

La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado

ESTHER GÓMEZ CALLE*

Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Las relaciones obligatorias subjetivamente complejas y con una única prestación, caracterizadas por la concurrencia de una pluralidad de sujetos en el lado pasivo, en el activo o en ambos de la relación, suscitan una serie de problemas que son considerados en todos los sistemas jurídicos de nuestro entorno así como en diversos textos y propuestas normativas recientes de alcance nacional e internacional; así, dentro de nuestro país, han de tenerse en cuenta particularmente la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil y la Propuesta de Código civil, Libros V y VI, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil; en el ámbito internacional, los textos de referencia en esta materia son, sobre todo, los Principles of European Contract Law, el Draft Common Frame of Reference y los UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en su versión de 2010. En las páginas que siguen analizo en particular la pluralidad de deudores; para ello adopto una perspectiva de Derecho comparado, que tiene en cuenta tanto los referidos textos como los Derechos vigentes en nuestro entorno más próximo; así, el objeto del trabajo es, en primer término, poner de relieve cuáles son los principios fundamentales en la organización de este tipo de obligaciones y cuáles las opciones básicas que pueden barajarse en su regulación; con ello se pretende, en último término, hacer propuestas concretas que puedan servir a una mejora del vigente régimen español en esta materia, tal y como se contiene hoy en día en el Código civil.

* Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Este artículo se inscribe en el Proyecto de investigación «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P).

PALABRAS CLAVE

Pluralidad de deudores, deudas solidarias, deudas parciarias, deudas mancomunadas, cuota, cumplimiento, compensación, confusión, remisión, pacto de non petendo, transacción, prescripción, cosa juzgada, excepciones, derecho de regreso, subrogación.

ABSTRACT

In obligations with either more than one debtor or more than one creditor, several problems arise which are taken into account in all European jurisdictions as well as in various recent texts and policy proposals of national and international scope. In Spain, the proposal for Civil Code reform submitted by the Civil Law Section of the General Committee on Coding, the draft bill of the Commercial Code, and the Civil Code Proposal, Books V and VI, as submitted by the Association of Teachers in Civil Law, must be taken into particular account. Internationally, the key texts on this subject are the Principles of European Contract Law, the Draft Common Frame of Reference and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in its 2010 version. In the following pages, I analyze in particular the plurality of debtors, adopting in order to do so the perspectives of Comparative Law, which takes into consideration both the above-mentioned texts and the prevailing European laws. The goal of this project is thus to highlight the fundamental principles behind these kind of obligation and the basic options which should be considered when regulating them. By doing so, we hope ultimately to put forward concrete proposals which might lead to an improvement in the current Spanish legislation as laid down in the Civil Code.

KEYWORDS

Plurality of debtors, joint and several obligations, solidary obligations, divided or separate obligations, communal or joint obligations, share, performance, set-off, merger, release, covenant not to sue, settlement, prescription, effect of judgement, defenses, personal right of recourse, subrogatory recourse.

SUMARIO: I. *Los diferentes modelos organizativos de la pluralidad de deudores.*—II. *La ordenación de los distintos modelos.*—III. *Las deudas parciarias.*—IV. *Las deudas mancomunadas.*—V. *Las deudas solidarias.* 5.1 *Los presupuestos de la deuda solidaria.* 5.2 *La relación externa entre el acreedor y los deudores.* 5.2.1 *El carácter indistinto del deber de prestación.* 5.2.2 *El derecho de elección del acreedor.* 5.2.3 *El ius variandi del acreedor.* 5.2.4 *Imposibilidad sobrevenida e incumplimiento.* 5.2.5 *Constitución en mora del deudor.* 5.2.6 *Actos modificativos y extintivos de la obligación.* 5.2.6.1 *Compensación.* 5.2.6.2 *Confusión.* 5.2.6.3 *Remisión.* 5.2.6.3.1 *La eficacia de la remisión.* 5.2.6.3.2 *El pacto de non petendo.* 5.2.6.4 *Transacción.* 5.2.6.5 *Novación.* 5.2.7 *La prescripción.* 5.2.8 *Las excepciones oponibles al acreedor.* 5.2.9 *Algunas cuestiones procesales.* 5.3 *La relación interna entre los codeudores.* 5.3.1 *El reparto interno de la*

deuda. 5.3.2 El derecho de regreso. 5.3.3 La subrogación en el crédito. 5.3.4 Excepciones oponibles entre codeudores. 5.3.5 La imposibilidad de recuperar lo pagado de un deudor. Abreviaturas. Bibliografía.

I. LOS DIFERENTES MODELOS ORGANIZATIVOS DE LA PLURALIDAD DE DEUDORES¹

Existen en este punto dos modelos básicos ampliamente reconocidos [*infra* a) y b)], a los que en ocasiones se suma otro más, ya no tan común [*infra* c)]. La terminología empleada para aludir a cada uno de ellos varía notablemente en los distintos sistemas considerados, por lo que en su descripción inicial conviene hacer ya algunas aclaraciones al respecto.

a) Un primer modelo se caracteriza por que cada uno de los deudores está obligado al cumplimiento íntegro de la prestación, que consecuentemente el acreedor puede exigir de cualquiera de ellos hasta su plena satisfacción. Es lo que conocemos como deuda *solidaria* (arts. 1137 CC, 1125 PMCC y 513-1.4 PCCAPDC), «*solidaire*» en Francia (art. 1313. I Cod. civ.), «*in solido*» en Italia (art. 1292 c. c.) o «*solidary*» en los PECL [art. 10:101 (1)] y el DCFR [art. III.-4:102 (1)]; en Alemania el término equivalente es «*gesamtschuldnerisch*» (§ 421 BGB); y en Derecho inglés se utiliza la expresión «*joint and several obligations*», que acogen también los PICC [art. 11.1.1 (a)]. En algunos países, doctrina y jurisprudencia admiten para ciertos supuestos otra forma de solidaridad, cuyos efectos difieren parcialmente de los de la prevista legalmente: es el caso de las obligaciones *in solidum* en Francia (donde se discute si se trata de una forma autónoma de configuración de la obligación) o de la llamada solidaridad impropia en España.

b) En el segundo modelo, la deuda se divide en tantas partes como deudores haya, de modo que cada uno de ellos queda únicamente obligado a cumplir su parte, que es lo que el acreedor le puede exigir. Nuestro CC (al igual que la PMCC y la PCCAPDC) alude a ellas como obligaciones mancomunadas pero, para su debido deslinde de la categoría siguiente, que recibe idéntica denomi-

¹ Conviene destacar desde ahora mismo que en Francia la materia objeto de análisis se ha visto afectada muy recientemente por la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*; la nueva normativa, que entró en vigor el 1 de octubre de 2016, se encuentra ahora en los arts. 1309 a 1320 Cod. civ.; estos preceptos incorporan solo alguna norma nueva respecto de la anterior regulación (antiguos arts. 1197 a 1225 Cod. civ.) y por lo general se limitan a reformular las anteriores reglas para simplificarlas o clarificarlas.

nación, resulta preferible calificarlas de *parciarias*², término que utilizaré para referirme al régimen consagrado en el art. 1138 CC (y en los arts. 1124 PMCC y 513-1.2 PCCAPDC); en Derecho francés se ha venido utilizando el adjetivo «*conjointe*» que algunos consideran ambiguo y proponen sustituir por el de «*disjointe*»³; son claras las expresiones empleadas en Italia («*parziaria*» o «*divisibili*») y Alemania («*teilschuldnerisch*»: § 420 BGB), así como en el DCFR [«*divided*»: art. III.-4:102 (2)] y en los PECL y los PICC [«*separate*»: arts. 10:101 (2) y 11.1.1 (b), respectivamente].

c) Un tercer modelo es aquel en que el acreedor debe dirigirse conjuntamente contra todos los deudores para exigirles el cumplimiento, al tiempo que estos deben cumplir conjuntamente para quedar liberados. Es la situación a que aluden los arts. 1139 y 1150 CC, en que cabe hablar de deudas *mancomunadas, comunes, conjuntas* o *colectivas*⁴; en ambos preceptos este régimen se vincula a obligaciones indivisibles (aunque también puede aplicarse fuera de tales casos⁵). La categoría de *obligación indivisible*, como contrapuesta a la divisible, se consagraba en los Códigos civiles francés e italiano como una de las formas de obligaciones subjetivamente complejas⁶; tras la reforma introducida por la *Ordonnance n.º 2016-131* de 10 de febrero de 2016, el Código francés ha pasado a referirse únicamente a las obligaciones con prestación indivisible; en todo caso, su régimen jurídico se aproxima mucho al de la solidaridad, pues cada deudor queda obligado por el total (art. 1320. II Cod. civ. y art. 1317 c.c. en relación con art. 1292 c.c.), lo que lo separa del modelo ahora analizado, ausente de estos Códigos (aunque no ignorado por la doctrina)⁷; la indivisibilidad (que puede ser natural, legal o convencional) tiene un efecto importante en estos ordenamientos, pues evita que, si el deudor fallece, la deuda se

² Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 198.

³ Vid. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 711, n.º 1350 y TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit.....*, p. 1227, nota 2. De hecho, el legislador francés ha optado en la ya aludida reforma del *Code civil* de 2016 por no introducir en él la expresión de obligación «*conjointe*» por considerarla confusa y carente de relevancia práctica (vid. *Rapport du Ministère de la Justice au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131, Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016, NOR: JUSC1522466P).

⁴ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 198, 230 y 231. La PCCAPDC acoge esta categoría y para referirse a ella habla de obligaciones «colectivas» (art. 513-1.3), empleando el término de «mancomunadas» para las que *supra* he llamado «parciarias».

⁵ CAFFARENA, «Obligación...», p. 4520 y Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 204 y 230. Consecuente con esta idea, el art. 513-2.1 PCCAPDC prevé que la obligación es mancomunada, colectiva o solidaria según lo que establezca su título constitutivo o la ley; en su defecto es cuando entra en juego la regla de que si la prestación es indivisible la obligación será colectiva.

⁶ Vid. TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit.....*, pp. 1252 a 1257, núms. 1265-1269 y ZOPPINI, *Diritto.....*, pp. 430 a 432.

⁷ Vid. para Italia, ZOPPINI, *Diritto.....*, p. 411.

divida automáticamente entre sus herederos (cual ocurriría si fuera divisible: arts. 1309 y 1320. I Cod. civ. y arts. 1295 y 1318 c.c.)⁸. En Alemania y Holanda, si la prestación es indivisible, se establece directamente que la deuda es solidaria [§ 431 BGB y art. 6:6 (2) BW]; sin embargo, en Alemania doctrina dominante y tribunales entienden que la solidaridad no es adecuada cuando el cumplimiento sólo es posible mediante la colaboración de los deudores (son ejemplos típicos el de los músicos que se obligan a dar un concierto, o el de los condueños de un bien obligados a transmitir su propiedad); en tales casos se habla de *deuda común* («gemeinschaftliche Schuld»), no contemplada en el BGB, y que se caracterizaría por que el acreedor debe dirigir su reclamación de cumplimiento a todos los deudores conjuntamente⁹. Esta es también la peculiaridad más relevante, cuando se trata del ejercicio de una acción, de lo que el Derecho inglés conoce como «joint liability», que surge cuando varios deudores se comprometen conjuntamente frente al acreedor sin obligarse además de forma individualizada¹⁰.

El modelo a que me refería al comienzo del párrafo precedente se ha plasmado tanto en los PECL (art. 10:101) como en el DCFR (art. III.-4:102) (que hablan de «communal» y «joint obligations» respectivamente), cuyos comentarios aluden como referente a doctrina y jurisprudencia alemanas –falta, en cambio, cualquier alusión al art. 1139 CC–, al tiempo que apuntan su ausencia en la mayoría de los ordenamientos nacionales¹¹; la PCCAPDC también lo incorpora (art. 513-1.3) (bajo la denominación de «obligaciones colectivas»). Por contra, los redactores de los PICC han preferido omitir esta categoría, por considerarla de poca importancia práctica, innecesaria y proclive a generar malentendidos, ya que cada jurista tendería a interpretarla según su propia tradición (los alemanes como una «gemeinschaftliche Schuld», los ingleses como «joint liability» y franceses o italianos como una deuda indivisible, situaciones que no son del todo equiparables)¹². Las posiciones descritas revelan lo polémico que resulta el reconocimiento de esta última categoría, cuya viabilidad, sin embargo, creo que debe admitirse porque responde a determinadas necesidades jurídico-económicas¹³.

⁸ *Vid.*, para el Derecho francés, VOIRIN, GOUBEUX, *Droit...*, p. 615, n.º 1388.

⁹ LOOSCHELDERS, *Schuldrecht.....*, pp. 412 y 413, núm. 1217, y MEIER, «Solidary...», p. 1574.

¹⁰ MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1282 y TREITEL, *The Law...*, p. 600, núm. 13-003; *vid.* asimismo WHITTAKER, «A few...», p. 30.

¹¹ BARRÉS, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, pp. 98 y 99, y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 976.

¹² *Official Comments to the art. 11.1.1 PICC*, epígrafe 4 y FONTAINE, «Position...», pp. 8 a 10.

¹³ Así también, *v. gr.*, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 198, y BUSCH, «Plurality...», p. 12.

II. LA ORDENACIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS

Al determinar cuál de los regímenes expuestos es el aplicable a una obligación, podemos partir de que, tratándose de obligaciones de origen negocial, la decisión debe dejarse a la autonomía privada; la ley se limitará entonces a sentar reglas estableciendo uno u otro régimen, que actúan en defecto de previsión de las partes u ofrecen criterios interpretativos de voluntades expresadas ambiguamente. Fuera de este ámbito, y particularmente en el de la responsabilidad extracontractual, el legislador suele intervenir para fijar el régimen jurídico aplicable a la obligación de reparar el daño que pesa sobre los corresponsables. En las líneas que siguen desarrollo estas ideas.

A) Por lo que respecta a *las obligaciones contractuales*, algunos sistemas legales presumen la solidaridad (lo que favorece al acreedor) [*infra*, b)] mientras que otros parten del principio de la parciariedad (más beneficioso para el deudor) [*infra*, a)]¹⁴; sin embargo, las numerosas excepciones que suelen reconocerse a este último principio y la resistencia que se aprecia para su aplicación en la práctica, pueden aproximar notablemente los resultados de ambos modelos.

a) Así, los Códigos civiles francés, español y holandés no presumen la solidaridad [arts. 1310 Cod. civ., 1137 CC y 6:6 (2) BW], sino que *consagran como principio general la parciariedad* [presumida *iuris tantum* en los arts. 1309 Cod. civ., 1138 CC y 6:6 (1) BW]; naturalmente, la misma queda excluida si la prestación es indivisible [arts. 1309. III Cod. civ., 1139 CC y 6:6 (2) BW] o si en el caso concreto resulta aplicable un régimen distinto (*v. gr.*, por ley o por pacto) [el art. 1309. III Cod. civ. menciona en concreto la solidaridad]. De hecho, como adelantaba, el principio general tiene importantes limitaciones; abundan las presunciones legales de solidaridad para supuestos concretos¹⁵; en Francia, la parciariedad solo se aplica a las obligaciones civiles, no a las mercantiles, donde se presume la solidaridad en base a una regla consuetudinaria¹⁶; este es también el principio tradicionalmente aplicado por nuestro

¹⁴ Por su parte, en Derecho inglés se parte de lo que aquí denominamos mancomunidad (*joint liability*) siempre que no se establezca otra cosa (McKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1282 y TREITEL, *The Law...*, p. 600, núm. 13-003).

¹⁵ Pensemos, *v. gr.*, en nuestro Derecho, en los arts. 1731 y 1748 CC; para un repaso de los supuestos de solidaridad legal en el Derecho francés, *vid.* TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit...*, pp. 1234 a 1236, n.º 1250, y para el Derecho holandés, BUSCH, «Plurality...», p. 16.

¹⁶ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, 718, n.º 1358 y TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit...*, p. 1234, n.º 1250.

TS a las obligaciones mercantiles¹⁷ y consagrado en el art. 415-1.1 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (en adelante, APLCM); la expansión de la solidaridad se ve, en fin, propiciada por la laxitud con que los tribunales galos y españoles han venido interpretando la exigencia de estipulación expresa del antiguo art. 1202 Cod. civ. (ya derogado por la *Ordonnance n.º 2016-131*) y del art. 1137 CC¹⁸.

b) Con carácter supletorio, *se presume la solidaridad entre deudores* en otros muchos textos, como el § 427 BGB y los arts. 1294 c. c., 1122. I PMCC y 513-2.1.b) PCCAPDC –en estos dos casos, salvo para los consumidores–, 10:102 (1) PECL, III.-4:103 (2), primer inciso, DCFR y 11.1.2 PICC.

La mayoría de dichos preceptos se refieren solo a las obligaciones *contractuales* (todos salvo los del c. c. y el DCFR). De hecho, para las obligaciones en general, el BGB parte del principio opuesto, el de parciariedad, cuando varios deudores deben una misma prestación divisible (§ 420) (si es indivisible opera la solidaridad: § 431); el citado § 427 BGB introduce para los contratos una importante excepción a esa regla, cuyo ámbito de aplicación queda finalmente muy cercenado –también merced a otras excepciones, como la del § 840 para la responsabilidad extracontractual–; las hipótesis más relevantes de parciariedad son las deudas alimenticias –§ 1606 (3) 1 BGB– y ciertos casos de deudas hereditarias tras la partición –§ 2060 BGB–.

Los arts. 1122. I PMCC, 513-2.1.b) PCCAPDC y 10:102 (1) PECL supeditan la presunción de solidaridad en el ámbito contractual a que los diversos deudores estén obligados en virtud *del mismo contrato*; aunque esta exigencia no impide que la solidaridad se imponga entre obligaciones procedentes de varios contratos distintos, si así se deduce de la voluntad de las partes o lo dispone

¹⁷ En este sentido, *v. gr.*, las SSTS 31.10.2005 (RJ 2005, 7351) y 11.7.2006 (RJ 2006, 4977).

¹⁸ *Vid.* MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 717, n.º 1357; en Francia la parciariedad es bastante rara en la práctica; el caso más frecuente es el que deriva de la muerte del deudor y la fragmentación de la deuda entre sus herederos *ex art.* 1220 Cod. civ. (*op. cit.*, p. 711, n.º 1350); el nuevo art. 1310 Cod. civ., fruto de la reforma introducida en 2016, ya no establece que la solidaridad debe estipularse expresamente y simplemente dispone que puede ser legal o convencional y que no se presume. Respecto de la llamada interpretación semicorrectora del art. 1137 CC por parte de nuestro TS (y de la que cabe citar como recientes exponentes las SSTS 18.6.2008 [RJ 2008, 4255], 30.7.2010 [RJ 2010, 6947] y 25.2.2014 [RJ 2014, 970], aparte de las que referiré enseguida), *vid.* CAFFARENA, «Comentario...», p. 119 (quien concluye que actualmente rige en la práctica española el principio de presunción de solidaridad) y MALO VALENZUELA, «Pluralidad...», pp. 1436 y 1437; últimamente el TS ha empezado a invocar, como un argumento más a favor de dicha interpretación, las presunciones de solidaridad consagradas en el art. 10:102 PECL (así, las SSTS 31.10.2005 [RJ 2005, 7351], 11.7.2006 [RJ 2006, 4977] y 17.12.2014 [RJ 2014, 6589]) y en el art. III.-4:103 DCFR (STS 20.1.2010 [RJ 2010, 158] y 8.10.2010 [RJ 2010, 7450], de las que se hacen eco la SAP Málaga, Sección 4.ª, 14.4.2011 [JUR 2011, 341989] y la SAP Madrid, Sección 13.ª, 3.6.2011 [JUR 2011, 311642]).

la ley, se ha entendido que con ella se restringe injustificadamente el ámbito de esta presunción¹⁹.

El hecho de que las propuestas más recientes de regulación en esta materia hayan optado por presumir la solidaridad entre deudores en el ámbito contractual es significativo de que *en la actualidad hay una tendencia claramente favorable a este régimen y al reforzamiento del crédito*, en línea también con la práctica apreciable en países, como el nuestro, cuyas legislaciones parten aún del principio opuesto.

B) La misma presunción goza de amplio reconocimiento *entre los varios sujetos responsables de un mismo daño*. En ocasiones la solidaridad se establece con independencia de que el daño sea contractual o extracontractual [así, en los arts. 6:102 (1) BW, 10:102 (2) PECL o III.-4:103 (2) *in fine* DCFR], pudiendo ocasionalmente merecer ambos calificativos al mismo tiempo, a la vista del tipo de vínculo existente entre el acreedor y cada uno de los deudores²⁰. Otras veces, la norma alude específicamente o contempla solo daños extracontractuales [§ 840 BGB y arts. 2055 c.c., 1122. II PMCC, 5194-1.2 PCCAPDC, 9:101 PETL y VI.-6:105 DCFR], lo que no necesariamente ha de impedir aplicar idéntico régimen en caso de concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual²¹.

En este ámbito es importante determinar los efectos que deben vincularse al hecho de que, en el caso concreto, sea posible determinar la medida en que el daño resulta imputable a cada uno de los responsables; lo más favorable para la víctima es mantener la solidaridad en tal caso y valorar ese dato únicamente para concretar la cuota correspondiente a cada uno de los deudores en su relación interna²²; por contra, a los corresponsables les beneficia más que en tales hipótesis la solidaridad quede desplazada por la parciariedad, que obligaría a cada uno a responder frente a la víctima solo de su parte²³. Optar por uno u otro modelo es una cuestión de política legislativa. Por otra parte, la consagración legal de la solidari-

¹⁹ Así, WITTHAKER, «A few...», pp. 35 a 38, en alusión a los PECL.

²⁰ Vid. BUSCH, «Plurality...», p. 17, BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 101 y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 978.

²¹ Como admite, v. gr., la jurisprudencia italiana (ZOPPINI, *Diritto...*, p. 417) o cabe hacer aplicando análogamente el § 840 BGB (MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht...*, p. 403, núm. 892).

²² Solución que se desprende del § 254 BGB por analogía y de los arts. 2055 (2) c.c., 6:102 (1) BW, 10:105 (2) PECL y III.-4:106 (2) DCFR; también, en nuestro Derecho, el art. 116 CP o los arts. 132 y 133 TR-LGDCU.

²³ Así, los arts. 9:101 (3) PETL y 5194-1.2 PCCAPDC; este pudiera ser también el sistema consagrado, bastante confusamente, en el art. 1122. II y III en relación con el art. 1124 PMCC; a la situación resultante del CC español aludiré enseguida.

dad frente al perjudicado es compatible con la exoneración por ley de alguno de los responsables en el reparto interno de responsabilidades²⁴.

La regulación explícita de estos supuestos de corresponsabilidad evita, por lo demás, que se llegue a situaciones como las que se dan en Francia o España, donde en la práctica se aplica a la responsabilidad extracontractual un régimen peculiar de solidaridad, de discutible fundamentación jurídico-positiva. En efecto, en el país vecino, a fin de eludir la no presunción de solidaridad, doctrina y jurisprudencia han arbitrado, fundamentalmente para la responsabilidad civil (incluida la contractual) la llamada responsabilidad *in solidum*, cuyo régimen coincide con el de la solidaridad, aunque exceptuando sus efectos secundarios (así, la interrupción de la prescripción, la puesta en mora o la cosa juzgada respecto de uno de los deudores no afecta en principio a los otros)²⁵. Entre nosotros es bien conocida la polémica doctrinal sobre si los arts. 1137 y 1138 CC rigen para todas las obligaciones (tesis minoritaria) o solo para las contractuales (tesis dominante); ambos planteamientos admiten la fragmentación de la obligación frente a la víctima cuando en el caso concreto cabe fijar los daños atribuibles a cada sujeto; mas, no siendo ello posible, un sector doctrinal opina que la deuda sigue fraccionándose, aunque en partes iguales (*ex art.* 1138 CC), mientras que para la doctrina dominante y el TS opera la solidaridad entre los corresponsables; se trataría, no obstante, de una solidaridad peculiar, pues el TS ha suavizado alguno de sus efectos partiendo de que se origina en la propia sentencia que la declara (*v. gr.*, SSTS 2.1.2007 [RJ 2007, 1277] y 20.5.2008 [RJ 2008, 4607]), lo que le lleva a excluir la aplicación del art. 1974. I CC a esta llamada solidaridad impropia, aunque sea matizadamente [SSTS 14.3.2003 (RJ 2003, 3645) y 18.7.2011 (RJ 2011, 6123), entre otras]²⁶. De hecho, en este punto es de subrayar que la regulación uniforme de todo tipo de solidaridad, contractual o extracontractual, plasmada en varios ordenamientos o propuestas regulativas, ha sido posible precisamente limitando los efectos que produce en perjuicio de los deudores (*v. gr.*, en materias tales como la constitución en mora o la interrupción de la prescripción operada frente a uno de los codeudores o la

²⁴ Como ocurre, p. e., en los párrafos II y III del § 840 y en el § 841 BGB.

²⁵ A este respecto puede consultarse MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, pp. 727 a 733, núms. 1375 y ss. y VOIRIN, GOUBEAUX, *Droit...*, p. 618, núms. 1398-1400.

²⁶ Para más detalles, *vid.* GÓMEZ CALLE, «Los sujetos...», pp. 1021-1031.

extensión de la cosa juzgada), que no parecen adecuados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual²⁷.

III. LAS DEUDAS PARCIARIAS

Comenzamos el análisis de las diversas posibilidades configuradoras de la pluralidad de deudores con la parciariedad, cuya relevancia práctica, por lo que se ha ido indicando, resulta bastante limitada incluso en los sistemas que la presumen.

La deuda parciaria se divide en *tantas deudas, distintas e independientes entre sí, como deudores haya*, recayendo cada una de ellas sobre una parte de la prestación; de este modo, cada deudor queda liberado si cumple con su parte, más allá de la cual el acreedor no puede exigirle nada [arts. 1138 CC, 1309 Cod. civ., 1314 c.c. y 6:6 (1) BW, § 420 BGB, y arts. 1124. I y III PMCC, 513-1.2 PCCAPDC, 10:101 (2) PECL, III.-4:102 (2) DCFR y 11.1.1 (b) PICC].

De tal división resulta que *cada deuda queda sometida a su propio régimen*²⁸. El riesgo de insolvencia de cualquiera de los deudores es del acreedor. Cada deudor puede valerse de los medios de defensa que le correspondan personalmente, además de los comunes a todos los deudores. Los actos de defensa del crédito (como la puesta en mora o la interrupción de la prescripción) o de modificación o extinción de la obligación (novación, compensación, confusión²⁹ o remisión) solo afectan al deudor con quien se lleven a cabo.

Si la relación obligatoria es sinalagmática, la situación deviene algo más compleja (los deudores ostentan, al propio tiempo, un crédito frente a su acreedor, crédito con pluralidad de sujetos, sometido a su propio régimen jurídico). En principio, si uno de los codeudores no cumpliera con su parte, cabría pensar que el acree-

²⁷ En este sentido, MEIER, «Solidary...», p. 1575, quien cita como ejemplos de lo dicho el Derecho alemán así como los PECL y el DCFR. En efecto, en los tres casos se parte, *v. gr.*, de que la interrupción de la prescripción frente a un codeudor no afecta a los otros [así, explícitamente, el § 425 BGB e, implícitamente, los arts. 10:110 (a) PECL y III.-4:111 (a) DCFR (VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 994)] y de que lo mismo ocurre con la sentencia recaída respecto de uno de ellos [§ 425 BGB y arts. 10:109 PECL y III.-4:110 DCFR]; el § 425 BGB prevé idéntica regla para la constitución en mora de uno de los codeudores.

²⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 204, 229 y 230, MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 711, n.º 1350, LOOSCHELDERS, *Schuldrecht...*, p. 404, núm. 1193 y MEIER, «Solidary...», p. 1573. Como dispone el art. 513-3.1 PCCAPDC en su inciso primero, «créditos y deudas se reputan distintos y pueden ejercerse o cumplirse independientemente unos de otros».

²⁹ *Vid.* art. 1194 CC.

dar estaría legitimado para resolver parcialmente el contrato o para suspender en la misma medida el cumplimiento de su propia prestación³⁰. Si fuera el acreedor único quien incumpliera, parece razonable exigir de los codeudores (ahora, acreedores) una actuación conjunta para resolver el contrato³¹.

La parciariedad *presupone*, obviamente, que la prestación sea objetivamente divisible. Mas esto no significa que toda obligación con una prestación divisible deba quedar sujeta al régimen de la parciariedad, pues la ley y la autonomía privada pueden someterla a un régimen distinto.

Las partes en que se reputa dividida la deuda *se presumen iguales*, salvo previsión en contrario [arts. 1138 CC, 1309. I *i.f.* Cod. civ. y 6:6 (1) BW, § 420 BGB y arts. 1124. II PMCC, 513-3.2 PCCAPDC, 10:103 PECL y III.-4:104 DCFR].

IV. LAS DEUDAS MANCOMUNADAS

Cuando la deuda es mancomunada, el acreedor necesariamente debe dirigirse *contra todos los deudores conjuntamente* para exigirles el cumplimiento de la prestación, cumplimiento que, en principio, debe ser llevado a cabo por todos ellos también conjuntamente.

La categoría es consagrada en los PECL y el DCFR, que, sin embargo, prácticamente se limitan a caracterizarla en los términos que acabo de indicar [arts. 10:101 (3) PECL y III.-4:102 (3) DCFR, que se refieren respectivamente a *communal* y *joint obligations*] y a incluir una regla particular para el caso de incumplimiento (arts. 10:104 PECL y III.-4:105 DCFR). Tampoco hallamos una regulación mucho más completa en los ordenamientos nacionales aquí considerados, que en su mayoría desconocen esta figura, con la que únicamente cabe relacionar la *joint liability* de Derecho inglés, los arts. 1139 y 1150 CC y las construcciones doctrinales de la *gemeinschaftliche Schuld* en Alemania y de las obligaciones

³⁰ Esta es la solución que acogen los Comentarios a los PECL (BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, pp. 95 y 96) y al DCFR (VON BAR, CLIVE, *Principles...*, pp. 972 y 973); ambos añaden que el acreedor podría suspender el cumplimiento por entero si su propia prestación fuera indivisible. También del art. 513-3.1 *i.f.* PCCAPDC resulta la posibilidad de resolución parcial, hecha valer solo contra alguno de los deudores, al contemplarse este caso como excepción a la regla general, consistente en que en las obligaciones «mancomunadas» (que son las que en este trabajo denomino parciarias) la acción resolutoria debe dirigirse contra todos los deudores.

³¹ Así, MEIER, «Solidary...», p. 1573. *Vid.* también el § 351 BGB y los arts. 1123.1.ª, 1124. III y 1141 PMCC. El concurso de todos los deudores se impone asimismo, en el § 441 (2) BGB, para exigir la reducción del precio cuando el bien comprado es defectuoso.

conexas o colectivas en Italia. En el ámbito de las propuestas regulativas nacionales, contemplan la categoría, en España, tanto la PMCC (art. 1123) como la PCCAPDC (algo más detalladamente, en los arts. 513-1.3, 513-4 y 513-5).

Prácticamente la única coincidencia entre todas estas regulaciones o propuestas es la necesidad de que el acreedor proceda contra todos los deudores conjuntamente.

Los PECL y el DCFR no dejan claro si esta se concibe como una regla procesal³²; en cambio, en Derecho inglés se presenta como tal³³; en nuestro Derecho, el art. 1139 CC alude al ejercicio judicial de la acción, pero se entiende que también los actos extrajudiciales defensivos del crédito (para la interrupción de la prescripción o la constitución en mora) deben dirigirse contra todos los deudores para que tengan eficacia común³⁴; esta última parece ser la opción de los arts. 1123.2.ª PMCC y 513-4.c) PCCAPDC, que se refieren en general al ejercicio del derecho por parte del acreedor.

Más allá de ello, existen divergencias tanto en cuanto a los efectos de este régimen como respecto de sus mismos presupuestos. Comenzando por éstos, mientras que la doctrina alemana considera preciso que no sea posible el cumplimiento por uno solo de los deudores³⁵, en nuestro Derecho se admite lo contrario, observándose que el acreedor no puede rechazar el cumplimiento por un solo deudor si el mismo satisface plenamente su interés (arg. art. 1158 CC)³⁶; este también parece ser el caso en Derecho inglés, puesto que se presenta como una similitud entre este régimen y el de la solidaridad el derecho de regreso que contra sus codeudores ostenta el que haya pagado íntegramente³⁷. Asimismo, la indivisibilidad de la prestación, presupuesto de la *gemeinschaftliche Schuld*³⁸, no lo es del régimen español de la mancomunidad, que puede pactarse para obligaciones objetivamente divisibles³⁹.

En las deudas mancomunadas aparece implícita la idea de que si uno de los deudores incumple, el incumplimiento de la obligación se considera total. Consecuentemente, el acreedor podrá exi-

³² Así, FONTAINE, «Position...», p. 9, citando a MEIER.

³³ Vid. MCKENDRICK, «Contract...», p. 84, núm. 1287 y TREITEL, *The Law...*, pp. 600 y 601, núm. 13-005; ambos destacan que la regla tienen no obstante excepciones.

³⁴ CAFFARENA, «Comentario...», p. 124.

³⁵ MEIER, «Solidary...», p. 1574.

³⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 230 y 231.

³⁷ MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1283, y TREITEL, *The Law...*, p. 606, núm. 13-017.

³⁸ LOOSCHELDERS, *Schuldrecht.....*, p. 412, núm. 1217.

³⁹ CAFFARENA, «Obligación...», p. 4520 y Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 204. Esa posibilidad se admite, claramente, en la PCCAPDC, conforme a la cual la obligación es colectiva cuando la prestación es indivisible [art. 513-2.1.a)], lo que no impide que también en otros casos la ley o el título constitutivo configuren la obligación de igual modo (art. 513-2.1).

gir el cumplimiento en forma específica si aún es posible⁴⁰ y, si la relación es sinalagmática, ejercitar la facultad resolutoria o suspender íntegramente el cumplimiento de su prestación⁴¹. El incumplimiento también puede dar lugar a una indemnización a favor del acreedor, en cuyo caso es preciso determinar quién debe satisfacerla; aquí de nuevo surgen las diferencias: los PECL (art. 10:104), el DCFR (art. III.-4:105) y la PCCAPDC (art. 513-5) hacen responder solidariamente a todos los deudores, incluidos los que hubieran estado dispuestos a cumplir, quienes únicamente podrán reclamar después daños y perjuicios del codeudor incumplidor⁴²; en cambio, el art. 1150 CC limita la responsabilidad de aquéllos a «la porción correspondiente» en el valor de la prestación, límite que no se aplica a los demás deudores, que responden de dicho valor y de los demás daños derivados del incumplimiento; además, mientras que parece claro que la deuda de los dispuestos a cumplir se transforma en parciaria, resulta más discutible, a la vista del art. 1150 CC, que los demás se beneficien de similar fragmentación⁴³.

Concluyendo, cualquier regulación de las deudas mancomunadas debería establecer con claridad sus *presupuestos* y efectos. En cuanto a lo primero, opino que debería reconocerse un amplio margen a la autonomía privada y, en consecuencia, permitir el sometimiento voluntario a este régimen de obligaciones divisibles por naturaleza y, por tanto, de obligaciones en que sea materialmente posible el cumplimiento por un solo deudor. En cuanto a los *efectos*, creo que sería positivo explicitar que la necesidad de proceder contra todos los deudores conjuntamente para que todos queden afectados, se aplica a todo acto de ejercicio del derecho de crédito, sea judicial o extrajudicial [en la línea de los arts. 1123.2.^a PMCC y 513-4.c) PCCAPDC]. Para los casos de incumplimiento, estimo preferible la solución del art. 1150 CC a la de PECL, DCFR y PCCAPDC, porque libra del régimen de la solidaridad –que no era el originario de la obligación– a los deudores dispuestos a cumplir; en cambio, la solidaridad parece adecuada respecto de los demás deudores. Por último, en estas deudas lo lógico sería que la insolvencia de un deudor no se tradujera en la parcial exoneración de los demás y no afectara a la subsistencia de la prestación conjunta; por eso en Derecho inglés se

⁴⁰ Doctrina dominante en España a propósito del art. 1150 CC (CAFFARENA, «Obligación...», p. 4521).

⁴¹ ASÍ, BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, pp. 97 y 98, y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 974; *vid.* también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 232.

⁴² BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, pp. 104 y 105, y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 982.

⁴³ Al respecto, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 233.

admite que en estos casos la acción se dirija contra los demás⁴⁴; por tanto, es preferible prescindir de reglas como la del inciso final del art. 1139 CC [reiterada en el art. 1123.2.^a i.f. PMCC pero suprimida ya en el art. 513-4.c) PCCAPDC], difícilmente explicable en el marco de la mancomunidad⁴⁵.

V. LAS DEUDAS SOLIDARIAS

La solidaridad es *el régimen más gravoso para el deudor y el más favorable para el acreedor*, pues legitima a este para exigir el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de los codeudores; cuál sea la parte de deuda que en último término corresponda a cada uno de los deudores solo tiene relevancia en sus relaciones internas, que pasan a primer plano tras quedar satisfecho el acreedor. También es *el régimen de mayor relevancia práctica*, dada la tendencia generalizada a reforzar el crédito, que explica la difusión de este modelo en los textos legales (que frecuentemente optan por establecerlo con carácter supletorio en las obligaciones contractuales y como regla general en las extracontractuales) y en la práctica judicial de países cuyas leyes parten en realidad de la no presunción de la solidaridad.

5.1 LOS PRESUPUESTOS DE LA DEUDA SOLIDARIA

Cabe partir de dos presupuestos básicos: pluralidad de deudores y unidad de prestación, que ha de ser idéntica para todos los deudores⁴⁶.

Es común admitir que *la solidaridad es posible aunque los deudores estén vinculados de modo distinto*, siempre que la prestación sea la misma para todos ellos. Esta llamada solidaridad no uniforme⁴⁷ aparece contemplada, *v. gr.*, en los arts. 1140 CC (reproduci-

⁴⁴ TREITEL, *The Law...*, p. 601, núm. 13-005.

⁴⁵ Al respecto *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 234.

⁴⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 235, y MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, pp. 718 y 719, núms. 1360 y 1361. En ocasiones se apunta otra exigencia; así, la doctrina española mayoritaria estima necesario que un mismo hecho haya generado para todos los deudores la obligación (CAFFARENA, «Comentario...», p. 118); en Italia se considera preciso algo que coligue las diversas obligaciones, a cuyo fin la jurisprudencia entiende que sirve tanto la unidad de fuente (*eadem causa obligandi*), como una vinculación económica (así, la unidad del hecho dañoso del que aquellas derivan) (ZOPPINI, *Diritto...*, pp. 416 a 418); por su parte, la doctrina germana dominante exige que las diversas deudas sean «del mismo rango o nivel» (MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht...*, p. 403, núm. 892).

⁴⁷ CAFFARENA, «Comentario...», p. 125.

do en los arts. 1122. V PMCC y 513-2.2 PCCAPDC), 1293 c.c., 10:102 PECL y III.-4:103 (3) DCFR⁴⁸; este último alude explícitamente a la posibilidad de que las deudas tengan distintos fundamentos. Consecuentemente, puede haber solidaridad aunque los deudores no estén sujetos a idénticas condiciones o plazos para cumplir, o se hayan fijado diferentes lugares para el pago, o unos estén cubiertos por una garantía y otros no, o la prestación debida por alguno sea solo una parte de la debida por otro⁴⁹.

Igualmente, la solidaridad puede darse *entre el causante directo de un daño y quien responde por él*⁵⁰, aun cuando uno responda por culpa y otro sin ella⁵¹; o *entre quien responde extracontractualmente y quien lo hace ex contractu*⁵².

En el ámbito contractual, la solidaridad no presupone que todos los deudores se hayan obligado en virtud del mismo contrato con el acreedor: *las deudas pueden provenir de diversos contratos*⁵³.

Un caso significativo –que mencionan los dos Comentarios últimamente citados– es el de quien garantiza una deuda ajena mediante un contrato suscrito con el acreedor (p. e., fianza), distinto de aquel del que trae causa la deuda principal. El caso obliga a

⁴⁸ Antes de ser reformado por la *Ordonnance n.º 2016-131* de 10 de febrero de 2016, el *Code* francés también contemplaba expresamente esta posibilidad en el antiguo art. 1201 Cod. civ., del que no hay rastro en la nueva regulación.

⁴⁹ Pensemos, p. e., en el caso de asegurador y asegurado, ambos deudores solidarios frente al perjudicado, y en cómo el derecho de este contra el primero está limitado a la suma asegurada; como observa la STS 4.3.2015 (RJ 2015, 714) respecto de tal caso, «aun no siendo idéntico el contenido obligacional de ambos deudores, no por ello deja de existir la solidaridad entre ellos». Lo mismo es posible, v. gr., conforme al art. 61.3 LORPM si, tal como lo vienen aplicando las Audiencias Provinciales de lo penal, se considera que la posible moderación de la responsabilidad civil de los padres –por los daños derivados de delitos o faltas cometidos por sus hijos cuando en aquellos no hubiera habido dolo o negligencia grave–, tiene eficacia *ad extra* o frente al perjudicado; de ahí resulta que los padres pueden ser declarados responsables solidarios con el hijo solo en una parte de la indemnización debida (sobre esta cuestión, GÓMEZ CALLE, *Tratado*, II, pp. 1258 a 1260).

⁵⁰ Como admiten nuestro TS y nuestra doctrina en relación con los arts. 1902 y 1903 CC (al respecto, GÓMEZ CALLE, *Tratado*, I, pp. 1034 y 1035). La PCCAPDC (art. 5195-6 en relación con art. 5194-1.2) así lo dispone expresamente respecto de los daños que resulten imputables a principales y dependientes (supuesto que se refiere a los mismos casos de responsabilidad por hecho ajeno ahora plasmados en el art. 1903 CC). También los PETL [art. 9:101 (1)] y el DCFR [art. VI.-6:105] consagran la solidaridad en casos de este tipo (y así lo subrayan, en relación con el DCFR, VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 979).

⁵¹ *Vid.*, v.gr., el art. 61.3 LORPM, que establece la responsabilidad solidaria del menor autor del delito o falta (en quien por definición concurre culpa) y de una serie de personas llamadas a responder por él objetivamente (más detalles en GÓMEZ CALLE, *Tratado*, II, pp. 1251 a 1254).

⁵² *Vid. supra*, II, B). Entre nosotros, esa posibilidad resulta de varias normas (p. e., art. 17.3 LOE, art. 5.2 LCA o art. 132 en relación con art. 138 TRLGDCU), fuera de las cuales también ha sido admitida por el TS (a este respecto, GÓMEZ CALLE, *Tratado*, I, pp. 1035 y 1036).

⁵³ En este sentido, *vid. Official Comments to the art. 11.1.1 PICC*, epígrafe 2, y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, 971; también, respecto del Derecho alemán, MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht...*, p. 402, núm. 888; y sobre la jurisprudencia italiana en este sentido, ZOPPINI, *Diritto...*, p. 417.

considerar *la relación entre solidaridad y garantías*; como observa S. MEIER⁵⁴, ambas tienen en común que el acreedor puede exigir la prestación íntegra a cualquiera de los varios deudores; la subsidiariedad de la responsabilidad del garante no es la verdadera diferencia entre ambas, pues con frecuencia se excluye por pacto o ley; lo que las distingue es el carácter accesorio de la garantía respecto de la deuda principal garantizada, que explica que lo que a ésta le ocurra incide en aquélla; en la solidaridad ordinaria también las contingencias que afectan a la responsabilidad de uno de los deudores puede incidir en la de los otros, pero esa influencia es recíproca; por ello, concluye MEIER, las garantías en Europa, o bien se distinguen de la solidaridad⁵⁵ o bien se contemplan como un caso especial de la misma⁵⁶.

5.2 LA RELACIÓN EXTERNA ENTRE EL ACREEDOR Y LOS DEUDORES

Es usual que las normas que caracterizan la solidaridad se refieran únicamente a esta relación; es el caso de los arts. 1137 CC, 1292 c. c. y 6:7 (1) BW, § 421 BGB y arts. 1125. I PMCC, 513-1.4 y 513-6 PCCAPDC, 10:101 (1) PECL, III.-4:102 (1) DCFR y 11.1.1 (a) PICC; todos ellos (también el nuevo art. 1313. I Cod. civ.) disponen que *cada uno de los deudores solidarios debe íntegramente toda la prestación o responde de la totalidad de la deuda*. Partiendo de esta idea básica, el régimen de la relación entre acreedor y deudores solidarios se caracteriza por unas pautas que paso a desarrollar.

5.2.1 El carácter indistinto del deber de prestación

Que cada uno de los deudores *deba* el total comporta asimismo que cualquiera de ellos *puede* ejecutar íntegramente la prestación (si fuera preciso, mediante fórmulas de liberación coactiva, como la consignación)⁵⁷. En cualquier caso, cumplida la obligación por

⁵⁴ «Solidary...», p. 1573.

⁵⁵ MEDICUS y LORENZ (*Schuldrecht...*, 404 y 405, núm. 894) señalan rotundamente que no hay deuda solidaria donde la ley se ha decidido por la accesoriedad (caso de la fianza).

⁵⁶ Enfoque del DCFR, según el cual las garantías personales se rigen en primer término por sus reglas específicas y, subsidiariamente, por las atinentes a la pluralidad de deudores (art. IV. G.-1:104).

⁵⁷ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 239. Los arts. 1127 PMCC y 513-7 PCCAPDC mencionan explícitamente la consignación al referirse a la liberación que se produce a favor de todos los codeudores solidarios cuando uno de ellos cumple o lleva a cabo cualquier acto extintivo de la obligación como, aparte de los mencionados, la dación en pago o la compensación.

uno de ellos, todos los deudores quedan liberados frente al acreedor [arts. 1313. I *i.f.* Cod. civ., 1292 c. c., 6:7 (2) –primer inciso– BW, 1127 PMCC, 513-7 PCCAPDC, 10:107 (1) PECL, III.-4:108 (1) DCFR y 11.1.5 PICC]; el pago por uno surte efectos para todos los demás [§ 422 (1) 1 BGB], pues el acreedor sólo puede obtener una vez la prestación íntegra [§ 421.1 BGB]; parece preferible hablar de *liberación frente al acreedor*, a decir (como hace el art. 1145. I CC) que la obligación se extingue; y ello, porque dicha extinción es difícilmente compatible con la subrogación en el crédito por parte del deudor que paga, admitida prácticamente por todos los sistemas aquí considerados, como se verá.

La liberación será total si el cumplimiento también lo fue, y será parcial cuando uno de los deudores hubiera cumplido solo en parte (supuesto que ello fuera posible). Esta lógica conclusión se encuentra formulada expresamente en los PECL, el DCFR y los PICC en los artículos últimamente citados e inspira asimismo el art. 1316 Cod. civ.⁵⁸

5.2.2 El derecho de elección del acreedor

Del hecho de que cada deudor deba el total deriva el *derecho de elección del acreedor*, quien puede exigir, judicial o extrajudicialmente, la íntegra prestación *de cualquiera de ellos* [así, en esencia, los arts. 1313. II –primer inciso– Cod. civ., 1144 –primer inciso– CC, 1292 c. c. y 6:7 (1) BW, § 421.1 BGB y arts. 1125. II –primer inciso– PMCC, 513-6.2 –primer inciso– PCCAPDC, 10:101 (1) PECL, III.-4:102 (1) DCFR y 11.1.3 PICC]⁵⁹; en caso de solidaridad no uniforme, el acreedor podrá reclamar a cada deudor hasta donde alcance el importe de su deuda. Con ello simplemente se pone de manifiesto que los deudores solidarios carecen de beneficio de división⁶⁰; por tanto, el derecho de elección no quiere decir que el acreedor que ha escogido a un deudor pueda rechazar sin más el debido cumplimiento de la prestación ofrecido por otro deudor⁶¹.

El acreedor también puede dirigirse *simultáneamente contra todos los deudores* (como expresamente prevé el art. 1144 CC) y demandar a todos.

⁵⁸ El art. 1316 Cod. civ. contempla el supuesto en que el acreedor consiente la remisión de la solidaridad solo en favor de un deudor y cobra de él la parte que le corresponde, estableciendo que en tal caso conserva su crédito frente a los demás en la parte restante.

⁵⁹ Lo mismo se admite en Derecho inglés (TREITEL, *The Law...*, p. 601, núm. 13-006).

⁶⁰ Tal como declaraba expresamente el antiguo art. 1203 del *Code* francés antes de la reforma de 2016.

⁶¹ CAFFARENA, «Comentario...», p. 137.

Más dificultades puede plantear la posibilidad de demandar *solo a varios deudores* (no a todos); entre nosotros, tal posibilidad se ha considerado implícita en el art. 1144 CC⁶² y los arts. 1125. II PMCC y 513-6.2 PCCAPDC la reconocen expresamente; en cambio, el Derecho inglés parece rechazarla, entendiéndose que, de darse el caso, el tribunal podría ordenar que los demás codeudores se unieran a la acción, por ser deseable su presencia para resolver todas las materias en disputa en el procedimiento y establecer definitivamente el importe de la deuda a los efectos del derecho de regreso entre los codeudores⁶³.

5.2.3 El *ius variandi* del acreedor

Se considera ínsito en la solidaridad pasiva que el acreedor pueda variar el sujeto contra el que hacer valer su pretensión en tanto no obtenga la prestación íntegra (*ius variandi*); haber reclamado contra uno no puede impedirle hacer lo mismo contra otro, pues todos los deudores siguen obligados en tanto la prestación no se cumpla⁶⁴. Nuestro CC lo consagra en términos muy amplios en el art. 1144 CC, inciso segundo, sin distinguir entre reclamaciones judiciales y extrajudiciales (modelo que sigue el art. 513-6.2 PCCAPDC y del que se separa el art. 1125. II PMCC, que solo alude a las primeras); de él resulta que, mientras no obtenga el pago íntegro, el acreedor puede demandar sucesivamente a los diferentes deudores, sin necesidad de esperar el resultado del primer pleito, ni de que se constate la imposibilidad de obtener satisfacción del o de los demandados antes; parecidamente se expresa el art. 1313. II *i.f.* Cod. civ. Esta ausencia de límites ha sido criticada y seguramente debería corregirse⁶⁵. Movidos por ese afán, algunos civilistas españoles apuntan que el *ius variandi* se encuentra limitado por la buena fe y la prohibición del abuso del derecho⁶⁶.

5.2.4 Imposibilidad sobrevenida e incumplimiento

En aquellos Derechos, como el vigente en España, en los que la imposibilidad sobrevenida extingue la obligación y libera al de-

⁶² Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 239.

⁶³ Así, TREITEL, *The Law...*, p. 601, núm. 13-006.

⁶⁴ Así, en Italia, ZOPPINI, *Diritto...*, p. 420, pese a la falta de norma expresa en tal sentido.

⁶⁵ Como exponente de norma que reconoce al acreedor el *ius electionis*, negándole el *ius variandi* respecto del ejercicio de acciones, cabe citar el art. 65 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, para el contrato con portadores sucesivos.

⁶⁶ *Vid.*, por todos, CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 6 y 7; sin embargo, otros consideran que el papel de estos criterios al indicado fin es muy reducido (Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 241).

dor único cuando reúne ciertos caracteres (así, en nuestro Derecho, cuando es *fortuita* y se produce *no habiendo mora debitoris*), es lógico que ese mismo efecto se reconozca cuando hay varios deudores solidarios, pues no hay razón para agravar la responsabilidad de estos; esto explica el art. 1147. I CC.

Cuando la imposibilidad sobrevenida es imputable a uno de los deudores solidarios, cabría entender que la solidaridad comporta una ampliación del área de responsabilidad. Esta es la solución adoptada en los Códigos civiles francés, italiano y español, conforme a los cuales la obligación se perpetúa para todos los deudores, que pasan a responder solidariamente del valor de la prestación; por lo que respecta a la indemnización de los daños derivados del incumplimiento, existirían dos posibilidades teóricas: ampliar a ella la responsabilidad solidaria de todos, sin perjuicio del derecho de regreso en la relación interna contra el responsable último (solución por la que opta el art. 1147. II CC y, tras la reforma de 2016, el nuevo art. 1319 Cod. civ.), o atribuir únicamente a éste la obligación de satisfacerla al acreedor, eximiendo a todos los demás (tal como hace el art. 1307 c. c.)⁶⁷.

Del § 425. II BGB, que consagra la eficacia personal de la culpa, se desprende que, en principio, las pretensiones indemnizatorias –también las que sustituyen a la prestación– solo pueden hacerse valer contra el deudor culpable⁶⁸; parece, pues, que en este sistema no hay extensión alguna de la culpa.

Si la imposibilidad sobrevenida acontece *en una relación sin-lagmática*, entra en juego la facultad resolutoria del acreedor, además de la indemnización de daños cuando proceda. Fuera de los casos de imposibilidad sobrevenida, si uno de los deudores incumple, el acreedor podría exigir el cumplimiento a cualquiera de los otros o, en su caso, resolver o suspender su contraprestación; por

⁶⁷ El antiguo art. 1205 Cod. civ. preveía, en la misma línea que el Código italiano, que si la cosa debida se perdía por culpa de uno de los deudores o estando alguno de ellos en mora, los otros no quedaban libres de la obligación de pagar su precio pero sí de la de reparar daños y perjuicios; tras la reforma introducida por la *Ordonnance n.º 2016-131* de 10 de febrero de 2016, el Código francés ha introducido en el art. 1319 Cod. civ. una nueva regla relativa a las consecuencias del incumplimiento imputable a uno o varios de los codeudores solidarios estableciendo, en la relación externa, la responsabilidad solidaria de todos frente al acreedor y atribuyendo, en la interna, la carga definitiva que de ello se derive a aquellos deudores a los que sea imputable el incumplimiento (*vid.* al respecto el *Rapport du Ministère de la Justice...*). Por lo demás, el nuevo art. 1351 Cod. civ. mantiene los clásicos requisitos a los que ya antes (y según los antiguos arts. 1302 y 1303 Cod. civ.) se subordinaba la liberación del deudor en caso de imposibilidad sobrevenida: que se deba a fuerza mayor y que el deudor no haya asumido ese riesgo ni esté constituido en mora.

⁶⁸ LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*....., p. 408, núm. 1203.

su parte, los otros deudores pueden evitar resolución y suspensión cumpliendo debidamente⁶⁹.

La modernización del Derecho de obligaciones promueve un concepto de incumplimiento amplio, unitario y neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor, entendido básicamente como «cualquier desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo», al margen de cuál sea su causa⁷⁰; en este contexto, la imposibilidad sobrevinida no es sino un supuesto más de incumplimiento, independientemente de qué lo haya motivado o en qué circunstancias se haya producido. Es al determinar los remedios de que dispone el acreedor cuando ese concepto de incumplimiento puede aparecer cualificado por alguna condición adicional: así, cabe exigir que la indemnización de daños y perjuicios presuponga un incumplimiento inexcusable; esta es la solución que acogen, por ejemplo, los PECL (art. 8:108), el DCFR [art. III.-3:701 (1) en relación con art. III.-3:104], la PMCC (art. 1209. I) o la PCCAPDC (art. 518-24), conforme a los cuales el deudor no se exonera probando la ausencia de culpa de su parte, sino otras causas de exoneración ajenas a la idea de culpa. De acuerdo con ello, el art. 1131 PMCC hace responder solidariamente a cada deudor solidario de los daños causados al acreedor por el incumplimiento de cualquiera de ellos, a no ser que pruebe que para él hubo un caso fortuito; por su parte, el art. 513-9 PCCAPDC opta por responsabilizar de esos mismos daños frente al acreedor a cada uno de los deudores, dejando a salvo las reclamaciones que procedan entre ellos en las relaciones internas.

5.2.5 Constitución en mora del deudor

En las deudas solidarias hay que concretar *si la constitución en mora de uno de los deudores por la interpelación del acreedor es o no extensiva a los demás* (supuesto, claro está, que todas las deudas hayan vencido). La respuesta negativa (plasmada en el § 425 BGB y los arts. 1308.1 c. c. y 1126 PMCC) se apoya en la idea de que los actos del acreedor frente a un deudor no deben afectar a los codeudores si les perjudican; en cambio, la idea contraria (reflejada en el art. 1141. II CC y establecida en el art. 513-11.5 PCCAPDC, que

⁶⁹ BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 95, VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 972 y, para el Derecho holandés, BUSCH, «Plurality...», p. 10; *vid.* también CAFFARENA, «Comentario...», p. 147.

⁷⁰ *Vid.* en este sentido MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 29 y ss.; también, centrada en la PMCC, FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 69 y ss.

alude explícitamente a la constitución en mora) podría estimarse más coherente en los sistemas que consagran la extensión de los efectos de la culpa⁷¹.

5.2.6 Actos modificativos y extintivos de la obligación

Sabemos que el cumplimiento por un deudor libera a todos los demás en la medida en que se haya producido; aquí se trata de analizar la eficacia que tienen otros actos extintivos o modificativos de la obligación en la relación entre acreedor y deudores.

5.2.6.1 COMPENSACIÓN

En la solidaridad pasiva *los efectos* de la compensación *dependen de si esta opera automáticamente* (opción del antiguo art. 1290 Cod. civ.⁷² y, más matizadamente, del art. 1242.1 c. c.) o, por el contrario, *debe ser declarada por el interesado* [como resulta del nuevo art. 1347 Cod. Civ., del § 388.1 BGB y los arts. 6:127 BW, 1177. I PMCC, 516-4 PCCAPDC, 13:104 PECL, III.-6:105 DCFR y 8.3 PICC].

La segunda solución es la que prevalece en las propuestas normativas más recientes y a ella se acaban acercando los sistemas de corte opuesto que exigen la alegación de la compensación en juicio⁷³. Partiendo de ella, pueden darse las siguientes hipótesis: a) El acreedor reclama el pago al deudor que ostenta el crédito compensable y éste declara la compensación: tanto él como los demás deudores quedan liberados en la medida en que aquella se produzca [§ 422 (1) 2 BGB y arts. 6:7 (2) BW, 1127 PMCC, 513-7 PCCAPDC, 10:107 PECL, III.-4:108 (1) DCFR y 11.1.5 PICC]. b) El deudor que puede oponer la compensación no lo hace y paga al acreedor: todos quedan liberados por dicho pago, que no puede considerarse indebido. c) No habiéndose declarado la compensación por el legitimado para ello, el acreedor exige el pago a otro deudor; la cuestión es si éste puede invocar el crédito compensable del codeudor; lo veremos al estudiar las excepciones oponibles al acreedor⁷⁴.

⁷¹ Así, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 256.

⁷² Derogado por la *Ordonnance n.º 2016-131*.

⁷³ Vid. CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 188 a 191. Sobre la discutida situación en el Derecho español vigente, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 629 a 631.

⁷⁴ Vid. *infra*, epígrafe 5.2.8, apartado B), letra c).

Si se partiera del automatismo de la compensación, cualquier deudor podría invocarla frente al acreedor⁷⁵.

5.2.6.2 CONFUSIÓN

En la solidaridad pasiva, el legislador puede atribuir a la confusión *eficacia colectiva* o eficacia personal. En el primer caso, la confusión provoca la extinción de la obligación en su totalidad, quedando liberados todos los deudores (sin perjuicio del derecho de regreso de aquel en quien se da la confusión contra los demás, *por la parte* de cada uno); este es el modelo plasmado, según nuestra doctrina dominante, en el art. 1143 CC⁷⁶. En cambio, cuando a la confusión se le dota de *eficacia personal*, la obligación solo se extingue en la parte correspondiente al deudor en quien se produce, de modo que, por el resto, la deuda *solidaria* sigue pesando sobre los demás deudores; consagran este sistema, claramente prevalente, el § 425 (2) BGB y los arts. 1349-1. I Cod. civ., 1303.1 c. c., 1129 PMCC, 513-8.1 PCCAPDC, 10:107 (2) PECL, y III.-4:108 (2) DCFR, y, aun a falta de norma expresa, también es la solución del Derecho holandés⁷⁷.

5.2.6.3 REMISIÓN

5.2.6.3.1 *La eficacia de la remisión*

La remisión de la deuda puede tener eficacia colectiva o eficacia limitada a uno de los deudores; *su alcance depende de la voluntad del remitente*, a determinar en cada caso mediante la interpretación; con todo, el legislador suele consagrar en esta materia reglas supletorias o interpretativas, que ayudan a resolver los supuestos dudosos. Veamos las situaciones posibles⁷⁸.

a) Cuando el acreedor dota a la remisión de *eficacia colectiva*, favorece con ella a todos los deudores solidarios [*vid.* arts. 1143

⁷⁵ CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 209 a 212. Por eso en la redacción del *Code* francés anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131* los ya derogados arts. 1290 y 1294. III Cod. civ. resultaban contradictorios pues, tras dar a entender el primero que la compensación operaba automáticamente, el segundo impedía al deudor solidario oponer la compensación de lo que el acreedor debiera a un codeudor (*vid.* MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 721, n.º 1363); tal incoherencia ha desaparecido en la nueva regulación, que, como se ha visto, parte ya claramente de la necesidad de que el interesado invoque la compensación.

⁷⁶ CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 238 a 241.

⁷⁷ BUSCH, «Plurality...», p. 38.

⁷⁸ Al respecto, CAFFARENA, «Comentario...», pp. 143 y 144, y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 249 a 251.

CC, 1237.1 y 1301 –primer inciso– c. c. y 6:9 BW, § 423 BGB y art. 10:108 (2) PECL]. Algunos ordenamientos presumen esta eficacia cuando el acreedor no expresa claramente su voluntad de beneficiar solo a un deudor (así, el art. 1301.1, primer inciso, c. c.; en el ámbito de las propuestas normativas, este es el modelo que para la solidaridad contractual consagran los arts. 1130. II PMCC y 513-8.2 PCCAPDC)⁷⁹. Si la remisión es *de toda la deuda*, la obligación se extingue por completo y los deudores quedan totalmente liberados. Si la remisión fuera *de solo parte de la deuda*, la extinción sería parcial y el acreedor podría reclamar el resto a cualquiera de los deudores; pagada por un deudor la porción subsistente, todos quedarían liberados.

b) Puede que el acreedor desee *beneficiar únicamente a uno de los deudores*. La remisión puede ser *de toda la parte* correspondiente a ese deudor en la deuda (en el reparto interno) o de *solo una porción* de ella; en este último caso, el acreedor podrá exigirle el cumplimiento de todo lo demás; en el primer caso, habrá que determinar, mediante interpretación, si el acreedor ha querido liberar por completo al deudor condonado, de modo que ya nada puede reclamarle, o, por el contrario, solo ha querido perdonarle su porción y no renunciar a la posibilidad de reclamarle la de los otros deudores. Por lo que respecta a los deudores no condonados, resulta razonable entender que en ambos casos quedan liberados frente al acreedor en la medida de la remisión; efectivamente, esos deudores no pueden verse perjudicados por un acto, la remisión, en el que no han tenido intervención alguna; partiendo de ahí, si se entendiera, en contra de lo que acabo de apuntar, que el acreedor puede exigir de cualquier deudor no condonado el total de la deuda, el que pagara podría accionar en vía de regreso contra el condonado para que le abonara su parte; así resultaría que la remisión solo sería eficaz si este último pudiera, a su vez, accionar contra el acreedor para recuperar lo que le perdonó; todo esto se evita, en muchos de los sistemas aquí considerados, estableciendo que la remisión de uno de los deudores solidarios libera a los otros en la parte correspondiente al deudor condonado [arts. 1350-1. I Cod. civ., 1301.1 *i.f.* c. c., 10:108 (1) PECL, III.-4:109 (1) DCFR y 11.1.6 PICC]; aún a falta de una norma expresa similar, en España la doctrina mayoritaria llega al mismo resultado⁸⁰, que consagran

⁷⁹ Esta solución se ha considerado válida también para nuestro Derecho vigente (CAFFARENA, «Comentario...», p. 143). El antiguo art. 1285. I Cod. civ. partía asimismo de esta presunción; sin embargo, la *Ordonnance n.º 2016-131* la ha suprimido por considerar más realista que el acreedor no desea beneficiar a todos los codeudores solidarios cuando remite la deuda a uno de ellos (nuevo art. 1350-1. I Cod. civ.) (en este sentido, el *Rapport du Ministère de la Justice...*).

⁸⁰ CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 296 a 300.

asimismo –para la solidaridad de origen contractual– los arts. 1130. I PMCC y 513-8.2 *i.f.* PCCAPDC; también en Derecho inglés se estima que la remisión de un deudor solidario libera a todos los demás siempre que no haya una reserva explícita o implícita de los derechos del acreedor contra aquellos⁸¹. Los preceptos citados parecen presuponer que la remisión es de toda la parte correspondiente al condonado porque, si fuera de menos, los otros deberían quedar liberados en la misma medida⁸².

Se ha observado que la regla de liberación de los demás deudores en la parte correspondiente al condonado plantea problemas en la solidaridad derivada de la causación conjunta de un daño; en tal caso, la imposibilidad de determinar de antemano cuál es esa parte genera diversas dificultades e inconvenientes⁸³; para evitarlos, el art. III.-4:109 (3) DCFR dispone que los demás deudores no quedan liberados sino en la medida precisa para evitar que el acreedor obtenga más que la reparación íntegra del daño, conservando sus derechos de regreso contra el condonado; las propuestas normativas españolas resuelven el problema circunscribiendo a la solidaridad de origen *contractual* la regla de liberación en la parte del remitido (arts. 1130. I PMCC y 513-8.2 *i.f.* PCCAPDC).

5.2.6.3.2 *El pacto de non petendo*

En virtud de este pacto el acreedor se compromete con uno de los deudores solidarios a no exigirle a él el cumplimiento; verdaderamente no hay remisión: el deudor que satisfaga al acreedor podrá reclamar su parte al deudor interviniente en el pacto; este elude su responsabilidad por el todo frente al acreedor, pero no su responsabilidad por la parte que le corresponda en su relación con los demás deudores⁸⁴. Este pacto es admisible, al amparo de la autonomía privada, en los sistemas en que la remisión en beneficio de un deudor

⁸¹ MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1284 y TREITEL, *The Law...*, pp. 604 y 605, núm. 13-013.

En Alemania se entiende que hay que estar a lo que resulte de la interpretación de la voluntad de las partes (LOOSCHELDERS, *Schuldrecht...*, pp. 407 y 408, núm. 1201).

⁸² En este sentido, *Official Comments to the art. 11.1.6 PICC*, epígrafe 3.

⁸³ Al respecto, WHITTAKER, «A few...», pp. 40 a 42.

⁸⁴ CAFFARENA, «Comentario...», pp. 144 y 145. Es el equivalente al «*covenant not to sue*» del Derecho inglés (TREITEL, *The Law...*, pp. 604 y 605, núm. 13-014).

Por lo dicho *supra*, no se entiende que la STS 21.12.2000 (RJ 2000, 9176), tras definir el pacto de *non petendo* como aquel por el que el acreedor se obliga solo frente a uno de los codeudores solidarios (que en el caso eran dos) a no exigirle la efectividad de la obligación y apuntar que no produce la remisión de la deuda, diga que en este caso *el acreedor puede dirigirse contra ambos deudores* «en exigencia de la satisfacción íntegra» de la deuda, dejando a salvo el derecho de regreso de quien pague contra el beneficiado del pacto; frente a lo resaltado en cursiva, lo que caracteriza este pacto es precisamente la idea contraria, que el propio TS destaca en su definición.

dor libera a los otros en la porción perdonada. En otros, como el holandés, es innecesario, en tanto que la ley parte precisamente de que el deudor favorecido por la renuncia del acreedor no queda liberado de la deuda en vía de regreso (salvo previsión en contrario del acreedor, que debe ir acompañada de la consiguiente rebaja de la deuda)⁸⁵.

5.2.6.4 TRANSACCIÓN

Cabe preguntarse por los efectos que una transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios puede surtir respecto de los demás deudores. En muchos ordenamientos esta cuestión no se contempla específicamente, lo que ha propiciado la polémica⁸⁶. Por ello parece aconsejable regularla, partiendo de que el acuerdo no puede perjudicar a quienes no han tomado parte en él; en cambio, podría admitirse que se les permita beneficiarse de la transacción si lo desean (como prevé el art. 1304.1 c. c. o propone el art. 513-11.3 PCCAPDC) o, como solución más objetiva, considerarlos liberados en la parte correspondiente al deudor que transigió (salvo que la transacción previera su liberación total) [así, los arts. 10:108 (1) y (2) PECL, III.-4:109 (1) DCFR –cuyo párrafo (3) hace, para la solidaridad derivada de la causación conjunta de un daño, la misma salvedad que respecto de la remisión⁸⁷– y 11.1.6 PICC].

5.2.6.5 NOVACIÓN

Solo los Códigos latinos contemplan específicamente la novación *acordada por el acreedor con uno de los deudores solidarios*, estableciendo como regla general que la misma *comporta la liberación de los demás* (arts. 1335. I Cod. civ. y 1300.1, primer inciso, c. c.; *vid.* también arts. 1127 *i. f.* PMCC y 513-7 *i. f.* PCCAPDC) o *la extinción de la obligación* (art. 1143 CC); el que intervino en la novación quedará entonces sujeto a la nueva obligación.

La regla requiere muchos matices, habida cuenta que la novación puede tener un alcance y unos contenidos muy diversos⁸⁸. Nuevamente, habrá que estar a la voluntad de las partes y tener en cuenta que el acuerdo no puede perjudicar a los deudores que no intervienen en él. Esto se plasma en algunas reglas del Código civil italiano; así, el mismo prevé que los privilegios o garantías del anti-

⁸⁵ *Vid.* art. 6:14 BW y su crítica por BUSCH, «Plurality...», p. 43.

⁸⁶ Tal es el caso en España: *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 259 y 260.

⁸⁷ *Vid. supra*, epígrafe 5.2.6.3.1., letra b), último párrafo.

⁸⁸ CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 142 a 169.

guo crédito solo pueden reservarse sobre bienes del deudor que contrata la nueva deuda (art. 1233 c. c.)⁸⁹; por otra parte, el art. 1300.1, segundo inciso, c. c., contempla específicamente la *novación con eficacia limitada a uno de los deudores*, estableciendo que los otros quedan liberados por la parte de aquel. Esta última regla enlaza con la solución sugerida para hipótesis similares ya analizadas, y ofrece una solución razonable en esta clase de novación.

5.2.7 La prescripción

La primera cuestión a resolver es *si la interrupción (o suspensión) de la prescripción frente a un deudor afecta a los otros*. Las respuestas posibles van desde la afirmativa en todo caso⁹⁰, hasta la negativa⁹¹, pasando por soluciones intermedias, que distinguen según cuál sea la causa de interrupción o suspensión⁹².

Cuestión distinta (que muchos ordenamientos no contemplan expresamente) es *si la prescripción ya consumada frente a uno de los deudores debe tener efectos respecto de los otros*; a esta situación cabe llegar tanto si se admite que la interrupción frente a uno no afecta a los otros, como si difieren los plazos de cumplimiento aplicables a cada deudor. De nuevo, teóricamente caben distintas respuestas: 1.^a) Todos los codeudores pueden invocar la prescripción frente al acreedor y no pagar nada; esta solución es criticable, en mi opinión, porque injustificadamente resulta demasiado severa para el acreedor y demasiado beneficiosa para los deudores frente a los cuales no ha habido prescripción⁹³. 2.^a) Frente al acreedor

⁸⁹ En el mismo sentido se pronunciaba el anterior art. 1280 Cod. civ., derogado por la *Ordonnance n.º 2016-131*. Por otra parte, el antiguo art. 1281. III Cod. civ. disponía que si el acreedor exigía la adhesión de los demás deudores y estos se negaban, subsistía el antiguo crédito. Tras la reforma de 2016 no se recogen en el Código francés reglas similares.

⁹⁰ Así, el art. 2245. I Cod. civ., el art. 713-2.3 APLCM (para las acciones procedentes de acciones mercantiles: art. 711-1 APLCM) y el art. 513-11.4 PCCAPDC (para la solidaridad de origen contractual). La *Ordonnance n.º 2016-131* ha prescindido de incluir entre las reglas que el Código civil francés dedica a las obligaciones solidarias un precepto como el antiguo art. 1206, probablemente porque ello era innecesario a la vista de lo ya dispuesto por el art. 2245. I Cod. civ.

⁹¹ Que establece el § 425 BGB y presuponen los arts. 10:110 (a) PECL y III.-4:111 (a) DCFR (VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 994); del art. 1126 PMCC parece resultar lo mismo, en tanto dispone que las reclamaciones hechas a uno de los deudores solidarios no perjudican a los demás (esto mismo es lo que dice el art. 513-11.1 PCCAPDC, con la diferencia de que este deja a salvo las excepciones previstas por la ley, entre las cuales se sitúa la plasmada en el número 4 del mismo art. 513-11 para la solidaridad contractual: *vid.* nota anterior).

⁹² Así, puede considerarse adecuado ceñir al deudor que reconoce la deuda los efectos de la consiguiente interrupción, y, en cambio, hacer extensivos esos efectos a los demás cuando el acreedor reclama el cumplimiento a uno de ellos; los arts. 1309 y 1310.1 c. c. y 11.1.7 PICC consagran esta solución, defendida también entre nosotros a propósito del art. 1974. I CC (así, por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 258 y 259; en contra, *v. gr.*, CAFFARENA, «Comentario...», pp. 129 y 130).

⁹³ CAFFARENA, *La solidaridad...*, p. 80.

solo puede valerse de la prescripción el deudor afectado por ella, no los demás, que deberán pagar todo si se les reclama; hallamos esta solución en el § 425 BGB y los arts. 1310.2 c. c., 10:110 PECL, III.-4:111 DCFR y 11.1.7 (1) PICC y se admite también en Derecho holandés⁹⁴; pero para evitar que recaigan sobre los otros deudores las consecuencias de la conducta del acreedor que deja prescribir el plazo que tiene para reclamar a uno de ellos, esas reglas permiten al deudor que paga recuperar del deudor beneficiado por la prescripción su parte, prohibiendo a este invocar la prescripción en las relaciones internas⁹⁵. Con esta solución, el acreedor elude finalmente las consecuencias de la prescripción, de cuyos efectos, correlativamente, no acaba beneficiándose el deudor al que se refiere. 3.^a) Frente al acreedor pueden invocar la prescripción, tanto el deudor a quien se refiere (por el todo), como sus codeudores, por la parte de deuda correspondiente a aquel en las relaciones internas; probablemente sea esta la solución más equilibrada⁹⁶.

5.2.8 Las excepciones oponibles al acreedor

En esta materia debemos diferenciar entre excepciones comunes (también llamadas generales, objetivas o reales) y excepciones personales (o subjetivas), distinción presente en todos los sistemas aquí considerados⁹⁷. Es usual reconocer que cada uno de los deudores solidarios puede oponer al acreedor tanto las excepciones comunes como las personales suyas. La cuestión es determinar cuáles son unas y otras; también hay que resolver si un deudor puede valerse de las excepciones personales de otro, o de cuáles de ellas, y en qué medida; finalmente, hay que concretar si el deudor tiene que oponer necesariamente las excepciones de que disponga y, de ser así, qué consecuencias comportaría no hacerlo.

A) Comenzando por las excepciones *comunes*, se consideran como tales⁹⁸ las que provienen del hecho o negocio del que deriva

⁹⁴ Vid. BUSCH, «Plurality...», p. 47.

⁹⁵ Salvo el BGB, que no lo explicita. A los preceptos citados *supra* cabe añadir el art. 6:11 (3) BW, que solo se refiere a los efectos de la prescripción en el ámbito del derecho de regreso entre los codeudores.

⁹⁶ Así, CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 81 a 83, que la considera aplicable al Derecho español vigente. En mi opinión esta es también la solución que se desprende de las recientes propuestas normativas españolas (arts. 1132 *i. f.* PMCC y 513-10.1 *i. f.* PCCAPDC).

⁹⁷ Vid. arts. 1315 Cod. civ., 1148 CC y 1297.1 c. c., §§ 422 a 425 BGB, arts. 1132 PMCC, 513-10.1 PCCAPDC, 10:111 PECL, III.-4:112 (1) DCFR y 11.1.4 PICC; para el Derecho inglés, TREITEL, *The Law...*, pp. 602 y 603, núm. 13-011; para el holandés, BUSCH, «Plurality...», p. 51.

⁹⁸ Sigo en este punto a DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 244. Vid. también MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 720, n.º 1361.

la relación obligatoria solidaria, siempre que no deba aislarse a algunos de los intervinientes en ese negocio (v. gr., nulidad del contrato por defectos de causa o forma), así como las referidas objetivamente al desarrollo o extinción de la relación (v. gr., cumplimiento, consignación, dación en pago, compensación ya producida, remisión de eficacia colectiva⁹⁹, novación extintiva, confusión –en los ordenamientos que le atribuyen eficacia colectiva–, falta de vencimiento o plus petición).

El deudor a quien el acreedor reclame el cumplimiento tiene que invocar estas excepciones porque, si no lo hace, sus codeudores, que no deben verse perjudicados por tal omisión, podrán oponérselas cuando pretenda cobrar de ellos en vía de regreso¹⁰⁰. Ello presupone que el deudor conociera al pagar la circunstancia justificativa de la excepción; algunas de ellas pueden ser conocidas solo por un deudor, en cuyo caso del principio de la buena fe se deriva el deber de comunicar su existencia a los codeudores, tanto por iniciativa propia como, desde luego, si uno de ellos informa a los demás de que el acreedor le ha exigido el pago¹⁰¹.

B) Las *excepciones personales* se basan en hechos que solo afectan a alguno de los deudores: así, los vicios del consentimiento o defectos de capacidad al contratar, la confusión (en los ordenamientos que la dotan de eficacia personal), la remisión en beneficio de un deudor, la transacción y la novación con un deudor con efectos limitados a su parte, la existencia a favor de un deudor de un crédito compensable frente al acreedor (en los sistemas en que la compensación no opera automáticamente) o la prescripción ganada por un codeudor (allí donde no se configura como excepción común). El deudor al que se refieren estas excepciones es libre de oponerlas o no al acreedor ya que, aunque no lo haga, solo podrá repetir de cada uno de sus codeudores su parte en la deuda; en definitiva, su omisión no ocasiona ningún perjuicio a los demás¹⁰².

Cuestión distinta es *si* las excepciones personales de un deudor *pueden ser invocadas por otro* frente al acreedor. Parece preciso distinguir según cuál sea la excepción:

a) Respecto de *los defectos de capacidad y los vicios del consentimiento*, fuera de España está bastante extendida la idea de que

⁹⁹ Circunstancias a las que aluden los §§ 422 (1) y 423 BGB. Por su parte, el art. 1315 Cod. civ. menciona aquí a título de ejemplo la nulidad y la resolución.

¹⁰⁰ Lo explicitan los arts. 6:11 BW, 11.1.12 (a) PICC y 513-14.4 PCCAPDC, inciso primero.

¹⁰¹ Así, los arts. 1134. I PMCC y 513-13.1 PCCAPDC, yendo más allá de lo propuesto por CAFFARENA en *La solidaridad...*, pp. 55 y 56. *Vid.* asimismo el art. 6:8 BW –en relación con el 6:2 BW– y, al respecto, BUSCH, «Plurality...», p. 52.

¹⁰² CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 58 y 59.

únicamente pueden ser opuestos por el deudor afectado¹⁰³; si el acreedor se dirige a otro, este deberá cumplir íntegramente, encontrándose con que, en vía de regreso, el codeudor titular de la excepción podrá oponérsela¹⁰⁴. A estas excepciones que no puede oponer otro deudor distinto de aquel al que se refiere la circunstancia que las fundamenta se las suele denominar *excepciones puramente personales*¹⁰⁵.

b) También suele admitirse que *la confusión de eficacia personal o la remisión en favor de un deudor* pueden invocarse por los demás, aunque solo en la parte correspondiente al deudor afectado, que es la porción en que los otros quedan liberados en la mayoría de los sistemas aquí analizados¹⁰⁶. El deudor debe oponer al acreedor

¹⁰³ Así, MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 720, n.º 1362, BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 118, VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 996, TREITEL, *The Law...*, p. 603, núm. 13-011 (sobre la menor edad) o BUSCH, «Plurality...», p. 51.

En España, por el contrario, es opinión mayoritaria que las excepciones personales derivadas de los mencionados hechos pueden ser invocadas por todos los codeudores; esta interpretación se apoya en que el art. 1148 CC no hace ulteriores distinciones al establecer en su inciso final la oponibilidad por el deudor solidario de las excepciones personales de los demás. Sin embargo, algunos autores disienten de esta tesis; es el caso de CAFFARENA que, interpretando sistemáticamente el art. 1148 CC en relación con los arts. 1302, 1824 y, sobre todo, 1853 CC, deduce que minoridad e incapacidad fundamentan una excepción puramente personal, que queda fuera del régimen del art. 1148 CC y solo es oponible por el afectado (CAFFARENA, «Comentario...», pp. 149 y 150 y, más ampliamente, *La solidaridad...*, pp. 43-54 y 59-73). La reciente PCCAPDC (art. 513-10.2) acoge esta idea y, en línea con la posición dominante fuera de España, la aplica también a los defectos de consentimiento, de modo que ni estos ni los defectos de capacidad pueden ser opuestos al acreedor por un deudor que no sea el titular de la excepción. Aunque con menos claridad, a la misma conclusión permite llegar la regulación contenida en la PMCC (tal y como ya sostuvo en «Las defensas...», pp. 1576 y 1577); en efecto, del hecho de que en ella no haya ninguna alusión a la legitimación de los obligados subsidiarios para anular el contrato en caso de incapacidad o de vicios del consentimiento del obligado principal (arts. 1297.1, 1298.1, 1299.1 y 1302 PMCC) se desprende que el fiador no puede alegar ninguna de estas circunstancias frente al acreedor; y si el fiador, que es en principio un deudor subsidiario, no puede, sería incongruente que se le permitiera hacerlo a un codeudor solidario, que es un deudor principal.

¹⁰⁴ La oponibilidad de las excepciones personales propias frente a los codeudores se consagra en los arts. 6:11 (1) BW, 10:111 (2) PECL, III.-4:112 (2) DCFR y 11.1.12 (b) PICC. El art. 513-14 PCCAPDC supedita esa oponibilidad a que el demandante en regreso, habiéndolas conocido, no hubiera opuesto esas excepciones al acreedor, pero parece razonable aplicar la misma regla a estas excepciones que el demandante ni siquiera pudo alegar, pues de otro modo el que contrató por defecto de capacidad o de consentimiento se vería obligado en última instancia a cumplir con su parte.

¹⁰⁵ Empleaba este término el antiguo art. 1208. II Cod. civ. (derogado por la *Ordonnance n.º 2016-131*) y lo emplean aún, en materia de fianza, los arts. 1824, 1845 y 1853 CC.

El nuevo art. 1315 Cod. civ. ya prescinde de esta terminología, al tiempo que menciona la concesión de un plazo como excepción personal que solo puede hacer valer el deudor afectado (de hecho, este supuesto ya se venía considerando bajo el Derecho anterior como excepción puramente personal: MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 720, n.º 1362).

¹⁰⁶ Así, v. gr., VOIRIN, GOUBEAUX, *Droit...*, p. 617, n.º 1394 y TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit...*, p. 1240, n.º 1254, al hilo de los antiguos arts. 1301. III y 1285. II Cod. civ., ya derogados por la *Ordonnance n.º 2016-131*, tras la cual lo mismo puede decirse a la vista de lo dispuesto por los nuevos arts. 1349-1. I y 1350-1-I Cod. civ.; así

cualquier excepción de este tipo que conozca pues, de no hacerlo, se la opondrá a él el titular de la excepción cuando en vía de regreso le reclame su parte; solo si paga todo ignorando de forma excusable la excepción del otro, debe poder repetir contra este¹⁰⁷; los codeudores deben, pues, comunicarse este tipo de excepciones, al igual que las comunes, por exigencias de la buena fe¹⁰⁸.

c) Finalmente, ¿puede un deudor oponer al acreedor el crédito compensable de otro deudor?; en puridad, la cuestión solo puede plantearse allí donde la compensación no opera *ope legis* (porque si lo hace, daría lugar a una excepción común desde que tiene lugar). Si se sostiene que el deudor puede oponerlo, ello debería ser solo en la parte de deuda del titular de la excepción¹⁰⁹. Contra esta solución cabría argumentar que no toma en cuenta la voluntad del deudor que ostenta el crédito compensable, que puede preferir que no haya compensación; además, lo cierto es que en los sistemas a los que me estoy refiriendo, en los que la compensación no opera automáticamente, verdaderamente aquella no se produce mientras no la declare el legitimado para hacerlo¹¹⁰; pero, si se impide a los deudores invo-

resulta claramente de lo establecido por el nuevo art. 1315 *i.f.* Cod. civ. respecto de las excepciones oponibles por los deudores solidarios. La misma regla se deduce del art. 1132 *i.f.* en relación con los arts. 1129 y 1130. I PMCC y del art. 513-10.1 *i.f.* en relación con el art. 513-8 PCCAPDC.

Para la remisión en nuestro Derecho, CAFFARENA, «Comentario...», p. 144 y, en Derecho alemán, LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*....., p. 408, núm. 1201; también, sobre la doctrina francesa e italiana, CAFFARENA, *La solidaridad*..., pp. 42 y 43. En cuanto a las afirmaciones genéricas del art. 1297.1 c. c., del primer inciso de los arts. 10:111 (1) PECL y III.-4:112 (1) DCFR, o del art. 11.1.4 PICC, negando que un deudor solidario pueda invocar frente al acreedor las excepciones personales de otro, vienen matizadas por lo dispuesto en otros preceptos, como los que asignan a la confusión y a la remisión en favor de un deudor un efecto liberatorio parcial para los otros [para la confusión, arts. 1303.1 c. c., 10:107 (2) PECL, III.-4:108 (2) DCFR y 11.1.6 PICC; para la remisión, art. 1301.1 c. c. y –aludiendo también a la transacción– arts. 10:108 (1) PECL, III.-4:109 (1) DCFR y 11.1.6 PICC].

¹⁰⁷ El art. 513-14.4 *i.f.* PCCAPDC explicita la regla expuesta permitiendo al deudor demandado en vía de regreso oponer sus excepciones personales al demandante que, habiéndolas conocido, no las hubiera opuesto. En este mismo sentido parece que habría que interpretar el art. 1146 CC (CAFFARENA, «Comentario...», p. 144; no obstante, la STS 19.4.2006 [RJ 2006, 1848] admite la repetición del cofiador que pagó el total contra el condonado, sin supeditarlo al desconocimiento de la condonación por parte de aquel y limitándose a admitir que, al tratarse de una fianza solidaria, la condonación del acreedor a favor de un fiador no podía liberar a este frente al cofiador que pagó la totalidad).

¹⁰⁸ Se pronuncian explícitamente en ese sentido los arts. 1134. I PMCC y 513-13.1 PCCAPDC.

¹⁰⁹ Así, los nuevos arts. 1315 *i.f.* y 1347-6. II Cod. civ., el art. 1302 c. c. (en Italia el efecto automático de la compensación viene matizado por su necesaria invocación en juicio: art. 1242.1 c. c.) y, en las propuestas de reforma españolas, los arts. 1128 y 1132 PMCC y el art. 513-10 PCCAPDC, números 1 y, en particular, 3 (en este número 3, y a diferencia de lo que hace la PMCC, se ciñe a la solidaridad *de origen contractual* la facultad del codeudor solidario de oponer el crédito compensable de otro para no pagar la parte de este).

¹¹⁰ Estas razones me han conducido a defender en otro lugar que es preferible circunscribir al deudor que sea titular del crédito compensable la facultad de oponer su existencia (GÓMEZ CALLE, «Las defensas...», p. 1570).

car el crédito de otro [como hacen el § 422 (2) BGB y el art. 11.1.4 PICC¹¹¹], habría que asegurar algo más para evitar un resultado a todas luces injusto: que el deudor titular del crédito no puede oponer al que cumpla íntegramente y le reclame su parte en vía de regreso, la facultad que tenía frente al acreedor de compensar¹¹².

Cuestiones similares suscita *la prescripción ganada por un deudor* que, según vimos, algunos sistemas consideran oponible por los demás en la parte de aquel y, otros, inoponible por los demás, dejando a salvo la vía de regreso.

5.2.9 Algunas cuestiones procesales

Del hecho de que el acreedor pueda demandar a uno solo de los deudores solidarios derivan dos importantes cuestiones procesales. En primer lugar, cuál es la *posible intervención de los demás deudores en ese proceso*. Una posibilidad es permitir a los no demandados intervenir como demandados en el proceso entablado, habida cuenta su claro interés en el resultado del pleito¹¹³; otra posibilidad sería permitir al demandado llamar a sus codeudores para que intervengan en el proceso¹¹⁴.

La otra cuestión es *si la sentencia recaída en el proceso entre el acreedor y un deudor afecta a los deudores solidarios no intervinientes en él*. Se ha dicho que la extensión de la cosa juzgada supone hacer depender la suerte de todos de la habilidad u honestidad del deudor demandado¹¹⁵; en todo caso, y para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, la extensión de efectos no

¹¹¹ Lo mismo puede deducirse de los arts. 10:111 (1) PECL y III.-4:112 (1) DCFR, en cuanto prohíben oponer excepciones personales de un codeudor.

¹¹² Así resulta del art. 11.1.12 PICC: *vid.* su *Official Comment*, epígrafe 2.

¹¹³ El art. 13.1. I de nuestra LEC admite la intervención voluntaria como demandado, en el proceso pendiente, «a quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito», situación en la que sin duda se hallan los codeudores solidarios; una vez incorporado al pleito, el interviniente se convierte en parte a todos los efectos (ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», p. 142 y BANACLOCHE PALAO, «Comentario...», pp. 104 y 105).

¹¹⁴ El Derecho francés permite llamarles en garantía (TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit...*, pp. 1236 y 1237, n.º 1253). Nuestra LEC regula la *intervención provocada* a instancias del demandado en el art. 14.2, pero exige en todo caso que sea la ley la que autorice al demandado a llamar a un tercero, lo que impide su aplicación entre codeudores como regla general [admite esa llamada, *v. gr.*, la disposición adicional 7.ª LOE, sobre la cual puede consultarse ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», p. 143; la STS 26.9.2012 (RJ 2012, 9337) –seguida por las SSTS 27.12.2013 (RJ 2014, 1021) y 9.9.2014 (RJ 2014, 5546)– determina los efectos de la misma y establece que el tercero llamado al proceso quedará vinculado por lo que declare la sentencia sobre su actuación en el proceso constructivo, de modo que, en un juicio posterior, no podrá alegar que es ajeno a lo realizado, pero solo adquiere la cualidad de parte demandada –y, por tanto, podrá ser condepadado– si el demandante decide dirigir la demanda contra el mismo (en este punto *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, *Pluralidad...*, pp. 92 a 94)].

¹¹⁵ Así, MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 724, n.º 1369, a propósito de la jurisprudencia francesa, que admite dicho efecto aunque con excepciones.

debe permitir ejecutar la sentencia estimatoria de la demanda sobre un deudor no demandado¹¹⁶. De hecho, muchos sistemas dan una respuesta negativa a la cuestión planteada al inicio de este párrafo¹¹⁷, lo que, sin embargo, comporta el riesgo de posibles fallos contradictorios¹¹⁸. Finalmente, hay regulaciones que, partiendo de la regla de la ineficacia, la matizan permitiendo a los demás deudores invocar la sentencia cuando esta no se basa en razones personales del deudor que intervino en el proceso¹¹⁹ o cuando les es provechosa¹²⁰; esta solución es sensata pues, absuelto un deudor solidario por una causa objetiva aplicable a todos no parece haber razón para el ejercicio de una nueva acción contra cualquiera de los otros; y si la absolución fue por una causa que, aun siendo personal, puede beneficiar a todos, también es razonable que estos puedan invocarla a los efectos de liberación parcial que procedan; además, ello permite eludir parcialmente el riesgo de fallos contradictorios¹²¹.

¹¹⁶ Así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 264 y ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», pp. 151 y 152, para el Derecho español, donde el art. 542.1 LEC descarta tal posibilidad.

¹¹⁷ Es el caso de los arts. 10:109 PECL y III.-4:110 DCFR (que declaran expresamente la ineficacia de la sentencia también entre los codeudores), cuya solución coincide con la del Derecho holandés (BUSCH, «Plurality...», pp. 44 y 45); también del § 425 BGB y del Derecho inglés (TREITEL, *The Law...*, p. 601, núm. 13-008); en España, la LEC pretendió acabar con el efecto de cosa juzgada en la solidaridad (así, ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», pp. 111 y 126, quien, no obstante, sugiere diversas vías por las que podría seguir justificándose esa eficacia en nuestro Derecho: *vid.* pp. 155, 156 y 161).

¹¹⁸ ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», pp. 145 y 146 y CARBALLO FIDALGO, «La eficacia...», pp. 125 a 128.

¹¹⁹ Arts. 1306 c. c. y 11.1.8 PICC (en ambos, la regla de ineficacia de la sentencia se aplica también en las relaciones internas: para el Derecho italiano, *vid.* ZOPPINI, *Diritto...*, p. 423 y, más ampliamente, D'ALESSANDRO, «L'Art. 1306...», pp. 129 y ss.).

¹²⁰ Fórmula esta empleada por los arts. 1133 PMCC y 513-11.2 PCCAPDC y que podría aplicarse, p. e., a una sentencia que hubiera absuelto al deudor demandado en primer lugar por apreciar una excepción común o una excepción personal suya que los otros pudieran invocar en la parte correspondiente a aquel, como pudiera ser la prescripción. De este modo, la fórmula de las dos propuestas españolas es algo más amplia que la del Código italiano o los PICC, al permitir que una sentencia basada en motivos personales del demandado pueda ser invocada por los demás codeudores.

¹²¹ Así lo apunta DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 264, en relación con las excepciones comunes; el mismo autor destaca, como otra regla a seguir en esta materia, que dichas excepciones no deben poder ser invocadas por el codeudor si, habiendo sido opuestas por los deudores demandados antes, hubieran sido desestimadas en la sentencia.

Cuestión distinta, aunque relacionada con la expuesta es (en nuestro Derecho) la relativa al efecto expansivo del recurso de apelación cuando, habiendo sido condenados varios solidariamente, solo apela uno de ellos; nuestro TS admite ese efecto en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza (como lo es, p. e., la fijación del alcance del daño en materia de responsabilidad extracontractual) y también en aquellos en los que haya solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal; en cambio, la fuerza expansiva se excluye cuando la resolución del recurso se basa en causas subjetivas que afectan solo al recurrente (*vid.*, por todas, la STS 5.4.2016 [RJ 2016, 3660]).

5.3 LA RELACIÓN INTERNA ENTRE LOS CODEUDORES

5.3.1 El reparto interno de la deuda

La solidaridad opera en la relación del acreedor con los deudores; entre estos, en cambio, la deuda se fragmenta y cada uno debe solo una parte (art. 1317. I Cod. civ.). Resulta razonable, como regla general, presumir que las partes son iguales salvo prueba en contrario, igual que en las deudas parciarias¹²². También que, si se presume la solidaridad entre quienes causan conjuntamente un daño aun cuando se pueda establecer la medida en que es imputable a cada uno de ellos, este dato sea determinante al concretar la cuota individual de responsabilidad a efectos internos¹²³. Puede asimismo ocurrir que en la relación interna la deuda corresponda íntegramente a uno solo de los deudores (p. e., a aquel en cuyo exclusivo interés se estableció la deuda solidaria¹²⁴ o a quien el legislador quiere hacer único responsable de un daño en última instancia¹²⁵).

5.3.2 El derecho de regreso

El deudor que paga y libera a sus codeudores frente al acreedor, puede reclamar de aquellos la parte que a cada uno le corresponde en la deuda¹²⁶; lo mismo ocurre con el deudor a cuya costa se produce de otro modo tal liberación (v. gr., por dación en pago, compensación o novación); este es el llamado derecho de regreso, repetición o reembolso, que constituye un derecho de crédito distinto del que tenía el acreedor y que nace al extinguirse este.

Parece plenamente acertado extender este derecho a los gastos razonables hechos por el deudor para cumplir y a los intereses de estos y de la cantidad abonada¹²⁷. Si el pago (o subrogado) no hubiera bastado para saldar toda la deuda, pero hubiera excedido la

¹²² Así, v., § 426 (1) 1 BGB y arts. 1298.2 c. c., 1136 PMCC, 513-12 PCCAPDC, 10:105 PECL, III.-4:106 (1) DCFR y 11.1.9 PICC; la misma idea opera en Derecho inglés (MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1283, y TREITEL, *The Law...*, p. 606, núm. 13-017).

¹²³ Como resulta, v. gr., de los arts. 2055 (2) c. c., 6:102 (1) en relación con 6:101 BW, III.-4:106 (2) DCFR y § 254 BGB aplicado analógicamente.

¹²⁴ Arts. 1318 Cod. civ. y 1298.1 c. c.

¹²⁵ §§ 840 (2) y (3) y 841 BGB.

¹²⁶ *Vid.* arts. 1317. II Cod. civ. y 1299.1 c. c. y § 426 (1) 1 BGB, además de los preceptos que cito en la siguiente nota; para el Derecho inglés, MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1283 y TREITEL, *The Law...*, p. 606, núm. 13-017.

¹²⁷ Así, los arts. 1135. I PMCC y 513-14.1 PCCAPDC, que aúnan la fórmula del art. 1145. II CC con la de los arts. 6:10 (1) y (3) BW, 10:106 (1) PECL y III.-4:107 (1) DCFR.

parte debida por el deudor, el derecho de regreso podrá hacerse valer por el exceso¹²⁸.

En cuanto al momento en que nace este derecho, cabe entender, o bien que surge a raíz del pago (o subrogado) liberatorio¹²⁹ o bien que lo hace antes, cuando se establece la deuda solidaria; conforme a este último planteamiento, cada deudor puede exigir la colaboración de los otros, en sus respectivas partes, para cumplir cuando el acreedor se lo exija y, si finalmente satisface más de su parte, puede reclamarles el correspondiente pago¹³⁰; en esta línea, se ha señalado que, aunque la ley no consagre un derecho de regreso anterior al cumplimiento, la buena fe puede, en ocasiones, obligar a los codeudores a contribuir al pago antes de que lo haga el deudor perseguido por el acreedor¹³¹.

5.3.3 La subrogación en el crédito

Otra vía por la que el deudor que paga puede recuperar de los demás deudores su parte es la subrogación en la posición del acreedor, ampliamente admitida en Derecho comparado. Pagada la deuda por uno, los demás quedan liberados frente al acreedor, pero la obligación no se extingue (salvo en la parte del que paga) si este se subroga; efectivamente, mientras que el derecho de regreso es un derecho que surge *ex novo* con el pago y presupone la extinción de la obligación, la subrogación presupone la subsistencia del crédito, que se transfiere al *solvens*, quien pasa a ocupar la posición del anterior acreedor¹³². Se trata, con todo, de una subrogación peculiar, pues la solidaridad desaparece: el subrogado sólo puede exigir a cada uno de los deudores su porción¹³³; además, como

¹²⁸ CAFFARENA, «Comentario...», p. 141 entiende que el regreso no está condicionado a que lo pagado supere la parte correspondiente al que pagó; pero sí lo condicionan a eso los arts. 6:10 (2) BW, 10:106 (1) PECL y III.-4:107 (1) DCFR y 11.1.10 PICC.

¹²⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 246.

¹³⁰ Esta es la opinión dominante en Alemania (MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht...*, p. 406, núm. 900 y LOOSCHELDERS, *Schuldrecht...*, p. 409, núm. 1205).

¹³¹ BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 108, VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 986 y BUSCH, «Plurality...», p. 32.

En las propuestas regulativas españolas, y precisamente bajo la rúbrica «Buena fe entre codeudores», los arts. 1134. II PMCC y 513-13.2 PCCAPDC permiten al deudor solidario que haya sido requerido o demandado para el pago recabar de cada uno de los otros la prestación de las oportunas garantías.

¹³² CAFFARENA, «Comentario...», p. 140.

¹³³ Así resulta del art. 1346 en relación con el art. 1317. II Cod. civ., de los arts. 6:12 (1) BW, 1135. III PMCC, 513-14.3 PCCAPDC, 10:106 (2) PECL, III.-4:107 (2) DCFR y 11.1.11 (1) PICC y del § 426 –párrafo (2) 1 en relación con párrafo (1)– BGB; esta es también la opinión mayoritaria en España, que admite la subrogación *ex art. 1210.3.º CC* (CAFFARENA, «Comentario...», p. 140), si bien no faltan voces críticas al respecto (como, recientemente, la de CARRIÓN, «La pretendida...», pp. 283 ss.); sobre la polémica suscitada en Italia en torno al art. 1203.3 c. c. *vid.* ZOPPINI, *Diritto...*, p. 429.

veremos, él mismo soporta con los deudores el riesgo de insolvencia de cualquiera de ellos¹³⁴.

Parece correcto concebir regreso y subrogación como opciones a disposición del deudor que paga, quien podrá elegir entre ambas. El primero le permite recuperar, además de lo pagado al acreedor, gastos razonables e intereses; pero solo si se subroga podrá disfrutar de los privilegios y garantías que tuviera el acreedor. Si llega a compartir con este el crédito por haberse producido una subrogación parcial, hay que resolver si se le da al acreedor originario prioridad para el cobro con las garantías existentes¹³⁵ o no, optándose por un reparto de la garantía proporcional a los respectivos créditos¹³⁶.

5.3.4 Excepciones oponibles entre codeudores

Recapitulo aquí lo ya anticipado al estudiar las excepciones oponibles al acreedor. Cuando uno de los deudores solidarios reclama contra los demás en vía de regreso, los codeudores podrán oponerle las excepciones comunes a todos y las personales propias (tanto las puramente personales, que el que pagó no pudo invocar frente al acreedor¹³⁷, como las otras, que aquel sí habría podido alegar en la parte correspondiente al titular de la excepción)¹³⁸. Esta regla no se aplica si la razón por la cual el deudor cumplidor no opuso frente al acreedor las excepciones de que disponía fue un desconocimiento excusable de las mismas, porque los otros deudores no le hubieran informado de su existencia cuando debieran haberlo hecho conforme a las exigencias de la buena fe¹³⁹.

En general sobre la concurrencia entre derecho de regreso y subrogación legal en buena parte de los textos citados y sus respectivas implicaciones, *vid.* GNANI, «L'obbligazione...», pp. 18 ss.

¹³⁴ También pueden entrar en juego otras reglas que limiten el alcance de la subrogación, como, *v. gr.*, las que prevé el art. 1346-4 Cod. civ. respecto de la transmisión de los accesorios del crédito y el interés exigible por el subrogado.

¹³⁵ Como hacen el § 426 (2) 2 BGB y los arts. 1346-3 Cod. civ., 1213 CC, 10:106 (2) PECL, III.-4:107 (2) DCFR y 11.1.11 (2) PICC, inspirados por la idea de que la subrogación no puede perjudicar al anterior acreedor.

¹³⁶ Como resulta del BW (BUSCH, «Plurality...», p. 34).

¹³⁷ Ya vimos que la existencia de un crédito compensable, en los sistemas en que solo puede alegarlo su titular, y la prescripción, allí donde solo el deudor que la ha ganado puede invocarla frente al acreedor, escaparían a esta regla: esto es, no podrían alegarse frente al codeudor que repite (así resulta, para ambos casos, de los arts. 11.1.4 y 11.1.7 (1) PICC y, para el caso de la prescripción, de los arts. 10:110 PECL, III.-4:111 DCFR y 1310.2 c. c.).

¹³⁸ *Vid.*, con diversas formulaciones, los arts. 6:11 BW, 513-14.4 PCCAPDC, 11.1.12 PICC, 10:111 (2) PECL y III.-4:112 (2) CDFR.

¹³⁹ *Vid.* art. 513-14.4 en relación con art. 513-13.1 PCCAPDC.

Al deudor subrogado en el crédito, los otros podrán oponerle, en principio, las excepciones de que dispusieran frente al acreedor originario¹⁴⁰.

5.3.5 la imposibilidad de recuperar lo pagado de un deudor

Puede ocurrir que el deudor que ejercita su derecho de regreso o se subroga en el crédito no pueda, pese a todos los esfuerzos razonables, recuperar la parte de uno de sus codeudores, *v. gr.*, por ser este insolvente o concurrir en él una excepción puramente personal oponible entre los deudores (como la incapacidad o los vicios del consentimiento en los sistemas que así lo consideran). Lo justo entonces es que todos los deudores, incluido el que reclama, contribuyan a la cobertura de esa parte en proporción a sus respectivas cuotas, de modo que la atribución del riesgo del impago no dependa de a qué deudor reclama el acreedor¹⁴¹ (así, si eran tres los codeudores por igual, la parte del insolvente se distribuye por mitad entre los otros dos, y el que pagó al acreedor podrá exigir del codeudor solvente que le abone su porción más la mitad de la del insolvente)¹⁴². Naturalmente, también el deudor al que el acreedor hubiera remitido su parte debe contribuir a esta cobertura¹⁴³. Y, en

¹⁴⁰ Consecuentemente, si el deudor que paga se subroga en la posición del acreedor, el codeudor beneficiado por la prescripción podrá oponérsela, igual que habría podido hacerlo frente al acreedor originario (en este sentido, a propósito del BW, BUSCH, «Plurality...», p. 48); ello solo sería de otro modo si la propia norma previera otra cosa distinta [como aparentemente hacen, *v. gr.*, los arts. 10:110 (b) PECL y III.-4:111 (b) DCFR, que parecen consagrar la inoponibilidad de la prescripción en las relaciones internas entre los codeudores tanto cuando uno de ellos actúa en vía de regreso como subrogándose en la posición del acreedor].

La *Ordonnance n.º 2016-131* ha incorporado al art. 1346-5 Cod. civ. una regla sobre las excepciones oponibles por el deudor al acreedor subrogado, que coincide con la establecida para el caso de cesión del crédito (art. 1324. II Cod. civ.) y que prevé la oponibilidad tanto de las excepciones inherentes a la deuda como de las nacidas en su relación con el acreedor primigenio antes de que la subrogación le sea oponible.

También la PCCAPDC regula específicamente las excepciones oponibles entre codeudores (art. 513-14.4); lo hace sin diferenciar el supuesto de lo que hemos denominado regreso del de subrogación y reconociendo la oponibilidad tanto de las excepciones comunes como de las que, siendo personales suyas y conocidas por el codeudor, no hubieran sido opuestas por este.

¹⁴¹ BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 109 y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 987.

¹⁴² Esta es la solución que consagran, con formulaciones más o menos precisas o amplias los arts. 1317. III Cod. civ., 1145. III CC, 1299 (2) y (3) c. c. (alusivos solo a la insolvencia; sobre la aplicación analógica del art. 1145. III CC, *vid.* CAFFARENA, «Comentario del art. 1149», p. 150), 6:13 BW, § 426 (1) 2 BGB y arts. 1135. II PMCC, 513-14-2 PCCAPDC, 10:106 (3) PECL, III.-4:107 (3) DCFR y 11.1.13 PICC (estos tres últimos, de los más completos); también lo admite el Derecho inglés en casos de insolvencia (MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1283 y TREITEL, *The Law...*, p. 607, núm. 13-019).

¹⁴³ Así, explícitamente, los arts. 10:108 (3) PECL y III.-4:109 (2) DCFR; *vid.* también BUSCH, «Plurality...», p. 42. Lo mismo es aplicable al deudor beneficiado por una

caso de confusión con eficacia personal, aquel en quien se verifica deberá asumir la parte que le corresponda en la porción del deudor fallido¹⁴⁴.

ABREVIATURAS

APLCM	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014.
BGB	CC alemán.
BW	CC holandés.
c.c.	CC italiano.
Cod. civ.	CC francés.
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (2009).
LCA	Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos.
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> (2002).
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i> (2005).
PICC	<i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i> .
PCCAPDC	Propuesta de Código civil, Libros V y VI, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (2016).
PMCC	Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (2009).
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Cuadernos Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ATAZ LÓPEZ, J.: «Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)», en *Las obligaciones solidarias* (coords.: J. Caffarena Laporta y J. Ataz López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 75-166.
- BANACLOCHE PALAO, J.: «Comentario al art. 13», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 104-106.

remisión de la solidaridad consentida por el acreedor (en este sentido, el art. 1317. III Cod. civ.).

¹⁴⁴ Vid. CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 230, 235 (en alusión a doctrina francesa e italiana), 256 y 257.

- BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (eds.): *Principios de derecho contractual europeo: Parte III*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.
- BUSCH, D.: «Plurality of debtors», *The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law* (eds.: D. Busch, E. Hondius, H. van Kooten y H. Schelhaas), Kluwer Law International, The Hague, 2006, pp. 6-53.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «Obligación indivisible», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir.: A. Montoya Melgar), v. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4519-4521.
- «Comentario de los arts. 1137 a 1148», en *Comentario del Código civil* (DIR.: C. Paz-Ares et. al.), t. II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 117-150.
- *La solidaridad de deudores*, EDERSA, MADRID, 1980.
- CARBALLO FIDALGO, M.: «La eficacia de las sentencias dictadas en materia de deudas solidarias», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed.: A. Vaquer), Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 119-132.
- CARRIÓN, S.: «La pretendida subrogación del deudor solidario *solvens*: ¿una errónea intelección del ordinal tercero del artículo 1210 del Código civil?», en *Derecho de Obligaciones*, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, Editum, Murcia, 2013, pp. 283-315.
- D'ALESSANDRO, E.: «L' Art. 1306 C. C. e il "lessico" delle Corti», en *Le «nuove» obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi* (a cura di U. Breccia y F. Donato Busnelli), Wolters Kluwer Italia, 2015, pp. 129-179.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 6.^a ed., Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- FENOY PICÓN, N.: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* 2010-I, pp. 47-136.
- FONTAINE, M.: «Position Paper on Plurality of Obligors and/or Obligees», Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd), 2nd. Session, Rome, 4-8 June 2007, <http://www.unidroit.org/english/documents/2007/study50/s-50-102-e.pdf>.
- GNANI, A.: «L'obbligazione soggettivamente complessa nel quadro del diritto privato europeo», en *Le «nuove» obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi* (a cura di U. Breccia y F. Donato Busnelli), Wolters Kluwer, Italia, 2015, pp. 1-30.
- GÓMEZ CALLE, E.: «Las defensas del deudor solidario en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José M.ª Miquel González* (coord.: L. Díez-Picazo), vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1565-1584.
- «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en *Tratado de responsabilidad civil* (coords.: F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago), t. I, 5.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 971-1104.
- «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de responsabilidad civil* (coords.: F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago), t. II, 5.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1197-1363.
- LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 9., neu bearb. Aufl., Vahlen, München 2011.

- MALAURIE, Ph., AYNÈS, L., STOFFEL-MUNCK, Ph.: *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2015.
- MALO VALENZUELA, M. A.: «Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo», *RCDI* núm. 713 (2009), pp. 1419-1466.
- MCKENDRICK, E.: «Contract: In General», en *Principles of the English Law of Obligations* (ed.: A. Burrows), Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1-132.
- MEDICUS, D. y LORENZ, S.: *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 21., neu bearb. Aufl., Beck, München, 2015.
- MEIER, S.: «Solidary Obligations», en *Max Planck Encyclopaedia of European Private Law* (ed.: J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann y A. Stier), OUP, Oxford, 2012, pp. 1573-1577.
- MORALES MORENO, A. M.: «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 17-54.
- Official Comments to the articles of the UNIDROIT Principles (2010 edition)*, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=109294>.
- Rapport du Ministère de la Justice au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131*, *Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016, NOR: *JUSC1522466P*.
- TERRE, F., SIMLER, Ph. y LEQUETTE, Y.: *Droit civil: Les obligations*, 10è. éd., Dalloz-Sirey, Paris, 2009.
- TREITEL, G. H.: *The Law of Contract*, 13th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011.
- VOIRIN, P. y GOUBEAUX, G.: *Droit civil*, Tome 1, 35è éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2015.
- VON BAR, Ch. y CLIVE, E. (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, v. I, Sellier, München, 2009.
- WHITTAKER, S.: «A few observations on the “plurality of debtors”, and on the effects of release», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed.: A. Vaquer), Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 23-49.
- ZOPPINI, A. (coord.): *Diritto Civile*, v. III-I (*Il rapporto obbligatorio*), Giuffrè, Milano, 2009.