con independencia de que, después, comparezcan o no– tanto el tercero *debitor debitoris* como el deudor subrogado. En tanto que ambos sujetos están, según hemos visto ya, directamente implicados/interesados en esa discusión judicial, a ambos se les debe dar la oportunidad procesal –que aprovecharán o no– de comparecer en ella, y, así de alegar/contradecir/defenderse frente a los pedimentos del acreedor subrogante-actor.

iii) En contra de la opinión por mí defendida, tampoco, según creo, puede invocarse la categoría (doctrinal) de la *sustitución procesal*, para, aplicándola al caso del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria y considerando al acreedor subrogante-actor como sustituto procesal del deudor subrogado (sustituido procesalmente) en el juicio subrogatorio, sostener la no necesidad de que el primero demande, en dicho juicio, al segundo.

iii.a) Pues, por un lado⁹⁴, del hecho innegable de que el acreedor subrogante-actor actúe, en el ejercicio judicial del *derecho/poder jurídico del deudor subrogado* (pretensión principal/subrogada), en el lugar de (sustituyéndole) y con plenos efectos para el deudor-titular, no se infiere, para nada, que el acreedor subrogante-actor no deba demandar, también,

⁹³ *Vid. retro*, nota 14 y texto concordante.

⁹⁴ *Vid.*, ya, *retro*, nota 28 y texto concordante, y nota 36 y el texto que le sigue.

además de al tercero *debitor debitoris*, sujeto pasivo del derecho/poder jurídico del deudor subrogado (y contra el que, por tanto, se ejercita éste), al deudor subrogado y titular de dicho derecho/poder jurídico, pues, según vengo repitiendo, para ejercitar judicialmente ese poder jurídico debitorio el acreedor subrogante debe demostrar, tanto frente al tercero *debitor debitoris* como frente al deudor subrogado, su propia legitimación subrogatoria: su propio derecho a ésta (o sea, todos los requisitos legales que, *ex* artículo 1111 CC, la fundan). A ambos referidos sujetos pasivos del derecho a la legitimación subrogatoria del acreedor hay que dar la oportunidad procesal de discutir/contradecir esa legitimación subrogatoria, porque ambos están directamente implicados/interesados en tal discusión judicial.

El argumento de la sustitución procesal que tendría algún peso de constituir la pretensión principal/subrogada (de la que es titular el deudor subrogado) el único objeto del juicio subrogatorio, pierde, por completo, toda su virtualidad obstativa desde el momento en que se demuestra, como creo haberlo hecho, que objeto de dicho juicio es tanto la indicada pretensión principal/subrogada (que tiene por sujeto activo al deudor subrogado y por pasivo al *debitor debitoris*), cuanto la pretensión accesorial/subrogatoria (que tiene por sujeto activo al acreedor subrogante y por sujetos pasivos, conjuntamente, a *debitor debitoris* y deudor subrogado). Por la evidente y ya indicada razón, de que el acreedor subrogante-actor las deduce, ambas, de forma necesariamente simultánea, con su demanda, ya que si sólo puede ejercitar judicialmente la pretensión del deudor subrogado en la medida en que ostente el derecho *ex* artículo 1111 CC a hacerlo, es obvio que ejercitando judicialmente la pretensión principal/subrogada hace valer, necesaria y simultáneamente, y también en forma judicial, su propio derecho al ejercicio subrogatorio (pretensión accesorial/subrogatoria).

iii.b) Y por otro lado⁹⁵ me parece claro que la doctrina (civilista y procesalista) que utiliza el argumento de la sustitución procesal, opera con un razonamiento vicioso, lógicamente invertido. Se atribuyen, apriorísticamente, a la sustitución procesal, como categoría general, determinados efectos que no están en la ley —el sustituto procesal actúa, procesalmente, en el lugar de y con plenos efectos para el sustituido procesal, *pero éste no* tiene que ser demandado, *no* es parte en el juicio que el sustituto promueve en su lugar—, y se dice, también apriorísticamente, que la legitimación subrogatoria, cuando se ejercita judicialmente, es una manifestación o aplicación de la sustitución procesal así preconcebida, por lo que también en este caso se dan los precisos efectos que a dicha categoría general apriorísticamente se le señalan.

Mientras que, en mi opinión, el camino correcto es, primero, ver lo que la ley (expresa o implícitamente) dispone sobre la necesidad, o no, de demandar, también, al deudor subrogado; y sobre esa base (normati-

⁹⁵ *Vid.*, ya, *retro* el texto que sigue a la nota 36.

va) ver, después, si el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria es, o no, una forma de sustitución procesal, o cuáles son, realmente, los efectos que nuestra ley atribuye a la sustitución procesal (que podrían ser otros, bien en general, bien para el caso concreto del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, de los que corriente y apriorísticamente se le atribuyen).

3. Como nos ilustran los autores procesalistas⁹⁶, a los efectos del proceso, una cosa es *estar legitimado (activamente)* para promover un juicio sobre una determinada cuestión, para suscitar una determinada controversia judicial e intervenir en la misma como parte procesal actora/demandante, y otra cosa diferente es *tener acción*, tener (judicialmente) la razón (derecho a la sentencia favorable) en la controversia judicial que se esté legitimado (como actor/demandante) para suscitar.

Naturalmente que lo segundo presupone lo primero: sólo se le puede dar la razón en juicio –obteniendo sentencia favorable– a quien sea parte procesal en él, a quien esté legitimado, activa o pasivamente, para comparecer en la causa de que se trate.

Pero, en cambio, a la inversa, del hecho de estar legitimado para ser parte procesal (actora o demandada) no se sigue, por sí mismo, el derecho a la sentencia favorable. Esto otro constituye, precisamente, el contenido de la labor jurisdiccional: solamente al final del juicio, a la vista de las alegaciones realizadas y de la prueba practicada por una y otra parte procesal, dará el Juez o Tribunal la razón a una u otra.

Por eso la doctrina procesalista señala que, si bien la legitimación activa y pasiva dependen de la relación jurídica material deducida en juicio por el actor-demandante, esas legitimaciones se determinan, en el momento inicial de la constitución de la relación procesal, por referencia a la relación jurídica material deducida en juicio *en los propios términos en que se afirma por el actor-demandante*.

O sea, para ejercitar judicialmente la acción que deriva de la titularidad de un determinado derecho –para estar activamente legitimado, como demandante, en el correspondiente juicio– basta con que el actor-demandante *se afirme titular* de ese derecho. Del mismo modo, a los efectos de la legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción, basta con que ésta se dirija contra quien, *según las afirmaciones del actor-demandante*, es su sujeto pasivo.

Por ejemplo, está activamente legitimado para reivindicar judicialmente una determinada cosa quien afirma ser su propietario (con independencia de que efectivamente lo sea), y está pasivamente legitimado, a los efectos de ese mismo ejercicio judicial de la acción reivindicatoria, el sujeto que, según el actor-demandante, es el poseedor actual de la cosa

⁹⁶ Para lo que sigue, me he inspirado, fundamentalmente, en lo que dicen GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, pp. 142-143, y MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 198, 199, 200, 201, nota 23 (p. 205), y pp. 206 y 208.

reivindicada (asimismo, aquí, con independencia de que lo sea realmente).

Ahora bien, así como a los efectos de la válida constitución de la relación procesal, de la determinación de sus partes (actora y demandada) legítimas en el momento inicial del juicio, se prescinde de la efectiva situación de hecho y de Derecho en que se encuentren esas partes procesales (y se prescinde porque la determinación de dicha situación efectiva de hecho y de Derecho es, precisamente, el contenido del juicio que seguirá a su iniciación), ateniéndose, entonces, simplemente, a la situación de hecho y de Derecho en que la demanda del actor describe las posiciones de tales partes procesales; en cambio, como es natural, a la hora de dictar la sentencia con que se concluye el juicio, el Juez o Tribunal que lo conoce resolverá el litigio por la situación de hecho y de Derecho que resulte de toda la prueba practicada (a instancia de una y otra parte, eventualmente de oficio) y de las alegaciones de una y otra parte (más, naturalmente, del Derecho objetivamente aplicable: *iura novit curia*). Situación de hecho y de Derecho ésta, que, obviamente, no tiene necesariamente que coincidir con la que describía la demanda del actor con que se inició el juicio.

Por tanto, en nuestro ejemplo, el actor reivindicante sólo obtendrá, al concluir el juicio, sentencia favorable a su demanda, si en tal juicio se comprueba tanto que, efectivamente, él es el propietario de la concreta cosa reivindicada, como que ésta se halla, en realidad, en la posesión del sujeto demandado, sin que, por otra parte, este último sujeto ostente un título o derecho que legitime su posesión frente al propietario-actor.

Sin embargo, el hecho de que sólo obtenga sentencia favorable el demandante o demandado que tenga razón —en el caso del demandante, el que legalmente tenga acción: aquel en quien se den todos los requisitos que la ley (sustantiva) exige para fundar la pretensión deducida en juicio—, no impide que el proceso que concluye con sentencia desfavorable o desestimatoria (en particular, porque la demanda del actor resultaba infundada) se haya también seguido entre partes procesalmente legitimadas para suscitar la cuestión litigiosa y para participar en la controversia judicial. También son partes procesales (están legitimados para discutir judicialmente y para que se compruebe judicialmente que no tienen razón) los que no tienen razón/acción (porque que no la tengan sólo se sabe al finalizar el juicio: tras la controversia judicial).

Pues bien, esa doctrina general procesalista que acabo de resumir, encuentra, también, aplicación dentro del juicio subrogatorio.

Ya he dicho antes [*retro, sub 2*)], que la demanda subrogatoria del acreedor subrogante-actor sólo será estimada si el Juez o Tribunal que conoce del juicio subrogatorio comprueba, tanto, preliminarmente, la existencia del derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC (por concurrir todos sus requisitos legales) del acreedor-actor —o sea, que éste tiene la acción subrogatoria/accesoria—, cuanto, sucesivamente, la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado

de cuyo ejercicio judicial y subrogatorio se trate —o sea, que dicho deudor tiene la acción subrogada/principal—. Pero es evidente que el pronunciamiento judicial sobre la existencia de ambas acciones (principal y accesoria) sólo puede hacerse a la conclusión del juicio, después de practicada la prueba y hechas las alegaciones de las partes, actividades, ambas, que constituyen el contenido del juicio subrogatorio⁹⁷.

En cambio, a los simples efectos de estar (activamente) legitimado para iniciar, con su demanda, el juicio subrogatorio, al acreedor subrogante-actor le basta con *afirmarse*, en ella, titular del derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, y le basta, también, con *afirmar* la titularidad, por parte de su deudor, del derecho/poder jurídico de cuyo ejercicio subrogatorio y judicial se trate⁹⁸.

Naturalmente que, después, si en el curso del (ya iniciado entre partes procesalmente legitimadas) juicio subrogatorio, no se acredita la legitimación subrogatoria del acreedor-actor (se verifica judicialmente que éste no tiene acción subrogatoria/accesoria), o no el derecho/poder jurídico del deudor subrogado (se verifica judicialmente que éste no tiene acción subrogada/principal), el acreedor-actor obtendrá sentencia desfavorable a su demanda, pero no por ello el juicio subrogatorio, también aquí, habrá dejado de seguirse entre partes procesales legitimadas (tener derecho a discutir judicialmente sigue sin ser lo mismo que tener razón en la discusión judicial que se suscita haciendo uso de la facultad de promoverla/iniciarla. Saber quién tiene razón en la controversia judicial suscitada entre partes procesalmente legitimadas es algo que sigue sin poder saberse hasta la conclusión del correspondiente juicio).

4. Según hemos visto precedentemente [*retro*, VI), A)], lo que justifica y exige, en un caso concreto, el litisconsorcio pasivo necesario, es la vinculación *directa e indivisible* de una *pluralidad de sujetos* (al menos, dos) al *objeto* de la controversia judicial de *qua*. Y es ese tipo de vinculación, la que hace que al actor-demandante que suscita esa concreta controversia judicial, se le imponga la necesidad de convocar procesalmente a la misma a todos los así implicados en ella. Tanto porque ésa (indivisiblemente frente a todos los directamente implicados en él) es la única manera en que judicialmente puede resolverse un tal asunto, cuanto porque, dada la naturaleza (indivisible y con conexión directa plurisubjetiva) de éste, la sentencia que lo resuelva siempre afectará directamente a todos los (directamente) implicados en él. Es ello, lo que convierte en un imperativo legal (y, aún antes, de justicia) el que se ofrezca la oportunidad procesal de comparecer (de alegar/contradecir/defenderse) a todos los sujetos directamente concernidos por el objeto del litigio.

Me propongo ahora, recogiendo aquí orgánicamente indicaciones que han sido, en su mayor parte, previamente avanzadas en distintos

⁹⁷ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 148.

⁹⁸ Comp. GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 148; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 264.

lugares de la exposición precedente, demostrar cómo, efectivamente, esa misma situación que, en general, justifica/exige el litisconsorcio pasivo necesario, es la que se da en el caso concreto del juicio subrogatorio promovido a instancia del acreedor subrogante-actor, y se da, precisamente, como codemandados, conjuntamente frente a tercero *debitor debitoris* y deudor subrogado⁹⁹.

La conexión directa e indivisible (como codemandados y litisconsortes pasivos necesarios frente al acreedor subrogante-actor) de deudor subrogado y tercero *debitor debitoris* al objeto del juicio subrogatorio promovido por el acreedor-actor, resulta de lo siguiente.

a) Ya ha quedado previamente dicho y demostrado que el acreedor subrogante-actor, dentro del juicio subrogatorio, deduce simultáneamente dos pretensiones, ejercita conjuntamente dos acciones: la subrogada/principal y la subrogatoria/accesoria. Y que, precisamente por ello, objeto del juicio subrogatorio no es sólo la discusión sobre la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado, sino, también, y en manera preliminar a la anterior, la discusión sobre la existencia del derecho a la legitimación subrogatoria del acreedor-actor. De forma que sólo la verificación judicial, dentro del juicio subrogatorio, de la existencia de ambas acciones consentirá al Juez o Tribunal dictar sentencia estimatoria de la demanda del acreedor-actor, bastando, en cambio, la falta de la acción subrogatoria en el acreedor-actor (la falta de cualquiera de los requisitos legales que la fundan *ex* artículo 1111 CC), para que –sin entrar en la cuestión de si existe, o no, el derecho/poder jurídico del deudor que pretendía subrogatoria y judicialmente ejercitarse– deba desestimarse su demanda (pues no está legitimado para hacer valer el derecho/poder jurídico del deudor, aun de existir éste).

También precedentemente expuse y razoné, que a la discusión judicial sobre los requisitos legales *ex* artículo 1111 CC de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor –discusión necesaria y preliminarmente presente en el juicio subrogatorio– han de ser necesariamente convocados tanto el tercero *debitor debitoris* como el deudor subrogado. Demanda necesariamente conjunta contra ambos que se apoya en el hecho de que los dos, también de forma indisociable, son los sujetos pasivos del derecho a la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante y, por tanto, de la acción subrogatoria/accesoria de él derivada.

Tan evidente es que no se puede dejar de demandar al tercero *debitor debitoris* (sujeto pasivo del derecho/poder jurídico del deudor subrogado) –porque sólo se le puede reclamar, ejercitando una pretensión ajena, si se demuestra, frente a él, la legitimación propia (del reclamante) a ese

⁹⁹ Asimismo, en observancia de los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario, vinculan la necesidad de que el acreedor subrogante-actor demande, también, al deudor subrogado, al hecho de que éste resulta directamente interesado en el objeto del juicio subrogatorio, DEMOLOMBE, *Cours*, XXV cit., núm. 107, p. 106; GIORGI (que sigue al anterior y escribe, recuérdese, para el Código Civil italiano de 1865), *op. cit.*, pp. 280-281.

fin y, consiguientemente, el acto de cumplimiento/satisfactivo del sujeto reclamado sólo será regular dándose esa legitimación—, como que no se puede dejar de demandar, tampoco, al deudor subrogado —pues, aun siendo el sujeto activo del derecho/poder jurídico que el acreedor-actor pretende subrogatoria y judicialmente ejercitar, ese acto de ejercicio subrogatorio (y de consiguiente injerencia en el patrimonio del deudor subrogado y titular) sólo será legítimo (autorizado por la ley) en la medida en que el acreedor-actor demuestre procesalmente, también, claro, frente al deudor subrogado (precisamente por ser sujeto activo, titular del derecho/poder jurídico subrogado) su derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC.

En suma, todo ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria presupone, necesariamente, discusión/verificación judicial de los requisitos legales, *ex* artículo 1111 CC, de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor, y esa discusión/verificación judicial ha de hacerse tanto frente al deudor subrogado como frente al tercero *debitor debitoris*: los otros dos sujetos, junto con el acreedor-actor, directamente implicados en el objeto de esa discusión/verificación judicial.

Uno de los requisitos legales indiscutibles de la legitimación subrogatoria, es que su titular ostente un crédito contra el sujeto subrogado: *ex* artículo 1111 CC. el subrogante-actor ha de ser necesariamente «acreedor» de aquél.

Puesto que en el juicio subrogatorio el acreedor-actor ha de demostrar (carga de la prueba a él adosada) todos los requisitos legales, *ex* artículo 1111 CC, de su legitimación subrogatoria, es evidente que también es tema de dicho juicio la discusión/verificación judicial de la existencia, o no, de (al menos) un crédito del acreedor-actor contra el titular del derecho/poder jurídico subrogado. En cuyo caso es particularmente palmario (entra por los ojos) que a esa discusión/verificación judicial del crédito del actor-subrogante y de la correlativa deuda del sujeto subrogado no puede dejar de convocarse al titular del derecho/poder jurídico subrogado y presunto deudor del demandante/actor.

Pero, como acabo de decir y expuse anteriormente en otro lugar¹⁰⁰, se trata de un principio más general: son *todos* los requisitos legales de la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC los que el acreedor-actor tiene que demostrar/verificar judicialmente y tanto frente al tercero *debitor debitoris* como frente al deudor subrogado. Razón por la cual, aun cuando el acreedor subrogante-actor tuviese demostrado incontestablemente su propio crédito frente al deudor subrogado —p. ej., por sentencia firme ganada contra él, sentencia que, evidentemente, no impedirá al tercero *debitor debitoris*, no alcanzado por su efecto de cosa juzgada material, discutir en el juicio subrogatorio la existencia/subsistencia de dicho crédito, y, con ella, la legitimación subrogatoria del actor-subrogante; pero, incluso, la cosa juzgada que vincula al deudor subrogado, tampoco

¹⁰⁰ *Vid. retro*, en el texto que sigue a la nota 29.

sería obstáculo para que éste pudiese alegar en el juicio subrogatorio tanto hechos extintivos del crédito del acreedor subrogante-actor sobrevenidos a la sentencia firme, como otras defensas relativas a la existencia/subsistencia de ese crédito no alegadas en el juicio en que dicha sentencia se dictó—, no podría dejar de demandar, en el juicio subrogatorio, al deudor subrogado, pues frente a él (como frente, por supuesto, al *debitor debitoris*) hay que demostrar (y tanto deudor subrogado como tercero *debitor debitoris* pueden discutir/contradecir) todos los restantes requisitos legales de la legitimación subrogatoria (inercia, perjuicio-insolvenencia, no exclusión del derecho/poder jurídico del deudor del ámbito objetivo de la subrogatoria, etc.).

La justificación de la necesidad de demandar también al deudor subrogado, dentro del juicio subrogatorio, en ofrecerle, así, una posibilidad de pago *in extremis*, en mi opinión¹⁰¹ sintoniza con los mismos principios generales ahora enunciados: si el pago se produce, se habrá demostrado, dentro del juicio subrogatorio, la falta de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor, bien porque el deudor-subrogado codemandado no era insolvente, bien porque, aun siéndolo, en cualquier caso su inercia no ha perjudicado a ese concreto acreedor-actor que, pese a todo, cobra. La razón última de la necesidad de codemandar al deudor subrogado sigue siendo, pues, también aquí, la de darle la oportunidad de comparecer en la discusión judicial de todos los requisitos legales de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor.

Cuando se aduce, para razonar la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, que en el juicio subrogatorio se discute sobre la autonomía o el «derecho a la inercia» del deudor subrogado, tampoco nos salimos de los principios generales hasta aquí expuestos¹⁰². Pues es, precisamente, la exigencia de concretos requisitos legales para la legitimación subrogatoria del acreedor *ex* artículo 1111 CC. —para que legalmente se autorice, legitime su injerencia en la esfera jurídica del deudor—, lo que hace que, en determinados casos, allí y cuando falten uno o más de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria, la inercia/abstención del deudor —*aun* siendo económicamente perjudicial a sus acreedores— sea legítima, no superable con el recurso a la legitimación subrogatoria. La discusión judicial sobre el «derecho a la inercia del deudor» es, consecuentemente, la misma discusión judicial sobre la legitimidad de la intervención del acreedor-actor: la discusión/verificación judicial de (todos) los requisitos legales de la legitimación subrogatoria. Discusión a la que, ciertamente, no puede dejar de convocarse a uno de los sujetos directamente implicados en ella: el deudor subrogado.

Hasta aquí he hablado de una de las ideas directrices del litisconsorcio pasivo necesario (la conexión directa e indivisible de varios sujetos con el objeto de la litis) aplicándola a uno sólo de los aspectos del ejerci-

¹⁰¹ *Ibidem*, sub d).

¹⁰² Vale aquí la misma remisión contenida en la nota 100.

cio judicial de la legitimación subrogatoria (la discusión/verificación judicial de todos los requisitos legales, *ex* artículo 1111 CC, de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor). Pero sucede que, sin salirnos del único referido aspecto del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria hasta ahora considerado, la idea directriz de la conexión directa e indivisible nos lleva, en este caso, como en cualquier otro de litisconsorcio pasivo necesario, simultáneamente, a otro criterio capital/fundante del litisconsorcio pasivo necesario: el principio procesal de audiencia/contradicción.

La misma exigencia legal-constitucional (y de justicia) que, para cualquier supuesto de litisconsorcio pasivo necesario impone la necesidad de demandar a todos los sujetos directa e indivisiblemente implicados en el objeto del juicio, para darles, así, la oportunidad procesal de comparecer y, con ella, la de alegar/contradecir frente a la demanda del actor, es, también, operativa en el caso del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, ciñendo, por el momento, nuestro análisis al solo aspecto de la discusión/verificación judicial de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante.

Puesto que a esa discusión/verificación judicial hay que convocar (demandándolos el acreedor-actor), y darles, así, la oportunidad de intervenir en ella, a todos los directamente interesados en la misma, y puesto que lo están tanto el deudor subrogado como el tercero *debitor debitoris*, la consecuencia de ello es que, también desde la perspectiva de la garantía procesal de la audiencia/contradicción, al acreedor subrogante se le impone el litisconsorcio pasivo necesario respecto de esos otros dos referidos sujetos.

Que deba ofrecérsele al tercero *debitor debitoris*, demandándolo el acreedor subrogante-actor, esa oportunidad de intervenir (alegando/contradiendo) en la discusión judicial de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor no ofrece ninguna duda. Pues dicho tercero no sólo puede oponer a la demanda del acreedor subrogante-actor defensas derivadas de la relación entre *debitor debitoris* y deudor subrogado (las mismas que el *debitor debitoris* podría haber opuesto al deudor subrogado de haber éste ejercitado personalmente su derecho/poder jurídico), sino, también, discutir la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante-actor (alegando/contradiendo la falta de uno o más de los requisitos legales señalados a tal efecto en el artículo 1111 CC). Y esto último, por la evidente y repetida razón de que la discusión/verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante-actor afecta directamente al tercero *debitor debitoris* —a quien sólo puede reclamar judicialmente un acreedor del titular del derecho/poder jurídico del que es sujeto pasivo, si se dan todos los requisitos legales de la legitimación subrogatoria; sólo en idéntica circunstancia, por tanto, será regular el acto de cumplimiento/satisfactivo realizado frente a la reclamación del acreedor-actor.

Pero estando, también, como igualmente he repetido y razonado, el deudor subrogado directamente implicado en la discusión/verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante-actor —porque éste sólo está autorizado a injerirse en el ejercicio del derecho/poder jurídico del deudor-titular si concurren todos los requisitos legales de la legitimación subrogatoria, porque, en otro caso, la inercia/abstención del deudor-titular es legítima, no vencible con la legitimación subrogatoria—, es sencillamente inadmisibles que pueda dejar de demandarse en el juicio subrogatorio (donde de forma preliminar y necesaria tiene lugar dicha verificación/discusión judicial) al deudor subrogado, privándole, así, a él (tan interesado directamente en esa verificación/discusión judicial como el tercero *debitor debitoris*) de la oportunidad procesal de alegar/contradecir frente a la demanda subrogatoria del acreedor-actor (oportunidad procesal que, en cambio, sí se ofrecería al *debitor debitoris*, en situación, de vinculación directa al objeto del juicio, repito que no diferente del deudor subrogado).

Por tanto, en mi opinión, la situación de conexión directa e indivisible del deudor subrogado con la discusión/verificación judicial de los requisitos legales de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor, impone, desde la consideración de la garantía legal-constitucional del principio de audiencia/contradicción, el litisconsorcio pasivo necesario, la necesidad de demandar también, dentro del juicio subrogatorio, al deudor subrogado, dándole, así, igualmente a él, la oportunidad procesal de intervenir (alegando, contradiciendo) en esa discusión/verificación judicial ¹⁰³.

A la vista de lo previamente dicho suscribo, pues, plenamente la opinión ¹⁰⁴ que para justificar el litisconsorcio pasivo necesario de *debitor debitoris* y deudor subrogado frente al acreedor subrogante-actor, aprecia en los dos primeros sujetos, en tanto que igual e indisolublemente interesados de forma directa en la discusión/verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor, una situación de *comunidad de intereses* al respecto. Interés común que positivamente se expresa en que la legitimación subrogatoria del acreedor subrogante-actor debe quedar plenamente acreditada (por la demostración de la concurrencia de todos sus requisitos legales), y negativamente en tener la posibilidad de discutirla (contradiciendo la existencia en el caso de uno o más de esos mismos requisitos legales). Situación de comunidad de intereses, a tal efecto, que es mucho más fácil de explicar desde el planteamiento aquí defendido: el que considera a *debitor debitoris* y deudor subrogado, a ambos conjuntamente, sujetos pasivos de la pretensión/acción subrogatoria/accesoria del acreedor subrogante.

En efecto, el interés en contradecir/alegar frente a la demanda del acreedor subrogante-actor es equiparable en deudor subrogado y *debitor*

¹⁰³ Vid., en sentido semejante, MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 340, 341 y 348.

¹⁰⁴ De MONTELEONE, *op. cit.*, p. 337.

debitoris, siendo ambos sujetos directa e indivisiblemente afectados por la discusión/verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor. ¿Por qué se iba a privar (haciendo innecesaria su demanda) al deudor subrogado –titular del derecho/poder jurídico subrogado y, en cuanto tal, colegitimado pasivamente en el acto de ejercicio subrogatorio– de la oportunidad (que aprovechará o no) de discutir la procedencia en el caso de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor? ¿Por qué se iba a dar por sentada, precisamente frente a él (persona, al menos, tan interesada en discutirlos como el *debitor debitoris*), la concurrencia de todos los requisitos legales de la legitimación subrogatoria en el acreedor-actor?

Hemos visto ya ¹⁰⁵ la gran importancia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a los efectos de establecer el litisconsorcio pasivo necesario, da a la existencia de sujetos con interés (directo) en contradecir las pretensiones del actor.

Lo cual debe ser entendido rectamente. Cuando se habla de interés en contradecir, a estos efectos, se habla de un interés meramente *potencial*.

Lo que, en realidad, quiere decirse es que necesariamente *debe* demandarse a todos los sujetos que, por hallarse directa e indivisiblemente implicados en el objeto del litigio, *puedan* estar interesados en comparecer/alegar en él.

Las exigencias de la garantía procesal de audiencia/contradicción respecto del litisconsorcio pasivo necesario –como, también, fuera de este campo, respecto de partes procesales que *no* sean litisconsortes necesarios–, quedan cubiertas, por tanto, dando a todos y cada uno de los litisconsortes necesarios la *oportunidad procesal de comparecer* en el juicio en que están directa e indivisiblemente implicados. Oportunidad que, como sabemos, pueden no aprovechar (no compareciendo) y, si aprovechan, pueden utilizar tanto para oponerse como no a las pretensiones del actor. Consecuentemente, de la existencia de un *potencial* interés en contradecir las pretensiones del actor, no se infiere, en absoluto, que todo litisconsorte necesario demandado acabe *realmente* oponiéndose a la demanda del actor.

La aplicación de estos mismos principios al caso concreto de nuestro interés, conduce a que, así como el litisconsorcio pasivo necesario (la garantía procesal de audiencia/contradicción operante sobre la vinculación directa e indivisible de esos dos sujetos al juicio subrogatorio, sobre la naturaleza del objeto de éste) impone la necesidad, por parte del acreedor subrogante-actor, de demandar conjuntamente a *debitor debitoris* y deudor subrogado, porque ambos están igualmente interesados, en forma potencial, en comparecer/alegar/contradecir; ello no impide que cada uno de estos dos sujetos *necesariamente* codemandados *pueda libremente* adoptar (y obvio es que su respectiva actitud puede no ser coincidente)

¹⁰⁵ Vid. *retro*, nota 81 (con la remisión que en ella se hace) y texto concordante.

cualquiera de estas tres actitudes frente a la demanda del acreedor-actor: *i)* no comparecer (rebeldía procesal); *ii)* comparecer para oponerse a la demanda subrogatoria del actor (bien discutiendo la existencia de la legitimación subrogatoria de éste –por entender que faltan uno o más de sus requisitos legales–, bien discutiendo la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado, bien discutiendo ambas cosas); *iii)* comparecer para secundar las pretensiones del acreedor subrogante-actor (y ésta podría ser, muy bien, la actitud del deudor subrogado codemandado, que no reclama personalmente él, pero secunda la reclamación subrogatoria del acreedor, por el efecto favorable que de ello le resultará: directamente en su garantía patrimonial e indirectamente en la reducción de su propio pasivo).

b) Pero la vinculación directa e indivisible, junto con el tercero *debitor debitoris*, del deudor subrogado al objeto del juicio subrogatorio –y, consecuentemente, el litisconsorcio pasivo necesario de ambos sujetos respecto del acreedor subrogante-actor–, no sólo deriva del aspecto hasta ahora considerado [*sub a)*] de la discusión/verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor que dentro de dicho juicio, promovido por él, obligadamente se produce.

Hay otro factor no menos evidente que determina, igualmente, esa conexión directa e indivisible del deudor subrogado al objeto del juicio subrogatorio, y que, consecuentemente, refuerza la necesidad de que, también él, sea necesariamente demandado por el acreedor subrogante-actor.

Me refiero ahora ¹⁰⁶, al hecho –repito que evidente– de que al deudor subrogado pertenece el derecho/poder jurídico que el acreedor subrogante-actor pretende judicial y subrogatoriamente ejercitar (o sea, el deudor subrogado es el titular de la pretensión/acción principal/subrogada). Y que, por consiguiente, de recaer sentencia estimatoria de la demanda del acreedor subrogante-actor (condenatoria del tercero *debitor debitoris*), es en el patrimonio del deudor subrogado-titular donde directamente se producen los efectos del acto de ejercicio judicial subrogatorio de la pretensión/acción principal/subrogada –exactamente igual que si el ejercicio judicial hubiese sido personalmente realizado por el deudor-titular o por un representante suyo–, y tanto los efectos principales (p. ej., satisfacción/extinción del crédito del deudor-titular), como, en su caso, los

¹⁰⁶ Vid., similarmente, MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 326, 328, 329, 348 y 378; CICU, *L'obbligazione*, cit., núm. 5, pp. 106-107; GIORGI, *op. cit.*, pp. 280-281 (los dos últimos autores citados para el Derecho italiano del Código Civil de 1865).

Entre los procesalistas españoles, RAMOS MÉNDEZ (*op. cit.*, pp. 265-266, *sub 1*), hablando, en general, para la sustitución procesal, y partiendo de y aceptando el planteamiento procesalista común de que el sustituido procesalmente por el sustituto procesal [o sea, en nuestro caso, el deudor subrogado] no es parte procesal en el juicio que el sustituto [en nuestro caso, el acreedor subrogante-actor] promueve en su lugar, reconoce, sin embargo, que esa ajenidad procesal no significa falta de interés en el juicio que el sustituto promueve. Antes bien, al discutirse en éste un derecho propio del sujeto procesalmente sustituido, él resulta ser el principal interesado en el resultado de tal juicio.

accesorios (p. ej., interrupción judicial de la prescripción extintiva del crédito del deudor-titular, constitución en mora del *debitor debitoris* por la reclamación judicial del crédito del deudor-titular).

Y será la nueva situación patrimonial creada (directamente) en el patrimonio del deudor subrogado tras el, en su caso, ejercicio subrogatorio judicial exitoso, la que (indirectamente) aprovecharán el acreedor subrogante u otros acreedores de dicho deudor a los fines de su propio cobro, y ello significará (también esto repercute en la posición jurídica del deudor subrogado) la correlativa reducción del pasivo de tal deudor.

Conviene aclarar que no se puede argumentar de ese efecto directo, en el patrimonio del deudor subrogado, del ejercicio judicial subrogatorio victorioso, para sostener la no necesidad de demandar, también, al deudor subrogado. Pues, evidentemente, para que ese efecto directo se dé, la demanda subrogatoria del acreedor subrogante habrá de ser estimada, y ello, a su vez, presupone la verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor (que concurren los requisitos legales de ésta), a cuyo fin la correspondiente relación procesal tiene que estar regularmente constituida (convocando a juicio a todas las personas que, por su implicación directa en el objeto de éste, resultan de los principios generales: en particular, de los del litisconsorcio pasivo necesario y de audiencia procesal/contradicción).

Desde la perspectiva ahora considerada, como exactamente se ha observado¹⁰⁷, existe una *potencial* comunidad de intereses entre acreedor subrogante-actor y deudor subrogado-codemandado, que es expresión y demostración de la situación de litisconsorcio pasivo necesario que subyace (por la implicación directa e indivisible de sus tres sujetos protagonistas en el objeto de la litis) en el juicio subrogatorio.

Situación de potencial comunidad de intereses que significa que tanto uno como otro sujeto están igualmente interesados en que, dentro del juicio subrogatorio (del que ambos son necesariamente partes procesales), se verifique judicialmente la existencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado —si es que realmente existe/subsiste—: en evitar, por tanto, un pronunciamiento judicial que (por las alegaciones contrarias del tercero *debitor debitoris*) declare inexistente/extinguido el derecho/poder jurídico del deudor subrogado (evitarlo, repito, si es que tal derecho/poder jurídico realmente existía/subsistía); y que significa, también, que los dos referidos sujetos están igualmente interesados en que ese derecho/poder jurídico (existente/subsistente) se ejercite/actúe conforme a su contenido —por el acreedor subrogante-actor, naturalmente, *sólo si* concurren en su favor los requisitos legales de la legitimación subrogatoria—, de lo que tanto el acreedor subrogante-actor (directamente por la conservación de la garantía patrimonial de su deudor, indirectamente por la mejora de sus posibilidades de cobro) como el deudor subrogado (esa misma mejoría de sus condiciones de solvencia, la posi-

¹⁰⁷ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, p. 336.

bilidad de reducir, así, su pasivo) sacarán, cada uno en su propio interés, provecho.

Lo anterior ayuda a entender por qué, como antes [*sub a*)] apunté, la actitud del deudor subrogado-codemandado que comparezca en el juicio subrogatorio, puede ser tanto la de oponerse a la demanda del acreedor-actor (sobre todo, por discutir la legitimación subrogatoria de éste; más raramente, pero no totalmente de excluir, porque discuta, también él, la existencia/subsistencia del propio derecho/poder jurídico subrogado), como, también, la de secundarla, y esto último, igualmente que lo contrario, siempre en defensa de lo que el deudor subrogado considera libremente su personal interés (no en defensa de aquel otro del acreedor actor): o sea, alternativamente, bien el de la autonomía/libertad (rechazo de injerencias creditorias ilegítimas) o bien el del interés económico propio (reducción del pasivo, mejora de las personales condiciones de solvencia).

A su vez, lo que acabo de indicar, ayuda a entender mejor mi toma de distancia respecto de la doctrina ¹⁰⁸ que, pensando *exclusivamente* en el interés del acreedor subrogante-actor, sostiene la *conveniencia/utilidad* (no necesidad) de que éste demande, también, al deudor subrogado. Con lo cual, se dice, el acreedor-actor estará (siempre que, claro, el deudor subrogado codemandado se decida, primero, a comparecer en el juicio subrogatorio, y, segundo, a hacer en él causa común con el acreedor-demandante) en mejores condiciones de afrontar la discusión judicial con el tercero *debitor debitoris* sobre la existencia/subsistencia de la pretensión/acción subrogada, que si lo hiciera en solitario (pues las excepciones y defensas que el tercero *debitor debitoris*, en su caso, invocará a ese fin, pertenecen, por definición, al campo de las relaciones entre él y el deudor subrogado, campo al que, también por definición, el acreedor subrogante es ajeno).

Para rechazar semejante postura bastaría con comprobar que, de tal suerte, el acreedor subrogante-actor podría dejar de demandar al deudor subrogado siempre que lo considerase (*él*, pensando en su *propio, personal* interés) inconveniente o inútil –p. ej., por sentirse muy seguro ante una posible y, acaso, poco probable discusión judicial sobre el derecho/poder jurídico subrogado, eventualmente suscitable por el *debitor debitoris*.

En cambio, el planteamiento que yo considero correcto, conduce a la *necesidad* de demandar siempre, también, al deudor subrogado –porque

¹⁰⁸ *Vid.*, *retro*, nota 19 y texto concordante.

En sentido semejante, dice RAMOS MÉNDEZ (*op. cit.*, p. 266, *sub 2*), hablando en general para la sustitución procesal, que la reconversión del demandado (*debitor debitoris*, en nuestro caso) por el sustituto procesal (acreedor subrogante-actor, en nuestro caso) podría versar sobre temas ajenos por completo al conocimiento del sustituto y que son personales del sustituido procesal (deudor subrogado, en nuestro caso), lo que hace *aconsejable* la intervención en el juicio del sustituido, en tales casos (comp. *retro*, la opinión de este mismo autor, *sub* nota 34 y texto concordante).

igualmente siempre él está directa e indivisiblemente vinculado al objeto del juicio subrogatorio, y, por eso, también siempre hay que darle la oportunidad procesal de comparecer/alegar en él—, y a que el deudor subrogado codemandado es, así, árbitro (¡faltaría más!) de su propio, personal interés. Razón por la cual, pensando en él (y no en el del acreedor subrogante-actor o en el del tercero *debitor debitoris*) y según su personal apreciación (y no la de otro), puede libremente optar entre: *i*) no comparecer en el juicio subrogatorio a que se le convoca; *ii*) comparecer para oponerse a la demanda del acreedor-actor (porque no lo considere legitimado *ex* artículo 1111 CC, incluso porque considere inexistente/insubsistente el derecho/poder jurídico subrogado); o *iii*) comparecer para secundar la demanda del acreedor subrogante-actor (pero, también aquí, haciéndolo en su propio interés, aunque ello implique hacer causa común con el acreedor-actor que persigue el suyo propio).

Aparte de las razones de fondo —y que son las decisivas— que abonan mi planteamiento (las muy sólidas, ya vistas o por ver, que justifican, según creo, el litisconsorcio pasivo necesario en el caso), hay otra de coherencia interna que, a lo que entiendo, revela muy bien el carácter mejor fundado de mi postura respecto de la que se desecha.

Y es que, así como se entiende muy bien (porque es congruente con los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario y de audiencia/contradicción) que sea *necesario* demandar, también, al deudor subrogado, para que sea *él, libremente*, según lo que estime personalmente más conveniente, quien decida su propia actitud dentro del juicio subrogatorio (con lo cual resulta patente que estamos garantizando su libertad de comparecer, o no, en un juicio en el que, por su objeto, a su vez, hay que garantizarle que sea necesariamente demandado: la libertad/oportunidad de comparecer en él); en cambio, difícilmente se entiende (porque es poco coherente) que la demanda del deudor subrogado se haga depender del interés (y, por tanto, de la voluntad) del acreedor subrogante-actor, siendo así que ese interés ni siquiera con tal demanda queda garantizado. Será preciso, recuerdo, que el deudor codemandado comparezca y que, además, lo haga haciendo causa común con el acreedor-demandante. Y ambas cosas dependen, claro, de la voluntad del deudor codemandado y no de la del acreedor demandante. Por tanto, así, no se garantiza el interés del acreedor subrogante-actor que se dice defender (o se consigue hacerlo en medida muy aleatoria), mientras que, en cambio, de forma injustificada, ignorando que el deudor subrogado siempre tiene en el juicio subrogatorio un interés directo, específico, suyo, no necesariamente coincidente con el del acreedor subrogante-actor, se hace depender de la voluntad/interés de éste una convocatoria procesal que, por el objeto del juicio subrogatorio, debe siempre necesariamente producirse (pero que deja libertad, secundando o no la demanda del acreedor-actor, al sujeto necesariamente codemandado, de determinar libremente su actitud dentro del juicio subrogatorio).

En consecuencia [*sub a*) y *sub b*)], son los dos aspectos del objeto del juicio subrogatorio los que determinan la vinculación directa e indivisible del deudor subrogado al mismo –y los que exigen, por tanto, igualmente en esa doble faceta, conforme a los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario y de audiencia/contradicción, que se le dé, también a él, la oportunidad procesal de comparecer en dicho juicio: de alegar/contradecir/defenderse–: la discusión/verificación judicial tanto de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor, como del derecho/poder jurídico del deudor que se pretende subrogatoria y judicialmente ejercitar.

c) En los casos en que se da litisconsorcio pasivo necesario, precisamente porque existe una pluralidad de sujetos directa e indivisiblemente implicados en el objeto del juicio, la sentencia con que éste se concluye siempre afecta directamente a todos los litisconsortes necesarios. En tales casos, pues, la propia naturaleza de la cuestión litigiosa (esa vinculación directa e indivisible de todos los litisconsortes necesarios con ella) impone, *ex re*, que sólo pueda ser judicialmente resuelta de modo indivisible frente a todos los sujetos directamente implicados: con una sentencia cuyo efecto de cosa juzgada alcance a todos los litisconsortes necesarios.

Por esta vía se reafirma la *necesidad*, por parte del actor-demandante, de demandar a todos los litisconsortes pasivos necesarios, pues tanto la condición de parte procesal demandada es la vía, normal o de principio, para que el efecto de cosa juzgada alcance a quien no sea actor-demandante, cuanto es esa demanda necesaria el instrumento que permitir la oportunidad de comparecer/alegar, en un asunto que intrínsecamente así lo exige, a todos los litisconsortes pasivos necesarios; lo que, a su vez, conforme a los principios generales de la cosa juzgada (su límite subjetivo general viene determinado por la condición de parte procesal, o sea, por la posibilidad de audiencia/contradicción), permite dar a la sentencia que recaiga ese efecto de cosa juzgada frente a también todos ellos.

Allí donde exista una genuina situación de litisconsorcio pasivo necesario, nos encontramos, pues, con el hecho de que:

1. Si la sentencia recae en juicio seguido regularmente contra todos los litisconsortes necesarios, afectará directamente a todos ellos.

2. Pero si la sentencia se dicta en juicio al que se haya dejado de demandar a uno o más de los litisconsortes necesarios, no por eso (dada la índole del objeto del litigio) la sentencia así dictada dejará de afectar directamente a los litisconsortes necesarios no demandados. La limitación del efecto de cosa juzgada (que viene impuesta por los principios generales de ésta) a los solos litisconsortes necesarios procesalmente convocados no garantiza, pues, suficientemente la posición jurídica de los procesalmente preteridos, y ello fuerza el carácter inejecutable de la sentencia así obtenida. Resultado al que, asimismo, conduce, el hecho de

que la *única* manera (practicable, ejecutable) de resolver judicialmente el asunto es, precisamente, con una sentencia que (previa demanda dirigida contra todos ellos) tenga eficacia de cosa juzgada para todos los litisconsortes necesarios.

Y es esa situación descrita en general para cualquier hipótesis de litisconsorcio pasivo necesario, la que, precisamente, se da dentro del juicio subrogatorio, convirtiéndose, así, en síntoma inequívoco de la presencia en él del litisconsorcio pasivo necesario.

Veámoslo aquí para la situación —en mi criterio, la regular/ortodoxa— de juicio subrogatorio seguido con demanda tanto del tercero *debitor debitoris* como del deudor subrogado [para el caso de falta de demanda de uno de los litisconsortes pasivos necesarios, en nuestro caso normalmente el deudor subrogado, *vid.* lo que se dirá sucesivamente *sub VII*), al tratar por extenso el problema de la cosa juzgada, y *sub VIII*), al abordar los efectos de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario].

A cuyo fin, bastará con comprobar cómo, en efecto, de cualquier modo que concluya el juicio subrogatorio, la correspondiente sentencia siempre afecta directamente a los tres sujetos protagonistas que son sus partes procesales¹⁰⁹.

i) Si recae sentencia estimatoria de la demanda del acreedor subrogante-actor, existirá victoria procesal de éste (en su caso, conjuntamente con el deudor subrogado codemandado que haya secundado, coadyuvado la demanda subrogatoria), y derrota procesal conjunta de tercero *debitor debitoris* y deudor subrogado codemandado (si éste se opuso a la demanda subrogatoria del acreedor-actor. Pero, aun en este caso, el éxito del ejercicio judicial subrogatorio, al implicar, también, el de la pretensión principal/subrogada de que es titular el deudor subrogado codemandado, supone un efecto favorable para éste: participar, al mismo tiempo, de la victoria procesal del acreedor-actor).

ii) Si recae sentencia desestimatoria de la demanda del acreedor subrogante-actor, habrá derrota procesal de éste [en su caso, conjuntamente con el deudor subrogado codemandado que haya secundado, coadyuvado la demanda subrogatoria. Pero la derrota procesal del acreedor-actor alcanza *siempre* al deudor subrogado codemandado —cualquiera que sea su actitud ante la demanda del acreedor-actor— si el Juez o Tribunal desestima la demanda del primero *por declarar inexistente o extinguido el derecho/poder jurídico del deudor* que subrogatoria y judicialmente se pretendía ejercitar. Aquí se ve muy bien la necesidad imperiosa de demandar, también, al deudor subrogado, tanto porque es inadmisibles que a la discusión judicial sobre la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico subrogado, indisociable —tanto como la que se refiere a la propia legitimación subrogatoria del acreedor-actor— del juicio subrogatorio, no se convoque al sujeto (presunto)

¹⁰⁹ Comp., para lo que sigue, con importantes diferencias de matiz, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 337.

titular, no se le dé, también a él, la *oportunidad* de comparecer/alegar/defenderse, como porque es imprescindible asegurar que el resultado de esa discusión judicial –sea cual fuere, pero sobre todo si es *negativo*¹¹⁰, pues, siendo positivo, el éxito de la demanda subrogatoria del acreedor (cuya legitimación subrogatoria se ha comprobado preliminarmente a la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado) nunca perjudica al deudor subrogado codemandado– tenga efecto de cosa juzgada también para el deudor-titular (lo contrario deja abierto el camino, a pesar de la sentencia que declare en el juicio subrogatorio la inexistencia/extinción del derecho del deudor subrogado *no* demandado, a un posible ejercicio judicial personal de éste y despejada, por tanto, la vía de la posibilidad de sentencias contradictorias). En cambio, si el Juez o Tribunal desestima la demanda del acreedor-actor *por entender, preliminarmente, que en él no se dan todos los requisitos legales de la legitimación subrogatoria*, pero dejando *imprejuzgada* la cuestión de la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado codemandado –razón por la cual, éste podrá sucesivamente ejercitarlo, judicialmente o no, en forma personal–, entonces la sentencia desestimatoria *nunca* perjudica al deudor subrogado codemandado. Razón por la cual, la «derrota procesal» del deudor subrogado codemandado que haya secundado, en tal caso, la demanda subrogatoria de su acreedor no tiene, entonces, repercusión desfavorable para él] y victoria procesal conjunta de tercero *debitor debitoris* y del deudor subrogado codemandado que se haya opuesto a la demanda del acreedor-actor.

Puesto que la resolución de la cuestión litigiosa objeto del juicio subrogatorio (porque ésta le afecta directa e indivisiblemente) debe hacerse, para que sea eficaz/ejecutable, con una sentencia que tenga eficacia de cosa juzgada también para el deudor subrogado [ya he dicho que el problema de la cosa juzgada lo trato, por extenso, *sub VII*]), y puesto que, como regla, ese efecto de cosa juzgada presupone la condición de parte procesal en el juicio en el que la sentencia se dicta, la imposición, al acreedor-actor, del deber de demandar, también, al deudor subrogado persigue, precisamente, asegurar que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia con que concluya el juicio subrogatorio –en la doble faceta propia de su objeto: verificación judicial tanto de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor como del derecho/poder jurídico del deudor subrogado– alcance también al deudor subrogado (dándole, al mismo tiempo, la oportunidad procesal de comparecer –alegar/contradecir– en un juicio cuyo objeto –en esa misma doble faceta– le afecta directamente; y ya se sabe que, también como regla, la vinculación a la cosa juzgada depende, justamente, del respeto del principio de audiencia/contradic-

¹¹⁰ Por esto GIAMPICCOLO (voz cit., núm. 6, p. 958) justifica que el litisconsorcio pasivo necesario alcance al deudor subrogado, en las graves consecuencias, también desfavorables, que de la sentencia que recaiga en el juicio subrogatorio pueden derivar para tal deudor.

ción en el juicio de que se trate)¹¹¹, que es, a su vez, la única manera de que la sentencia obtenida por el acreedor subrogante-actor sea eficaz/ejecutable (no inútil).

d) Finalmente, puede invocarse como demostración, conforme a los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario, de la existencia de éste dentro del juicio subrogatorio, que la postura contraria a la que aquí se defiende deja abierta la posibilidad de sentencias contradictorias¹¹².

Posibilidad que, en nuestro caso, de no admitirse el litisconsorcio pasivo necesario dentro del juicio subrogatorio, ciertamente se daría: i) porque, conforme a los *principios generales de la cosa juzgada*, el deudor subrogado no demandado no quedaría alcanzado por el efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada en el juicio subrogatorio al que no fue procesalmente convocado [y son los principios generales de la cosa juzgada los que deben aplicarse, también en este caso, a falta de explícita derogación/excepción: vid. sub VII)]; ii) porque al *objeto del juicio subrogatorio*, seguido y concluido sin demandar también al deudor subrogado —o sea, sólo entre acreedor subrogante-actor y *debitor debitoris* como único demandado—, objeto que continúa siendo (en la misma forma inseparablemente conexa) tanto la discusión/verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor como la discusión/verificación judicial del derecho /poder jurídico del deudor subrogado, asimismo seguiría estando *vinculado* (y en la doble faceta dicha: legitimación subrogatoria del acreedor-actor y derecho/poder jurídico subrogado), *de forma directa e indivisible*, el deudor subrogado no demandado; iii) y porque, consecuentemente, el deudor subrogado no demandado, no vinculado por el resultado del primer juicio subrogatorio al que no fue procesalmente convocado, podría promover, sobre la misma cuestión litigiosa resuelta en el primero, un segundo juicio, con el consiguiente riesgo de que la sentencia que en éste se dictase contradijese aquella otra con que concluyó el primero.

En particular, una sentencia que estimase la demanda del acreedor subrogante-actor, pero dictada en juicio en que no se demandó, también, al deudor subrogado, no podría impedir que el deudor subrogado no demandado cuestionase en nuevo juicio, por él promovido, la legitimación subrogatoria de su acreedor —la falta de uno o más de sus requisitos legales *ex* artículo 1111 CC. A la discusión/verificación judicial sobre tal

¹¹¹ En sentido similar, NICOLÒ (*op. cit.*, p. 20) sostiene que la demanda del deudor subrogado se impone con un doble fin: 1) sobre todo, para dar al deudor la posibilidad inmediata de discutir, en el caso concreto, la existencia de los requisitos a los que la ley subordina la legitimación subrogatoria (y de este primer aspecto yo ya me he ocupado precedentemente); y 2) asegurar la audiencia procesal del deudor en un juicio (el subrogatorio) en el que el efecto de cosa juzgada de la sentencia que resuelve la cuestión planteada por la demanda del acreedor *debe* afectar también al deudor (y debe hacerlo, preciso yo, a falta de su excepción/derogación expresa en el caso, conforme a los *principios generales* de la cosa juzgada: previa demanda y consiguiente posibilidad de comparecer/alegar/contradecir del deudor subrogado).

¹¹² Vid. GIORGI, *op. cit.*, pp. 280-281.

extremo realizada dentro del primer juicio subrogatorio, como sujeto directamente afectado por/interesado en ella, *también* debió ser convocado el deudor subrogado—, e, incluso, aunque más difícilmente imaginable, que cuestionase la propia existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico subrogado —también a este aspecto de la verificación/discusión judicial propia del primer juicio subrogatorio debió convocarse al deudor subrogado, como sujeto directamente afectado por/interesado en ella.

Viceversa, una sentencia que desestimase la demanda del acreedor subrogante-actor, por considerar inexistente/extinguido el derecho/poder jurídico subrogado, pero dictada en juicio en el que no se demandó, también, al deudor subrogado, no podría impedir que el deudor subrogado no demandado ejercitase judicialmente ese mismo derecho/poder jurídico declarado judicialmente, en juicio previo pero sin eficacia de cosa juzgada para él, no existente/insubsistente.

De cualquiera de estos modos, la posible existencia de dos juicios sobre el mismo objeto, supone el evidente riesgo de fallos judiciales contradictorios, y confirma la existencia del litisconsorcio pasivo necesario: la necesidad de llamar, dentro del mismo y único juicio, para resolver con una sola sentencia las cuestiones que en él se plantean, a todos los sujetos directa e indivisiblemente implicados en ellas.

* * *

Mi conclusión global, en diversos lugares ya avanzada, después de todo lo dicho, es que, se mire por donde se mire, dentro del juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor, las conexiones del objeto de la litis con la persona del deudor subrogado son tan innegables, directas e importantes, que es absolutamente imprescindible demandarle también a él: darle la oportunidad procesal de comparecer/alegar/contradecir, como es *sensu contrario* totalmente inadmisibles que ese mismo juicio pueda seguirse y concluirse sin darle, en la debida forma, esa referida oportunidad procesal.

VII. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL PROBLEMA DE LA COSA JUZGADA

Existe una estrecha y evidente vinculación entre el tema aquí específicamente considerado (la necesidad o no de demandar, también, al deudor subrogado cuando la legitimación subrogatoria se ejercita judicialmente por el acreedor subrogante) y la eficacia de cosa juzgada de la sentencia con que concluye el juicio subrogatorio. No se considerará, lógicamente, necesario demandar, también, al deudor subrogado, si se entiende que la eficacia de cosa juzgada de dicha sentencia le alcanza, también a él, aun en el caso de no haber sido procesalmente convocado

al juicio subrogatorio –y, de hecho, la opinión doctrinal mayoritaria entre nosotros, en ese sentido de la no necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, se vincula esencialmente al criterio, corriente entre nuestros civilistas y procesalistas, de que la sentencia obtenida por el acreedor subrogante-actor en el juicio subrogatorio tiene eficacia de cosa juzgada para el deudor subrogado en todo caso: aun no habiendo sido éste demandado–. En cambio, la no aceptación de ese criterio doctrinal corriente sobre el efecto de cosa juzgada de la sentencia que pone fin al juicio subrogatorio, está, igualmente de forma esencial, vinculada a la opinión que aquí se defiende: entonces, la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, se impone al acreedor subrogante-actor, además de por las otras razones antes expuestas, para que, así, en tanto que parte procesal (demandada) la cosa juzgada efecto del juicio subrogatorio alcance, también, al deudor subrogado –y no se olvide que existiendo litisconsorcio pasivo necesario de *debitor debitoris* y deudor subrogado, ello exige que ambos queden comprendidos en el ámbito subjetivo de la cosa juzgada de la sentencia que resuelve un asunto que sólo puede resolverse judicialmente de manera indivisible frente a los dos litisconsortes necesarios.

Por lo que acaba de decirse, pues, la cumplida defensa de la opinión aquí sustentada, exige demostrar la falsedad del criterio doctrinal más corriente sobre el efecto de cosa juzgada de la sentencia que se dicta en el juicio subrogatorio.

A cuyo fin, partiré de los principios generales sobre la cosa juzgada comúnmente aceptados por nuestra doctrina procesalista.

A. PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA COSA JUZGADA

Como es sabido, se entiende por *cosa juzgada material* el efecto, en forma de vinculación, que produce en otro proceso, sucesivo, la parte dispositiva de una sentencia firme –dotada de *cosa juzgada formal*: insusceptible de recursos–, sobre el fondo –o sea, declarando la existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido por el actor/demandante–, dictada en un juicio anterior. Efecto vinculante que, cuando se da, es tanto negativo/preclusivo –no se puede entrar a resolver sobre el fondo lo mismo que ya se resolvió previamente–, como positivo/prejudicial –lo previamente resuelto deber ser tenido en cuenta, sucesivamente, para resolver otras cuestiones que lo presupongan, sin entrar, otra vez, en lo ya resuelto.

Ese efecto vinculante de la cosa juzgada material se supedita, *ex artículo 1252 CC*, a dos requisitos: de índole *objetiva*, el uno –el primer juicio resuelto y el sucesivo pendiente de resolución han de tener, en todo o en parte, el mismo objeto: versar sobre la misma acción (misma

pretensión con el mismo fundamento jurídico)– y de índole *subjetiva*, el otro. Es este segundo el que debemos considerar especialmente a los efectos del presente análisis¹¹³.

i) La *regla general* que el artículo 1252-I CC expresa sobre el ámbito subjetivo de la cosa juzgada, consiste en que entre el primer juicio resuelto y el segundo sucesivo y pendiente ha de existir *identidad* de sus partes procesales. O, dicho de otro modo, la eficacia vinculante –cosa juzgada material– de la sentencia firme dictada en un determinado juicio (con relación, claro, al *objeto* propio de éste), se refiere, insisto que como regla, *exclusivamente* a quienes han sido partes procesales en dicho juicio. Eso es lo que pretende expresar el brocardo *res iudicata inter partes*, que responde, como se ve, a lo prevenido en el artículo 1252-I CC.

Naturalmente que si el efecto de cosa juzgada de una sentencia firme *sólo* vincula, en principio, a las partes procesales del juicio en que se dictó, la vinculación afecta, en cambio, a *todos* los que fueron parte procesal en tal juicio: actora/demandante y demandada, fuera uno o fueran varios los sujetos que ocuparon cada una de esas posiciones de parte.

Según revela la mejor doctrina procesalista, la limitación subjetiva, como regla *ex* artículo 1252-I CC, del efecto de cosa juzgada a las solas partes procesales, no es un aspecto episódico, prescindible o accidental del régimen de la cosa juzgada en nuestro ordenamiento, sino que, muy al contrario, se trata del resultado inevitable de la vigencia de principios generales y fundamentales del proceso: resultado, pues, que estos principios imponen.

Es, en particular, esencial, determinante y evidente –por mucho que no todos los procesalistas la adviertan¹¹⁴– la vinculación entre límite subjetivo general de la cosa juzgada y *principio general de audiencia/contradicción/derecho a la defensa*. Como regla, uno sólo debe quedar sujeto a la cosa juzgada emanada de un determinado juicio, en la medida en que haya tenido la posibilidad de comparecer en él: de alegar, contradecir, probar, de defenderse, en suma. Porque es evidente que causaría indefensión –en sentido estricto: conculcación del derecho a la defensa, de comparecer/alegar: ser oído– lo contrario: la vinculación a la cosa juzgada, efecto de un determinado juicio, por parte de quien no tuvo oportunidad procesal de comparecer/alegar en él.

También, a los efectos del proceso civil, es importante –aunque, cualitativamente, no tanto como la anterior– la conexión existente entre el límite subjetivo general de la cosa juzgada y *el principio general dispo-*

¹¹³ Para la exposición elemental que sigue, he tenido en cuenta la siguiente literatura procesalista: GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, pp. 444 ss.; DE LA OLIVA, en De la Oliva/Fernández, *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1994 (3.ª ed., 2.ª reimp.), pp. 176 ss. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 670 ss.; CORDÓN, voz «Cosa juzgada», en *EJB Civitas*, II, Madrid, 1995, pp. 1761 ss., y allí, pp. 1762-1763.

¹¹⁴ Entre los que sí lo hacen, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 388 (para el Derecho italiano); DE LA OLIVA, en De la Oliva/Fernández, II, cit., p. 176.

sitivo ¹¹⁵: en un proceso, como el civil, regido, como regla, por la iniciativa de sus partes, y en el que, por tanto, el resultado (fallo judicial) está fundamentalmente condicionado por la actividad procesal (de alegación, contradicción, confesión y prueba) de quienes *concretamente* fueron sus partes, no resulta ni razonable, ni justo, que queden vinculados por la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que se dicte, quienes –terceros ajenos al juicio– no han tenido posibilidad de intervenir –compareciendo: alegando/contradiendo/probando– en la gestación de dicha sentencia, quienes, así, vendrían, en suma, a padecer los efectos de la actividad procesal de otros –que pensaban, al realizarla, en su propio interés y no en el de terceros–. Con lo que, como se ve, volvemos al principio procesal esencial de audiencia/contradicción/defensa, del que el dispositivo es, a fin de cuentas, derivación.

A la luz de estas indicaciones sobre el fundamento último de la limitación subjetiva general de la cosa juzgada, se entiende mucho mejor la *autonomía, especificidad* de esta limitación frente a la objetiva ¹¹⁶. En una palabra, que el límite subjetivo *no* es un mero trasunto, que nada añadiría, del límite objetivo: este mismo sólo que visto en perspectiva subjetiva. Si la eficacia de cosa juzgada de una determinada sentencia se limita, en principio, solamente a quienes fueron partes procesales en el correspondiente juicio, no es sólo, ni fundamentalmente, porque cambiando los sujetos de la relación procesal cambiará, también, normalmente el objeto del proceso (la acción que se ejercita), sino porque se trata de impedir que se conculque el derecho a la audiencia/contradicción/defensa –que se produzca indefensión procesal– de quienes no fueron parte procesal en el primer juicio. Razón por la cual –esta es la prueba del nueve de la autonomía del límite subjetivo general de la cosa juzgada–, también cuando el objeto del primer juicio es el mismo que el del sucesivo que se intenta (la misma acción ejercitada), la vinculación de la cosa juzgada no opera respecto de sujetos que no fueron parte procesal en el primer juicio ya resuelto –y que no tuvieron, por tanto, en él oportunidad procesal de alegar/contradecir/defenderse.

Aún más importantes, según creo, resultan otros dos datos que derivan, igualmente, de la fundamentación ahora establecida para el límite subjetivo general de la cosa juzgada.

a) Si dicha limitación se asienta en los principios generales (y capitales) del proceso civil: principio de audiencia/contradicción y principio dispositivo, ello implica que la *derogación* de la misma –estableciendo la vinculación a la cosa juzgada de terceros ajenos al proceso– será siempre *excepcional* –en sentido técnico: contraria a los principios generales (*contra tenorem rationis*)–, y exigirá, también siempre, una *norma expresa* que (sustrayendo un determinado caso a la regla general) la justifique.

b) Pero, al mismo tiempo, si, como hemos visto, el límite subjetivo general de la cosa juzgada está directamente entroncado en el principio

¹¹⁵ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, pp. 444-445; MONTELEONE, *op. cit.*, p. 388.

¹¹⁶ Vid., en sentido semejante, los autores y lugares indicados en la nota 114.

de audiencia/contradicción, y éste, tanto en su faceta positiva (derecho a la defensa, sin el cual es inconcebible la tutela jurisdiccional efectiva), como negativa (interdicción de la indefensión procesal), es no sólo principio general del proceso, sino *norma (y garantía) constitucional ex artículo 24 Const.*¹¹⁷, se llega a la (obligada) conclusión de que *todas* sus posibles *excepciones* que normativamente introduzca (en forma *expresa*) el legislador ordinario deberán respetar las exigencias constitucionales *ex artículo 24 Const.* O sea, *no* cualquier derogación/excepción será admisible, sino sólo las que puedan superar el tamiz de la constitucionalidad. El artículo 24 Const., limita, por tanto, las posibilidades del legislador ordinario en orden a extender (por vía *excepcional y expresa*) el efecto vinculante de la cosa juzgada más allá del límite subjetivo de las partes del proceso.

En mi opinión, las exigencias constitucionales *ex artículo 24 Const.*, significan, en concreto, que el legislador ordinario, por vía de norma *excepcional y expresa*, sólo puede extender el efecto de cosa juzgada a terceros (ajenos al proceso) que *no* estén *directamente* implicados en/concernidos por el objeto del litigio resuelto por sentencia firme. Más allá de ese límite, entiendo, se produce indefensión/conculcación del derecho a la defensa –a contradecir/alegar– y, con ella, la tacha de inconstitucionalidad.

Conforme a esa mi interpretación, considero que cuando el Tribunal Supremo, según veremos más adelante, impone el litisconsorcio pasivo necesario respecto de *personas directamente implicadas* en el objeto del litigio, aun tratándose de casos en que el artículo 1252, II y III CC extiende la cosa juzgada *erga omnes* o frente a determinados terceros no litigantes (pero directamente implicados en la materia de la causa), está haciendo la *única* interpretación constitucionalmente viable de esa norma civil (de rango legal, ordinario). Ya que, como digo, ni siquiera en forma *excepcional y expresa*, el Código Civil podría, a la vista del artículo 24 Const., extender el efecto de cosa juzgada material de una sentencia respecto de personas que, a pasar de estar *directamente* conectadas con el objeto del litigio, *no* fueron –por no haber sido demandadas– partes procesales en el juicio en que la tal sentencia se dictó.

Según entiende la común doctrina procesalista, la mención legal en el artículo 1252-I CC de la «calidad» subjetiva, alude al fenómeno de la *representación procesal*. Legalmente, para que surja la vinculación de cosa juzgada, se exige que exista no sólo identidad de sujetos, sino, también, de la «calidad» en que actuaron en el primer juicio resuelto y en el sucesivo pendiente.

Por tanto, no hay identidad, ni, consecuentemente, vinculación de cosa juzgada, si en el juicio previamente resuelto *A* demandó a *B* como

¹¹⁷ Comp. lo que, para el artículo 24 de la Constitución italiana –sustancialmente coincidente, por lo que se refiere a la garantía constitucional del derecho a la defensa, con nuestra norma constitucional de idéntica numeración–, escribe MONTELEONE, *op cit.*, p. 388.

representante de *C* (así, representativamente, resultó ser *C* la parte demandante), y sucesivamente, en nuevo juicio, *A* demanda a *B*, pero esta vez en nombre propio (ahora la parte demandante es *A*). Como se ve en el ejemplo, la exigencia de la identidad de «calidad» subjetiva en que se actúa, no es más que un trasunto de la propia identidad subjetiva de las partes procesales (en el ejemplo puesto, la no vinculación de *A* a la cosa juzgada del primer juicio deriva, en suma, de que en él, al actuar como representante, no ostentó la condición de parte procesal, ni demandada, ni tampoco demandante: no hay, pues, identidad subjetiva entre las partes del primer y segundo juicio). Inversamente, y siguiendo con el mismo ejemplo, si la demanda de *A*, como representante de *C*, contra *B* es judicialmente desestimada, el representado *C* no podría pretender suscitar contra *B* un nuevo juicio que tuviera por objeto la misma acción previamente ejercitada en forma representativa (a través de *A*), so pretexto de que la «calidad» en que actúa ahora, en el segundo juicio, es diferente de aquella del primero, pues el hecho de que ahora el ejercicio de la acción sea personal y en el primer juicio representativo, no empece que, gracias a la representación, la parte procesal demandante en el primer juicio fue *C*, y que existe, por tanto, identidad subjetiva de partes procesales (además de objeto) entre el juicio previo ya resuelto y el sucesivo intentado, lo que, naturalmente, conduce —el hecho decisivo es la *identidad subjetiva de las partes procesales*; la diferencia de «calidad» en la actuación procesal sólo se tiene en cuenta *en tanto que implique* variación de esa identidad subjetiva procesal determinante— a que en este otro caso sí opere la vinculación de la cosa juzgada, impidiendo una nueva resolución sobre el fondo en el segundo juicio (*nec bis in idem*).

Tampoco nos salimos, en realidad, de la regla general sobre el ámbito subjetivo de la cosa juzgada, al extender esta última a los causahabientes de cualquiera de las partes procesales (art. 1252-III, principio, CC) —o sea, a quienes, tras la sentencia firme, han adquirido derivativamente de cualquiera de ellas, sea a título universal (herederos), sea a título singular, y éste, a su vez, tanto *inter vivos* como *mortis causa* (legatarios)—. Pues dicha extensión subjetiva, *presuponiendo* que la cosa juzgada sólo afecta a las partes procesales del correspondiente juicio, únicamente significa que la situación jurídica creada/declarada por la sentencia firme, para cada una de las partes procesales del juicio en que se dictó, será la misma que (lógicamente) reciban quienes, en virtud de cualquier adquisición derivativa posterior, sucedan en ella —en la misma posición jurídica creada/declarada por la propia sentencia firme— al titular originario que fue parte procesal.

Vista la regla general, *ex* artículo 1252 CC, sobre el ámbito subjetivo de la cosa juzgada, veamos ahora las *excepciones*¹¹⁸ que *expresamente*

¹¹⁸ Que sean excepciones a la regla general lo sostienen implícitamente todos los autores citados *retro* en la nota 113. Quien mejor lo señala y de manera expresa, es DE LA OLIVA, en *De la Oliva/Fernández*, II, cit., pp. 176-177 (quien, por otra parte, es autor de obra monográfica en esta materia: *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991).

establece a la misma el propio indicado precepto: casos en que la vinculación de la cosa juzgada se extiende a terceros ajenos al juicio en que la sentencia se dicta (*a pesar de no haber sido partes procesales en él*). Son de dos órdenes:

ii) Supuestos en que el efecto de cosa juzgada de la sentencia se produce *erga omnes* (art. 1252-II CC): cuestiones de estado civil y sobre nulidad/validez de testamentos.

iii) Supuestos en que la extensión del efecto de cosa juzgada se produce sólo frente a *determinados* terceros que *no* fueron parte en el proceso en que la sentencia se dictó (art. 1252-III, parte final, CC): obligaciones solidarias y obligaciones indivisibles/consorciales/en mano común.

A propósito de estos dos últimos grupos de casos [*ii*) y *iii*) la mejor doctrina ¹¹⁹ ha detectado cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, haciendo uso del principio general de audiencia/contradicción/defensa, ha procedido a una suerte de *rectificación o reacomodación interpretativa* del artículo 1252, II y III CC, imponiendo el litisconsorcio pasivo necesario respecto de *ciertos terceros que aparentemente* estarían comprendidos –según la *letra* de dicha norma– en el ámbito subjetivo ampliado de vinculación a la cosa juzgada que, para tales casos, se señala. Con lo que, en virtud de la imposición del litisconsorcio pasivo necesario, la situación creada, por la jurisprudencia del TS, para dichos terceros, es que, o bien se les demanda, y entonces la eficacia de cosa juzgada, respecto de ellos, de la sentencia que se dicte, descansa en su condición de parte procesal (codemandada) –o sea, en conformidad con el *límite subjetivo general* de la cosa juzgada; no hay, ya, extensión *excepcional* de la misma a un tercero, no parte procesal–, o bien no se les demanda, en cuyo caso la infracción del litisconsorcio pasivo necesario impide que se dicte sentencia sobre el fondo y que, consecuentemente, exista cualquier especie de vinculación por cosa juzgada.

La exigencia jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario de que ahora se habla, se nos dice ¹²⁰, no es fruto del capricho, sino desenvolvimiento de la virtualidad preceptiva del principio general de audiencia/contradicción/defensa: no es justo ni razonable que personas directamente afectadas por, directamente interesadas en, un determinado asunto, no sean demandadas cuando se discute judicialmente ese asunto, y que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que sobre él se dicte les vincule sin haber tenido la oportunidad procesal de comparecer/contradecir/defenderse.

Por mi parte, ya he adelantado que esta interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 1252, II y III CC me parece correcta. Limita, desde las insoslayables exigencias constitucionales del artículo 24

¹¹⁹ Vid. DE LA OLIVA, en De la Oliva/Fernández, II, cit., núm. 31 ss., pp. 178 ss.

¹²⁰ Por DE LA OLIVA. *ibidem*.

Const., de audiencia/contradicción/defensa/no-indefensión, la expresa y excepcional derogación del límite general subjetivo de la cosa juzgada –límite general que, recuérdese, es expresión de esas mismas exigencias constitucionales de audiencia/contradicción/defensa/no-indefensión– hasta donde, como máximo, constitucionalmente puede llegar esa derogación/excepción que el artículo 1252, II y III CC introduce: *sólo* con relación –vinculándolos a la cosa juzgada de la sentencia dictada en juicio en el que no fueron parte procesal– a terceros *no directamente* afectados por/interesados en el asunto litigioso de que se trate.

En concreto la doctrina del TS a que aquí aludo, ha conducido a los siguientes resultados:

1. Por lo que se refiere a la discusión judicial sobre la *validez/nulidad de los testamentos*, el TS impone el litisconsorcio pasivo necesario respecto de todos los instituidos en el testamento cuya validez/nulidad se cuestiona ¹²¹ (*vid.*, ya, *retro*, nota 75 y texto concordante). En este aspecto, por tanto, cuando el artículo 1252-II CC establece la eficacia de cosa juzgada *erga omnes* para la sentencia firme que lo resuelve, conforme a la interpretación del TS (que la doctrina secunda y yo considero, también, correcta), dicha eficacia sólo concierne a terceros (que no fueron partes procesales en el juicio correspondiente) que sean *sujetos distintos* de los *directamente* implicados en/afectados por el objeto del litigio. Pues, para estos otros, conforme a los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario, y pese a la letra indiscriminada del artículo 1252-II CC, no se dispensa al actor-demandante de la necesidad de demandarlos y, consecuentemente, respecto de ellos la vinculación a la cosa juzgada sólo puede producirse conforme a los principios generales de la misma –en tanto que *partes procesales* (codemandadas) en el juicio de que se trate–. Por tanto, el artículo 1252-II CC *no* impide que la eficacia de cosa juzgada *no* alcance a los litisconsortes necesarios no demandados (en este caso, los instituidos en el testamento judicialmente cuestionado que no fueron demandados por el actor/demandante).

En la medida en que la sentencia sobre el fondo, en principio, por la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario, sólo puede dictarse si son demandados todos los litisconsortes necesarios, la quiebra/infracción de tal exigencia impide toda suerte de eficacia de cosa juzgada –que presupone una sentencia sobre el fondo que así no puede dictarse–. De cualquier manera, la eficacia *erga omnes* de cosa juzgada de la sentencia firme sobre el fondo presupone que se haya dictado en un proceso válido, regularmente constituido (con demanda a todos los litisconsortes necesarios).

De esta forma, como se ve, la (exacta) interpretación del TS conduce a una *rectificación parcial* de la letra del artículo 1252-II CC: del sujeto pasivo universal ajeno al juicio pero indiscriminadamente vinculado por

¹²¹ *Vid.* DE LA OLIVA, en De la Oliva/Fernández, II, cit., núm. 33, p. 178; CORDÓN, *voz cit.*, p. 1763.

la cosa juzgada en él producida, se sustrae *sólo a determinados sujetos* (todos los litisconsortes pasivos necesarios: aquí, todos los instituidos en el testamento judicialmente cuestionado), para los que esa vinculación únicamente puede producirse habiendo sido parte procesal en el juicio de que se trate, conforme al límite subjetivo general de la cosa juzgada.

2. Por lo que toca a la discusión judicial de las *cuestiones de estado civil* –particularmente, nulidad/validez del matrimonio, reclamación/impugnación de relaciones paternofiliales– también aquí Tribunal Supremo y doctrina refieren la eficacia de cosa juzgada *erga omnes*, ex artículo 1252-II CC, de la sentencia firme que se dicte, exclusivamente a los terceros ajenos al juicio *no directamente* implicados en la relación jurídica familiar judicialmente controvertida, y hacen, por tanto, dicha norma compatible con la necesidad, conforme a los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario, de demandar en el correspondiente juicio a todos los sujetos directamente implicados en la relación familiar debatida –los dos cónyuges si pide la nulidad del matrimonio un tercero o el Ministerio Fiscal; todos los sujetos de la relación paternofamiliar reclamada y/o impugnada que no sean el actor/demandante– (*vid.*, ya, *retro*, notas 72, 73 y 74, con su respectivo texto concordante). Para estos otros sujetos, consiguientemente, la vinculación a la cosa juzgada, pese a la letra indiscriminada del artículo 1252-II CC, también aquí sólo puede producirse conforme a los principios generales de la cosa juzgada –en tanto que partes procesales (codemandadas) en el correspondiente juicio–. Asimismo aquí la letra del artículo 1252-II CC *no* impide que la eficacia de cosa juzgada *no* alcance a los litisconsortes necesarios no demandados (en este caso, los sujetos de la relación matrimonial impugnada o paternofamiliar reclamada/impugnada no demandados).

Igualmente aquí la quiebra del litisconsorcio pasivo necesario –el haber dejado de demandar a cualquiera de los litisconsortes necesarios– debería impedir que se dictase sentencia sobre el fondo en el asunto debatido –impidiendo, así, toda suerte de efecto de cosa juzgada–, y, de cualquier modo, también en este caso la eficacia de cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia firme dictada presupone que lo ha sido en un proceso válido, regularmente constituido (demandando a todos los litisconsortes necesarios/sujetos directamente implicados en el asunto controvertido).

Asimismo en materia de estado civil, como antes veíamos para la nulidad/validez de testamentos, la (exacta) interpretación del TS conduce a una *rectificación parcial* de la letra del artículo 1252-II CC : del sujeto pasivo universal ajeno al juicio pero indiscriminadamente vinculado por la cosa juzgada en él producida, se sustrae exclusivamente a *determinados sujetos*, para los cuales esa vinculación *debe* (según los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario) producirse conforme al límite subjetivo general de la cosa juzgada –en tanto que partes procesales en el correspondiente juicio.

En uno y otro caso, como ya anticipé, es esa interpretación restrictiva del artículo 1252-II CC, la que permite la constitucionalidad de lo en él dispuesto sobre extensión *erga omnes* de la cosa juzgada, además de compatibilizarlo con los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario —que, no en vano, tiene por fundamento último el mismo principio de audiencia/contradicción/defensa/no-indefensión que es también fundamento último del límite subjetivo general de la cosa juzgada.

3. El Tribunal Supremo (y, con él, la común doctrina) exige, también, el litisconsorcio pasivo necesario tratándose de *obligaciones indivisibles/consorciales/en mano común*¹²² (*vid.*, ya, *retro*, nota 67 y texto concordante). Aquí, además, se trata de una exigencia que resulta *directamente* de la ley: artículo 1139 CC. Consiguientemente, cualquier controversia judicial sobre la obligación en mano común debe necesariamente suscitarse, por el acreedor común-actor, contra todos los deudores consorciales —todos ellos igualmente implicados de forma directa en el objeto del litigio— y ésta es la única forma de que la sentencia firme que recaiga alcance, con su eficacia vinculante de cosa juzgada, a todos los deudores consorciales. La falta de demanda de cualquiera de éstos, debería impedir, conforme a los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario, que se dicte sentencia sobre el fondo, y, así, cualquier suerte de efecto de cosa juzgada.

De esta forma, obsérvese, doctrina y jurisprudencia, con apoyo legal en el artículo 1139 CC, realizan aquí una *rectificación total* de lo que, para las obligaciones indivisibles, dispone el artículo 1252-III, *in fine*, CC: no cabe, pues, *a pesar* de lo que literalmente dice este último precepto, que la eficacia de cosa juzgada de una sentencia firme recaída en juicio seguido por el acreedor común-actor contra no todos los deudores consorciales, alcance, también, a los deudores consorciales (como tales, directamente implicados en el objeto del juicio, litisconsortes necesarios en él) no demandados.

Esa rectificación total me parece, también a mí, exacta, pues artículo 1139 CC y artículo 1252-III CC son normas incompatibles/contradictorias —el segundo consiente aquello que el primero prohíbe—, y en ese conflicto textual de normas el intérprete debe inclinarse por la primera, porque detrás de los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario (de los que el artículo 1139 CC hace aplicación) están las exigencias constitucionales (art. 24 Const.) del principio general de audiencia/contradicción/defensa/no-indefensión, que obligan a demandar —para darle la oportunidad procesal de comparecer/alegar— a todo sujeto directamente implicado en el objeto del litigio, e impiden, consiguientemente, que la vinculación de la cosa juzgada se produzca, respecto de él, sin convertirlo previamente en parte procesal del correspondiente juicio. Al atropellar, respecto de las obligaciones consorciales, esas exigencias, el artículo 1252-III incide en tacha de inconstitucionalidad sobrevenida y

¹²² *Vid.* DE LA OLIVA, cit. en la nota precedente.

sucumbe, por tanto, forzosamente en su conflicto textual con el artículo 1139 CC, ante este otro que sí las respeta.

4. De todos los casos contemplados en el artículo 1252 CC el más complicado de resolver es el de las *obligaciones solidarias* (art. 1252-III, parte final). Como es notorio, sobre este particular la jurisprudencia del TS es fluctuante y la doctrina discute vivamente. Sin entrar aquí, por mi parte, en tema que no es el mío, me parece que, *como mínimo*, la interpretación rectificadora del artículo 1252-III CC, por lo que respecta a las deudas solidarias, debe llevar al resultado ¹²³ de que si el acreedor común-actor desea obtener una sentencia condenatoria que pueda utilizarse como título ejecutivo, por el total de la deuda solidaria, indistintamente contra cualquiera de los deudores solidarios, habrá de demandar a todos ellos —con lo cual, al menos al efecto ahora señalado, habría, también aquí, rectificación de la letra del artículo 1252-III CC: ésta no significa, repito que, al menos, para el efecto ejecutivo de que se habla, que el acreedor-demandante pueda dejar de demandar a todos los deudores solidarios: todos los directamente implicados en el vínculo obligatorio objeto del juicio de *quo*—. Pues, como se nos dice ¹²⁴, el acreedor-actor, por la solidaridad (pasiva) existente, es muy libre de demandar, por la totalidad del importe de la deuda, a uno sólo de los deudores solidarios (abiertamente lo consiente el artículo 1144 CC); pero como, en cambio, el acreedor-actor *no* es dueño de burlar la efectividad del principio general (constitucional) de audiencia/contradicción/defensa/no-indefensión, si escoge, libremente, demandar judicialmente el pago completo de uno sólo de los deudores solidarios, la eventual sentencia firme de condena sólo podrá servir de título ejecutivo contra el deudor solidario demandado y no contra los demás.

La opinión anterior, que suscribo, es, como digo, el *mínimo* al que, en mi opinión, *debe* llegarse desde las exigencias del principio general/constitucional de audiencia/defensa (art. 24 Const.). Pero —insistiendo en que éste no es mi tema— me parece que la rectificación interpretativa, en materia de deudas solidarias, de la letra del artículo 1252-III CC, desde esas mismas exigencias constitucionales, podría llegar aún sensiblemente más lejos: ¿cómo admitir, por ejemplo, que el pronunciamiento judicial firme sobre la existencia/subsistencia de la obligación solidaria o sobre el propio carácter solidario de la obligación tenga eficacia de cosa juzgada para los codeudores no demandados (a los que, consecuentemente, no se les dio oportunidad procesal de alegar/contradecir/defenderse sobre tales extremos)?, ¿cómo consentir, en suma, a la vista del artículo 24 Const., que resulten vinculados por la cosa juzgada de una sentencia sujetos *directamente* implicados en el objeto del juicio en que se dictó, a los que, *sin embargo*, no se

¹²³ La opinión que sucesivamente transcribo, es la de DE LA OLIVA, en De la Oliva/Fernández, II, cit., p. 179, y, también de CORDÓN, *voz cit.*, p. 1763.

¹²⁴ Por DE LA OLIVA, *cit.* en la nota precedente.

les da oportunidad procesal de comparecer/defenderse, causando, así, su indefensión?

Me parece, por tanto, con la Constitución (art. 24 Const.) en la mano, que en tema de deudas solidarias hay ancho campo para la afirmación del *litisconsorcio pasivo necesario* y, consiguientemente, para la *recuperación*, en contra de la letra del artículo 1252-III CC, *dentro de ese mismo campo*, del límite subjetivo general de la cosa juzgada –el deudor solidario sólo queda vinculado a ella en tanto que parte procesal (code mandada) del correspondiente juicio–, límite subjetivo general que –recordaré una vez más–, no en vano, está en sintonía con esas mismas exigencias constitucionales de la audiencia/defensa.

Para no perder la perspectiva del concreto asunto que aquí interesa, aclaro a continuación lo que, para mí, tiene de significativo la rectificación interpretativa, jurisprudencial y doctrinal, más o menos amplia, hecha sobre la letra del artículo 1252, II y III CC.

Y es esto: del mismo modo que la existencia de una norma explícita (art. 1252, II y III CC) sobre extensión del efecto de cosa juzgada más allá del límite subjetivo general de las partes procesales del correspondiente juicio, no ha impedido la (correcta) imposición del *litisconsorcio pasivo necesario* respecto de los terceros *directamente* implicados en el asunto litigioso de *quo* –terceros que el actor/demandante está, pues, obligado a convertir en partes procesales (codemandadas) del correspondiente juicio–; *con mucha mas razón, no existiendo* para el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria tal *norma expresa –y excepcionadora* de los principios generales de la cosa juzgada–, y estando, por tanto, en el ámbito aplicativo del límite subjetivo general de la cosa juzgada, el acreedor subrogante-actor debe demandar, también (junto al *debitor debitoris*), al deudor subrogado, como sujeto *directamente* implicado/interesado en el objeto del juicio subrogatorio –tanto en la discusión/verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor, como en aquella de la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico subrogado–, lo que, al mismo tiempo, asegura, en conformidad con los principios generales de la cosa juzgada (que el *litisconsorcio pasivo necesario presupone* aplicables), la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que se dicte también frente al deudor subrogado –en tanto que parte procesal (codemandada).

B. COSA JUZGADA Y EJERCICIO JUDICIAL DE LA LEGITIMACIÓN SUBROGATORIA EN OTROS ORDENAMIENTOS EN SITUACIÓN LEGISLATIVA ANÁLOGA AL DERECHO ESPAÑOL (FRANCIA E ITALIA ANTES DEL VIGENTE CÓDIGO CIVIL ITALIANO)

El hecho de que tanto en el Derecho francés vigente, como en el italiano bajo la vigencia del Código Civil de 1865, no exista o no existiera una norma que resuelva o resolviera expresamente el problema de si el

deudor subrogado ha o había de ser también demandado por el acreedor subrogante-actor (una vez resuelto lo cual en sentido positivo, queda, también, al mismo tiempo, resuelta la cuestión del efecto de cosa juzgada respecto del deudor subrogado codemandado —parte procesal (necesaria) en el juicio subrogatorio— conforme a los principios generales de la cosa juzgada), y que, consecuentemente, su respectiva situación legislativa sea o fuese equiparable a la del ordenamiento español vigente, conviene en ilustrativa para nosotros la forma en que para dichos Derechos extranjeros su respectiva doctrina resuelve o resolvió la cuestión de la vinculación del deudor subrogado a la cosa juzgada en el juicio subrogatorio.

Así, en Italia, y bajo la vigencia del hoy derogado Código Civil italiano de 1865, Giorgi ¹²⁵ se pronunció claramente en contra de que la sentencia dictada en un juicio subrogatorio en el que no se hubiera demandado también al deudor subrogado, tuviera eficacia de cosa juzgada para éste, y ello tanto si la sentencia era desestimatoria como estimatoria de la demanda del acreedor subrogante.

Por lo que hace al Derecho francés, su doctrina ¹²⁶ pone por delante que el problema se planteará rara vez en la práctica, pues lo corriente es que el acreedor subrogante-actor demande, también, al deudor subrogado, que, entonces, como parte procesal (codemandada) se verá, por tanto, afectada por la cosa juzgada del juicio subrogatorio conforme al límite subjetivo general de la cosa juzgada.

Pero como, al mismo tiempo, la doctrina francesa mayoritaria [retro, III] no cree *necesario* demandar al deudor subrogado, sino meramente *conveniente/útil*, ello hace suscitable, al menos desde el punto de vista teórico, el problema de si la cosa juzgada del juicio subrogatorio alcanza también al deudor subrogado cuando éste *no* ha sido demandado por el acreedor subrogante-actor.

Sobre este particular tres han sido las posturas defendidas en la doctrina francesa:

1. La opinión doctrinal mayoritaria sostiene que la eficacia de la cosa juzgada del juicio subrogatorio no alcanza al deudor subrogado no demandado. En tal sentido se cita una vieja sentencia de la casación francesa: 15 abril 1804 ¹²⁷. Tal parecer mayoritario significa, consiguientemente, que tanto cuando en el juicio subrogatorio, seguido y concluido sin demandar, también, al deudor subrogado, se dicta sentencia favorable

¹²⁵ Vid. *op. cit.*, núm. 240, pp. 279 ss., y núm. 250, p. 286.

¹²⁶ Para la situación, en esta cuestión, del Derecho francés, vid. ESMEIN/RADOUANT/ GABOLDE, *op. cit.*, núm. 916, p. 248, y núm. 922, pp. 251-252; MARTY/RAYNAUD/JEZTAZ, *op. cit.*, núm. 153, p. 138; MAZEAUD, *op. cit.*, núm. 972, pp. 1014-1015; AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 122 y nota 18; COLIN/CAPITANT, *op. cit.*, p. 83.

¹²⁷ Vid. ESMEIN/RADOUANT/ GABOLDE, *op. cit.*, nota 4, p. 252. Esta antigua sentencia resolvió que la desestimación de un recurso de casación ejercitado subrogatoriamente por un acreedor (sin llamar al deudor subrogado al proceso), no impide un segundo recurso de casación ejercitado personalmente por el deudor subrogado (que no fue demandado).

a la demanda subrogatoria del acreedor, como cuando recae sentencia a ella desfavorable, en uno y otro caso esa sentencia firme *no* impide un nuevo ejercicio judicial, ahora personal, de su derecho/poder jurídico por parte del deudor-titular y dirigido contra el *debitor debitoris*.

2. Pero también se ha defendido, por alguna doctrina, que la sentencia recaída en el juicio subrogatorio sí tiene eficacia de cosa juzgada para el deudor subrogado no demandado. Lo que se pretende justificar diciendo que, dentro del juicio subrogatorio, el acreedor subrogante-actor «representa» al deudor subrogado no demandado (o sea, que actúa en su lugar y con efectos directos para él), amparándose en que los tribunales franceses, a veces, llaman, atécnicamente, al acreedor subrogante «representante» del deudor subrogado.

Aparte de la objeción fundamental de que la legitimación subrogatoria es una forma de legitimación indirecta (sustitución) que no se confunde, ni por sus requisitos, ni por su finalidad, con la legitimación representativa¹²⁸, la opinión ahora referida plantea un grave inconveniente práctico. Y éste es que el deudor subrogado no demandado podría, así, verse afectado desfavorablemente por una mala actuación procesal —desde el punto de vista del interés del deudor subrogado— del acreedor subrogante-actor (su presunto «representante») en la discusión judicial, con el *debitor debitoris*, sobre la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado, que conduzca a una sentencia firme (con vinculación a su cosa juzgada del deudor subrogado-titular no demandado) que desestime la demanda subrogatoria por declarar inexistente o extinguido el derecho del deudor subrogado.

3. Para obviar el inconveniente recién apuntado, pero sin dejar, al mismo tiempo, de reconocer un cierto efecto de cosa juzgada de la sentencia para el deudor subrogado no demandado, surge la opinión intermedia¹²⁹ que distingue, a los efectos de establecer la vinculación de cosa juzgada, para el deudor subrogado no demandado, por la sentencia dictada en el juicio subrogatorio, según que dicha sentencia sea favorable a la demanda subrogatoria del acreedor-actor —en cuyo caso, el efecto de cosa juzgada alcanza también al deudor subrogado no demandado— o, por el contrario, sea desfavorable —en cuyo caso, el efecto de cosa juzgada no se extiende al deudor subrogado no demandado—. A esta solución ecléctica se le objeta¹³⁰, con razón, que es arbitraria o caprichosa, pues, en efecto, no se ve sobre la base de qué *fundamento jurídico* la vinculación del deudor subrogado no demandado a la cosa juzgada del juicio subrogatorio habría de depender del resultado, favorable o desfavorable,

¹²⁸ Niegan, exactamente, que el acreedor subrogante actúe como representante del deudor subrogado (porque el acreedor ejercita un derecho propio —a la legitimación subrogatoria— concedido para la defensa de un interés también propio —conservativo/garantístico—), AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 122 y nota 18; ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *op. cit.*, p. 252.

¹²⁹ Defendida, p. ej., por LAURENT, *op. cit.*, núm. 408, pp. 468-469.

¹³⁰ Vid. ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, *op. cit.*, p. 252; MARTY/RAYNAUD/JEZTAZ, *op. cit.*, núm. 153, p. 138.

de dicho juicio, por mucho que se entienda la *motivación práctica* de esa discriminación.

De cualquier forma, el surgir de esa opinión intermedia corrobora la sustancial exactitud de la apreciación de Giorgi¹³¹, cuando escribía, para el Derecho italiano del Código Civil italiano de 1865, que pocos autores reconocen eficacia de cosa juzgada a la sentencia respecto del deudor subrogado no demandado, aun si la sentencia es favorable, pero ninguno (o casi) si ésta es desfavorable.

La conclusión de la doctrina francesa mayoritaria [ya anticipada, *retro, infra* III)] es, pues, visto que a la sentencia que recaiga en el juicio subrogatorio no se le reconoce eficacia de cosa juzgada respecto del deudor subrogado no demandado, reafirmar, también desde la perspectiva de la cosa juzgada (como un argumento más y hasta el determinante) la conveniencia/utilidad de que el acreedor-actor demande, también, al deudor subrogado, o de que, en su defecto, sea el tercero *debitor debitoris* el que lo llame a la causa subrogatoria.

C. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA COSA JUZGADA AL EJERCICIO JUDICIAL DE LA LEGITIMACIÓN SUBROGATORIA

La no vinculación del deudor subrogado no demandado al efecto de cosa juzgada de una sentencia firme dictada en un juicio subrogatorio seguido y concluido sin habersele convocado, deriva, en nuestro ordenamiento, de lo siguiente:

i) El deudor subrogado no demandado *no* ha sido parte procesal, ni demandada ni demandante, en el juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor.

ii) Ni tampoco puede decirse que el deudor subrogado no demandado haya sido representado, en el juicio subrogatorio, por el acreedor subrogante-actor —lo que permitiría considerar al primero, representativamente, como parte procesal (demandante) en el juicio subrogatorio, y, en tal veste, vinculado por el efecto de la cosa juzgada producida en tal juicio conforme al límite subjetivo general de la cosa juzgada—. El acreedor subrogante no es representante del deudor subrogado no demandado, porque actúa en defensa de su propio interés creditorio —directamente conservativo/garantístico, indirectamente de cobro—, para cuya tutela-defensa la ley (art. 1111 CC) le otorga directamente un derecho propio (a la legitimación subrogatoria)¹³². Legitimación subrogatoria y legitimación representativa son, ambas, formas de legitimación indirecta, de

¹³¹ *Op. cit.*, p. 280.

¹³² También en el sentido de que la legitimación subrogatoria no es una forma de representación (del deudor subrogado por el acreedor subrogante): AUBRY/RAU, *op. cit.*, nota 18, p. 122; ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE, p. 252; CRISTÓBAL, *op. cit.*, p. 205; MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 192 ss.

sustitución, en el ejercicio de una prerrogativa jurídica, del sujeto titular por otro que actúa para él, pero cada una de estas dos formas de legitimación indirecta responden a requisitos y finalidades completamente diferentes¹³³.

iii) Tampoco el deudor subrogado no demandado, por el simple hecho de serlo, puede considerarse causahabiente –adquirente derivativo– de la misma posición jurídica en que el previo juicio subrogatorio, seguido y concluido sin convocarle, haya colocado a cualquiera de las partes procesales que lo fueron en él (*debitor debitoris* o acreedor subrogante).

iiii) Ni, finalmente, la hipótesis aquí considerada del deudor subrogado no demandado, encaja –incluso prescindiendo, ahora, de que el alcance efectivo de lo dispuesto en el artículo 1252, II y III CC, al respecto, es más limitado de lo que se infiere de su letra [*retro*, A)]– en ninguno de los supuestos en que, *ex* artículo 1252, II y III CC, se extiende la eficacia de cosa juzgada respecto de terceros ajenos al proceso que la produce, bien se trate de terceros determinados (solidaridad, indivisibilidad/consorcialidad), bien indeterminados –eficacia *erga omnes*– (estado civil, validez/nulidad de testamentos).

Como ya se vio con anterioridad [*retro* A)], la extensión del efecto de cosa juzgada más allá del límite subjetivo *general* de las partes proce-

¹³³ Esto ya me he ocupado de ilustrarlo, con cierto detalle, en otros lugares, a los que remito: *El ámbito objetivo*, cit., pp. 198 ss., y *Los acreedores del llamado a una sucesión «mortis causa» ante el ejercicio por éste del «ius delationis»*, Madrid, 1996, pp. 120 ss.

El acreedor subrogante que ejercita (por supuesto) en propio nombre su propio *derecho* (a la legitimación subrogatoria) *ex* artículo 1111 CC, actúa, en cambio, por lo que se refiere al *derecho subrogado* (del deudor-titular), en contra de lo que acostumbra decirse, en nombre ajeno, en el sentido (comp., análogamente, NICOLÒ, *op. cit.*, pp. 34 ss.; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, núm. 5, pp. 44 ss.) de que pretende producir efectos directamente en la esfera jurídica del deudor-titular, para lo cual ha de demostrar su propia legitimación para el ejercicio del derecho ajeno: su condición de acreedor del sujeto titular y todos los demás requisitos del artículo 1111 CC. Hay siempre, de esta forma, *contemplatio domini* –manifestación tanto de la ajenidad del derecho (subrogado) ejercitado subrogatoriamente, cuanto de la identidad del sujeto (titular) para quien se producen los efectos del acto de ejercicio subrogatorio– simultáneamente con la demostración de la propia legitimación subrogatoria del acreedor subrogante. Éste, por otra parte, es un dato común a todos los casos en que se actúa por otro, con efectos directos para él: también el representante directo ha de manifestar el sujeto para quien actúa al mismo tiempo que demuestra su legitimación para hacerlo (su poder representativo).

Lo dicho es particularmente evidente cuando la legitimación subrogatoria se ejercita judicialmente: ya he repetido que dentro del juicio subrogatorio el acreedor subrogante-actor ha de demostrar los requisitos legales de su legitimación subrogatoria. Pero también en el ejercicio subrogatorio extrajudicial el acreedor subrogante tiene la carga de revelar su cualidad de acreedor del sujeto titular del derecho subrogado, como justificante de su legitimación *ex* artículo 1111 CC –sin perjuicio, claro, de una posible discusión judicial posterior de los requisitos legales de esa legitimación subrogatoria–, y de especificar, consiguientemente, la identidad del deudor subrogado-titular en el que se producirán directamente los efectos del ejercicio subrogatorio.

En suma, al tercero *debitor debitoris*, como destinatario (sujeto pasivo) del acto de ejercicio subrogatorio, judicial o extrajudicial, hay que manifestarle el título/fundamento de la legitimación para intervenir en el ejercicio de un derecho ajeno (del deudor subrogado) y, al hacerlo, inexcusablemente se revela la identidad del sujeto titular, en quien directamente se producirán los efectos del acto de ejercicio subrogatorio.

sales –personalmente o por representación– o sus causahabientes, exige una norma expresa que establezca la *excepción*.

Esa norma excepcionadora y expresa, para el concreto caso del deudor subrogado no demandado, no existe ni en el artículo 1252 CC, ni en ningún otro texto legal vigente en nuestro ordenamiento. Lo que ya, de por sí, es suficiente para que en este caso haya de aplicarse –como en calesquiera otros no expresamente excepcionados– el límite subjetivo general de la cosa juzgada: el deudor subrogado sólo queda vinculado a la cosa juzgada producida en el juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor en tanto que parte procesal (codemandada).

Pero aún diré más. Según se vio, asimismo, precedentemente [*sub A*)], las exigencias constitucionales *ex* artículo 24 Const. limitan las posibilidades, para el legislador ordinario, de excepcionar expresamente el límite subjetivo general de la cosa juzgada. En concreto, la ley nunca podría vincular a la cosa juzgada de un determinado juicio, a un tercero que esté directamente implicado/interesado en el objeto del litigio y que, a pesar de ello, no haya sido demandado en dicho juicio –no haya sido parte procesal en él–. Lo que, por tanto, excluye de la extensión del efecto de cosa juzgada a los terceros que sean litisconsortes pasivos necesarios no demandados.

Mi conclusión, consiguientemente, no es sólo que, ante la falta de norma excepcional expresa, la vinculación del deudor subrogado a la cosa juzgada del juicio subrogatorio, promovido por el acreedor subrogante, se produce exclusivamente conforme a los principios generales del ámbito subjetivo de la cosa juzgada –en tanto que parte procesal (codemandada)–¹³⁴, sino que, además, en el estado actual de nuestro ordenamiento (por la vigencia en él del artículo 24 Const.) no sería posible –porque no resistiría el control de constitucionalidad, siendo, como es (creo haberlo ya demostrado), el deudor subrogado sujeto directamente interesado/implicado en el objeto del juicio subrogatorio– una norma, excepcional y expresa, que vinculase al deudor subrogado a la cosa juzgada producida en un juicio subrogatorio seguido y concluido sin demandarle.

¹³⁴ En sentido similar, para el Derecho italiano vigente, MONTELEONE (*op. cit.*, p. 380): los principios generales de la cosa juzgada –en Italia *ex* artículo 2909 C. Civ. it., equivalente de nuestro artículo 1252 CC–, sus límites subjetivos generales, entre partes (personalmente o por representación, añadido) y sus adquirentes derivativos, conducen (a falta de norma excepcionadora contraria, por otra parte no siempre posible, vuelvo a añadir), a que el sustituido procesal (deudor subrogado, en nuestro caso) que ha quedado fuera del proceso promovido por el sustituto procesal (el acreedor subrogante-actor, en nuestro caso), deberá, también, quedar fuera de los efectos (empezando por la cosa juzgada) de la sentencia dictada *inter alios*, incluso si la misma se refiere a un derecho/acción suyo (del sustituido procesal).

También de forma semejante, ahora para el Derecho francés vigente, ESMEIN/RADOUANT/GABOLDE (*op. cit.*, p. 252): si el deudor subrogado no es demandado (no es parte procesal) en el juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor, puesto que éste no es su representante (ni tampoco, añadido yo, hay, ni sería posible, una extensión, expresa y excepcional, por la ley de la cosa juzgada a ese concreto tercero no demandado en el juicio subrogatorio), los principios generales de la relatividad –límite subjetivo general– de la cosa juzgada conducen a que la sentencia recaída no vincule al deudor subrogado no demandado.

A la vista de lo que acabo de decir, se comprenderá que, para mí, sosteniendo que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia firme dictada en un juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor, alcanza, también, al deudor subrogado no demandado en tal juicio, se produce algo más que «algún leve chirrido en la letra del artículo 1252 CC»¹³⁵: hay una conculcación de la garantía constitucional de la audiencia/contradicción/defensa del deudor subrogado no demandado, que conduce a la (constitucionalmente vedada) indefensión procesal de éste.

Y, en cambio, creo que tenía razón Giorgi¹³⁶, al decir, para el Derecho italiano del Código Civil de 1865 en situación legislativa, en este punto, similar al nuestro, que la afirmación de que la sentencia no puede causar estado contra el deudor subrogado no demandado constituye un *ius receptum* del que no sería razonable apartarse. Y, en mi opinión, ese carácter de *ius receptum* deriva de los principios generales de la cosa juzgada, cuya aplicación al caso refuerzan los propios del litisconsorcio pasivo necesario que afecta al deudor subrogado. Principios generales de los que no sólo no sería razonable apartarse, sino tampoco posible, por su entronque constitucional –a través de su vinculación al principio de audiencia/contradicción/defensa/no-indefensión– en el artículo 24 Const.

Mientras la extensión del efecto de cosa juzgada del juicio subrogatorio al deudor subrogado no demandado es un efecto excepcional –contrario a los principios generales de la cosa juzgada: a su límite subjetivo general– no previsto expresamente en nuestra ley y, en mi opinión, ni siquiera posible que lo hiciera por impedirlo el artículo 24 Const.; en cambio, el litisconsorcio pasivo necesario que concierne al deudor subrogado, según he venido defendiendo, no sólo no enerva o deroga los principios generales de la cosa juzgada, sino que *refuerza* su aplicación al caso: la eficacia de cosa juzgada de la sentencia dictada en un juicio subrogatorio, promovido por el acreedor subrogante-actor, se supedita, en cuanto al deudor subrogado, a su condición de parte procesal en dicho juicio (codemandada, junto con el tercero *debitor debitoris*), y al acreedor subrogante-actor se le impone la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado, de convertirlo, también a él, en parte procesal del juicio subrogatorio. Si no se le demanda, aparte de otros efectos de la quiebra del litisconsorcio pasivo necesario [*vid.*, *sub VIII*], conforme a esos principios generales de la cosa juzgada, que el litisconsorcio pasivo necesario presupone, refuerza y no deroga, ésta en ningún caso se produce respecto del deudor subrogado no demandado. Pues, como digo, el litisconsorcio pasivo necesario presupone la regla general sobre el límite subjetivo de la cosa juzgada: precisamente porque la sentencia que se

¹³⁵ La frase transcrita literalmente es de CRISTÓBAL (*op. cit.*, p. 208). El «leve chirrido» procede de que tampoco este autor, a pesar de defender la extensión de la cosa juzgada del juicio subrogatorio al deudor subrogado no demandado, es capaz de encontrar en el artículo 1252 CC el fundamento legal de esa propugnada extensión *ultra partes* (*ib.*, p. 204).

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 280.

dicte no vincula con su efecto de cosa juzgada al litisconsorte necesario no demandado, pero, al mismo tiempo, el asunto enjuiciado le concierne *directamente* y debe ser judicialmente resuelto, indivisiblemente, también frente a él —dándole la oportunidad procesal de comparecer/alegar/contradecir/defenderse—, es por lo que se impone al demandante/actor la necesidad de demandarlo.

D. EJERCICIO JUDICIAL SUBROGATORIO Y SUSTITUCIÓN PROCESAL

La doctrina favorable, en contra de la opinión aquí defendida, a la extensión del efecto de la cosa juzgada, producido en el juicio subrogatorio, también respecto del deudor subrogado no demandado (tercero, no parte procesal en el juicio subrogatorio), se asienta, casi siempre, en la construcción del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, por parte del acreedor subrogante-actor, como *sustitución procesal* —el acreedor subrogante-actor sería el *sustituto procesal* y el deudor subrogado, titular del derecho/poder jurídico subrogatoriamente ejercitado, el *sustituido procesal*.

Ello obliga a considerar particularmente esa categoría de la sustitución procesal y su (presunta) virtualidad argumentativa en el sentido que se pretende.

En sustancia, y muy a grandes rasgos, lo que la doctrina procesalista más corriente¹³⁷ afirma, en general, sobre la sustitución procesal —y, por tanto, también, en particular, para la que, por todos, se considera su aplicación arquetípica: precisamente, el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria *ex artículo 1111 CC*—, es lo siguiente:

i) El *sustituto procesal* es, a todos los efectos, parte procesal —lo es, en nuestro caso, como actor-demandante, el acreedor subrogante—, y en esto se diferencia del *representante* que actúa en un proceso, que no es él parte procesal (actora o demandada) sino el sujeto representado para quien procesalmente actúa.

ii) El *sustituido procesal* (en nuestro caso, el deudor subrogado), a diferencia del procesalmente *representado* respecto del juicio en el que su representante actúa para él, *no* es parte procesal del juicio en el que su sustituto procesal actúa con efecto para él —la doctrina común afirma que

¹³⁷ Sobre la sustitución procesal, en general, considerándose siempre el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria como su arquetipo, *vid.*, p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, pp. 139 ss.; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 258-259 y 263 ss.; DE LA OLIVA, en De la Oliva/Fernández, I, cit., pp. 442 ss.; FONT SERRA, voz «Sustitución procesal», en *EJB Civitas*, IV, Madrid, 1995, pp. 6453-6454; CORTÉS, *op. cit.*, pp. 387-388.

Una exposición detallada de la elaboración de esta categoría general doctrinal-procesalista, y de su aplicación al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, puede verse en MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 195 ss. Y allí, también, la crítica tanto de la categoría general, como de esa concreta aplicación (*ib.*, pp. 379 ss.).

no es necesario demandarlo dentro de tal juicio: en concreto, por el sustituto procesal que sea parte actora (el acreedor subrogante, en nuestro caso)—. A pesar de lo cual, corrientemente se entiende que, puesto que el sustituto, en virtud de su legitimación extraordinaria conferida excepcionalmente por la ley —en el caso del acreedor subrogante-actor, *ex* artículo 1111 CC—, actúa procesalmente en el lugar de y con efectos directos para el sustituto procesal y ejercitando una acción de éste (deduciendo un derecho/poder jurídico de él), sobre el sujeto sustituido, aun no siendo parte procesal, recaen directamente los efectos del juicio seguido y concluido con su sustituto procesal (y, en su caso, iniciado por él). En aplicación de lo cual, se ve, frecuentemente, sostener¹³⁸ que la vinculación de la cosa juzgada producida en el juicio seguido y concluido con el sustituto procesal (en su caso, además, promovido, iniciado por éste) alcanza, también, al sustituido procesal, y ello con independencia de su participación personal en tal juicio (del hecho de no haber sido parte procesal en él, de no haber sido demandado dentro de él).

La opinión mayoritaria, igualmente entre nuestros civilistas, en ese mismo sentido de que la cosa juzgada del juicio subrogatorio, promovido por el acreedor subrogante-actor, alcanza, también, al deudor subrogado no demandado, se ha formado, en buena medida, sobre la base de la aceptación, explícita o implícita, de la categoría procesalista de la sustitución procesal con los efectos que la común doctrina procesalista le señala, y la consiguiente aplicación de la misma, en los propios términos que la hacen los tratadistas del proceso civil, al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria —el acreedor subrogante-actor como sustituto procesal del deudor subrogado no demandado (sujeto procesalmente sustituido)—¹³⁹.

¹³⁸ En concreto, *vid.*, así, p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 452, *sub* V; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 671, *d*); CORTÉS, *op. cit.*, pp. 387-388.

¹³⁹ En concreto, entre nuestros civilistas hacen *explicito* uso, junto con otros argumentos, de la categoría de la sustitución procesal, para sostener la extensión del efecto de cosa juzgada, producido en el juicio subrogatorio, al deudor subrogado no demandado: CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 204 ss., y allí, pp. 208-209; GULLÓN, *op. cit.*, p. 120; ATAZ, *op. cit.*, nota 4, p. 111.

Puede considerarse que hacen uso *implícito* de la categoría de la sustitución procesal, ALBALADEJO (*Derecho civil*, II, 1, cit., p. 216, núm. 4; *Comentarios Albaladejo*, *sub* artículo 1111, cit., p. 965, núm. 4): la sentencia recaída en el juicio subrogatorio vincula al deudor subrogado, aun no demandado, porque el acreedor subrogante-actor actúa en su lugar (y con efectos directos para él); DE BUEN (anotaciones a Colín/Capitant, cit., p. 146): la eficacia *ultra partes* de la sentencia firme recaída en el juicio subrogatorio, respecto del deudor subrogado no demandado, se justifica en que el acreedor subrogante-actor actúa en su «representación» (con lo que, seguramente, se quiso decir, visto que la legitimación subrogatoria no es una forma de representación, que el acreedor subrogante-actor ejercita un derecho/poder jurídico del deudor subrogado, en el lugar de éste y con efectos directos para él).

Se limitan a afirmar, sin más, la vinculación, a la cosa juzgada del juicio subrogatorio, del deudor subrogado no demandado (y podría pensarse que porque, implícitamente, consideran el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria como una aplicación de la categoría general de la sustitución procesal, con los efectos que a ésta corrientemente se le señalan): Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 232, *d*); GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 70, VI, A). Lo mismo podría decirse de LACRUZ/SANCHO [*Elementos*, II, 1 (1985), núm. 155, p. 328], que, por un lado, afirman que si el deudor subrogado pretende el ejercicio de una acción judicial ya subrogatoria-

Del hecho de que quepa un ejercicio tanto en forma judicial como extrajudicial de la legitimación subrogatoria, se extrae la fácil conclusión de que la categoría de la sustitución procesal —que, obviamente, presupone en modo *necesario* un juicio, dentro del cual la sustitución procesal opera— no sirve para explicar la legitimación subrogatoria, de que ésta no es reducible a aquélla¹⁴⁰. Ahora bien, aun reconociendo lo anterior, siempre podría decirse¹⁴¹ que cuando la legitimación subrogatoria se ejercita judicialmente —y sólo si se hace de ese modo, por otra parte el más frecuente—, entonces hay sustitución procesal del deudor subrogado por el acreedor subrogante-actor.

Pero el problema no es calificar doctrinalmente al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria como «sustitución procesal», sino pretender derivar de esa calificación doctrinal unos *determinados efectos jurídicos* (los que, supuestamente, produciría toda forma de sustitución procesal) que *no* están en la ley y que, aún más, contrarían principios generales y fundamentales de nuestro ordenamiento —normas vigentes en él: las de la cosa juzgada y los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario, apoyados, ambos, en la garantía constitucional de la audiencia/contradicción/defensa.

Porque, como ya he señalado con anterioridad [*retro*, en el texto que, respectivamente, sigue a las notas 36 y 94], en la doctrina que argumenta sobre el carácter de sustitución procesal del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, existe un modo de razonar vicioso, lógicamente invertido, que entraña una petición de principio. Se atribuyen, *a priori*, a la sustitución procesal, como categoría general, determinados efectos —no necesidad de demandar al sustituido procesalmente; eficacia de cosa juzgada de la sentencia obtenida por el sustituto procesal respecto del sujeto procesalmente sustituido, aun no siendo éste parte procesal en el juicio en el que el primero interviene—. Y se pretende dotar al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria de esos mismos efectos, sobre la base, también apriorística, de su calificación doctrinal como supuesto de sustitución procesal preconcebida de aquella precisa manera. De esta forma se convierte a una calificación doctrinal en fuente de soluciones jurídicas, se va desde el concepto al régimen jurídico: se da, en suma, por sentado lo que se discute.

A mí, en cambio, me parece que el modo correcto de proceder es ir desde el régimen jurídico de la institución —los efectos jurídicos que la ley, para ella, señala— a la calificación o conceptualización doctrinales, en

mente ejercitada por un acreedor suyo, se le opondrá la cosa juzgada de este juicio subrogatorio previo, y, por otro (*ib.*, núm. 152), han admitido que no siempre es necesario demandar en el juicio subrogatorio al deudor subrogado (*ergo* la cosa juzgada se produce también respecto del deudor subrogado no demandado).

¹⁴⁰ *Id.*, así, p. ej., MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 221 y 433; CRISTÓBAL, p. 208; LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, II, 1 (1985), cit., núm. 151, p. 323, C).

¹⁴¹ En tal sentido, CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 208-209.

forma de no dotar a la figura de que se trate de más efectos jurídicos que los que el ordenamiento realmente establezca.

Y, en concreto, para el supuesto del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria creo haber demostrado ya:

1. No sólo que la ley española *no* autoriza al acreedor subrogante-actor para dejar de demandar al deudor subrogado, sino que los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario –cuyo fundamento último es el artículo 24 Const: por lo que aquella autorización legislativa no es siquiera posible/constitucional–, muy al contrario, imponen la necesidad de demandar, también (junto al *debitor debitoris*), al deudor subrogado.

2. No sólo que nuestro Derecho vigente *no* extiende la eficacia de cosa juzgada de la sentencia dictada en el juicio subrogatorio, promovido por el acreedor subrogante-actor, al deudor subrogado no demandado, sino que los principios generales de la cosa juzgada, aplicables ante la falta de excepción expresa para el caso, determinan que sólo respecto del deudor subrogado que haya sido parte procesal (codemandada) en tal juicio se produce vinculación de cosa juzgada por la sentencia que en él se dicte. Es más, la fundamentación última del límite subjetivo general de la cosa juzgada en el artículo 24 Const., impide que para el deudor subrogado (como sujeto que está directamente interesado/implicado en el objeto del litigio subrogatorio) se pueda excepcionar, ni aun expresamente, su aplicación: necesariamente ha de ser demandado, ser parte procesal en el juicio subrogatorio para que la cosa juzgada producida en él le vincule.

Por tanto, puesto que al ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria *nuestro Derecho vigente no* le otorga ninguno de los dos aludidos efectos, esos mismos que, en cambio, la doctrina procesalista más corriente considera característicos de la categoría general de la sustitución procesal, se llega a la siguiente alternativa fatal:

a) O bien el ejercicio subrogatorio judicial *no* es un caso de sustitución procesal ¹⁴² –porque el acreedor subrogante-actor ha de demandar, también, al deudor subrogado; porque, si no lo hace, aparte de otros efectos derivados de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, la sentencia firme que se llegue a dictar *no* tendrá eficacia de cosa juzgada para el deudor subrogado no demandado (su vinculación a la cosa juzgada del juicio subrogatorio exclusivamente se puede producir en tanto que parte procesal en él).

b) O bien, en cualquier caso, si el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria es una forma de sustitución procesal (evidentemente el acreedor subrogante-actor actúa, dentro del juicio subrogatorio, en el lugar de y con efectos jurídicos directos para el deudor subrogado, en lo que se refiere a la acción/preensión subrogada), *no* tiene los efectos que

¹⁴² En este sentido, REDENTI, cit. *apud* MONTELEONE, nota 39, p. 222.

la común doctrina asigna a la categoría general de la sustitución procesal.

Consiguientemente, vuelvo a insistir en ello, no hay ningún inconveniente en calificar como «sustitución procesal» al ejercicio judicial subrogatorio, *siempre y cuando no se pretenda hacer de esa calificación (por inversión lógica, petición de principio) el fundamento de efectos jurídicos que no están en la ley vigente (es más, que son contrarios a los principios generales de nuestro ordenamiento), sino predeterminados por la doctrina. El régimen jurídico de la «sustitución procesal» del acreedor subrogante-actor hay que determinarlo desde el Derecho vigente y no apriorísticamente desde una discutible y discutida calificación doctrinal.*

Por tanto, si se quiere, dentro del juicio subrogatorio hay sustitución procesal, actuación del acreedor subrogante-actor, por lo que se refiere al derecho/poder jurídico subrogado, en el lugar de y con efectos para el deudor subrogado, pero nuestro Derecho no dispensa al acreedor actor/sustituto de la necesidad de demandar, también, al deudor-titular, de darle, también a él, la oportunidad de alegar/contradecir en tal juicio –cuyo objeto le afecta directamente, tanto por lo que se refiere a la discusión/verificación judicial de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor, como por lo que toca a la discusión/verificación judicial de la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico subrogado de que es titular–, y así asegura que la sentencia que recaiga obtenga eficacia de cosa juzgada también para él como parte procesal (codemandada).

Aunque no es este mi tema, ni tampoco es necesario a mis concretos y limitados fines, de la crítica de la calificación del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria como sustitución procesal –concebida ésta con efectos doctrinalmente predeterminados–, se puede fácilmente remontar a la crítica de la propia categoría general de la sustitución procesal –concebida, siempre, como portadora *a se* de efectos predeterminados: los que comúnmente se le atribuyen–¹⁴³.

Y, así, hablando, ahora, en general, para toda sustitución procesal:

1. La actuación judicial del sustituto procesal (en el lugar de y con efectos para el sustituido) sólo es legítima si concurren los requisitos legales exigidos para ello (si el sustituto procesal está, efectivamente, legitimado). Pero si se afirma que el sustituto-actor/demandante no tiene que demandar al sustituido, se prejuzga frente a éste (¿por qué?) la legitimación del sustituto: se le impide intervenir (alegando/contradiciendo) en la discusión/verificación judicial de la legitimación del sustituto, discusión/verificación –aspecto inescindible y preliminar del juicio en que la sustitución se da– que afecta/implica directamente al sujeto sustituido (como titular de la acción/preensión deducida por el sustituto en el jui-

¹⁴³ Para la crítica de la sustitución procesal como categoría general, puede consultarse la literatura citada por MONTELEONE, *op. cit.*, nota 37, pp. 220-221 (además de las consideraciones críticas que el propio autor hace), y por RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 264 (quien también expresa su propio juicio crítico).

cio con relación al cual se discute la legitimidad de la intervención sustitutiva).

2. Es insensato, además de inconstitucional (art. 24 Const.), que la sentencia obtenida por el sustituto-actor, por lo que se refiere a la existencia/subsistencia de la acción/preensión del sustituido procesal, particularmente si el fallo es desfavorable, vincule con efecto de cosa juzgada al sustituido procesal no demandado –que al no ser parte procesal en el juicio, tampoco a este otro efecto (que tan directamente le afecta) tuvo oportunidad de alegar/contradecir/defenderse.

La sustitución procesal es entre nosotros, como se sabe, categoría meramente doctrinal, no contemplada por la ley. Pero, por lo que acabo de decir, y por la vinculación al artículo 24 Const., tanto del litisconsorcio pasivo necesario cuanto del límite subjetivo general de la cosa juzgada, me parece evidente que el legislador español nunca podría regular la categoría general de la sustitución procesal consintiendo que el sustituido procesal (interesado/implicado directamente en el juicio promovido por su sustituto –tanto en la discusión/verificación judicial de la legitimación del sustituto, como en aquella otra de la existencia/subsistencia del derecho/acción suyo que el sustituto hace valer–) pudiese dejar de ser parte procesal (demandada) en el juicio conducido por el sustituto (actor), ni estableciendo que el efecto de cosa juzgada producido en el juicio en que interviene el sustituto vincula también al sustituido procesal que no fue parte (demandada) en él.

En suma, de que, en ciertos casos, se pueda, conforme a ley, accionar en juicio ejercitando un derecho ajeno –sea, en general, por vía de sustitución procesal, sea, en particular, por vía de legitimación subrogatoria–, no se deduce necesariamente:

1. Ni que se pueda prescindir, por el actor (sustituto/acreedor subrogante), de demandar/llamar a juicio al sujeto titular del derecho ejercitado (sustituido/deudor subrogado), en derogación, ni consentida en nuestro ordenamiento, ni posible, *ex* artículo 24 Const., del principio de audiencia/contradicción/defensa fundante del litisconsorcio pasivo necesario, también en este caso afectante a un sujeto directamente implicado en el objeto del juicio promovido por el actor sustituto/acreedor subrogante (tanto por lo que se refiere a la verificación/discusión judicial de la legitimación de éste, como aquella otra de la existencia/subsistencia del derecho/acción ajeno que el sustituto/acreedor subrogante hace valer).

2. Ni que la cosa juzgada del juicio promovido por el actor sustituto/acreedor subrogante alcance también al sustituido/deudor subrogado no demandado, en derogación, ni contenida en nuestro Derecho, ni posible *ex* artículo 24 Const. (por esa misma implicación/afectación directa del sustituido/deudor subrogado en/por el objeto del juicio promovido por el sustituto/acreedor subrogante) del límite subjetivo general de la cosa juzgada –en tanto que fundado en la garantía constitucional de la

audiencia/contradicción/defensa y consiguiente baluarte contra la indefensión.

En algo, sin embargo, tienen razón los defensores de la sustitución procesal con los efectos que corrientemente se le atribuyen¹⁴⁴, y es al decir que la sustitución procesal y, por tanto, el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, quedarían inutilizados si la cosa juzgada del juicio promovido por el sustituto procesal/acreedor subrogante actor no afectase plenamente, también, al sujeto sustituido/deudor subrogado.

Pero esa exigencia práctica indiscutible conduce, *precisamente*, a la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado (sujeto sustituido)¹⁴⁵, en *conformidad* con el *límite subjetivo general* de la cosa juzgada, ni excepcionado en este caso, ni de excepción posible *ex* artículo 24 Const. [por la implicación directa del deudor subrogado (sujeto sustituido) en el juicio subrogatorio (promovido por el sustituto)], necesidad de demanda reforzada por las repetidas razones que imponen el litisconsorcio pasivo necesario respecto del deudor subrogado (sujeto sustituido); y *no*, a falta de norma excepcional y expresa –tampoco posible, *ex* artículo 24 Const., por la implicación directa del deudor subrogado/sujeto sustituido en el objeto del litigio–, contraviniendo los principios generales de la cosa juzgada y causando su indefensión, a vincular al deudor subrogado/sujeto sustituido, a pesar de no haber sido demandado en el juicio subrogatorio/ promovido por el sustituto, a la cosa juzgada producida en ese juicio.

El hecho de que sean *los mismos aspectos* del juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor (o juicio promovido por el sustituto procesal-actor) –la discusión/verificación judicial de la legitimación del acreedor subrogante/sustituto procesal; la de la existencia/subsistencia del derecho del deudor subrogado/sujeto sustituido– en los que, conforme a los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario –y, por ende, *ex* artículo 24 Const.–, es *indispensable* dar al deudor subrogado/sujeto sustituido procesalmente la oportunidad procesal de alegar/contradecir/defenderse, y en los que, también, es *indispensable* que la sentencia firme recaída tenga eficacia de cosa juzgada, asimismo, para el deudor subrogado/sujeto procesalmente sustituido, produce el inevitable resultado de que esa necesaria vinculación a la cosa juzgada *sólo* puede obtenerse desde el límite subjetivo general de la misma –situando al deudor subrogado/sujeto sustituido como parte procesal (codemandada) en el juicio promovido por el acreedor subrogante/sustituto procesal actor–. La necesidad de que la cosa juzgada alcance al deudor subrogado/sujeto sustituido procesalmente no es, a la postre, sino un síntoma más del litisconsorcio pasivo necesario que le afecta –de la necesidad de que el juicio se resuelva indivisiblemente contando también con él–; y, desde los principios generales de la cosa juzgada, preci-

¹⁴⁴ *Vid.*, también así, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 391.

¹⁴⁵ *Comp.* MONTELEONE, *ibidem*, y, también, p. 383.

samente, porque, no en vano el litisconsorcio pasivo necesario presupone su aplicación.

Si en el caso del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria se dice que, como supuesto de sustitución procesal, el acreedor subrogante-actor (sustituto procesal) está dispensado de demandar, también, al deudor subrogado (sustituido procesal), pero que el hecho de no ser parte procesal (codemandada) en el juicio subrogatorio no impide que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia en éste dictada alcance, también, al deudor subrogado no demandado, se produce, así, su completa indefensión procesal, vedada por el artículo 24 Const. Pues la doctrina criticada elimina, en el caso, las dos barreras, constitucionalmente garantizadas, en tanto que impeditivas de la indefensión –litisconsorcio pasivo necesario y límite subjetivo general de la cosa juzgada, apoyados, ambos, en el principio de audiencia/contradicción/defensa–, que impiden la indefensión procesal del deudor subrogado.

En cambio, el litisconsorcio pasivo necesario afectante al deudor subrogado –litisconsorcio pasivo necesario fundado en la garantía constitucional de la audiencia/contradicción/defensa (art. 24 Const.)– obliga a demandar en el juicio subrogatorio, promovido por el acreedor subrogante-actor, a un sujeto que está (por la doble razón repetidamente expuesta) directamente implicado en el asunto litigioso, y, al mismo tiempo, asegura, conforme al límite subjetivo general de la cosa juzgada –también apoyado en la garantía constitucional de la audiencia/contradicción/defensa (art. 24 Const.)–, en tanto que parte procesal (codemandada), la vinculación a la cosa juzgada de la sentencia que se dicte del deudor subrogado codemandado, cosa que, por otra parte, es indispensable asegurar, tanto para evitar su indefensión (por su condición de litisconsorte necesario, sujeto directamente afectado por el objeto litigioso), como para dotar de eficacia/ejecutabilidad a una sentencia dictada en un asunto que sólo puede resolverse (eficaz/ejecutablemente) indivisiblemente contando, también, procesalmente con el deudor subrogado (y litisconsorte pasivo necesario).

Mi conclusión sobre el problema de la cosa juzgada, por tanto, es que a falta, en el caso, de disposición particular expresa y excepcional –que, en él, a mí, *ex* artículo 24 Const., ni siquiera me parece posible–, es el límite subjetivo general de la cosa juzgada, *ex* artículo 1252 CC, el que se aplica, y, consiguientemente, es ese mismo límite general el que condiciona el régimen de la legitimación pasiva del ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria –o sea, puesto que, como regla, la sentencia, salvo excepción expresa, sólo afecta a las partes procesales (personalmente o por representación) del juicio en que se dicta (y a sus causahabientes); también, como regla, hay que convocar al juicio a todos a quienes se quiera imponer el efecto de la cosa juzgada en él producido–. (Y en esa necesidad de demandar, también, al deudor subrogado convergen, asimismo, como vengo repitiendo, además del límite subjetivo general de la cosa juzgada, las razones, ya vistas, que justifican en el caso el litis-

consorcio pasivo necesario). Y no, en cambio, desde una apriorística determinación (preconcepción) –sin respaldo legal actual, ni, en mi opinión, posible– del efecto de cosa juzgada de la sentencia a dictar en el juicio subrogatorio (al que, por las buenas, se le atribuye vincular también al deudor subrogado no demandado), fijar el régimen de la legitimación pasiva del ejercicio judicial subrogatorio –no necesidad, consiguiendo, de demandar al deudor subrogado a los efectos de que le alcance la cosa juzgada del juicio subrogatorio (y tampoco a ningún otro efecto desde que se niega el litisconsorcio pasivo necesario que le afecta).

Si, por un lado, el límite subjetivo general de la cosa juzgada converge con los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario en imponer que el deudor subrogado sea demandado en el juicio subrogatorio promovido por el acreedor-actor; por otro, esos mismos principios generales del litisconsorcio pasivo necesario –precisamente, porque presuponen la aplicación del límite subjetivo general de la cosa juzgada– refuerzan la (aquí inderogable) aplicación de los principios generales de la cosa juzgada en el caso: la quiebra del litisconsorcio pasivo necesario, aparte de otros efectos, conlleva la no vinculación a la cosa juzgada de la sentencia firme que (irregularmente, pues, en tal situación, de infracción del litisconsorcio pasivo necesario, no debió dictarse) se llegue a dictar, respecto de todo litisconsorte pasivo necesario que no haya sido demandado en el correspondiente juicio [*vid.*, sub VIII)]¹⁴⁶.

E. REFUTACIÓN DE OTROS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA EXTENSIÓN DE LA COSA JUZGADA AL DEUDOR SUBROGADO NO DEMANDADO

1. En favor de la extensión de la cosa juzgada del juicio subrogatorio al deudor subrogado no demandado, no puede argumentarse diciendo¹⁴⁷ que el acreedor subrogante-actor está expresamente legitimado por la ley (art. 1111 CC) para actuar (también judicialmente) en el lugar de y con efectos directos para el deudor subrogado y titular de la acción/preten-sión subrogatoriamente ejercitada.

Pues, por mi parte, ya he dicho [*retro*, sub VI, B)] que la legitimación que la ley *ex* artículo 1111 CC confiere directamente al acreedor del deudor-titular está supeditada a precisos requisitos (legales), en la verificación/discusión judicial de los cuales no se puede prescindir procesalmente del deudor subrogado. La legitimación subrogatoria del acreedor, en suma, no se puede prejuzgar frente al deudor subrogado: hay que darle, también a él, como directamente afectado (sujeto pasivo del derecho del acreedor a la legitimación subrogatoria, titular del dere-

¹⁴⁶ Comp. MONTELEONE, *op. cit.*, p. 383.

¹⁴⁷ Lo hacen, sin embargo, así, ATAZ, *op. cit.*, p. 111; CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 207-208, y ALBALADEJO y DE BUEN, *cits. retro* en la nota 139.

cho subrogado), la oportunidad procesal de alegar/contradecir/defenderse al respecto.

Y como los efectos directos, en la esfera jurídica del deudor subrogado, del acto de ejercicio (judicial) subrogatorio, se supeditan a que el acreedor subrogante-actor esté legalmente legitimado a ese fin, en la verificación judicial de lo cual no puede prescindirse del deudor subrogado, tampoco de ese efecto directo puede argumentarse para pretender excepcionar, en este caso, el límite subjetivo general de la cosa juzgada.

2. Una simple variante del anterior puede considerarse el argumento que, a veces, se aduce para justificar esa misma quiebra, en el caso, de los principios generales de la cosa juzgada, diciendo ¹⁴⁸ que el deudor subrogado no demandado queda vinculado a la cosa juzgada del juicio subrogatorio, porque dentro de él se ventila una pretensión/acción que es suya (aunque hecha valer por el acreedor subrogante-actor).

Pero, claro, el acreedor subrogante sólo está legitimado para deducir en juicio un derecho ajeno en la medida en que concurren los pertinentes requisitos legales, en cuya verificación judicial no puede prescindirse del titular del derecho subrogado —que debe tener la oportunidad de discutir cualquiera de ellos, empezando por la cualidad de acreedor suyo de quien se dice tal, haciendo valer, así, su «derecho a la inercia» allí donde falta, al menos, uno de tales requisitos legales.

3. A idéntico efecto de sustentar la opinión contraria a la aquí defendida, se arguye ¹⁴⁹ que la intervención judicial subrogatoria del acreedor subrogante-actor no perjudica al deudor subrogado no demandado, sino que, muy al contrario, le beneficia.

Pero, de este modo, se ignora [*retro*, sub VI, B)] que la sentencia firme que recaiga en el juicio subrogatorio seguido y concluido sin demandar al deudor subrogado puede ser también desfavorable al acreedor subrogante-actor, y serlo, precisamente, por considerar inexistente/extinguido el derecho/poder jurídico subrogado. Dar eficacia de cosa juzgada a semejante pronunciamiento frente a un deudor subrogado que no ha tenido oportunidad procesal de alegar/contradecir/defenderse sobre ese asunto (que tan directamente le afecta) es un manifiesto atropello, entraña la indefensión procesal vedada *ex* artículo 24 Const.

La opinión ahora criticada no sólo ignora que la sentencia recaída en el juicio subrogatorio puede ser desfavorable en cuanto a la pretensión/acción subrogada, no sólo que es inconcebible que se pueda discutir judicialmente sobre la existencia/subsistencia de un derecho/poder jurídico sin convocar al correspondiente juicio al sujeto (presunto) titular; sino, además, que cuando se deduce en juicio, por el actor, un derecho/poder jurídico ajeno —*rectius*, que se afirma ajeno—, la primera cuestión que preliminarmente se plantea —exista/subsista, o no, la pretensión ajena ejercitada, pues, aun existiendo, el correspondiente

¹⁴⁸ *Vid.*, en tal sentido, GULLÓN, *op. cit.*, p. 120; CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 207-208.

¹⁴⁹ *Vid.*, así, ATAZ, *op. cit.*, p. 111.

derecho a la sentencia favorable sólo lo puede hacer valer persona legitimada para ello-, es si el sujeto actor está legitimado legalmente para hacerla valer, y a la discusión/verificación judicial de esa legitimación no puede dejar de convocarse procesalmente –como directamente afectado por/implicado en ella– al presunto titular del derecho/poder jurídico deducido [y sujeto pasivo, como tal, del (presunto) derecho a la legitimación para ejercitarlo del actor].

En ese doble aspecto del contenido del juicio subrogatorio –discusión/verificación judicial de la legitimación del acreedor-actor y de la existencia/subsistencia de la acción/preensión subrogada– la necesaria demanda del deudor subrogado es, según vengo repitiendo, el cauce procesal que tanto satisface la exigencia de audiencia/contradicción/defensa respecto de un sujeto directamente vinculado al asunto litigioso (en su doble faceta), como asegura, tal cual es indispensable, el efecto de cosa juzgada de la sentencia que recaiga para resolverlo (también en su doble vertiente) respecto del deudor subrogado.

4. Finalmente, siempre en favor de la extensión del efecto de cosa juzgada de la sentencia firme dictada en el juicio subrogatorio respecto del deudor subrogado que no ha sido demandado en él, se argumenta ¹⁵⁰ diciendo que, de no admitirse tal extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada, el deudor subrogado no demandado, al que, así, ese efecto no alcanzaría, podría siempre, a pesar del previo juicio subrogatorio, dirigirse, judicialmente y en forma personal –como actor/demandante–, contra el *debitor debitoris*, lo que puede abocar tanto a una condena duplicada de éste con un mismo fundamento –tener, p.ej., que pagar dos veces el mismo crédito, una subrogatoriamente al acreedor del titular y otra personalmente al titular mismo–, como a fallos contradictorios –en uno de los dos juicios se declara existente/subsistente el mismo derecho del deudor-titular que en otro se declara inexistente/extinguido.

A propósito de lo cual, hay que manifestar:

i) El riesgo de los fallos contradictorios o duplicados sobre un mismo asunto existe siempre que, estando directamente implicados en él una pluralidad de sujetos, no se llama procesalmente, para resolverlo judicialmente, a todos ellos por el demandante/actor. El litisconsorcio pasivo necesario es, precisamente, el instrumento técnico que, para tal caso, responde a una defectuosa demanda y trata de impedirla.

Que en el objeto del juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor estén directamente implicados tanto tercero *debitor debitoris* como deudor subrogado es, pues, lo que posibilita que, si no se demandase conjuntamente a ambos, se abriría la puerta a fallos duplicados o contradictorios. Y es esa vinculación directa e indivisible de dos sujetos distintos a un mismo asunto litigioso, la que justifica, en el caso, la imposición del litisconsorcio pasivo necesario, entre otras cosas, para

¹⁵⁰ Vid. CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 206, 207 y 208; GULLÓN, *op. cit.*, p. 120.

cerrar el paso a fallos judiciales duplicados o contradictorios [*retro*, en el texto que sigue a la nota 112].

El litisconsorcio pasivo necesario así impuesto al acreedor subrogante-actor despeja ese riesgo de forma completa para el caso de que no haya demandado, también (junto al *debitor debitoris*), al deudor subrogado, dentro del juicio subrogatorio.

Pues, entonces, una de dos:

a) O bien el Juez o Tribunal, como hipótesis normal, advertida la infracción del litisconsorcio pasivo necesario existente (advertencia de oficio o por vía de excepción opuesta por el *debitor debitoris* demandado en solitario), se negará a resolver sobre el fondo—sobre el carácter fundado o infundado de la pretensión/acción subrogada; sobre la misma existencia o inexistencia de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor—y dictará sentencia absolutoria en la instancia respecto del único demandado (*debitor debitoris*)—con lo cual desaparece toda posibilidad de duplicación o de contradicción con el fallo que se dicte en un eventual juicio sucesivo promovido por el deudor subrogado, no demandado en el previo juicio subrogatorio: pues ni el *debitor debitoris* fue condenado en ese juicio subrogatorio previo irregularmente constituido, ni tampoco se entró dentro de él en el fondo del asunto allí planteado (la existencia/subsistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado, como la propia existencia de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor, quedó imprejuzgada en ese previo juicio subrogatorio irregularmente constituido).

b) O bien, excepcionalmente, si el Juez o Tribunal, por no advertir el litisconsorcio pasivo necesario, llega a dictar, irregularmente, sentencia, nos encontraremos, en aplicación de los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario, ante una sentencia nula/ineficaz o, en todo caso, inejecutable (con lo que tampoco en esta situación hay posibilidad de contradicción o duplicación con el fallo que se dicte sucesivamente en un juicio promovido personalmente por el deudor subrogado no demandado en el previo juicio subrogatorio irregularmente constituido y concluido. Esa actividad procesal previa irregular ha sido inútil/ineficaz).

ii) También aquí la doctrina criticada ve bien *el problema*—en efecto, la implicación de varios sujetos en el mismo asunto subrogatorio podría conducir a una pluralidad de juicios sobre el mismo, con el consiguiente riesgo de contradicción o duplicación de fallos—, pero, en cambio, no acierta en *su solución*. Pues ésta no consiste, apartándose del límite subjetivo general de la cosa juzgada, *ex* artículo 1252 CC, —sin que una ley expresa y excepcionalmente lo autorice para este caso, y sin que ni siquiera esa ley resulte constitucionalmente posible, *ex* artículo 24 Const., por la implicación directa del deudor subrogado en el objeto del juicio subrogatorio—, en vincular a la cosa juzgada del juicio subrogatorio al deudor subrogado no demandado (causando, así, su indefensión, no dándole la oportunidad procesal de alegar/contradecir/defender-

se en asunto que directamente le afecta). Sino que, precisamente porque el deudor subrogado está directamente implicado en el objeto del juicio subrogatorio, la solución estriba en impedir que se dicte sentencia en tal juicio mientras no se le demande también a él. Con ello se consigue: darle oportunidad procesal de alegar/contradecir/defenderse a quien está directamente interesado en el objeto del litigio; asegurar su vinculación a la cosa juzgada del juicio subrogatorio desde el límite subjetivo general de la cosa juzgada: en tanto parte procesal (codemandada), que, es, precisamente, lo que le confiere la oportunidad de alegar/contradecir/defenderse –porque este es en materia de cosa juzgada el Derecho aplicable al caso: ni excepcionado de la regla general, ni, por la vinculación directa del deudor subrogado al asunto litigioso (por el litisconsorcio pasivo necesario) de excepción posible– (e, insisto una vez más, que, no en vano, el litisconsorcio pasivo necesario presupone el límite subjetivo general de la cosa juzgada); garantizar, por una y otra vía –necesidad de demandar y correlativa vinculación a la cosa juzgada desde sus principios generales–, como está constitucionalmente impuesto (art. 24 Const.), que no se produzca la indefensión del deudor subrogado no demandado; y, finalmente, obtener en el juicio subrogatorio una sentencia eficaz/ejecutable (para lo cual, ha de resolver el asunto, de forma indivisible, frente a todos los sujetos directamente implicados en él: *con* eficacia de cosa juzgada para todos ellos, *pero*, al mismo tiempo, *sin* causar, tampoco, la indefensión procesal de ninguno de ellos).

En suma, la mejor manera de evitar la duplicidad de juicios en el litigio subrogatorio es imponer al acreedor subrogante-actor el litisconsorcio pasivo necesario respecto de, conjuntamente, tercero *debitor debitoris* y deudor subrogado. Porque, con ello, no sólo se consigue esa finalidad dicha, sino que, además –merced a la vinculación esencial de litisconsorcio pasivo necesario y límite subjetivo general de la cosa juzgada–, es la *única* forma de garantizar la defensa/no-indefensión de todos los directamente afectados en el juicio y, simultáneamente, resolver eficaz/ejecutablemente el asunto que constituye su objeto.

iii) Quienes utilizan el argumento de la posible duplicidad de juicios para sostener la extensión de la cosa juzgada del juicio subrogatorio al deudor subrogado no demandado, lo plantean¹⁵¹, exclusivamente, para el caso de una posible doble condena del *debitor debitoris* –la primera obtenida subrogatoriamente por el acreedor del titular del derecho; la segunda obtenida personalmente por el titular del derecho y deudor subrogado en el previo juicio subrogatorio pero no demandado en éste y no alcanzado por su efecto de cosa juzgada.

Y ante el evidente perjuicio que, para el *debitor debitoris* (doblemente condenado), supone esa única situación contemplada, se pretende pro-

¹⁵¹ Así en los autores y lugares citados en la nota precedente.

tegerlo, pensando solamente en su interés, dotando de eficacia de cosa juzgada a la primera sentencia condenatoria –la obtenida por el acreedor subrogante-actor en el previo juicio subrogatorio– también frente al deudor subrogado no demandado en el juicio subrogatorio –que ya no podrá, por tanto, intentar, sucesivamente, con éxito, el ejercicio judicial personal de su derecho contra el *debitor debitoris* previamente condenado en el juicio subrogatorio.

De esta forma, es claro, el interés de un sujeto (el deudor subrogado), se sacrifica al de otro (*debitor debitoris*): la seguridad/tranquilidad de éste vence al derecho a la defensa/audiencia de aquél –un asunto que directamente le afectaba ha sido resuelto, y con eficacia de cosa juzgada para él, sin darle siquiera la oportunidad de alegar/contradecir/defenderse: a costa de su indefensión.

A mí, en cambio, me parece que frente a una solución de ese tipo –el sacrificio de uno para salvar a otro–, debe siempre preferirse una solución que consienta la adecuada protección de todos los intereses en presencia –salvar a todos sin sacrificar a ninguno.

Y, como ya he dicho, es eso, precisamente, lo que permite la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario de deudor subrogado y *debitor debitoris* frente al acreedor subrogante-actor. Pues así:

a) Ni se conculca el derecho a la defensa/audiencia/contradicción del *deudor subrogado* en un asunto litigioso que le afecta directamente, ni, por eso mismo, se le puede vincular a la cosa juzgada de la sentencia que lo resuelve sin habersele demandado.

b) Ni se perjudica al *tercero debitor debitoris* que dentro del juicio subrogatorio se vea demandado en solitario por el acreedor subrogante-actor, pues aquél hará valer su *propio* interés positivo en que la sentencia que recaiga vincule con efecto de cosa juzgada también al deudor subrogado, y negativo a que no se dicte sentencia sin ese efecto (sin demandar, también, al deudor subrogado), oponiendo en vía exceptiva la infracción del litisconsorcio pasivo necesario –que también puede ser apreciada de oficio por el Juez o Tribunal–. Y si, de forma irregular, llega a dictarse sentencia sin haber demandado, también, al deudor subrogado, cabrán contra la misma los remedios que caben en cualquier otro caso de sentencia dictada con infracción del litisconsorcio pasivo necesario.

c) Finalmente, tampoco se perjudica al *acreedor subrogante-actor*, pues el rechazo de su demanda por infracción del litisconsorcio pasivo necesario, al no haber demandado también al deudor subrogado, o la anulación/ineficacia de la actividad procesal seguida y concluida con ese mismo vicio, deja imprejuzgada tanto la existencia de su derecho a la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, como la del derecho/poder jurídico subrogado. Por tanto, nada le impide volver a plantear sucesivamente la demanda subrogatoria, pero llamando, ahora, al juicio subrogatorio a los dos litisconsortes necesarios

—demandando, esta vez, también al litisconsorte necesario inicialmente preterido.

F. MI CONCLUSIÓN

El resultado al que llego, consiguientemente, para el Derecho español vigente es al mismo al que se llega para el Derecho italiano desde la vigencia actual en él del artículo 2900-II CCiv.it.¹⁵² (lo mismo vale, claro, para el Derecho portugués *ex* artículo 608 CC port.).

O sea, que la vinculación a la cosa juzgada del juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor se produce para el deudor subrogado exclusivamente desde el *límite subjetivo general* de la cosa juzgada: en tanto que parte procesal en él; si bien que el litisconsorcio pasivo necesario que alcanza al deudor subrogado (junto con el *debitor debitoris*) —en España, según los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario—, obliga al acreedor-actor a convertirlo en parte procesal (codemandada) del juicio subrogatorio. Con lo cual, de forma simultánea: se evita la indefensión del deudor subrogado, se asegura la eficacia de cosa juzgada respecto de él y, al asegurarse el efecto de cosa juzgada de la sentencia que se dicte frente a todos los directamente implicados en el asunto (pero sin causar, tampoco, para conseguirlo, la indefensión de ninguno de ellos), se resuelve judicialmente el asunto de la única forma en que puede hacerse eficazmente, y se evita el riesgo de que sobre él existan fallos duplicados o contradictorios.

Naturalmente, el efecto de la cosa juzgada del juicio subrogatorio promovido por el acreedor-actor no alcanza sólo al deudor subrogado codemandado. Con él, también, a las otras dos partes procesales necesarias de dicho juicio¹⁵³: acreedor subrogante-actor y tercero *debitor debitoris* codemandado. Y a estos tres sujetos-partes procesales, estén presentes en el juicio subrogatorio personalmente o por vía representativa, y no sólo a ellos sino también a sus causahabientes. Todo ello conforme a los principios generales de la cosa juzgada *ex* artículo 1252 CC.

Dentro de ese ámbito subjetivo —el que resulta, insisto, de los principios generales de la cosa juzgada, cuya aplicación el litisconsorcio pasivo necesario presupone—, la vinculación de la cosa juzgada (en aplicación, ahora, de su *límite general objetivo*) concierne al doble aspecto del objeto del juicio subrogatorio —las dos acciones (subrogatoria del acreedor subrogante y subrogada del deudor subrogado) que en él se deducen—: tanto la existencia/inexistencia de la legitimación subrogatoria de *ese concreto* acreedor-actor, como (si, por haber resuelto preliminarmente

¹⁵² Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 222, 313-314 y 378; CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 204 y 207.

¹⁵³ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 391-392.

te la anterior cuestión en forma positiva, esta otra llega a tratarse) la existencia/inexistencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado.

La extensión del efecto de la cosa juzgada al deudor subrogado no demandado, bastaría, ciertamente, para excluir, respecto de él, el litisconsorcio pasivo necesario. Pero ese efecto excepcional, derogación en el caso del límite subjetivo general de la cosa juzgada, no resulta expresamente de la ley vigente, ni siquiera, como vengo repitiendo, sería posible, desde la vigencia del artículo 24 Const., establecerlo. La doctrina (procesalista y civilista) que lo sostiene, lo afirma apriorísticamente, de modo frecuente desde la invocación de la construcción doctrinal de la sustitución procesal (*rectius*, desde una *precisa manera* de preconcebir los efectos de ésta).

No existiendo, ni pudiendo existir, tal obstáculo, los principios generales de la cosa juzgada y los del litisconsorcio pasivo necesario —que presuponen, y no casualmente, por su común fundamento último: el artículo 24 Const., la aplicación de los anteriores— convergen en el mismo resultado de la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado para que éste resulte, y necesariamente resulte, afectado por la cosa juzgada. Precisamente porque para que la sentencia sea útil (resuelva eficaz/ejecutablemente el asunto planteado) debe producir efecto de cosa juzgada también para el deudor subrogado, es por lo que, no dándose, ni pudiéndose dar, en el caso, un supuesto de extensión *ultra partes* del efecto de cosa juzgada respecto del deudor subrogado no demandado, ni pudiendo, tampoco, considerar a éste representado por el acreedor subrogante-actor, todo ello conduce a que el deudor (en aplicación de los principios generales del litisconsorcio pasivo necesario y de los principios generales de la cosa juzgada, que, por otra parte, los primeros presuponen) deba ser, también él, demandado, y sólo como parte procesal (codemandada) alcanzado por la cosa juzgada del juicio subrogatorio promovido por el acreedor-actor.

VIII. LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (FALTA DE DEMANDA, POR EL ACREEDOR-ACTOR, DEL DEUDOR SUBROGADO)

El haber establecido, en el caso de nuestro interés, una situación de litisconsorcio pasivo necesario (que afecta a deudor subrogado y tercero *debitor debitoris*) respecto del acreedor subrogante-actor, no dispensa de, sino que, antes bien, obliga a considerar la hipótesis de que el acreedor/demandante, con infracción del litisconsorcio pasivo necesario existente, haya dirigido su demanda subrogatoria contra sólo uno de los dos litisconsortes necesarios. Pues si, aun existiendo una norma que *explícitamente* imponga tal litisconsorcio pasivo necesario —como sucede, según vimos, en Italia y Portugal, *retro*, II)—, nada impide que el acreedor-

actor la contravenga, más fácil, todavía, cabrá imaginar la infracción de ese litisconsorcio pasivo necesario, allí donde, como en España, éste sólo viene impuesto *implícitamente* por sus principios generales.

Para el supuesto de nuestro estudio la infracción del litisconsorcio pasivo necesario sólo se dará, *en la práctica*, dejando de demandar el acreedor subrogante-actor al deudor subrogado, pues, por razones obvias, el acreedor/demandante nunca dejará de dirigir la demanda subrogatoria contra el tercero (*debitor debitoris*) que es sujeto pasivo de la acción/pre-tensión subrogada que hace valer (subrogatoriamente) con aquélla.

En cuanto a los efectos de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario en este caso, son, lógicamente, los mismos que para cualquier otro supuesto de esa infracción. A los que, a tal fin, señalan el Tribunal Supremo y la doctrina procesalista, se atenderá, pues, la exposición que sigue.

A. ANTES DE DICTARSE SENTENCIA FIRME (EN EL CURSO DEL JUICIO SUBROGATORIO)

Presentada la demanda por el actor —en nuestro caso, por el acreedor subrogante— sin haber demandado a todos los litisconsortes pasivos necesarios —en nuestro caso, habiendo dejado de demandar al deudor subrogado—¹⁵⁴, cualquiera de los sujetos demandados —a nuestros efectos, el tercero *debitor debitoris* demandado en solitario— puede oponer, para su defensa frente a la demanda irregular, la *excepción de litisconsorcio pasivo necesario*.

Excepción que puede oponerse en cualquier fase de la pendencia del procedimiento, antes de recaer sentencia firme: también en la segunda

¹⁵⁴ Los datos sobre la doctrina general del litisconsorcio pasivo necesario en que se apoya la exposición que sigue, los he tomado de: SERRA, *op. cit.*, pp. 594-595 y 598; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 288, 289 y 290; FERNÁNDEZ, en De la Oliva/Fernández, I, cit., pp. 500 (núm. 16) y 504-505; FONT SERRA, voz «Litisconsorcio», cit., pp. 4145-4146; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, I, cit., p. 48; CORTÉS, *op. cit.*, pp. 370, 389-390 y 396.

En el Derecho italiano vigente la desestimación de la demanda del acreedor subrogante-actor, por no haber demandado también al deudor subrogado, se supedita, por la vigencia del artículo 102 Cod. proc. civ. it., válido para cualquier situación de litisconsorcio pasivo necesario [*vid.* sobre este precepto procesal italiano, *sub IX*]), a que el acreedor-actor desatienda el requerimiento judicial, para integrar el juicio con el litisconsorte necesario inicialmente preterido, a que dicha norma se refiere [*vid.* MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 313-314 y 342-343; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 119 (núm. 17)].

Para el Derecho italiano anterior al actualmente vigente, en ese mismo caso de falta de demanda, por parte del acreedor subrogante-actor, del deudor subrogado, sostuvo GIORGI (*op. cit.*, p. 281) que el juez o tribunal, a su prudente arbitrio, podía escoger entre tres posibilidades: 1) o rechazar la demanda del acreedor-actor, por no estar presentes en el juicio todos los directamente interesados en su objeto; 2) u ordenar la integración del juicio (al amparo de la antigua norma procesal italiana equivalente del actual artículo 102 Cod. proc. civ. it.); 3) o, incluso, ordenar la prosecución del juicio, aun sin la presencia del deudor subrogado no demandado, en el solo caso de que las particulares circunstancias del supuesto demuestren la inutilidad de su llamamiento (y esta tercera posibilidad a mí me parece poco coherente con el punto de partida del referido autor italiano: *necesidad* de demandar también al deudor subrogado como sujeto directamente interesado en el juicio subrogatorio).

instancia (por vía de recurso de apelación) o en sede casacional [a cuyo fin, la doctrina y la jurisprudencia consideran como el vehículo más idóneo para hacer valer, ante el Tribunal Supremo, en sede de casación, la infracción del litisconsorcio pasivo necesario que no haya sido apreciada en las instancias, el motivo de casación contenido en el artículo 1692-4 LEC, en lo que se refiere a la infracción de la jurisprudencia (por el carácter jurisprudencial que en nuestro país tiene la elaboración de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario). Sin perjuicio de que sea una cuestión prácticamente irrelevante (por una o por otra vía se puede hacer valer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en sede casacional), personalmente considero también posible –por la estrechísima vinculación del litisconsorcio pasivo necesario al principio de audiencia/contradicción/defensa (art. 24 Const.)–, a ese mismo fin, el cauce del motivo de casación enumerado en el artículo 1692-3 LEC, en lo que se refiere al quebrantamiento de garantías procesales entrañante de indefensión].

Pero, incluso, si la parte demandada no hace valer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, la infracción de éste puede ser *apreciada*, también, *de oficio* por el Juez o Tribunal que conoce del asunto. Apreciación de oficio que puede, asimismo, verificarse en cualquier momento del procedimiento en curso (también en la segunda instancia, también por el Tribunal Supremo en sede de casación). No comparto las reticencias con que algunos contemplan la facultad, por parte del TS, afirmada en su propia jurisprudencia, de apreciar de oficio en sede casacional la infracción del litisconsorcio pasivo necesario¹⁵⁵, pues esa infracción entraña lesión del derecho de audiencia/defensa del litisconsorte necesario preterido con simultánea indefensión (art. 24 Const.) por su parte, y, con ella, *nulidad radical* (ex artículo 238-3 LOPJ)¹⁵⁶ de todas las actuaciones procesales llevadas a cabo con tal infracción, nulidad radical que es, como se sabe, apreciable *ex officio*.

He dicho antes que la infracción del litisconsorcio pasivo necesario *puede*, también, ser apreciada de oficio por el Juez o Tribunal que conoce del asunto. Pero es más exacto decir que *debe* hacerlo (siempre que, claro, no haya sido alegada por la parte procesalmente interesada en ello). Porque, como digo, están en juego las garantías procesales fundamentales (constitucionalmente sancionadas) del o de los litisconsortes necesarios preteridos: porque el Juez no puede (o no debe) resolver ese asunto sin que estén procesalmente convocados ante él todos los sujetos directamente implicados (sin darle a todos ellos oportunidad de alegar/contradecir/defenderse), porque ese asunto sólo puede resolverse

¹⁵⁵ En concreto, se muestra contrario a dicha posibilidad, SERRA, *op. cit.*, p. 595.

¹⁵⁶ Artículo 238 LOPJ: «Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

... 3. Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.»

eficazmente, de forma indivisible, frente a todos ellos (no debe resolverse de forma fragmentaria, sólo frente a algunos de los tales): con eficacia de cosa juzgada para todos ellos, con audiencia, también, de todos: previa demanda de la totalidad.

En este sentido, a pesar de que, a veces, se la hace objeto de crítica, considero exacta la afirmación de la jurisprudencia del TS que vincula la apreciabilidad de oficio de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario al hecho de tratarse, ésta, de materia de orden público procesal —y lo es, vinculada a los principios fundamentales/constitucionales del proceso *ex artículo 24 Const.*—¹⁵⁷.

Apreciada, bien sea de oficio, bien a instancia de parte interesada, la infracción del litisconsorcio pasivo necesario en el curso de un proceso pendiente (no concluido aún por sentencia firme) procede:

a) Tanto desestimar en la instancia, sin entrar en el fondo de la misma, la demanda irregularmente presentada. Precisamente porque de la cuestión que se plantea en ella sólo se puede conocer convocando al juicio a todos los directamente implicados en la misma (todos los litisconsortes pasivos necesarios), no se entra a resolver sobre tal cuestión en un juicio que no está regularmente constituido a ese fin (en el que se ha dejado de demandar a alguno de los litisconsortes necesarios). Al no entrar en la cuestión de fondo, ésta queda *imprejuzgada*: la eficacia de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria *no* la alcanza. Por lo que nada impide al actor/demandante, sucesivamente, plantear nueva demanda, que tenga por objeto la misma acción, en un nuevo juicio en el que sí

¹⁵⁷ Se pueden encontrar citas de jurisprudencia en el sentido de la apreciabilidad de oficio de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, en los siguientes lugares: GARBERÍ, *op. cit.*, p. 662; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, nota 21, p. 289; SERRA, *op. cit.*, nota 69, p. 594; CORTÉS, nota 50, p. 390. Esa doctrina jurisprudencial ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, en sent. 77/1986, de 12 junio (cfr. RAMOS MÉNDEZ, *ibidem*; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, cit., p. 48).

Por mi parte, reproduzco aquí la doctrina de algunas sentencias del TS que se han pronunciado en tal sentido, subrayando la vinculación al orden público procesal del asunto y el deber del Tribunal de denunciar la infracción del litisconsorcio pasivo necesario que no haya sido alegada *ex parte*: sent. 3 octubre 1977 (RA 3636), Cdo. 1.º, segunda sentencia) «que según tiene admitido la jurisprudencia de esta Sala, una falta de litisconsorcio pasivo necesario puede apreciarse incluso de oficio»; sent. 7 febrero 1981 (*Col. legisl.*, núm. 44), Cdo. 2.º («la materia relativa al litisconsorcio [necesario] es cuestión de orden público y, por ello, apreciable de oficio»); sent. 8 julio 1982 (*Col. legisl.*, núm. 326), Cdo. 4.º («la apreciación de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario lleva a casar la sentencia recurrida, aun sin precisión de que haya sido alegada ni sirva de soporte a los motivos en que se basa el presente recurso, pues como tiene declarado esta Sala... la defectuosa constitución de la relación procesal y consorcio necesario, por ser materia de orden público procesal, no sólo puede estimarse de oficio, sino que es obligado hacerlo en cumplimiento del deber de cuidar que el litigio se ventile entre todos los que puedan ser [directamente] afectados»); sent. 9 mayo 1990 (*Col. ofic.*, núm. 287), FD 1.º («defecto procesal [la infracción del litisconsorcio pasivo necesario] que, por incidir con el orden público adjetivo, puede ser apreciado de oficio por el Tribunal, sin necesidad de su alegación por las partes»); sent. 11 junio 1991 (RA 4442 y CCJC 26), FD único («situaciones litisconsorciales que pueden, incluso, apreciarse de oficio»); sent. 20 junio 1991 (RA 4564), FD 2.º («por ser al interponer el recurso de casación momento idóneo y no extemporáneo para hacer valer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, que puede, incluso, ser apreciada de oficio»).

se demande a todos los litisconsortes pasivos necesarios (también a los que fueron preteridos en el primer juicio frustrado).

La aplicación de esos mismos principios generales al caso de nuestro interés, significa que la desestimación (en la instancia, sin entrar en el fondo de la demanda subrogatoria) de la demanda del acreedor subrogante-actor, por haber dejado de demandar, también, al deudor subrogado, deja imprejuzgadas, *tanto* la existencia de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor *ex* artículo 1111 CC, *como* la existencia del derecho/poder jurídico del deudor subrogado (o sea, los dos aspectos del objeto –cuestión de fondo– del juicio subrogatorio).

Por tanto, nada impide que el *mismo acreedor-actor* que fracasa en un primer juicio subrogatorio por dejar de demandar al deudor subrogado, presente nueva demanda subrogatoria, relativa al *mismo* derecho/poder jurídico subrogado, en un nuevo juicio en el que, ahora, demande, también, al litisconsorte necesario inicialmente preterido. Tampoco, por supuesto, nada impide, después de ese mismo primer juicio subrogatorio frustrado, que sea el propio deudor-titular quien ejercite judicialmente su derecho en forma personal, o que lo hagan judicial y subrogatoriamente otros acreedores del deudor común.

b) Como proceder a declarar (*ex* artículo 238-3 LOPJ) radicalmente *nulas* todas las actuaciones procesales llevadas a cabo desde el inicio del juicio hasta que se declaró la infracción del litisconsorcio pasivo necesario en él.

B. RECAÍDA SENTENCIA FIRME (CONCLUIDO EL JUICIO SUBROGATORIO)

Como se acaba de ver, siempre que un juicio se haya iniciado con infracción del litisconsorcio pasivo necesario –a nuestros efectos, sin que el acreedor subrogante-actor demande, también, al deudor subrogado–, el Juez o Tribunal *no debe* dictar sentencia sobre el fondo en relación a la cuestión que la demanda del actor plantea (irregularmente).

Ahora bien, siendo ello así en el terreno del *deber ser*, nada impide que, *de facto*, pese a la violación del litisconsorcio pasivo necesario, se llegue en el correspondiente juicio a dictar, de forma irregular, sentencia formalmente firme –porque la infracción del litisconsorcio pasivo necesario ni fuese alegada por vía de excepción, ni tampoco advertida de oficio–. Y es esto lo que obliga a considerar qué consecuencias acarrea la infracción del litisconsorcio pasivo necesario respecto de esa sentencia firme irregularmente dictada.

i) En primer término, y puesto que el litisconsorcio pasivo necesario presupone la aplicación del límite subjetivo general de la cosa juzgada [*retro*, VII)], es evidente que la sentencia firme así dictada *no* tiene eficacia de cosa juzgada material respecto del litisconsorte pasivo neces-

sario preterido en el juicio en que irregularmente aquélla se dictó —precisamente, porque no fue parte procesal en dicho juicio—. Y no la tiene tanto si esa sentencia fue favorable al actor/demandante, como si fue desfavorable ¹⁵⁸.

Esos mismos principios valen para el deudor subrogado no demandado en el juicio subrogatorio ¹⁵⁹, pues ya ha quedado tanto previamente demostrada la existencia del litisconsorcio pasivo necesario respecto de él, cuanto, además, específicamente confirmada la aplicación del límite subjetivo general de la cosa juzgada también para este concreto caso de litisconsorcio pasivo necesario.

La no vinculación del deudor subrogado no demandado al resultado del juicio subrogatorio en que fue procesalmente preterido —resultado que, por tanto, puede legítimamente ignorar—, significa, consiguientemente, que ni una sentencia desfavorable al acreedor subrogante-actor, por declarar inexistente/extinguido el derecho/poder jurídico del deudor subrogado, impide un sucesivo ejercicio judicial personal de ese mismo derecho (cuya anterior declaración judicial firme de inexistencia/extinción a él no le vincula) por parte de su titular no demandado en el previo juicio subrogatorio; ni una sentencia favorable al acreedor subrogante-actor puede impedir: bien un nuevo juicio contra él, por parte del deudor subrogado no demandado en el juicio subrogatorio previo, en el que discuta la concurrencia, respecto del acreedor subrogante-actor, de la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC —pues el pronunciamiento judicial previo, en sentido afirmativo, no tiene valor de cosa juzgada para el deudor subrogado no demandado—, nuevo juicio que, obviamente, paralizará cautelarmente la ejecución de la sentencia obtenida en el primero, haciendo inútil ese previo pronunciamiento; bien un nuevo juicio contra el tercero *debitor debitoris*, para hacer efectivo, en forma judicial y personal, el mismo derecho que fue previa, judicial y subrogatoriamente ejercitado por el acreedor subrogante (pero sin eficacia de cosa juzgada para el deudor subrogado no demandado).

Pero aún más ¹⁶⁰. Puesto que la sentencia firme favorable obtenida por el acreedor subrogante-actor en un juicio subrogatorio en que procesalmente se prescindió del deudor subrogado, sólo tiene valor de cosa juzgada entre acreedor subrogante y tercero *debitor debitoris* (las partes procesales de dicho juicio), pero no afecta a la relación entre *debitor debitoris* y deudor subrogado no demandado (ajeno a ese mismo juicio), dicha sentencia no impide que el tercero *debitor debitoris* irregularmente condenado en el previo juicio subrogatorio, sucesivamente se dirija judicialmente contra el deudor subrogado no demandado, para pretender

¹⁵⁸ En tal sentido, hablando en general para cualquier hipótesis de infracción del litisconsorcio pasivo necesario, p. ej.: SERRA, *op. cit.*, pp. 598-599; CORTÉS, *op. cit.*, p. 421; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, cit., p. 48; MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 343 y 383.

¹⁵⁹ Así, también, en concreto, MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 387 y 389; GIAMPICCOLO, *voz cit.*, núm. 6, p. 958; GIORGI, *op. cit.*, núm. 250, p. 286.

¹⁶⁰ *Vid.*, para lo que sigue, MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 346 y 390.

declarar la inexistencia/extinción de las mismas obligaciones/deberes reconocidos a su cargo en el primer juicio promovido por el acreedor subrogante. En suma, el tercero *debitor debitoris* puede replantear, sucesivamente y en forma judicial, frente al deudor subrogado no demandado (cuya relación intersubjetiva no fue alcanzada por la cosa juzgada del primer juicio), la existencia/subsistencia de la misma acción/pretenación subrogada que fue antes (aunque irregularmente, con éxito) judicial y subrogatoriamente ejercitada por el acreedor subrogante. Con el evidente resultado de hacer inútil la sentencia condenatoria obtenida por éste, paralizando su ejecución (al menos, cautelarmente, durante la pendencia del segundo juicio).

E, incluso ¹⁶¹, el tercero *debitor debitoris* podría oponerse a la ejecución de la sentencia condenatoria en su contra dictada dentro de un juicio subrogatorio seguido y concluido sin demandar también al deudor subrogado, cuando el acreedor subrogante-actor (u otro acreedor del mismo deudor común) pretenda realizar ese trámite procesal ejecutivo también en vía subrogatoria —o cuando el deudor subrogado pretenda hacerlo personalmente—, aduciendo la falta de un título ejecutivo en favor del deudor subrogado, puesto que ningún pronunciamiento se ha producido respecto de él, ajeno al previo juicio declarativo subrogatorio, sino sólo respecto del acreedor subrogante que fue actor en ese mismo juicio declarativo subrogatorio previo.

ii) La doctrina procesalista ¹⁶² ha llegado a sostener la nulidad absoluta o radical de la sentencia dictada con infracción del litisconsorcio pasivo necesario, incluso entre las partes que han estado presentes en el correspondiente juicio. Consecuentemente tal fallo judicial no produciría ningún efecto (insisto, ni siquiera entre las partes procesales del correspondiente juicio) y, en particular, tampoco de cosa juzgada material (a pesar de la apariencia contraria que la sentencia nula pueda suscitar).

¹⁶¹ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, p. 346.

¹⁶² Véanse las citas *apud* MONTELEONE, *op. cit.*, nota 61 (p. 343), nota 120 (p. 387) y p. 390.

Para GARBERÍ (*op. cit.*, p. 660): «la sentencia que se dicte respecto de una relación jurídica en la que se encuentren implicados por igual una pluralidad de sujetos, sin haber dado a los mismos la oportunidad de participar activamente en el proceso en que aquélla ha recaído, es una sentencia viciada de nulidad y, por ende, incapaz de producir ningún género de efectos jurídicos por resultar inejecutable» (más bien, al revés: no es ejecutable por nula, no productora de efectos).

Según GIORGI (*op. cit.*, núm. 250, p. 286), el juicio comenzado y seguido hasta el fin sin la presencia del deudor subrogado es una figura antijurídica e ilegal (y este autor, recuérdese, hablaba para el Código Civil italiano de 1865).

En la jurisprudencia italiana posterior a la vigencia del actual Código Civil italiano (*vid.* BIANCA, *op. cit.*, nota 37, p. 425) se ha dicho que se dicta inválidamente sentencia condenatoria del *debitor debitoris*, si en el juicio subrogatorio promovido por el acreedor-actor no están los tres sujetos directamente implicados en su objeto —porque falte demandar al deudor subrogado: quiebra del litisconsorcio pasivo necesario que existe entre él y *debitor debitoris*.

MONTERO AROCA, [en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, cit., p. 4, d)] niega que la sentencia dictada con infracción del litisconsorcio pasivo necesario sea nula, pero afirma (y ese es el efecto de la declaración de nulidad) que es ineficaz incluso para los que fueron parte procesal en el correspondiente juicio y que no puede ser ejecutada.

Como es natural –precisamente, por la apariencia contraria de validez que el fallo nulo conlleva–, el vicio de nulidad radical no exime de su *declaración judicial*, a cuyo fin debe reconocerse la *pertinente acción declarativa* ¹⁶³ a cualquier sujeto con interés en tal declaración y, en particular, al litisconsorte necesario preterido –en nuestro caso, al deudor subrogado no demandado–. Cuyo interés en la nulidad (y, por tanto, su legitimación para pedirla) deriva del hecho de que, por su vinculación directa e indivisible al objeto del litigio resuelto con infracción del litisconsorcio pasivo necesario, su posición jurídica no queda suficientemente protegida por la sola no sujeción a la cosa juzgada del mismo: es imposible ejecutar la sentencia obtenida con infracción del litisconsorcio pasivo necesario sin que se afecte, de modo irreparable, la posición jurídica del litisconsorte necesario preterido.

Por lo dicho antes [*sub i*] , es evidente que esa acción declarativa de nulidad, ejercitada por el litisconsorte necesario preterido –el deudor subrogado no demandado– no tropezará con obstáculo alguno de cosa juzgada –la del previo juicio subrogatorio irregularmente constituido y concluido no afecta al deudor subrogado que no fue parte procesal en él.

Tal acción de nulidad tiene en nuestro Derecho su apoyo, por la repetida vinculación del litisconsorcio pasivo necesario a la garantía constitucional de audiencia/contradicción/defensa, en los artículos 24 Const. y 238-3 LOPJ.

El nuevo juicio declarativo promovido por el deudor subrogado no demandado para instar la nulidad exigirá, naturalmente, como irrecusable medida cautelar que evite su indefensión, la paralización de la ejecución de la sentencia obtenida por el acreedor subrogante-actor en el previo (e irregular) juicio subrogatorio, cuyo resultado vuelve, así, a ser (legítimamente) inutilizado.

iii) Concuerdá la doctrina procesalista ¹⁶⁴ en el carácter *inútil/inejecutable* de la sentencia firme dictada con infracción del litisconsorcio pasivo necesario. Pues la propia naturaleza del asunto –la vinculación, en forma directa e indivisible, a él de una pluralidad de sujetos– impide que se pueda resolver (eficazmente) en forma fragmentaria: sólo frente a algunos de los litisconsortes necesarios. La *única* manera de resolverlo

¹⁶³ Comp. SERRA, *op. cit.*, p. 599; MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 343 y 345.

¹⁶⁴ *Vid.*, especialmente, SERRA, *op. cit.*, p. 588: «cuando una relación jurídica única en la que, por su propia naturaleza, están interesadas diversas personas, deba ser declarada en juicio, la declaración sólo podrá ser efectuada con eficacia cuando todas ellas estén presentes en juicio. En otro caso la resolución judicial podría carecer de efectividad y el proceso se habría desarrollado inútilmente. No se trata de una extensión de los efectos de la sentencia a los terceros interesados [los litisconsortes necesarios preteridos], sino a la inversa. Al no resultar afectados dichos terceros por la cosa juzgada de la sentencia, ésta no podrá ser ejecutada a su respecto, por lo que siendo la sentencia de imposible cumplimiento parcial, dada la indole de la relación jurídica declarada, la sentencia devendrá ineficaz». *Vid.*, también, *ib.*, p. 598.

Vid., asimismo, GARBERÍ, *op. cit.*, p. 660; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, cit., p. 48; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 290, c), f’); MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 345 ss., y 390-391.

judicialmente (en forma eficaz) es frente a todos ellos –con una sola sentencia que tenga eficacia de cosa juzgada para la totalidad–: así lo impone, repito, la naturaleza del objeto del litigio; y es esa misma naturaleza del asunto a resolver, la que convierte en imposible de ejecutar una sentencia firme obtenida sólo frente a algunos de los litisconsortes necesarios, sin perjudicar, al mismo tiempo, de forma irreparable a los litisconsortes necesarios procesalmente preteridos.

Visto el carácter inejecutable/inútil de la sentencia firme obtenida con infracción del litisconsorcio pasivo necesario, se comprende que sea el actor/demandante el primer interesado en que su demanda se dirija contra todos los litisconsortes necesarios, en que la relación procesal se constituya regularmente para discutir/resolver judicialmente el asunto que él plantea.

Estos mismos principios generales valen para el supuesto concreto de sentencia firme condenatoria del *debitor debitoris*, obtenida por el acreedor subrogante-actor en un juicio subrogatorio seguido y concluido sin demandar, también, al deudor subrogado –con infracción del litisconsorcio pasivo necesario que a éste concierne–¹⁶⁵.

Ningún valor o utilidad tiene esa sentencia condenatoria cuya eficacia de cosa juzgada no alcanza al deudor subrogado no demandado. El asunto está judicialmente resuelto en falso (no está, realmente, resuelto), al no haberse demandado a los dos litisconsortes necesarios, y no haberse, consecuentemente, obtenido una sentencia con eficacia de cosa juzgada para los dos. Esa sentencia irregularmente obtenida no cierra el paso, por eso mismo, a nuevas controversias judiciales –promovidas por el *debitor debitoris* contra el deudor subrogado no demandado, o por éste contra cualquiera de las partes procesales del juicio subrogatorio irregular– sobre el mismo asunto, que, si se abren, paralizarán la ejecución de la sentencia previamente obtenida en forma irregular [*retro, i*]).

Inutilidad que se corrobora desde el momento [*retro, ii*]) en que puede suscitarse, por el deudor subrogado no demandado, un juicio declarativo para hacer declarar en él la nulidad de la sentencia previamente obtenida con infracción del litisconsorcio pasivo necesario, juicio que determina la consiguiente paralización cautelar de la ejecución de dicha sentencia durante la pendencia del proceso.

En algunos ordenamientos extranjeros –en Francia e Italia, en concreto– se regula un remedio procesal específico (la «oposición de tercero») que consiente al litisconsorte pasivo necesario preterido paralizar la ejecución de la sentencia firme obtenida en el juicio en que procesalmente se le marginó¹⁶⁶. Remedios, éstos, que, sin embargo, es desconocido en nuestro ordenamiento procesal¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Comp. MONTELEONE, cit. en la nota anterior.

¹⁶⁶ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 343, 387 y nota 121, 388 y 389; COLIN/CAPTANT, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶⁷ SERRA, *op. cit.*, p. 599; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 311 y nota 4.

Por tanto, los medios disponibles en España que tiene el deudor subrogado no demandado para paralizar la ejecución de la sentencia obtenida en un juicio subrogatorio seguido y concluido con infracción del litisconsorcio pasivo necesario que le afecta, son los ya dichos previamente [i) y ii)]: 1) reabrir la cuestión litigiosa irregularmente resuelta, aprovechando que no está vinculado a la cosa juzgada del previo juicio subrogatorio irregular; 2) promover, en juicio declarativo sucesivo al previo subrogatorio irregular, la declaración de nulidad de la sentencia dictada en éste (al amparo de esa misma no sujeción suya al efecto de cosa juzgada del primer juicio).

A los cuales remedios ordinarios hay que añadir, todavía, como último remedio, el posible *recurso de amparo ex artículo 44 LOTC*, contra la sentencia dictada con infracción del litisconsorcio pasivo necesario, en tanto que lesiva de la garantía constitucional de audiencia/contradicción/defensa del artículo 24 Const. No siendo, por definición, el deudor subrogado no demandado parte procesal en el juicio subrogatorio irregular, la alegación de la infracción constitucional de *qua* podrá realizarse después de recaída en él la sentencia –pero el recurso de amparo, exige, además, agotar, desde luego, cualquiera de los dos remedios ordinarios vistos.

IX. LA INTEGRACIÓN DEL JUICIO (SUBROGATORIO) PARA EVITAR LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (POR NO HABER DEMANDADO, TAMBIÉN, AL DEUDOR SUBROGADO)

La apreciación (de oficio o a instancia de parte interesada) de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario conduce, como se ha visto, en los términos de la doctrina jurisprudencial al respecto, a dictar sentencia absolutoria en la instancia, con la consiguiente anulación de todo lo procesalmente actuado hasta ese momento y la posibilidad que se ofrece al actor/demandante de iniciar un nuevo juicio, pero ahora con demanda dirigida contra todos los litisconsortes pasivos necesarios, también los inicialmente preteridos.

Esta solución, como advierte la doctrina procesalista ¹⁶⁸, tiene el inconveniente de que es contraria a la economía procesal, y en mayor medida cuanto más avanzado esté el curso del procedimiento en el instante en que se aprecie la infracción del litisconsorcio pasivo necesario –p. ej., en sede de casación, después de tres o cuatro años de pleito–. Sería mejor, se dice con razón, una solución que compa-

¹⁶⁸ Vid., p. ej., SERRA, *op. cit.*, p. 596, b); RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, 289, 4, b); MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, p. 48.

ginase, a un tiempo, el adecuado respeto de las garantías procesales del o de los litisconsortes pasivos necesarios preteridos –subsando, en su respecto, la inicial carencia de posibilidad de audiencia/contradicción/defensa–, con evitar la inutilización de toda la actividad procesal (que puede ser mucha) realizada previamente a la apreciación judicial de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, inutilización total que aboca, fatalmente, a tener que recomenzarla desde cero.

En tal sentido, la solución que, de *lege ferenda*, se ha defendido en España ¹⁶⁹ como más ajustada a los diversos intereses en presencia, sería la de permitir al actor/demandante ampliar su demanda contra el o los litisconsortes necesarios preteridos, con cuya ampliación de demanda quedaría integrado subjetivamente el juicio y subsandado el obstáculo que impedía dictar en él sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa. El momento procesal en que esa ampliación de demanda se hiciera –siempre, claro, antes de dictarse sentencia firme– no importaría, siempre que la misma aparejase la suspensión del proceso en el instante en que se hallase, con concesión al litisconsorte o litisconsortes así sobrevenidamente demandados de las oportunidades procesales ya precluidas, hasta que alcanzasen el momento procesal en que el juicio quedó suspendido por la ampliación de la demanda de *qua*.

Responde a ese criterio de armonizar garantías procesales de los litisconsortes pasivos necesarios preteridos y exigencias de economía procesal, el artículo 102 del *Codice di procedura civile* italiano ¹⁷⁰. Conforme al cual, el Juez o Tribunal que, conociendo de un determinado litigio, aprecie en él la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, en vez de proceder liminarmente a la desestimación, sin entrar en el fondo, de la demanda del actor, y a la anulación de todo lo procesalmente actuado hasta ese instante, debe, en primer término, intentar salvar el proceso en curso, subsando, al mismo tiempo, la falta de convocatoria procesal de los litisconsortes pasivos necesarios preteridos. A cuyo fin, el mencionado precepto procesal italiano establece que el Juez o Tribunal debe requerir al actor/demandante para que éste, en el plazo breve señalado por la autoridad judicial, integre el juicio demandando, también, a los litisconsortes pasivos necesarios inicialmente preteridos. Sólo si el actor/demandante desatiende este requerimiento judicial –lo que es harto improbable, pues nada más contrario a su interés que tener que repetir el juicio íntegramente desde el principio–, procederá desestimar su demanda, sin entrar en el fon-

¹⁶⁹ Por SERRA *cit.* en la nota precedente.

¹⁷⁰ Artículo 102 Cod. proc. civ. it. (de rúbrica «litisconsorzio necessario»): «Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo.

Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito.»

do de la misma, y anular todo lo procesalmente actuado hasta ese momento ¹⁷¹.

En el Derecho procesal español vigente, sin embargo, a falta de norma expresa en tal sentido, el Juez o Tribunal que conoce de un determinado asunto no puede ordenar directamente (*iussu iudicis*), sin petición de parte interesada, la intervención o emplazamiento en el proceso en curso de un tercero hasta entonces ajeno a él, ni siquiera en los casos de infracción del litisconsorcio pasivo necesario producida respecto de ese tercero ¹⁷². Tampoco cabe, en esos mismos casos, por igualmente faltar norma que expresamente lo autorice, la solución italiana, del artículo 102 Cod. proc. civ., del requerimiento judicial al actor/demandante para que éste integre sucesivamente el juicio iniciado con dicha infracción ¹⁷³.

Lo que hace inadmisibles en el Derecho español vigente, a falta de norma expresa en tal sentido, ambos tipos de iniciativas judiciales *ex officio*, es que contradicen los principios básicos que informan nuestro actual proceso civil ¹⁷⁴: en concreto, el *principio dispositivo*. Tales iniciativas no entran hoy en las competencias normales de los órganos de la jurisdicción civil, los cuales no pueden venir, *ex officio*, en socorro de la parte actora que presenta una demanda irregular, sino que es a ésta a la que incumbe velar por sus propios intereses, y, siendo libre de demandar a unos u otros sujetos, debe atenerse, si no demanda a todos los que debió por la naturaleza del asunto que planteaba, a las consecuencias de su propia (irregular) actuación procesal. Esa situación actual de nuestro proceso civil, por tanto, no deja otra salida, al Juez o Tribunal que conoce de un asunto procesalmente planteado con infracción del litisconsorcio pasivo necesario, que el *deber* de dictar sentencia desestimatoria en la instancia, con simultánea anulación de lo judicialmente actuado hasta ese momento.

¹⁷¹ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, pp. 342-343; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, núm. 17, p. 119; que aplican este régimen general, en Italia, del litisconsorcio pasivo necesario, al caso concreto del litisconsorcio pasivo necesario que afecta al deudor subrogado, cuando éste no haya sido demandado por el acreedor subrogante-actor.

En el Derecho italiano inmediatamente anterior al hoy vigente también existía una norma procesal equivalente del actual artículo 102 Cod. proc. civ., a cuyo amparo, como se recordará (*retro*, nota 154) GIORGI sostuvo la posibilidad de que, habiendo dejado de demandar el acreedor subrogante-actor también al deudor subrogado, el Juez o Tribunal ordenase la integración del juicio irregularmente constituido por la infracción del litisconsorcio pasivo necesario.

¹⁷² Vid., así, GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, p. 169; FERNÁNDEZ, en De la Oliva/Fernández, I, cit., núm. 12, p. 526; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, cit., p. 48, c), 3, y p. 54.

¹⁷³ Así, explícitamente, SERRA, *op. cit.*, p. 506.

¹⁷⁴ Comp. MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, p. 54.

A lo máximo que podría llegarse en la situación actual del Derecho procesal español, según este mismo autor [*ibidem*, y, también, p. 48, c), 3)] —que ofrece, cautelosamente, esta solución como «muy discutible» y sólo alcanzable por una «jurisprudencia progresiva»—, es, en el marco del nuevo juicio de menor cuantía, entender que dentro de la comparecencia del artículo 693 LEC, sería posible que el Juez permitiera la subsanación de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario por medio de una nueva demanda, acudiendo a algo similar a una acumulación de autos.

No cabe, pues, en el Derecho español vigente, a nuestros particulares efectos, que el Juez o Tribunal emplace *ex officio*, en el juicio subrogatorio, al deudor subrogado no demandado, por el acreedor subrogante-actor, o que, también de oficio, requiera a éste para que amplíe su demanda contra el litisconsorte necesario inicialmente preterido¹⁷⁵.

La situación de *lege lata* de nuestro Derecho obliga, consiguientemente, si se quieren obviar las consecuencias –negativas, desde la óptica de la economía procesal– de la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, a recurrir a expedientes indirectos, verdaderos rodeos, que consientan salvar –pero *siempre* por iniciativa particular de sujeto interesado y nunca judicialmente *ex officio*–, subsanando esa infracción, el procedimiento en curso, sin tener que reanudarlo *ex novo*.

Son dos los remedios –arbitrados por la doctrina y aceptados por la jurisprudencia del TS– ideados a ese fin. Y son, claro, esos mismos dos, válidos para cualquier hipótesis de infracción del litisconsorcio pasivo necesario, los utilizables en el concreto caso de nuestro interés (para salvar el juicio subrogatorio en curso, iniciado sin demandar, también, al deudor subrogado).

1. El primero de ellos es la *intervención procesal*¹⁷⁶ del litisconsorte pasivo necesario preterido en el juicio irregularmente iniciado sin demandarle.

Se trataría de una intervención *voluntaria o adhesiva*, por su parte, que descansa, exclusivamente, en su espontánea decisión de intervenir en el juicio en curso –lo que, desde luego, no es incompatible con una invitación que se le haga, para ello, por cualquiera de las partes procesales en él, *invitación* que deja siempre en pie la libre decisión del litisconsorte procesalmente preterido. No cabe, en este caso, en cambio, una verdadera intervención *provocada*¹⁷⁷, que exige una norma que expresamente la autorice (p. ej., típicamente, el artículo 1481 CC) y que impone al tercero y sujeto requerido de intervención procesal una genuina *carga procesal* de intervenir: ateniéndose, en caso contrario, a las consecuencias a él desfavorables legalmente señaladas.

¹⁷⁵ En cambio, para el Derecho francés, DEMOLOMBE (*op. cit.*, núm. 108, p. 107) sostuvo que el juez puede ordenar la llamada en causa del deudor subrogado no demandado por el acreedor subrogante-actor, si lo estima útil para la instrucción del juicio subrogatorio en curso. (Pero este autor, como se recordará, sostenía que la demanda también del deudor subrogado era necesaria.)

¹⁷⁶ Las nociones indispensables sobre intervención procesal en las que se apoya lo que escribo a continuación, las he tomado de: RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 309 ss.; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, cit., pp. 49 ss; FERNÁNDEZ, en De la Oliva/Fernández, I, cit., pp. 515 ss.; FONT SERRA, voz «Intervención procesal», en *EJB Civitas*, III, Madrid, 1995, pp. 3721 ss.

¹⁷⁷ Vid. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 289 y 314, sub 3.

Para el Derecho francés, DEMOLOMBE (*op. cit.*, núm. 108, p. 107), que defendía, como se recordará, la necesidad de demandar, también, al deudor subrogado en el juicio subrogatorio, sostuvo que el *debitor debitoris* podía llamar a la causa al deudor subrogado no demandado por el acreedor-actor. Posibilidad que acepta, también, la casación francesa.

En concreto, se trataría, además, de una intervención adhesiva o voluntaria, de la especie conocida como *litisconsorcial*. El tercero procesalmente interviniente *debió*, como litisconsorte pasivo necesario, como sujeto directamente implicado/interesado en su objeto, ser inicialmente demandado en el juicio de *quo*, y utiliza el expediente de la intervención litisconsorcial, precisamente para subsanar sucesivamente la defectuosa constitución de la relación procesal y permitir que se pueda dictar sentencia sobre el fondo en la cuestión litigiosa que constituye su objeto ¹⁷⁸.

La intervención litisconsorcial puede producirse en cualquier fase procesal del juicio irregular en curso –mientras no haya recaído sentencia firme–: también en la segunda instancia o a los solos efectos de interponer recurso de casación. Y convierte al sujeto interviniente (*ex* tercero, *ex* litisconsorte pasivo necesario procesalmente preterido) en parte procesal a todos los efectos, pudiendo aprovechar, como tal, todas las oportunidades procesales no precluidas del juicio en curso dentro del cual se produce su intervención.

El sujeto interviniente actúa, pues, en el juicio, como parte procesal, con completa autonomía, y aunque puede secundar/coadyuvar tanto la acción del demandante como la defensa del demandado, lo hace siempre defendiendo su propio interés (tal cual él personalmente lo aprecia). Por eso una vez comparecido en el juicio, ni le afecta el allanamiento del actor al que coadyuvaba –puede seguir él, si lo considera oportuno, la misma reclamación de que éste desiste–, ni, tampoco, el del demandado por él coadyuvado –puede persistir él en la defensa procesal de que éste abdica– ¹⁷⁹.

La integración del juicio, gracias a la espontánea intervención (litisconsorcial) del litisconsorte pasivo necesario preterido, permite al Juez o Tribunal dictar sentencia sobre el fondo y con eficacia de cosa juzgada material para todos los litisconsortes pasivos necesarios (también para el inicialmente preterido pero sucesivamente convertido en parte procesal por la intervención), permite resolver judicialmente, en suma, el asunto planteado de la única forma en que puede hacerse: con sentencia *única* frente a *todos* los litisconsortes necesarios.

El expediente de la intervención litisconsorcial, a efectos de subsanar la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, tiene, como señalan concordemente los procesalistas ¹⁸⁰, un muy grave inconveniente práctico. Y es el ya indicado de que depende *exclusivamente* de la voluntad del litisconsorte necesario preterido. Pero éste, sabiendo que no puede dic-

¹⁷⁸ Específicamente sobre la intervención procesal litisconsorcial como expediente técnico de uso posible para subsanar la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, integrando el juicio irregularmente iniciado, *vid.*: SERRA, *op. cit.*, p. 596 (que cita jurisprudencia, en este mismo sentido, en la nota 78); FERNÁNDEZ, en De la Oliva/Fernández, I, cit., núm. 9, p. 529; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 289; FONT SERRA, voz «Litisconsorcio», cit., p. 4146.

¹⁷⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ, en De la Oliva/Fernández, I, cit., nota 10, p. 523.

¹⁸⁰ *Vid.*, p. ej., SERRA, *op. cit.*, pp. 596-597; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 318, *sub* 2), a); FONT SERRA, voz «Litisconsorcio», cit., p. 4146; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, I, cit., p. 48, c), 2).

tarse sentencia sobre el fondo (y, por tanto, condenatoria contra él) ínterin el juicio en curso no esté subjetivamente integrado con todos los litisconsortes pasivos necesarios, mientras que interviniendo en él, como parte procesal, podría ser condenado, difícilmente se decidirá a intervenir en el mismo. Tiene más que perder interviniendo que absteniéndose de hacerlo (en este otro caso, sólo le amenaza la posibilidad, incierta, de un nuevo juicio, si éste llega a producirse). La intervención litisconsorcial es, pues, normalmente, contraria a su interés estratégico procesal.

Para el actor/demandante, por tanto, es mucho más seguro un procedimiento de subsanar la infracción del litisconsorcio pasivo necesario—de evitar la inutilización del juicio en curso— que dependa de su propia voluntad y actuación procesal, y no de la de otro sujeto con intereses diferentes y hasta contrarios. Y esa nota se da en el que seguidamente se analizará *sub 2*).

Lo dicho, en general, sobre la intervención litisconsorcial como expediente para subsanar la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, vale también para el concreto caso de nuestro interés. En él, consiguientemente, el deudor subrogado no demandado puede utilizar, espontáneamente, la intervención procesal como instrumento para comparecer en el juicio subrogatorio promovido por el acreedor subrogante-actor, subsanando, así, la irregularidad en la demanda de éste¹⁸¹.

Una vez comparecido, el deudor subrogado interviniente actuará procesalmente como parte, con plena autonomía, y podrá tanto secundar/coadyuvar la acción subrogatoria del acreedor-actor—que es cosa distinta de ejercitar personalmente la acción/pretensión subrogada: esto otro deslegitimaría al acreedor subrogante, al desaparecer, sobrevenidamente, un requisito legal indispensable de la legitimación subrogatoria del acreedor *ex* artículo 1111 CC: la inercia del deudor-titular—, si prevalece su interés en los efectos económicos favorables (directos—conservación/aumento de la garantía patrimonial— e indirectos—disminución del pasivo—) que derivarán para él de la estimación de la demanda subrogatoria—y no tengo inconveniente en admitir [vid., ya, *retro*, VI), B)] que esto es lo que cabe imaginar como más frecuente, si el deudor subrogado no demandado se decide a intervenir¹⁸²—; como, por contra, si prevalece su interés en la defensa de su «derecho a la inercia», secundar/coadyuvar la oposición a la demanda subrogatoria que realice el *debitor debitoris* demandado.

Por supuesto (vid., ya, *retro*, en el texto que sigue a la nota 91), el allanamiento del acreedor subrogante-actor no impide que el deudor subrogado interviniente, haciendo valer *su proproi/personal interés* continúa *personalmente* el ejercicio judicial de la misma acción/pretensión

¹⁸¹ Así, para el Derecho italiano, *vid.* MONTELEONE, *op. cit.*, p. 350.

¹⁸² Aluden expresamente a la posibilidad de que el deudor subrogado no demandado secundar/coadyuve, como tercero procesalmente interviniente, la demanda subrogatoria del acreedor-actor, LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, II, 1 (1985), cit., núm. 151, p. 323, C).

subrogada que el acreedor-actor, cuya pretensión/acción subrogatoria aquél inicialmente secundó/coadyuvó, intentaba *subrogatoriamente* ejercitar; ni, tampoco, el allanamiento del *debitor debitoris* impide que el deudor subrogado interviniente –que inicialmente secundó/coadyuvó la defensa de esta parte demandada, oponiéndose a la demanda subrogatoria del acreedor– se siga oponiendo a la demanda subrogatoria del acreedor, discutiendo la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC de éste –haciendo valer, también aquí, su *personal interés*, según él lo aprecia, en este caso en la libertad/autonomía: «derecho a la inercia».

2. El segundo expediente técnico arbitrado para subsanar (impidiendo la inutilización del juicio en curso) la infracción del litisconsorcio pasivo necesario, es la *acumulación de autos* (arts. 160 ss. LEC). De esta forma¹⁸³, el actor/demandante, percatado del defecto de su demanda inicial, presenta nueva demanda contra el litisconsorte pasivo necesario preterido y solicita, seguidamente, la acumulación de autos (de los juicios correspondientes a la primera y segunda demanda), con apoyo en los artículos 161-5 y 162-4 LEC –ésta es la combinación normativa indicada por los procesalistas; pero a mí me parece que la existencia del litisconsorcio pasivo necesario permite otras posibilidades: p. ej., *ex* artículo 161-2 LEC; o la combinación 161-5 y 162-5 LEC; o la de 161-5 y 162-6 LEC.

Debe tenerse presente que para la acumulación de procesos rigen los límites del artículo 163 LEC –la acumulación de autos ha de solicitarse antes de la citación para sentencia definitiva–, y del artículo 165 LEC –no son acumulables los procesos que se encuentren en distinta instancia.

Una vez producida (solicitada y aprobada) la acumulación de autos, la sentencia única que ponga fin al proceso unificado resolverá sobre todas las pretensiones acumuladas. Por tanto, con eficacia de cosa juzgada material para todos los sujetos que son, respectivamente, sus actores y demandados –y, así respecto de todos los litisconsortes pasivos necesarios.

El expediente de que ahora se habla, tiene, como ya indiqué antes, para el actor/demandante la gran ventaja de que su interés en no tener que comenzar otra vez procesalmente desde el principio, no depende ya de la voluntad de otro sujeto –de interés no coincidente con el suyo– sino de la de él mismo.

Aplicando estos mismos principios al caso de nuestro interés, el acreedor subrogante-actor que haya iniciado el juicio subrogatorio sin demandar, también, al deudor subrogado, podría demandarlo sucesivamente para solicitar inmediatamente después la acumulación de ambos juicios (contra el *debitor debitoris* y contra el deudor subrogado), evitando, así, la desestimación de la demanda subrogatoria por

¹⁸³ Vid. SERRA, *op. cit.*, p. 597, sub 2); RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 289; MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Ortells/Gómez, II, 1, cit., p. 48, c), 1); FONT SERRA, voz «Litisconsorcio» cit., p. 4146.

infracción del litisconsorcio pasivo necesario que afecta al deudor subrogado.

Ciertamente, la acumulación de autos que salva la infracción del litisconsorcio pasivo necesario también podría producirse a instancia del litisconsorte pasivo necesario preterido: demandando *él* a las dos partes del juicio irregularmente iniciado sin su presencia y solicitando seguidamente la acumulación de los dos juicios¹⁸⁴—en nuestro caso, el deudor subrogado no demandado demandaría a acreedor subrogante-actor y tercero *debitor debitoris*, partes procesales del juicio subrogatorio irregular, e inmediatamente después solicitaría la acumulación de estos autos y del juicio por *él* promovido—. Pero tal iniciativa procesal del litisconsorte pasivo necesario preterido es tan poco probable como su intervención (litisconsorcial): este sujeto seguirá prefiriendo, normalmente, desentenderse de la irregularidad de la demanda del actor, irregularidad que garantiza, precisamente, su fracaso e impide la condena de aquél. El interés del actor en evitar la sentencia absolutoria en la instancia sigue sin tener más decidido valedor que *él* mismo: no se puede confiar a otro sujeto con interés distinto y hasta contrario.

X. OTROS ASPECTOS DEL EJERCICIO JUDICIAL DE LA LEGITIMACIÓN SUBROGATORIA

Debe advertirse que, puesto que, como es doctrina unánime¹⁸⁵, la intervención subrogatoria del acreedor no priva (sucesivamente) al deudor-titular de su legitimación personal para el ejercicio del derecho/poder jurídico subrogado (así como, tampoco, de la posibilidad de disponer de *él*, sin perjuicio, por supuesto, del posible control que sus acreedores puedan realizar con la acción revocatoria), cabe, consecuentemente, aun después de iniciado el ejercicio judicial subrogatorio, un ejercicio judicial personal, por parte del deudor-titular del derecho/poder jurídico subrogado. Lo que, al suponer la desaparición sobrevenida de la inercia del deudor-titular —requisito legal inexcusable *ex* artículo 1111 CC de la legitimación subrogatoria del acreedor-actor—, supondrá simultáneamente la (sobrevenida) deslegitimación del acreedor subrogante-actor.

Mas el ejercicio personal del deudor subrogado y titular, durante la pendencia del juicio subrogatorio —también del regularmente iniciado: con demanda, igualmente, del deudor subrogado— promovido por el acreedor subrogante-actor, no tiene por qué ser judicial. El deudor subro-

¹⁸⁴ Esto es lo que algunos procesalistas llaman «*intervención procesal principal*», pero que, como tal, no existe. Se trata, como digo, de una simple acumulación de autos, sujeta al régimen ordinario que para la misma predispone la LEC [así, correctamente, FERNÁNDEZ, en *De la Oliva/Fernández*, I, cit., pp. 518-519; FONT SERRA, voz «Intervención procesal», cit., p. 3722, *sub* I)].

¹⁸⁵ *Vid.*, p. ej., BIANCA, *op. cit.*, p. 425.

gado-titular puede, asimismo, sin que sea obstáculo su condición de demandado en el juicio subrogatorio pendiente, ejercitar *extrajudicialmente* ese derecho/poder jurídico ¹⁸⁶, con el mismo resultado de, al cesar su inercia, desaparecer sobrevenidamente la legitimación del acreedor-actor –y, aún más, desaparece, por satisfacción, la misma acción/preten-sión subrogada.

Por lo que acabo de decir, resulta que la manera más sencilla y contundente que tiene a su alcance el deudor subrogado (tanto si ha sido, como *no*, demandado en él) de frustrar (por sobrevenida deslegitimación subrogatoria del acreedor-actor, por extinción satisfactiva de la pretensión/acción subrogada) el juicio subrogatorio promovido por el acreedor-actor es, precisamente, el ejercicio personal (judicial o extrajudicial), por su parte, del derecho/poder jurídico subrogado de que es titular.

También por la razón expuesta se comprenderá la inexactitud de la opinión ¹⁸⁷ que sostiene que, durante la pendencia del juicio subrogatorio, el ejercicio judicial y personal, por parte del deudor subrogado y titular del mismo derecho/poder jurídico que el acreedor-actor pretende subrogatoria y judicialmente ejercitar, se pueda paralizar, por el *debitor debitoris* doblemente demandado, con la excepción procesal de litispendencia. Pues, repito, la pendencia del juicio subrogatorio no deslegitima personalmente al deudor-titular (aun codemandado) y, en cambio, el ejercicio personal de éste (judicial o extrajudicial) sí deslegitima subrogatoriamente al acreedor-actor, de forma sobrevenida.

Puesto que la inercia del deudor-titular que legitima para el recurso a la subrogatoria no tiene por qué ser total y absoluta, con el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, el acreedor-actor puede pretender suplir una actividad procesal cualitativa o cuantitativamente insuficiente de su deudor en el juicio en que éste sea parte (actora o demandada): haciendo valer judicialmente derechos o defensas del deudor que éste omite ¹⁸⁸. En cuyo caso, el ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria conduce, como se ve, a una intervención procesal adhesiva del acreedor subrogante (coadyuvante procesal de su deudor en el juicio de que éste es parte) ¹⁸⁹.

En cambio, donde no haya *inercia* del deudor-titular, ni aun parcial, sino *ejercicio* judicial y personal de su derecho/poder jurídico, la intervención de su acreedor en el juicio del que el deudor sea parte procesal *no* se apoyará, por definición (*no* existiendo inercia de ninguna especie), en la legitimación subrogatoria *ex* artículo 1111 CC, pero sí puede producirse con un fundamento jurídico diverso: *ex iure proprio*, y, con él, convertirse, también así, en tercero interviniente procesal en forma adhesiva, coadyuvante procesal de su deudor ¹⁹⁰ –vigilando, en tal veste,

¹⁸⁶ Vid. PATTI, *op. cit.*, p. 133.

¹⁸⁷ De LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, II, 1 (1985), cit., núm. 155, p. 328, y núm. 151, p. 323, C).

¹⁸⁸ MONTELEONE, *op. cit.*, p. 349.

¹⁸⁹ Vid., así, MONTELEONE, *op. cit.*, p. 350.

¹⁹⁰ Vid. MONTELEONE, *op. cit.*, p. 350; BIANCA, *op. cit.*, nota 36, p. 425.

mejor la actividad procesal de éste, para intervenir subrogatoriamente si llega a producirse, sobrevenidamente, en forma total o parcial, su inercia perjudicial.

XI. LA POSICIÓN DE LOS DEMÁS ACREEDORES DEL DEUDOR SUBROGADO DISTINTOS DEL ACREEDOR SUBROGANTE-ACTOR

Aparte de los dichos (tercero-*debitor debitoris* y deudor subrogado) no hay otros sujetos pasivos del ejercicio judicial subrogatorio, por parte del acreedor subrogante-actor, a los que a éste se le imponga la necesidad, también, de demandar.

Esto vale, particularmente, para los otros acreedores del deudor subrogado distintos de aquel que ejercita judicialmente la legitimación subrogatoria (acreedor subrogante-actor).

La posición de estos otros acreedores del deudor común respecto del resultado del juicio subrogatorio, puede esquematizarse así:

A) Si la sentencia recaída *estima la demanda subrogatoria* del acreedor-actor, los efectos de ese fallo judicial se producen *directamente* en el patrimonio del deudor subrogado. Y puesto que ese patrimonio, *ex artículo 1911 CC*, es la base común para la garantía de cobro de todos los acreedores del deudor-titular, así resulta que del efecto favorable (conservativo, de incremento patrimonial) del ejercicio judicial exitoso de la acción subrogatoria se aprovecharán *reflejamente* (a efectos de su cobro) todos ellos; no sólo el acreedor subrogante-actor, a quien, por su sola condición de tal, no se atribuye legalmente ninguna preferencia de cobro sobre el resultado de su intervención subrogatoria, respecto de los demás acreedores del deudor común ¹⁹¹.

Por tanto, el aprovechamiento del efecto favorable de la sentencia por los demás acreedores distintos del actor, es puramente indirecto, reflejo —no supone quiebra alguna de la relatividad subjetiva, como regla, de la cosa juzgada material ¹⁹²—, y tiene exactamente el mismo fundamento (*ex artículo 1911 CC*) que justifica que del efecto favorable producido en la garantía patrimonial del deudor común por cualquier otra causa —p. ej., una adquisición— también se beneficien todos sus acreedores.

Precisamente porque el efecto favorable de la sentencia estimatoria es indirecto o reflejo —*ex artículo 1911 CC*, a través de la nueva situación

¹⁹¹ Esto, como se sabe, es doctrinalmente pacífico. *Vid.*, p. ej., BETTI, *op. cit.*, pp. 178-179, e); CICU, *op. cit.*, p. 107, núm. 5; CASTÁN, *op. cit.*, p. 285, e); LACRUZ/SANCHO, *Elementos*, II, 1 (1985), cit., núm. 156, pp. 328-329, y nota 8; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 232, d); ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1, cit., p. 217, núm. 5; id., *Comentarios Albaladejo*, sub artículo 1111, cit., núm. 5, pp. 965-966; LAURENT, *op. cit.*, núm. 408, pp. 468-469.

¹⁹² Comp. LAURENT, cit. en la nota precedente.

patrimonial creada, por ella, en el patrimonio del deudor subrogado y común-, para aprovecharlo *no* es, en absoluto, necesaria la presencia, como parte procesal, en el juicio (subrogatorio) en que tal sentencia se dicta.

B) Si la sentencia, en cambio, *desestima la demanda subrogatoria* del acreedor-actor, se siguen aplicando (*como en el caso anterior*) los límites subjetivos generales de la cosa juzgada material *ex* artículo 1252 CC¹⁹³.

Por tanto, si la demanda subrogatoria del acreedor-actor ha sido desestimada *por declararse judicialmente su falta de legitimación subrogatoria ex* artículo 1111 CC (por haberse verificado judicialmente la ausencia de, al menos, uno de sus requisitos legales), ello, lógicamente, no impedirá que *otro acreedor* que *no* haya sido parte procesal en ese juicio subrogatorio frustrado, intente sucesivamente el ejercicio judicial subrogatorio del mismo derecho/poder jurídico del deudor común que fue objeto del intento fracasado anterior (pues, obviamente, respecto de este otro acreedor sí pueden darse los requisitos legales del artículo 1111 CC, y, en todo caso, hay que verificar nuevamente para él su eventual no concurrencia).

En cambio, si la demanda subrogatoria del acreedor-actor fue desestimada *por declararse judicialmente la inexistencia/extinción del derecho/poder jurídico subrogado*, puesto que el deudor subrogado es parte procesal *necesaria* del juicio subrogatorio, y la sentencia firme que contiene ese pronunciamiento, conforme a los principios generales de la cosa juzgada, también tiene, consiguientemente, eficacia de cosa juzgada para él, esa situación patrimonial declarada por tal sentencia (de inexistencia/extinción del derecho/poder jurídico de *quo*) para el deudor, es la misma que, *ex* artículo 1911 CC, *refleja, indirectamente* deben tener en cuenta *todos* sus acreedores –como en cualquier otro supuesto de inexistencia/extinción de derechos/poderes jurídicos de su deudor, dejando a salvo el posible juego de la acción revocatoria contra actos dispositivos del deudor-titular–: para éstos no existe en el patrimonio de su deudor un derecho/poder jurídico que una sentencia firme dirigida contra el deudor haya declarado extinguido/inexistente, por lo que la tal sentencia impide que *cualquier otro acreedor* del mismo deudor-presunto titular, *aunque él* no haya sido parte procesal en el juicio subrogatorio fracasado, pueda replantear, en un nuevo intento de ejercicio judicial de la legitimación subrogatoria, la discusión/verificación judicial de la existencia/subsistencia de ese mismo (presunto) derecho/poder jurídico del deudor común. Tampoco aquí nos hallamos ante una excepcional vinculación a la cosa juzgada material más allá de su límite subjetivo general. También aquí el efecto (ahora desfavorable) de la sentencia dictada en el juicio subrogatorio, respecto de los acreedores del deudor subrogado que no fueron parte procesal en él, es puramente indirecto, reflejo *ex* artículo 1911 CC.

¹⁹³ Comp. LAURENT, *op. cit.*, núm. 408, p. 469.

Consiguientemente [A) y B)], la conclusión global que puede extraerse en cuanto a la posición jurídica de los otros acreedores del deudor común, respecto del juicio subrogatorio promovido por el acreedor-actor y al que ellos son ajenos (terceros), es que la sentencia firme que en él recaiga nunca les perjudica *directamente*, y, en cambio, les puede resultar *indirecta o reflejamente* tanto favorable como desfavorable.

