

Solidaridad y responsabilidad

La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños

Carlos Gómez Ligüerre

Dirigida por

Prof. Dr. Pablo Salvador Coderch

Universitat Pompeu Fabra

Programa de Doctorat en Dret Patrimonial

Barcelona, marzo de 2005

Dipòsit legal: B.33684-2005
ISBN: 84-689-3405-4

Sumario

Introducción	I
Capítulo primero	
La responsabilidad conjunta en el derecho español.....	1
I. La pluralidad de obligados en el Código civil	7
1. El régimen legal.....	7
2. El problema de la indivisibilidad de la prestación.....	9
3. Problema terminológico. Toma de posición	17
4. El alcance del denominado “principio de no presunción de la solidaridad” .	23
II. La solidaridad de deudores	40
1. Características de la solidaridad pasiva en el derecho español	42
1.1. La relación externa entre el acreedor y los deudores solidarios	43
1.2. La relación interna entre deudores solidarios	53
2. Naturaleza y función de la solidaridad de deudores. Excursus	60
Capítulo segundo	
La pluralidad de responsables de un daño.....	73
I. Ausencia de una regla general.....	79
II. Posibles soluciones	84
1. Parciariedad.....	85
2. Mancomunidad.....	88
3. Solidaridad.....	90
4. La obligación <i>in solidum</i>	93
III. La situación actual en la legislación y jurisprudencia españolas	100
1. Leyes especiales	100
1.1. La solidaridad como garantía del pago de la indemnización	102
1.2. La solidaridad como solución a los problemas de identificación de los responsables	104
1.3. La solidaridad como sanción por el incumplimiento de deberes.....	108
2. Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (1996-2003).....	113
2.1. Relación de dependencia, supervisión o control	116

2.2. Actuación conjunta.....	128
2.3. Dominio o autorización de la actividad	129
3. La función de la solidaridad en el derecho de daños	132
Capítulo tercero	
La solidaridad entre los responsables de un daño	139
I. Las soluciones a la responsabilidad conjunta en el derecho de daños.....	149
1. Las reglas en el derecho comparado	149
2. El <i>Restatement of the Law Third, Torts: Apportionment of Liability</i> y la situación en los EE.UU.	152
3. Solidaridad <i>ex ante</i> y solidaridad <i>ex post</i>	155
II. Efectos de la solidaridad prevista <i>ex ante</i>	157
1. En la relación externa	157
2. En la relación interna.....	158
2.1. La responsabilidad por partes iguales.....	158
2.2. La responsabilidad en función de las respectivas contribuciones al daño	162
3. Cuando la solidaridad funciona como un seguro	165
3.1. Niveles de solvencia y relación interna	165
3.2. Selección adversa y riesgo moral: información y externalidades	171
III. Efectos de la solidaridad impuesta <i>ex post</i>	175
1. En la relación externa	175
2. En la relación interna.....	177
IV. Problemas de aseguramiento asociados a la responsabilidad solidaria.....	178
V. Problemas procesales de la responsabilidad solidaria.....	182
1. Los problemas durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881	182
2. Litisconsorcio pasivo necesario.....	189
3. Eficacia de la cosa juzgada.....	196
Capítulo cuarto	
La responsabilidad del garante en derecho español de daños.....	201
I. Responsabilidad directa	213
1. La acción directa	213

1.1. La acción directa y el dolo del asegurado	216
1.2. Las excepciones oponibles por la compañía aseguradora	220
2. La responsabilidad por hecho ajeno.....	224
2.1. La dependencia familiar	228
2.2. La dependencia profesional	231
3. Otros supuestos de responsabilidad directa	239
II. La responsabilidad subsidiaria.....	240
Capítulo quinto	
Solidaridad y costes de información.....	245
I. La denominada ‘compensación de culpas’. Un precedente de la responsabilidad solidaria en derecho de daños.....	266
1. La aproximación del <i>Common law</i>	266
2. La situación en la legislación y jurisprudencia españolas	272
3. Accidente unilateral y accidente bilateral	275
II. Solidaridad y concurrencia causal.....	280
1. Daño distinto o divisible y daño indistinto o indivisible	280
2. La prohibición de regreso	294
III. Solidaridad y actuación conjunta	305
1. La participación en una actividad común	305
2. Un ejemplo normativo: la responsabilidad de los administradores sociales	314
IV. Solidaridad y actuación independiente.....	319
1. Incumplimiento de deberes de prevención.....	319
2. El veneno está en la dosis	323
3. Un ejemplo normativo: la responsabilidad por daños al medio ambiente....	326
V. El problema de la distribución de responsabilidad en la relación interna	330
Conclusiones	335
Lista de sentencias citadas	339
Bibliografía citada	347

Abreviaturas empleadas

BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc.	Código civil
Ccom.	Código de comercio
cfr.	Confróntese
cit.	Citado
coord.	Coordinador
CP	Código penal
dir.	Director
dires.	Directores
ed.	Editor
et alii	y otros
hrsg.	<i>Herausgeber</i> (coordinador)
LA	Ley de Auditoría de Cuentas
LC	Ley de Caza
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LM	Ley del Medicamento
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LP	Ley de Patentes

LRCF	Ley de Responsabilidad Civil del Fabricante
LRCS	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
núm.	Número
núms.	Números
op. cit.	Obra citada
pág.	Página
págs.	Páginas
RJ.	Repertorio de Jurisprudencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
vid.	Véase
vol.	Volumen
ZPO	<i>Zivilprozess Ordnung</i>

Introducción

En derecho privado, 'solidaridad' significa uno por todos o, mejor dicho, todos y cada uno por el todo. En las obligaciones solidarias cada uno de los acreedores o cada uno de los deudores tiene derecho a exigir o tiene obligación de prestar el contenido íntegro de la obligación. La obligación de los varios acreedores o de los varios deudores solidarios frente al deudor o acreedor comunes es independiente de la cuota a la que cada uno tenga derecho o deba realmente en la relación interna. Cuando este peculiar régimen jurídico une a varios acreedores, se habla de solidaridad activa. La denominada solidaridad pasiva se refiere a los fenómenos de pluralidad de deudores unidos de la forma descrita.

La responsabilidad solidaria está genéricamente regulada en los artículos 1137 a 1148 Cc. Es una regulación basada en un régimen contractual y en la existencia de un pacto previo de solidaridad. Pese al carácter negocial de la solidaridad diseñada por el Código, la jurisprudencia civil española y un buen número de leyes especiales aplican esas reglas a los supuestos en que dos o más personas han causado un daño.

Cuando son varios los causantes del daño y no se puede determinar la cuota de responsabilidad de cada uno de ellos, o no se puede identificar a algunos, o se quiere responsabilizar a quien, sin causar materialmente el perjuicio, debió evitarlo, la responsabilidad es solidaria. La solidaridad, en el actual derecho español de daños, soluciona problemas de causalidad, de solvencia y de imputación. De una primera concepción de la solidaridad entre los responsables de un daño impregnada de la lógica del Código, que concibe la solidaridad como un instrumento de refuerzo del crédito, se ha pasado a otra en la que la solidaridad es el régimen de responsabilidad habitualmente asociado a la puesta en común de recursos, la división del trabajo y las situaciones de dependencia familiar o profesional. En cualquier caso, cada uno de los corresponsables del perjuicio asume el riesgo de insolvencia de los demás. La solidaridad aplicada a las relaciones extracontractuales es una regla *pro damnato* que refuerza su posición en el proceso.

La generalización de la solidaridad entre los responsables de un daño, iniciado por la jurisprudencia civil a mediados del siglo pasado y en la legislación especial a partir de los años 70, ha plagado el derecho español de daños de responsabilidades solidarias en que la obligación de reparar puede ser exigida por la víctima a personas diferentes del causante material del perjuicio.

El Código civil no dispone de una regla específica para la responsabilidad de varios agentes de un daño y las cuestiones a resolver cuando varios posibles responsables

concurrir en el mismo proceso –de qué responde cada uno y conforme a qué régimen jurídico- se han resuelto en los últimos años con la solidaridad.

La solidaridad en las obligaciones extracontractuales no es exclusiva del derecho español. La peculiaridad de nuestro sistema es que, de igual forma que en su precedente –el Código civil francés de 1804- y a diferencia de otros regímenes jurídicos, como el previsto en el Código civil alemán de 1900 y en los sistemas del *Common law*, la solidaridad entre los responsables del daño se aplica en España a pesar del principio general de división de la deuda y de responsabilidad individual por daños.

En algunos de los ordenamientos jurídicos que prevén con carácter general la solidaridad entre los varos condenados por un daño ya son muchas las voces que denuncian los efectos de una imposición indiscriminada de solidaridad en la prevención y el aseguramiento de accidentes¹. Efectos que en este trabajo vaticinamos para el derecho español si no se corrige la tendencia, pues, a pesar de las diferencias normativas y procesales, el problema se presenta en términos similares en el ordenamiento jurídico español.

El *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability* que el *American Law Institute* publicó en el año 2000 es, sin duda, el mejor ejemplo del cambio de concepción de la responsabilidad solidaria entre los causantes del daño en aquella cultura jurídica.²

La doctrina española cuenta con excelentes trabajos sobre la solidaridad de deudores³, algunos de ellos dedicados exclusivamente a la solidaridad entre los responsables del daño.⁴ En los últimos, la discusión se ha centrado en los criterios

¹ “The cynicism with which a legislative intent is conjured to support a desired judicial decision, despite the unequivocal wording of the statute to the contrary, found further illustration in the cavalier manner of either adopting or rejecting the statutory model for subsidiary questions. One such question was whether to retain the joint and several liability rule, under which each co-defendant is liable to the plaintiff for the full amount of the judgement regardless of his own share of responsibility. This rule in practice often have the defendant with the deepest pocket to bear the whole or a disproportionately large share of the judgment.”, John G. FLEMING, *The American Tort Process*, Oxford University Press, Cambridge, 1988, pág. 91. Como bien señala Tony WEIR, “All or nothing?”, 78 *Tulane Law Review* 511 (2004), “Exaggeration tends to stimulate reaction, and so it was in this case. In several states of the United States of America the rule has been overtly modified in startlingly different ways.”, pág. 523.

² American Law Institute, *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability*, American Law Institute Publishers, St. Paul (Min.), 2000.

³ Por todos, Jorge CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Edersa, Madrid, 1980. Aunque ya anunciamos al lector que no compartimos la equiparación entre el régimen jurídico de la fianza y el de la solidaridad pasiva que propone el autor citado.

⁴ Por todos, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *Anuario de Derecho Civil*, 1963, págs. 345 a 376; Francisco SANCHO

normativos que pueden o no justificar la previsión o imposición de un régimen de responsabilidad solidaria entre los agentes. Se olvida con frecuencia que la eficacia relativa de las reglas de responsabilidad individual y de responsabilidad conjunta depende de las características de los responsables del daño y, en concreto, de:

- Los beneficios que les reporta la actividad.
- Los costes que la actividad impone a la sociedad.
- Los niveles de solvencia de los potenciales responsables.

La explicación tradicional de solidaridad se ha centrado en los beneficios que supone para la víctima. Se han sobrevalorado los efectos beneficiosos que tiene para la víctima la condena solidaria de los causantes del daño que sufre en detrimento de los efectos que la solidaridad puede producir entre los corresponsables: los diligentes y solventes se harán cargo de los daños causados por los negligentes e insolventes. Algo que no puede ser inocuo cuando unos y otros decidan los respectivos niveles de cuidado o sus inversiones en precaución.⁵

La solidaridad, a costa de proteger a la víctima, modifica los incentivos que provee la responsabilidad individual.⁶ No hay razón, por lo menos normativa, para que ello deba ser así en el derecho español de daños. Otros mecanismos, señaladamente la responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria de quienes se hacen cargo de la insolvencia o del control del causante material del daño, pueden dispensar la misma protección a la víctima sin necesidad de forzar los tipos legales ni de modificar los incentivos a la prevención.

REBULLIDA, "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos", *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, III, Eunsa, Pamplona, 1969, págs. 565 a 578, (reproducido en Francisco SANCHO REBULLIDA, *Estudios de derecho civil*, I, Eunsa, Pamplona, 1978, págs. 163 a 177); y Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, 1985. Aunque algunas de sus tesis serán puestas en duda en este trabajo.

⁵ Véase un magnífico resumen de los efectos asociados a la solidaridad en Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, "Joint and Several Liability", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, Macmillan Reference, London 1998, págs. 371 a 376; y, los mismos, "Joint Tortfeasors", en Boudewijn BOUCKAERT y Gerrit DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics*, II, Edward Elgar, Cheltenham, 2000.

⁶ David W. BARNES y Lynn A. STOUT, *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1992, pág. 46: "The assignment of liability leads to the minimization of accidents costs only if people respond to the incentive created by the law. To provide incentives for parties to minimize primary accident costs, it will be desirable to place liability on the party that is in the best position to evaluate the risks and take cost-justified precautions to avoid them. Deterrence in tort law relies on the notion that placing liability on a particular type of actor for past acts will deter similarly situated actors in the future."

La solidaridad se aplica a situaciones muy diferentes que sólo tienen en común que varias personas pueden ser responsables, en mayor o menor medida, del daño que sufre la víctima. La regla, inicialmente prevista para deudores ligados por pactos negociales es, en el actual derecho español de daños, el remedio universal a los problemas derivados de la pluralidad de demandados.⁷ El resultado es un régimen jurídico que traslada a los condenados lo más gravoso de la solidaridad: la obligación de asumir la insolvencia de alguno de los corresponsables.

De todos modos, *abusum non tollit usus* y, a pesar de la ausencia de una regla que prevea la responsabilidad conjunta por un daño y de los problemas prácticos que supone la solidaridad, la responsabilidad de cada uno de los agentes por todo el daño causado será la única solución a la pretensión indemnizatoria de la víctima en algunas ocasiones. Así sucederá en tres grupos de casos analizados en el trabajo:

- Cuando el daño sea consecuencia de la actuación conjunta -de común acuerdo-, de los causantes del daño.
- Cuando el daño sufrido por la víctima tenga su explicación en, primero, el incumplimiento de un deber de control y, después o de forma simultánea, un comportamiento de un segundo agente que el deber de control incumplido debía evitar.
- Cuando las aportaciones de los diferentes agentes, que han actuado de forma sucesiva e independiente, se combinan para causar un daño muy superior al que puede imputarse a cada uno de sus causantes.

En definitiva, se trata de determinar: a) en qué casos prevé el ordenamiento jurídico español la responsabilidad solidaria entre los responsables de un daño; b) qué consecuencias supone la aplicación de esa regla y, por tanto, c) a qué supuestos y bajo qué condiciones convendría limitar la aplicación de la responsabilidad solidaria en la denominada responsabilidad civil extracontractual.⁸

⁷ A la exageración ha seguido la confusión. "Joint torts is an area of law in which considerable confusion seems to exist", Thomas J. MICELI y Kathleen SEGERSON, "Joint Liability in Torts: Marginal and Infra-Marginal Efficiency", 11 *International Review of Law and Economics* 235 (1991); "The term joint tort has different meanings in different courts, and is frequently applied in different senses in the same court", William N. LA FORTE, "Recent Developments in Joint and Several Liability", 24 *Syracuse Law Review* 1319 (1973); "Joint tortfeasor is one of those unhappy phrases of indeterminate meaning, whose repetition has done so much to befog the law. Nobody knows what exactly is a joint tort.", William Lloyd PROSSER, "Joint Torts and Several Liability", 25 *California Law Review* 413 (1937).

⁸ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edition, Law Book Company, Sydney, 1998, pág. 288: "For a number of purposes, attach some significance to the distinction between 'joint' and 'several' tortfeasors. The problem arises where one and the same injury is attributable to the tort of two or more wrongdoers. (...) 'Joint' when there is a concurrence not only in the casual sequence leading to the single damage, but also in some common enterprises. 'Several' or independent, when the occurrence is exclusively in the realm of causation. The former are responsible for the same tort, the later only for the same damage. In

La aplicación de los principios de la solidaridad a la responsabilidad civil extracontractual traslada a este tipo de casos los problemas que la solidaridad plantea en la responsabilidad de deudores. El estudio de cualquier aspecto del derecho de daños plantea los problemas de una disciplina –todavía joven– cuyo desarrollo es más jurisprudencial que normativo. Por la solidaridad pasa todo el derecho de obligaciones y por la obligación de reparar, todo el derecho de daños. A la dificultad de centrar el objeto de estudio se suman las peculiaridades del derecho español que, en sede de obligaciones extracontractuales son, con frecuencia, de nota.⁹

Los límites del trabajo no han permitido analizar todas las cuestiones –con frecuencia, más que controvertidas– que plantean la solidaridad de deudores y la obligación de reparar el daño causado. Se ha procurado, al menos, dar razón del estado de las cuestiones más relevantes y proporcionar en nota las principales referencias cuando su desarrollo hubiera alejado el estudio de su objetivo: el análisis de los efectos de la solidaridad en la compensación y prevención de accidentes. La falta de uniformidad doctrinal y jurisprudencial y las carencias de la regulación se han suplido con referencias a derechos extranjeros y a algunas de las propuestas normativas más recientes en la materia. El problema de la responsabilidad de varios agentes de un daño es común a todos los sistemas jurídicos, aunque las peculiaridades del derecho español de daños a veces compliquen la propuesta de soluciones. La que se propone en este trabajo es la que se ha considerado más respetuosa con los principios del Código civil y los objetivos del derecho de daños.

the first case, there is but one cause of action in contemplation of law; while in the second, there are as many separate causes of action as there are tortfeasors.”

⁹ Christian VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band I, C. H. Beck, München, 1996, reconoce que en materia de responsabilidad conjunta por el daño causado por varios agentes, „Ein wenig komplizierter ist die Rechtslage allerdings in Spanien“, pág. 68.

Capítulo primero

La responsabilidad conjunta en el derecho español

SUMARIO: I. La pluralidad de obligados en el Código civil. 1. El régimen legal. 2. El problema de la indivisibilidad de la prestación. 3. Problema terminológico. Toma de posición. 4. El alcance del denominado 'principio de no presunción de la solidaridad'. II. La solidaridad de deudores. 1. Características de la solidaridad pasiva en el derecho español; 1.1. La relación externa entre el acreedor y los deudores solidarios; 1.2. La relación interna entre deudores solidarios. 2. Función de la solidaridad de deudores en el derecho español. *Excursus*.

Hay muchas formas de organizar la pluralidad de obligados a una misma prestación. El Código civil, en los artículos 1137 a 1139, propone tres regímenes jurídicos:

- Que la deuda se divida y que cada deudor cumpla de forma independiente con su parte. Denominaremos parciarias a este tipo de obligaciones.
- Que la deuda no se divida y, por tanto, que todos los deudores deban cumplir a la vez. Mancomunadas será el término con que nos referiremos a este tipo de obligaciones.
- Que la deuda no se divida pero que, a diferencia del anterior supuesto, cada deudor tenga la obligación de cumplir por sí solo, y a petición del acreedor común, toda la obligación. Son las obligaciones solidarias a cuyo régimen jurídico se dedica el primer capítulo del trabajo.

El Código impone la primera solución con carácter general; la segunda cuando el objeto de la obligación es indivisible; y la tercera cuando así lo hayan pactado las partes. Como el Código plantea las tres soluciones con carácter general hay que entender que los tres regímenes jurídicos son de aplicación a todo tipo de obligaciones, las nacidas de negocio jurídico, de contrato o de la causación de un daño. Los tres regímenes jurídicos son de aplicación a las situaciones de pluralidad de acreedores o de deudores, que el Código trata a la vez.¹⁰

Sin embargo, la regulación, que prevé las tres soluciones, las unifica en una clasificación que consta sólo de dos categorías: obligaciones mancomunadas y obligaciones solidarias. El problema es algo más que terminológico pues la decisión entre uno u otro régimen no viene determinada en todos los casos por la ley o por la voluntad de las partes. En ocasiones será la indivisibilidad de la prestación la que imponga el régimen jurídico aplicable a la pluralidad de sujetos.

La nota común a todo tipo de solidaridad es la exigencia de pacto. Una obligación sólo deberá ser cumplida íntegramente por cualquiera de los deudores o exigido por cualquiera de los acreedores cuando así se haya previsto expresamente. En el derecho español, a la solidaridad se llega por ley o por pacto. El Código ignora la solidaridad de origen no negocial que, en la práctica, ha resultado ser la más común.

¹⁰ Aunque, por lo menos para la solidaridad, la equiparación carezca de sentido jurídico y económico. Jorge CAFFARENA LAPORTA, "Comentario artículo 1137 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, pág. 118: "El hecho de que, al menos en parte, el Código civil ofrezca una regulación común a la solidaridad activa y la pasiva no puede hacernos olvidar que una y otra cumplen funciones muy distintas en el tráfico. Así, mientras que en la solidaridad de acreedores prima la idea de mandato, la solidaridad pasiva cumple esencialmente una función de garantía."

La exigencia de pacto previo a la solidaridad excluye de ese régimen a la obligación indemnizatoria de la víctima cuando son varios los responsables del daño. De todos modos, como más allá de la solidaridad no parece que haya en el Código una solución a todos los problemas que plantea la pluralidad de responsables de un daño, son muchos, empezando por los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que han entendido que, a pesar del silencio del Código, el régimen jurídico que debe presidir las relaciones entre los varios responsables de un daño y las de éstos con la víctima es la solidaridad.

A los problemas que plantea la solidaridad entre los responsables del daño se dedica este trabajo. En el primer capítulo se da razón de las reglas legales aplicables a las obligaciones conjuntas: las deficiencias del Código y las propuestas doctrinales y jurisprudenciales por suplirlas. Los problemas son muchos y variados y los límites del trabajo no permiten dedicar toda la atención que requieren. El objetivo del capítulo es ofrecer al lector un estado de la cuestión y, sobre todo, evidenciar que la ampliación de la solidaridad a la responsabilidad civil extracontractual plantea problemas que la falta de pacto que define a las obligaciones extracontractuales no permitirá resolver.

Los artículos 1140 a 1148 Cc., que el Código dedica a las obligaciones solidarias, no permiten afirmar demasiadas cosas sobre la solidaridad sin enfrentarse con alguna de las muchas (e irreconciliables) corrientes doctrinales y jurisprudenciales. El Código civil español define la solidaridad desde un punto de vista estrictamente técnico. Cuando concorra la solidaridad, se limita a precisar, cualquiera de los acreedores tendrá derecho a exigir la prestación y, correlativamente, cada uno de los deudores deberá prestarla íntegramente.

Parece, con todo, que existe cierto acuerdo en afirmar que en la solidaridad pasiva, además de la pluralidad de sujetos obligados frente al acreedor, existe:

a) Unidad de vínculo, pues cada uno de los codeudores solidarios es deudor de toda la prestación y debe atender la reclamación del acreedor. Se entiende que la unidad de vínculo es compatible con la diversidad de modos de obligarse, condiciones y plazos que prevé el artículo 1140 Cc.

b) Unidad de objeto. La unidad de la obligación exige la unidad (no indivisibilidad) de la prestación. Si varios deudores están obligados a prestar cosas diferentes no puede exigirse, en principio, a cualquiera de ellos el cumplimiento de la prestación propia y de la ajena.¹¹

¹¹ "Es el caso, por ejemplo, de las obligaciones calificadas de *subjetivamente complejas con pluralidad de prestaciones*, es decir, aquellas en las que, concurriendo distintos acreedores o deudores, la satisfacción del interés perseguido se logra mediante el cumplimiento de distintas prestaciones que, siendo autónomas entre sí, presentan un cierto grado de conexión y hasta de dependencia al ejecutarse, exigida precisamente por el resultado que se pretende obtener." Vicente GUILARTE ZAPATERO, "Comentario a los

c) Identidad de causa. Sobre la exigencia de este requisito hay más discusión. En efecto, nada impide que sean diferentes las causas que justifican el vínculo de los codeudores con el acreedor común. Parece, sin embargo, que en ocasiones no se está hablando de la causa de los artículos 1274 Cc. y ss., sino del necesario origen común de la solidaridad para todos los deudores. Aún así, tampoco parece que el origen común sea un elemento diferenciador de la solidaridad. Posiblemente, a lo que se refieren las expresiones 'identidad de causa' u 'origen común' es la necesidad de una relación subyacente al vínculo solidario frente al acreedor que con un origen familiar, contractual o legal, justifique la peculiar vinculación que une a los codeudores, entre sí y con el acreedor.¹²

La escasa uniformidad en la doctrina que ha estudiado el tema no permite decir mucho más en una materia en la que los desacuerdos empiezan con el nombre que hay que dar a cada fenómeno jurídico. La práctica ha demostrado que la regulación de las obligaciones conjuntas y, sobre todo, la de las obligaciones solidarias es deficiente.¹³

artículos 1137 a 1140 Cc." en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (coord.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV, vol. 2, Edersa, Madrid, 1983, págs. 190 a 261. La cita es de la página 194 y la cursiva es del original.

¹² Así, parece incompatible con la solidaridad que los codeudores estén obligados frente al acreedor de forma alternativa o subsidiariamente entre sí. Son las obligaciones que Francisco SANCHO REBULLIDA, "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos", cit., págs. 565 y 566, denomina disyuntivas o alternativamente subjetivas. Aunque ese tipo de obligaciones pueden ser compatibles con la solidaridad según Vicente GUILARTE ZAPATERO, "Comentario a los artículos 1137 a 1140 Cc." en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pág. 257.

¹³ Los actuales artículo 1137 a 1148 Cc. fueron aprobados por nuestros próceres decimonónicos apenas sin conflicto. Los puntos conflictivos en la elaboración del Código civil fueron la denominada cuestión foral y la cuestión matrimonial. Las obligaciones solidarias y mancomunadas, como tantas otras secciones del Libro IV del Código civil pasaron sin pena ni gloria por la comisión encargada de redactar el Código: "existieron pocas novedades, escaso conflicto y escasa crítica", Luis Díez-PICAZO, "El derecho de obligaciones en la codificación civil española", en *Centenario del Código civil*, I, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 707 a 717.

I. La pluralidad de obligados en el Código civil

1. El régimen legal

El Código civil español de 1889 regula las obligaciones con pluralidad de sujetos en los artículos 1137 a 1148. Bajo la rúbrica “De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias”, el Código prevé los efectos de la pluralidad de sujetos en alguna de las partes de la obligación.

El Código civil español de igual forma que el *Code civil* francés de 1804 regula las consecuencias de la pluralidad de sujetos en la obligación entre la sección dedicada a las obligaciones alternativas y la de las obligaciones divisibles e indivisibles.

Los tres primeros artículos de la Sección definen de forma negativa¹⁴ lo que, en principio, debe entenderse por una y otra categoría.

El artículo 1137 Cc. distingue las obligaciones solidarias de cualquier otra forma de regulación de las relaciones entre una pluralidad de acreedores o una pluralidad de deudores:

La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose entonces con el carácter de solidaria.

El artículo 1138 Cc. establece una presunción de división del crédito o la deuda entre los varios acreedores o deudores¹⁵. El principio de fraccionamiento descompone la

¹⁴ Las definiciones negativas, sin embargo, aportan poca información. “Given any proposition *p*, it is possible to form its negation, *not-p*. Since *not-p* is itself a proposition, it in turn has its negation *not-not-p*. On some theories of propositions, indeed, *p* and *not-p*, being logically equivalent, are not distinct propositions. This casts some doubt on the idea that some propositions are intrinsically negative and others affirmative. (...) it is simply to see (classical) negation as a logical operation which, applied to any proposition, transforms a truth into a falsehood and vice versa.”, voz “Affirmative and negative propositions”, Ted HONDERICH (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

¹⁵ Jorge CARRERAS LLANSANA, “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1962, afirma que “La función de las presunciones jurídicas será la de servir de instrumento para fijar el supuesto de hecho o conducta antecedente de una norma legislada o de una sentencia; y precisada la función y conocida la estructura, podemos ahora definir ya resueltamente las presunciones jurídicas como juicios sobre probabilidad de unos hechos, verificados indistintamente por el legislador o el órgano jurisdiccional, en cuanto sujetos con autoridad para regular las conductas ajenas, como instrumento de fijación del supuesto de hecho de una norma legislada o de los hechos en que se ha de fundar la sentencia jurisdiccional, tomando como base un hecho distinto, elegido apriorísticamente o fijado de modo formal como acaecido históricamente”, págs. 524 y 525.

obligación conjunta en tantas obligaciones como sujetos existan. La división se efectúa por partes iguales:

Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.

El artículo 1139 Cc. se ocupa de las obligaciones en que, a pesar de la multiplicidad de acreedores o de deudores y de la presunción de división establecida en el artículo anterior, la prestación en que consiste la obligación es indivisible:

Si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta.

Los artículos 1140 a 1148 Cc., de los que trataremos más adelante¹⁶, regulan diferentes aspectos de las relaciones interna y externa entre acreedores o deudores solidarios. Con ellos se cierra la Sección que el Código dedica a las obligaciones con pluralidad de sujetos.

Por lo tanto, y conforme a los preceptos transcritos, en el derecho privado español:

- La solidaridad en las obligaciones significa que cada uno de los acreedores tiene derecho a exigir el cumplimiento y que cada uno de los deudores debe cumplir íntegramente la prestación que sea objeto de la obligación. Esto sólo ocurrirá cuando se haya previsto de forma expresa en la obligación.
- Cuando las obligaciones no prevean expresamente la solidaridad y su objeto sea divisible, el crédito o la deuda se dividirán en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya. Cada fracción devendrá una obligación independiente del resto.
- Las obligaciones que no prevean expresamente la solidaridad y cuyo objeto sea indivisible deberán exigirse o cumplirse de forma conjunta por todos los acreedores o por todos los deudores.

El Código civil sienta, por tanto, dos principios generales en materia de obligaciones conjuntas: a) La obligación con pluralidad de sujetos se divide en tantas deudas o créditos como sujetos haya, salvo que su objeto lo impida; b) La solidaridad exige pacto expreso de quienes se someten a ella.

Parece que un cambio de orden de los artículos transcritos ayudaría a entender mejor el sistema previsto por el Código. En efecto, la regulación ganaría en claridad si se

¹⁶ En el apartado II de este Capítulo.

enunciara en positivo -definiendo reglas y no excepciones- y según el siguiente orden:

1. Las obligaciones con pluralidad de acreedores o de deudores se dividirán en tantas partes iguales como sujetos haya, es decir, cada uno de los sujetos con derecho a la prestación o con obligación a cumplirla responde por su parte (artículo 1138 Cc.)
2. Cuando la prestación sea indivisible y, por tanto, no puedan fraccionarse el derecho a exigirla o la obligación de prestarla, todos los acreedores o todos los deudores deberán cumplirla de forma conjunta. Todos responden por el todo (artículo 1139 Cc.)
3. Las partes pueden pactar que su obligación sea solidaria. En tal caso cada uno puede exigir o responde por el todo (artículo 1137 Cc.)

El principio general en sede de obligaciones con pluralidad de sujetos es la división de la deuda o el crédito en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya.¹⁷

2. El problema de la indivisibilidad de la prestación

El principio general de división del crédito o la deuda entre los varios acreedores o deudores se compadece mal con la eventual indivisibilidad de las prestaciones. El Código civil regula la pluralidad de sujetos antes que la indivisibilidad de las obligaciones pero en sede de obligaciones conjuntas ha de reconocer una excepción, la del artículo 1139 Cc., a los supuestos en que los acreedores o deudores estén unidos por una prestación indivisible y prever que en esos casos todos deberán actuar de forma conjunta: así lo impone la naturaleza de las cosas.

El Código completa la regulación de las obligaciones indivisibles con los artículos 1149 a 1151, en la sección siguiente a la dedicada a las obligaciones conjuntas.

El artículo 1149 Cc. se limita a establecer que *La divisibilidad o indivisibilidad de las cosas objeto de las obligaciones en que hay un solo deudor y un solo acreedor no altera ni modifica los preceptos del capítulo II de este título* (dedicado a la naturaleza y efectos de las obligaciones). Cuando la obligación se impone a un único deudor o se reconoce a un único acreedor, la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación no plantea problemas más allá de la eficacia y requisitos del pago y los derechos que asisten a

¹⁷ Que es también el principio general para las obligaciones divisibles en el *Code civil* francés (cfr. artículo 1220) aunque la doctrina de aquel país las denomine 'obligaciones conjuntas'. Véase una crítica del término en François TERRE, Philippe SIMLER y Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2002, pág. 1152, nota 4.

una y otra parte para poder exigir el pago o admitir el cumplimiento parcial de la obligación. La divisibilidad o indivisibilidad del objeto de la obligación es relevante cuando varias personas deben ejecutarlo o pueden exigirlo: la divisibilidad permite dividir el cumplimiento en tantos momentos como sujetos haya; la indivisibilidad impide el fraccionamiento. El régimen jurídico que una a los varios acreedores o deudores no puede obviar, por tanto, el carácter divisible o indivisible de la prestación.¹⁸

El complemento del artículo 1139 Cc. (actuación conjunta de los acreedores o deudores de una prestación indivisible) es el artículo 1150 Cc.:

*La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación.*¹⁹

La indivisibilidad de la obligación está definida en el artículo 1151 Cc., el último que el Código dedica al tema:

Para los efectos de los artículos que preceden, se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

¹⁸ “Mientras que la doctrina española suele estudiar este tipo de obligaciones [las indivisibles] entre las modalidades derivadas del objeto de las mismas, la doctrina extranjera coloca su estudio entre las modalidades derivadas de la existencia de una pluralidad de sujetos”, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, *Anuario de Derecho civil*, 1973, págs. 507 a 584. La cita es de la página 507. El mismo autor, en la introducción al comentario a los artículos 1149 a 1151 Cc. en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985, afirma que “En principio existen razones para justificar ambas posturas. Si atendemos al criterio de distinción entre obligaciones divisibles e indivisibles, es evidente que éste radica en las prestaciones son contenido de la obligación. Pero si atendemos a los efectos derivados de esta clasificación de las obligaciones, veremos que se producen fundamentalmente en conexión con la existencia de una pluralidad de acreedores o de deudores.” En el mismo sentido, Jorge CAFFARENA LAPORTA, “Obligaciones indivisibles” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 4519 y ss.

¹⁹ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, cit., pág. 570: “Puesto que los deudores tienen que actuar conjuntamente para el cumplimiento de la obligación [así lo impone el artículo 1139 Cc.], parece lógico que en cuanto falle alguno de ellos se produzca la imposibilidad del cumplimiento *in natura*, por lo que habrá que transformar la obligación en una indemnización de daños y perjuicios, prestación pecuniaria divisible por excelencia, a la que se podrá aplicar el régimen de las obligaciones mancomunadas divisibles del artículo 1138 Cc. con aplicación retroactiva de la responsabilidad individual de cada deudor por la parte que le ha correspondido.”

Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.

En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá en cada caso por el carácter de la prestación en cada caso particular.

Como el *cumplimiento parcial* a que se refiere el primer párrafo del artículo 1151 Cc. puede deberse tanto a la naturaleza de las cosas objeto del pacto, como a la voluntad de las partes que han acordado un cumplimiento único, el Código concede el mismo valor a la divisibilidad del objeto y a la divisibilidad del cumplimiento.

El artículo 1151 Cc. se apartó del criterio de divisibilidad física del artículo 1071 del Proyecto de 1851 que disponía: *La obligación es divisible é indivisible, según que su objeto admita ó no la división.*

El carácter divisible o indivisible de la obligación procede tanto de la naturaleza de las cosas que constituyen su objeto como de la voluntad de las partes. La divisibilidad o indivisibilidad no es, por tanto, sólo una cuestión de hecho²⁰. Es también una cuestión de derecho²¹. El ordenamiento jurídico español suma a la divisibilidad objetiva de la prestación el denominado criterio de la divisibilidad civil.

²⁰ Aun considerándola una cuestión de hecho, el ámbito de la divisibilidad no es muy amplio. Más allá de las obligaciones de dar cosas muebles, cuesta imaginarse una obligación divisible de entregar un bien inmueble. La complicación asociada a la divisibilidad aumenta con las obligaciones de hacer, que sólo podrán ser divididas cuando estén compuestas de un conjunto de actividades cualitativamente idénticas. En las obligaciones de no hacer parece imposible concebir un supuesto de obligación divisible.

²¹ Como explica Santiago ESPIAU ESPIAU, *Las obligaciones indivisibles en el Código civil español*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, "La consideración de la prestación como el elemento determinante de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación supone modificar la orientación seguida por la concepción tradicional, elaborada a partir de las aportaciones de los juristas del derecho común. Para la doctrina del *ius commune*, la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación se define en función de las cosas que constituyen su objeto; para la Pandectística, en cambio, se determina a partir del carácter de la prestación.", pág. 42. Más adelante, "la determinación de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación a partir de la susceptibilidad o no susceptibilidad de cumplimiento parcial simplifica considerablemente la cuestión. En relación a la obligación indivisible la adopción de este criterio significa que toda aquella que no admita realización o ejecución parcial se configurará como tal (...). Esto va a significar, también que la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas y servicios pierde buena parte de su trascendencia: toda obligación no susceptible de cumplimiento parcial será indivisible y ello con independencia de que el objeto sobre el que recaiga lo sea igualmente o no. De ahí que, al tiempo que se amplía el concepto de obligación divisible, pueda constatarse una evidente discordancia o asimetría entre ésta y la obligación indivisible, toda vez que mientras esta última presupone -a través de la susceptibilidad de cumplimiento parcial de su prestación- la divisibilidad de su objeto, aquella no requiere de igual modo la indivisibilidad del mismo: una prestación no susceptible de cumplimiento parcial puede serlo tanto si recae sobre un objeto indivisible como si recae sobre un objeto divisible, necesariamente en el primer caso, eventualmente en el segundo.", pág. 43.

De este modo, tan indivisible es la obligación cuyo objeto no sea susceptible de división material como aquella en la que las partes han excluido el cumplimiento parcial. La autonomía privada puede convertir lo divisible por naturaleza en indivisible por convenio.²²

Es más, el primer párrafo del artículo 1169 Cc. dispone, en sede de cumplimiento de las obligaciones que *A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.* Existe, por tanto, una presunción de indivisibilidad del cumplimiento de las obligaciones.²³

De tal manera que la regla general del artículo 1138 Cc. (división de la deuda o el crédito cuando sean varios los obligados) es menos general de lo que afirma el Código y la regla del artículo 1139 Cc. (actuación conjunta de los varios acreedores o deudores) es menos residual de lo que parece tras una primera lectura de los preceptos del Código.²⁴

²² Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", cit., pág. 508: "El criterio generalmente recogido para aceptar la divisibilidad de una obligación es el de atender a la divisibilidad de su cumplimiento, es decir, de la ejecución de la prestación que forma su contenido. Lo que se mide por la indiferencia del acreedor ante la posibilidad de cobrar su crédito de una vez o fragmentariamente. Esto depende de que el acreedor reciba de ambas formas la misma satisfacción. Y, en principio, ese requisito requiere que la prestación (y, por ende, sus ejecución) pueda fragmentarse en partes cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales, conservando además su valor económico."

²³ Santiago ESPIAU ESPIAU, *Las obligaciones indivisibles en el Código civil español*, cit., pág. 65: "A la caracterización de la obligación indivisible como aquella no susceptible de cumplimiento parcial podría oponerse que dicho rasgo es propio de toda obligación. El artículo 1157 Cc., en efecto, preceptúa que no se entenderá pagada una deuda sino cuando se hubiere entregado completamente la cosa o hecho la prestación en que consistía; mientras, por su parte, el artículo 1169.1 Cc. establece que a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación." Se trata, como concluye el autor de distinguir reglas de divisibilidad y reglas de cumplimiento. Las primeras se refieren a la posibilidad de cumplimientos parciales. Las segundas lo hacen a la integridad de esos cumplimientos parciales, en caso de obligaciones divisibles, o del cumplimiento único, en caso de obligaciones indivisibles.

²⁴ Es indivisible la obligación no susceptible de cumplimiento parcial, bien por la naturaleza de la prestación, bien por la voluntad de las partes. La importancia de las obligaciones indivisibles no es pequeña. "(...) me atrevería a decir que la mayor parte de las obligaciones naturalmente divisibles que nacen de un contrato bilateral pasan a ser indivisibles simplemente como consecuencia del sinalagma obligacional.", Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", cit., pág. 547. El mismo, en "Comentario al artículo 1151 Cc.", Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pág. 439: "(...) la obligación indivisible no constituye un supuesto excepcional, a pesar de la engañosa redacción del artículo 1138 Cc., sino que, por el contrario, parece el caso más frecuente, dado el posible contenido de las diversas prestaciones, así como los requisitos que la doctrina impone para admitir a efectos del artículo 1138 Cc., la divisibilidad de la prestación."

El criterio de la clasificación de las obligaciones en mancomunadas o solidarias, que siguen los artículos 1137 a 1139 Cc., atiende al cumplimiento de la prestación a la que están obligados varios sujetos o sobre la que varios tienen derecho. La razón de la clasificación está, en ese caso, en los sujetos de la obligación y la forma de obligarse.

El criterio de la clasificación de las obligaciones en divisibles o indivisibles atiende a la aptitud del objeto debido de ser satisfecho por partes, de manera que cada parte conserve proporcionalmente las cualidades y el valor del todo, según la naturaleza de la prestación y la voluntad de las partes. La clasificación trae su razón, por tanto, en el objeto de la obligación y los pactos de las partes al respecto. El codificador sometió a un doble régimen a las obligaciones de varios sujetos: a) por un lado, las considera en función de la eficacia del título que une a los sujetos, clasificándolas en solidarias y mancomunadas; b) por otro lado, las regula en función del fraccionamiento de su objeto, distinguiendo las obligaciones divisibles de las indivisibles.

De acuerdo con el criterio de división de las obligaciones en función de las relaciones entre sus varios sujetos el Código civil define por separado las:

- Obligaciones solidarias: reguladas en el artículo 1137 Cc. y en las que cada acreedor o cada deudor tiene derecho a exigir u obligación de prestar toda la obligación.
- Obligaciones mancomunadas: reguladas en el artículo 1138 Cc. y en las que, en principio, el crédito o la deuda se dividen en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya.

Según el criterio que atiende a las características del objeto, las obligaciones pueden ser:

- Obligaciones divisibles: en las que el objeto puede fraccionarse o las partes han acordado el cumplimiento por partes. No hay inconveniente en que las obligaciones indivisibles sigan el régimen de las solidarias.
- Obligaciones indivisibles: cuyo objeto no es divisible o en las que los pactos entre las partes han excluido la posibilidad de cumplimiento parcial. Vienen definidas por el artículo 1151 Cc. y reguladas en los artículos 1139 y 1150 Cc.

La combinación de ambos criterios ha provocado problemas a la doctrina y la jurisprudencia. Mancomunidad y solidaridad no corresponden a divisibilidad e indivisibilidad y cuando las categorías se solapan, el Código no es capaz de ofrecer una respuesta clara en todos los casos. Los dos criterios de clasificación, en función del objeto y en función de los sujetos, son teóricamente compatibles pero se

superponen en la práctica cuando una obligación indivisible recae sobre varios sujetos.

La susceptibilidad de cumplimiento parcial para distinguir las obligaciones por su objeto no plantea problemas en las obligaciones divisibles a las que se aplica el principio general de división del crédito o la deuda previsto en el artículo 1138 Cc. Tampoco plantea problemas con las obligaciones solidarias, en las que el pacto convierte en indivisible el cumplimiento que debe exigirse o prestarse de forma íntegra por cualquiera de los varios acreedores o deudores.

Los problemas aparecen cuando la obligación es indivisible –por la naturaleza de la prestación o la voluntad de las partes- y no hay pacto de solidaridad alguno. Se trata de las obligaciones del artículo 1150 Cc., en el que el Código asocia la idea de mancomunidad a la indivisibilidad de la prestación.

Para salvar el problema de la calificación y régimen de las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos se han probado dos vías alternativas. La primera es la de anudar el régimen de la solidaridad a las obligaciones indivisibles. De este modo, cualquier obligación con objeto indivisible ha de seguir el régimen de la solidaridad, aunque no lo hayan pactado así las partes. Como las obligaciones con objeto indivisible no pueden fraccionarse y todos –los varios acreedores o los varios deudores- deben exigirlos o cumplirlas hay quien ha sugerido la posibilidad de asimilar el régimen de las obligaciones conjuntas con objeto indivisible al de las obligaciones solidarias.²⁵ Conforme a este razonamiento, por ejemplo, la obligación de varios responsables de un mismo daño debe ser en todo caso solidaria, pues su objeto es indivisible.

De todos modos, la equiparación no puede salvar, por un lado, el obstáculo de la exigencia de pacto que impone el artículo 1137 Cc. Por otro, concibe una indivisibilidad de las obligaciones limitada a las obligaciones de dar cosas ciertas. En esos casos, es imaginable que, por ejemplo, un acreedor pueda exigir de cualquiera de los deudores solidarios la entrega de la cosa. Cuando eso ocurra, el régimen de la

²⁵ Así, en los últimos años, María Ángeles EGUSKIZA BALMASEDA, “La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil*, 1994, págs. 67 y ss.: “Una obligación solidaria presupone una pluralidad de sujetos, activos, pasivos o mixtos, una unidad de objeto, una duplicidad de las relaciones contractuales, tanto vinculantes entre los acreedores y el deudor o entre el acreedor y los deudores, como internamente de unos y otros entre sí, y finalmente una identidad de la causa común obligacional. La unidad de la prestación exigida hace que la misma sea indivisible, sin posibilidad de que se fraccione el crédito o la deuda, de forma que se deba la totalidad o que se sea acreedor del todo; cuestión que a la vez determina que cada acreedor tenga derecho a pedir y cada deudor deba prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación (...)”

solidaridad facilitará el cumplimiento de una obligación indivisible²⁶, pero las obligaciones de dar no son el único ejemplo posible de obligaciones indivisibles.

El Código civil español, que instaura un principio general de división y exige pacto expreso para la solidaridad, no ha adoptado la solución de otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, que asocian la indivisibilidad de la obligación con la solidaridad cuando concurre una pluralidad de sujetos en alguna de las partes de la obligación.²⁷ El derecho alemán adopta la regla que fue tradicional en el derecho romano²⁸ y prevé un principio general de división de las obligaciones con pluralidad de sujetos (§420 BGB)²⁹ que cede ante la solidaridad cuando la obligación que une a los varios deudores (§431)³⁰ o a los varios acreedores (§432)³¹ es indivisible. La

²⁶ Este fue el argumento empleado por el Tribunal Supremo para imponer la solidaridad a los obligados a entregar una cosa cierta por un contrato de compraventa en la STS, 1ª, 26.1.1994 (RJ. 445), comentada por María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, págs. 347 a 356.

²⁷ Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, “La distinción entre indivisibilidad y solidaridad”, *Revista de Derecho Privado*, 1992: “(...) en nuestro ordenamiento civil no se produce una remisión normativa de las obligaciones indivisibles a las solidarias y (...) el Código civil español en lugar de consagrar la presunción de solidaridad establece la presunción de mancomunidad, en cuya virtud, cuando estemos en presencia de una relación obligatoria con pluralidad de sujetos la situación normal o automática será la de la división del crédito y de la deuda en tantas partes cuantos sean los acreedores y los deudores (...)”, pág. 1006. El mismo autor desarrolla el razonamiento en *Las obligaciones indivisibles*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 115 y ss.

²⁸ En derecho romano clásico, “La solidaridad de la obligación, que consiste en que puede exigirse y debe cumplirse por entero, pero una sola vez, se impone necesariamente por la indivisibilidad objetiva de la obligación misma”, Álvaro D’ORS, *Derecho privado romano*, 3ª edición, revisada, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, pág. 487. Así sucedía habitualmente con las obligaciones nacidas de la sucesión hereditaria o de la *stipulatio* conjunta de varios acreedores o de varios deudores en la que se preveía que cada acreedor podía exigir la obligación entera y cada deudor debía cumplir la obligación por completo. En el mismo sentido, Emilio ALBERTARIO, *Il diritto romano*, Casa editrice Giuseppe Principiato, Milano, 1940, pág. 185, aunque el autor afirma que las modificaciones a las que Justiniano sometió a las obligaciones solidarias, y a las que nos referiremos más adelante, modificaron esencialmente la equiparación entre obligación indivisible y obligación solidaria que el profesor D’Ors da por buena sin excepciones. Tras los cambios provocados por el emperador Justiniano en las obligaciones solidarias, la indivisibilidad romana es, afirma Albertario, irreconocible.

²⁹ §420 BGB. Teilbare Leistung. *Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt.*

³⁰ §431 BGB. Mehrere Schuldner einer unteilbaren Leistung. *Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner.*

³¹ §432.I.1 BGB. Mehrere Gläubiger einer unteilbaren Leistung. *Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern.* La existencia de obligaciones indivisibles pactadas a favor de varios acreedores solidarios obligó a la doctrina alemana a crear la categoría de la *Mitgläubigerschaft*.

equiparación provoca a los juristas alemanes el problema de calificación y régimen de las obligaciones indivisibles cuyo cumplimiento exige el concurso de todos los acreedores o de todos los deudores. El ejemplo académico es la obligación que asumen los músicos de un cuarteto de cuerda. La doctrina alemana ha tenido que manejar una categoría no prevista en su Código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) para esos casos.³²

En el derecho español, por tanto, la solidaridad no es una solución general para la indivisibilidad³³. Si bien solidaridad e indivisibilidad pueden ser compatibles, la segunda no implica necesariamente la primera.³⁴ Tampoco es una solución general el

Un término que acuñó Kart Larenz en la tercera edición de su manual de Derecho de obligaciones y que se ha impuesto en la doctrina de aquel país. Kart LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, C. H. Beck, München, 1987, justifica la existencia de la figura, entre otras razones del siguiente modo: „Die gemeinschaftliche Zuständigkeit einer Forderung kann sich endlich, daraus ergeben, daß mehrere, die weder Gesamthänder sind, noch sonst schon in einer Rechtsgemeinschaft stehen, eine Forderung auf eine unteilbare Leistung gemeinsam erwerben. So wenn etwa zwei Personen gemeinsam Taxe für eine bestimmte Fahrt bestellen. Dann kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind (was nicht anzunehmen ist), nur alle gemeinschaftlich geleistet werden, jeder aber die Leistung an alle fordern.“, págs. 623 y 624.

³² Kart LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, cit., explica, para la solidaridad de deudores de una prestación indivisible: “Wenn der Gläubiger die Leistungen von jeden ganz verlangen kann, muß er sie auch von allen zusammen verlangen können; auf jeden Fall soll er die Leistung nur einmal erhalten. Die Gesamtschulden in ihrer Zusammenfassung begründen die Haftung des den Gesamtschuldern gemeinsamen Vermögens. Jedenfalls aber liegt eine gemeinschaftliche Schuld, eine Gesamthandschuld, dann vor, wenn die Leistung überhaupt nicht vor einem einzelnen allein, auch nicht teilweise, sondern nur von allen zusammen erbracht werden kann. (...) Erfordert dagegen die Leistung notwendig ein Zusammenwirken aller, so muß, obgleich das Gesetz darüber schweigt, eine gemeinschaftliche Schuld angenommen werden: nur alle zusammen sind, und zwar zu gemeinschaftlichem Handeln, verpflichtet; ergangenen Urteil vollstreckt werden.“, pág. 630. Cursiva en el original.

³³ Aunque el vigente Código civil no haya incorporado una regla tan clara como la del artículo 1219 *Code civil* francés que prevé que *La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité*.

³⁴ Como bien señala Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, cit., pág. 514: “El régimen de las obligaciones indivisibles se asemeja al de las obligaciones solidarias desde el momento en que se produce una pluralidad de acreedores o de deudores, puesto que la obligación no es susceptible de un cumplimiento parcial. Sin embargo, existen diferencias entre las obligaciones indivisibles y las solidarias. Aquéllas se basan en una cualidad real de la obligación, por lo que se transmiten tal cual a los herederos; éstas corresponden a una cualidad personal, por lo que no se transmiten a los herederos con dicha cualidad, sino que se dividen entre ellos. De esa diversidad de su naturaleza deriva una segunda diferencia. Los deudores solidarios lo son por el todo y *totaliter*. En cambio, los deudores de una obligación indivisible dejan de deber el todo cuando desaparece su causa porque la obligación se ha transformado en una indemnización de daños y perjuicios (que no es indivisible).” A los argumentos anteriores hay que sumar quizá el más importante: En las obligaciones solidarias cada codeudor asume el incumplimiento de los otros, algo que no ocurre en las obligaciones indivisibles.

principio general de fraccionamiento de la deuda conjunta, incompatible con las obligaciones indivisibles por la naturaleza de su objeto.

La equiparación entre solidaridad e indivisibilidad ha enturbiado la distinción entre obligaciones indivisibles y obligaciones solidarias. Para superar los problemas de regulación de las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos se ha intentado, en segundo lugar, buscar la solución en la terminología. Sin embargo, los intentos de la doctrina por suplir las carencias del Código han plagado los manuales al uso de Derecho civil de clasificaciones no siempre coincidentes para las obligaciones con pluralidad de sujetos en algunas de las partes de la obligación.

3. Problema terminológico. Toma de posición

En un primer momento, la doctrina entendió que la mancomunidad era el nombre genérico empleado por el Código para las obligaciones con pluralidad de sujetos.³⁵ Como sólo aparece la referencia a la mancomunidad en el título de la sección dedicada a las obligaciones plurales se supuso que a ella se refieren los preceptos del Código en la materia, salvo los expresamente dedicados a la solidaridad y que serían la excepción a la regla general del prorrateo.

El origen de la confusión se remonta al Proyecto de Código civil de 1851 que en los artículos 1056 y siguientes denominaba 'mancomunadas' a las obligaciones en que cada deudor debía cumplir por entero o cada acreedor podía exigir el pago íntegro de la prestación. El artículo 1056 del Proyecto disponía que *Hay mancomunidad entre deudores cuando dos ó más personas se obligan á una misma cosa, de modo que esta puede exigirse en su totalidad de cada uno de ellas. Hay mancomunidad entre acreedores, cuando á dos ó más personas se ofrece una misma cosa, de modos que puede exigirse en su totalidad por cada una de ellas.* Esas obligaciones pasaron al Código de 1889 con el nombre de solidarias y lo que se concibió como mancomunidad, nació como solidaridad.³⁶

³⁵ Como explica Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 35: "Para la doctrina, la obligación mancomunada aparece como una categoría genérica que alberga, como especies, dos clases de obligaciones: la obligación mancomunada simple y la obligación mancomunada solidaria. Cuando el acreedor únicamente podía reconvenir a cada obligado por la parte que proporcionalmente le correspondía satisfacer, la obligación era mancomunada simple. Por el contrario, si el acreedor podía reclamar el total adeudado de cualquiera de los obligados, la obligación era mancomunada solidaria. Una y otra tenían en común el tratarse de obligaciones asumidas de modo conjunto por varios sujetos; de aquí la categoría genérica de las obligaciones mancomunadas."

³⁶ Véase la sección VI del Capítulo IV del Libro Tercero del Proyecto de Código civil de 1851 en Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Madrid, 1852, reimpresión al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.

Según ese razonamiento, la mancomunidad podía ser de dos tipos: simple o solidaria³⁷:

- Mancomunidad simple o a prorrata, en la que la obligación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1138 Cc. se divide en partes iguales entre sus sujetos.
- Mancomunidad solidaria, que es la definida por el artículo 1137 Cc.

Se trataba de una interpretación excesivamente literal del Código. En seguida se entendió que el término 'mancomunidad' no podía ser un término genérico y que el título de la sección que el Código dedica a las obligaciones con pluralidad de sujetos obliga a definir dos tipos diferenciados de obligaciones. De acuerdo con esa concepción, las obligaciones con pluralidad de sujetos son³⁸:

- Obligaciones mancomunadas: en las que el crédito o la deuda se divide en tantas partes iguales como sujetos concurren.
- Obligaciones solidarias: cuyo régimen prevé una peculiar legitimación para la exigencia y el cumplimiento de la prestación.

Ambas categorías, así entendidas, serían compatibles con una prestación divisible o indivisible; una vez hecha la salvedad, del peculiar régimen -divisibilidad sólo en caso de incumplimiento- previsto para las obligaciones de objeto indivisible.³⁹

Así, se explica, la obligación con pluralidad de sujetos que no pudo dividirse al inicio por las características de su objeto, se divide cuando alguno de los obligados incumple la parte de prestación que le corresponde. La así llamada mancomunidad actuaría *ab initio* en las obligaciones divisibles y *pro soluto* en las obligaciones

³⁷ Así, por ejemplo, Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, III, Cuesta, Valladolid, 1926, págs. 36 y ss. Del mismo modo, Federico PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, vol. I, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, págs. 49 y ss.

³⁸ Así, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, II, Bosch, Barcelona, 1985, págs. 57 y ss., distingue entre obligaciones mancomunadas, en las que la deuda se divide por partes iguales entre los sujetos y obligaciones solidarias, que son las que define el artículo 1137 Cc. Del mismo modo, Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil*, tomo 2, 3ª edición, Trivium, Madrid, 1995, págs. 55 y ss.; Enrique RUIZ VADILLO, *Derecho civil*, 8ª edición, Ochoa, Logroño, 1979, págs. 244 y ss.; Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 91 y ss.

³⁹ Así, Juan B. JORDANO BAREA, "Las obligaciones solidarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pág. 849: "La pluralidad de sujetos en la obligación tiene dos formas principales: obligaciones mancomunadas simples o parciarias y obligaciones mancomunadas solidarias, prescindiendo de las llamadas obligaciones conjuntas o en mano común, que nuestro derecho desconoce, pues si bien el artículo 1139 Cc. prevé la hipótesis de que varios deudores mancomunados tengan que ser demandados colectivamente, ello es consecuencia de la indivisibilidad de la prestación y no de la naturaleza del vínculo (...)" El artículo citado puede consultarse también en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4895 a 4919.

indivisibles⁴⁰. Parece que el cambio de naturaleza de la prestación, de indivisible en divisible es la única forma de entender coherentemente los preceptos del Código. En ambos casos, se salva el principio general de división de la deuda.⁴¹

De todos modos, como el artículo 1150 Cc. se refiere a la *obligación indivisible mancomunada*, algunos autores propusieron distinguir el tratamiento de las obligaciones mancomunadas divisibles de las indivisibles⁴².

Otros, en la misma línea, suman adjetivos al de mancomunidad para subrayar las diferencias que existen entre la mancomunidad de obligaciones divisibles y la mancomunidad de obligaciones indivisibles. Así, se suceden las diferentes clasificaciones empleadas por la doctrina:

- Obligaciones mancomunadas simples, mancomunadas divisibles o disyuntivas, en las que el crédito o la deuda se divide por cuotas iguales entre acreedores o deudores y que regula el artículo 1138 Cc.
- Obligaciones mancomunadas ‘en mano común’, o, sencillamente, obligaciones en mano común, mancomunadas indivisibles o, incluso, conjuntivas, en las que la prestación obliga a los acreedores o deudores a actuar de forma conjunta y que están previstas en el artículo 1139 Cc.

⁴⁰ Cuando el cumplimiento de la obligación indivisible no sea posible, pues uno de sus obligados ha decidido no acatar lo pactado, queda al acreedor la indemnización de daños y perjuicios, obligación en todo caso divisible. Aunque hay quien ha interpretado el *se resuelve en la indemnización de daños y perjuicios* del artículo 1150 Cc. como una opción dada al acreedor que podrá exigirla en todo caso. La interpretación, sólo mantenida por Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 168 y ss., no es acorde con el sistema general del Código, para el que la resolución es siempre la última posibilidad, y no parece que haya de ser siempre la mejor solución para el acreedor que sufre el incumplimiento y que debe poder exigir el cumplimiento forzoso. Véase una crítica razonada en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 1149 Cc.”, en Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., págs. 414 y ss.

⁴¹ “Puesto que los deudores tienen que actuar conjuntamente para el cumplimiento e la obligación indivisible, parece lógico que en cuanto falle alguno de ellos se produzca la imposibilidad del cumplimiento *in natura*, por lo que habrá que transformar la obligación en una indemnización de daños y perjuicios, prestación pecuniaria divisible por excelencia, a la que se podrá aplicar el régimen de las obligaciones mancomunadas divisibles del artículo 1138 Cc. con aplicación retroactiva de la responsabilidad individual de cada deudor por la parte que le ha correspondido. De ahí que *los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir (...) no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación* como dispone el artículo 1150 Cc.”, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, cit., pág. 570.

⁴² Así, José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, 11ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1974, págs. 120 y ss. Quien se refiere también a las obligaciones solidarias con la expresión ‘obligaciones mancomunadas solidarias’; y, Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil*, II, Edersa, Madrid, 1987, págs. 95 y ss.

- Obligaciones solidarias en las que cada uno de los acreedores o deudores tiene derecho a exigir o deber de prestar toda la prestación, como prevé el artículo 1137 Cc.

Ninguna de las clasificaciones se ha impuesto en la doctrina que, además, genera todavía nuevos términos para referirse a los tipos de obligaciones en que concurren varios acreedores o varios deudores. Así, en un reciente trabajo colectivo se distinguen las obligaciones conjuntas (para referirse a las mancomunadas) que pueden tener objeto divisible o indivisible de las obligaciones solidarias.⁴³

Con relativa frecuencia, en apoyo de la tesis que mantiene que las obligaciones mancomunadas pueden acoger tanto obligaciones divisibles como obligaciones indivisibles, se traen a colación las *Gemeinschaftliche Schuld* del derecho alemán que, de forma gráfica, son caracterizadas con la expresión *Zur gesamten Hand*. Hay que ser cuidadoso con el paralelismo. Si bien esas obligaciones tienen en común con las mancomunadas (indivisibles) que la obligación debe ser prestada a la vez por todos los deudores, también cierto que esas obligaciones no están reguladas en el BGB, que en la práctica suelen seguir el régimen de las obligaciones solidarias y que la doctrina limita su aplicación a determinados ámbitos del derecho sucesorio, el derecho de familia y el derecho de sociedades.⁴⁴

Las propuestas tradicionales de clasificación de las obligaciones con pluralidad de sujetos presentan, en primer lugar, el problema -docente y conceptual- de denominar 'mancomunadas' a las obligaciones que nada tienen en común: aquéllas en que el crédito o la deuda se dividen en cuotas viriles⁴⁵.

⁴³ Jaime SANTOS BRIZ (dir.), Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Pedro GONZÁLEZ POVEDA, José María MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José María PAZ RUBIO, *Tratado de derecho civil. Teoría y práctica*, tomo 3, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 113 y ss.

⁴⁴ El origen de estas obligaciones está, como ya hemos visto en el primer epígrafe del trabajo, en el estrecho margen que deja el BGB entre la presunción de división de la obligación por partes iguales y la presunción de solidaridad de las obligaciones indivisibles. "Die gemeinschaftliche Schuld ist im Gesetz nicht geregelt. (...) Die Einzelheiten dieser Gesamthandsgemeinschaften sind im Gesellschaftsrecht, im Familienrecht und im Erbrecht darzustellen. (...) Die besondere Zuordnung „zur gesamten Hand“ bedeutet, dass über einzelne Gegenstände des Gesamthandvermögens nur gemeinschaftlich verfügt werden kann. Verpflichtungen zur Leistung aus dem Gesamthandsvermögen können deshalb als gemeinschaftliche Schuld nur von allen im Zusammenwirken erfüllt werden.", Peter SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, págs. 324 y ss.

⁴⁵ José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco SANCHO REBULLIDA, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de derecho civil*, vol. II, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 46: "Estas obligaciones divididas se llaman mancomunadas, palabra que no da idea de su naturaleza y régimen, pues precisamente tienen lo menos en común, fuera de su origen. Son obligaciones que tienden a la plena independencia recíproca a partir de un solo crédito o deuda." En el mismo sentido, Antonio HERNÁNDEZ GIL, "La solidaridad en las obligaciones", *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 398: "Esto se contradice con el uso del lenguaje corriente entre nosotros, pues el término mancomunidad traduce

El artículo 1150 Cc. trata de las *obligaciones mancomunadas indivisibles* en un sentido diverso, y más cercano al sentido de la mancomunidad que el atribuido al artículo 1138 Cc. La mancomunidad sugiere, sin duda, la idea de una obligación constituida a favor de varios acreedores o a cargo de varios deudores y no la idea de fraccionamiento que aparece como punto de partida de la regulación de las obligaciones conjuntas en el Código civil.

En segundo lugar, la clasificación que distingue sólo entre obligaciones mancomunadas y solidarias obvia la existencia de obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos.⁴⁶ Cuando la obligación con objeto indivisible no haya previsto la solidaridad, la única regla clara que da el Código es la actuación conjunta, algo que cuadra mal con la división a prorrata.

Por estos motivos, es más acertada la clasificación que propone Luis Díez-PICAZO⁴⁷. Su propuesta es más acorde con los principios del Código y más respetuosa con la naturaleza de las cosas y el sentido de los términos. De acuerdo con ella, las formas básicas de organización de la pluralidad, en materia de relaciones obligatorias, son tres:

- a) La pluralidad conduce a la fragmentación. El crédito o la deuda se descomponen o dividen en créditos y deudas independientes que recaen

ideas de conjunción y unidad y aquí lo que hay más bien es disyunción, separación.” Del mismo modo, Jorge CAFFARENA LAPORTA, “Comentario al artículo 1138 Cc.”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 121: “De este modo, se produce cierta confusión terminológica, pues se denomina mancomunada a aquella obligación en la que concurriendo una pluralidad de personas en la titularidad activa o pasiva se entienden el crédito o la deuda divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.” El Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001, define ‘mancomún’ como acuerdo o unión de dos o más personas. Algo que poco tiene que ver con la división que prevé el artículo 1138 Cc.

⁴⁶ José PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, II, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 33 y ss., donde adopta la división general entre mancomunidad y solidaridad explicada en el texto. El mismo autor, sin embargo, en *Fundamentos de derecho civil*, I, vol. II, 4ª edición, Bosch Barcelona, 1988 advierte que “(...) el excesivo esquematismo del Código deja sin resolver algunos problemas prácticos”, pág. 145, y sugiere la denominación de obligación conjunta o en mano común para las obligaciones previstas en el artículo 1139 Cc. como un tercer tipo de obligación conjunta.

⁴⁷ En Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, págs. 169 y 170. En la página 161, el autor introduce la tripartición de forma acertada: “Nuestro Código civil, y tras sus huellas nuestra doctrina civilista, suelen englobar, dentro del fenómeno que nos ocupa, únicamente los llamados supuestos de solidaridad y mancomunidad en sus formas activas (de crédito) y pasivas (de deuda). Sin embargo, (...), solidaridad y mancomunidad, que son sin duda dos formas típicas de organización de la pluralidad de sujetos en una relación obligatoria, y si se quiere las más importantes, no son las únicas.”. Del mismo modo, Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, II, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 132 y ss.

sobre una parte de la prestación. Estas obligaciones pueden recibir el nombre de parciarias y son las previstas en el artículo 1138 Cc.

b) La pluralidad conduce a la comunidad. Los créditos se atribuyen en común al grupo o consorcio y la deuda es una deuda común y consorcial. Todos los sujetos juntos 'en mano común' son deudores o acreedores de la totalidad (artículos 1139 y 1150 Cc.) Estas son las obligaciones que merecen rigurosamente el calificativo de mancomunadas o también el de comunes o conjuntas.

c) La pluralidad conduce a la solidaridad. Cada acreedor puede por sí solo y de una vez reclamar la totalidad del crédito y cada deudor está obligado a cumplir por sí solo y de una vez toda la prestación: cada uno es por sí sólo acreedor o deudor de la totalidad, como establece el artículo 1137 Cc.

En el presente trabajo seguiremos esta clasificación⁴⁸. Así, nos referiremos a las obligaciones parciarias cuando la deuda se divida entre los corresponsables del daño y cada porción de deuda sea una obligación independiente del resto de corresponsables. Las obligaciones solidarias son, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1137 Cc., aquéllas en que la víctima puede reclamar el importe íntegro de la indemnización a cualquiera de los responsables. Las obligaciones mancomunadas, que asumimos asociadas a las obligaciones indivisibles, apenas aparecerán en el trabajo pues, como ya se ha indicado, la obligación que nos ocupa (la indemnización de un daño) es habitualmente una obligación divisible.⁴⁹

Junto a estos tres regímenes, previstos en el Código civil, caben todas las variantes que la autonomía privada de las partes quiera concretar en la relación jurídica que les une⁵⁰. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en el que, por

⁴⁸ Pese a las críticas que ha recibido por parte de la doctrina que la considera superflua y califica a las obligaciones parciarias de un *tertium genus* innecesario. Así, Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, *Las obligaciones indivisibles*, cit., págs. 25 y ss.; y, del mismo, "Las obligaciones indivisibles en la codificación española", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, págs. 1883 a 1897.

⁴⁹ Jacinto GIL RODRÍGUEZ en Lluís PUIG I FERRIOL (coord.), Juan Manuel ABRIL CAMPOY, María Eulalia AMAT LLARI, Jacinto GIL, Clara I. ASÚA, *Manual de Derecho Civil*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 415 a 447, utiliza también la clasificación tripartita propuesta por el profesor Díez-Picazo.

⁵⁰ El sistema del Código civil no es un *numerus clausus*. Así lo reconoce la doctrina que se ha ocupado del tema. Véase, Jorge CAFFARENA LAPORTA, "Comentario al artículo 1137 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2ª edición, 1993, pág. 118; y Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., pág. 170: "A través de los correspondiente negocios, los interesados pueden organizar como mejor les convenga la obligación y decidir el tipo a que ésta ha de pertenecer. Corresponde a la ley el establecimiento de los criterios finales, supletorios o interpretativos, para decidir el modelo de organización en los casos en que los interesados no lo hayan previsto o sus declaraciones al respecto sean ambiguas."

definición, no existen relaciones previas entre obligados y víctima, debe desecharse esa posibilidad.

4. El alcance del denominado “principio de no presunción de la solidaridad”

La lectura de los artículos 1137 y 1138 del Código civil español deja claro que, conforme a las previsiones del legislador civil, la solidaridad, en España, debe pactarse de forma expresa: (...) *Sólo habrá lugar a esto [a la solidaridad] cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.*

La regla se repite en otros artículos del Código. Así, la solidaridad de los albaceas exige previsión expresa del testador, como dispone el artículo 897 Cc.:

Si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el encargo como previenen los dos artículos anteriores.

También se exige previsión expresa para que la responsabilidad de varios mandatarios sea solidaria en el artículo 1723 Cc.:

La responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así.

La regla se suma a la tradición de las normas civiles de nuestro país⁵¹ y, en el momento de redactar el proyecto del vigente Código civil, contaba con ejemplos destacados en el derecho comparado⁵².

⁵¹ “Nota común a los diferentes proyectos de Código civil es la consideración de la solidaridad como excepción. En todos ellos, para que la obligación asumida por los deudores tenga la calidad de solidaria es preciso que medie, bien pacto expreso de las partes, bien disposición legal al respecto. En otro caso, la obligación no será solidaria. La no solidaridad supondrá la regla general, mientras que la exigencia a prorrata de la deuda va a constituir una de las características de la categoría obligacional que, en sede de pluralidad de deudores, se opone a la obligación solidaria.”, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, cit., pág. 40. Posiblemente, a esa concepción excepcional de la solidaridad se refería la Base 19 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 cuando impuso a los redactores del Proyecto de Código civil que “(...) Se mantendrá el concepto histórico de la mancomunidad, resolviendo por principios generales las cuestiones que nacen de la solidaridad de acreedores y deudores, así cuando el objeto de la obligación es una cosa divisible como cuando es indivisible (...)” La Base, como sucede en el Proyecto de 1851, se refiere a la solidaridad cuando hablan de mancomunidad.

⁵² Así lo reconoce Florencio GARCÍA GOYENA quien cita el artículo 1202 del *Code civil* francés de 1804 como precedente inmediato del artículo 1058 del Proyecto de Código civil de 1851. El precepto del Código vecino dispuso para la solidaridad de deudores, y así previó todavía, que:

La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle sois expressément stipulée.

El principio de aplicación restrictiva y excepcional de la solidaridad tiene su origen en el derecho romano justiniano.

En el derecho romano clásico la regla de defecto para las obligaciones con pluralidad de sujetos era la solidaridad⁵³. El fraccionamiento de la obligación era una excepción reservada para el pacto entre las partes y para las obligaciones divisibles. Esta presunción de solidaridad llevó a identificar, casi plenamente, a las obligaciones indivisibles con las solidarias⁵⁴.

La solidaridad romana permitía al acreedor exigir la totalidad de la prestación (*in solidum*) a cualquiera de los deudores. El deudor sólo estaba obligado a realizar la prestación una sola vez y, una vez ejecutada, liberaba a sus compañeros de la obligación frente al acreedor.⁵⁵ El punto de partida para la constitución de una obligación solidaria fue la *stipulatio*. Los romanos hablaban de *duo rei stipulandi* y de *duo rei promittendi*, aunque también emplearon el término *conreus* para referirse a las situaciones en que dos o más personas se obligaban a algo frente a un acreedor común.⁵⁶ La solidaridad, hasta Justiniano, era el efecto jurídico típico asociado a determinados supuestos en que aparecían varias personas en una misma obligación⁵⁷.

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

⁵³ Emilio ALBERTARIO, *Il diritto romano*, cit., pág. 186.

⁵⁴ La única diferencia, como señala Ludovico BARASSI, *La teoria generale delle obbligazione*, I, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 196 y ss., es que la prestación íntegra que se exigía a uno de los deudores derivaba, en el caso de la solidaridad, del vínculo jurídico que le unía con el resto de codeudores y con el acreedor común; y en el caso de la indivisibilidad, de la propia naturaleza de las cosas o actividades debidas.

⁵⁵ Max KASER, Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 17. Auflage, C. H. Beck, München, 2003, pág. 343.

⁵⁶ Amparo GONZÁLEZ, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en derecho romano clásico*, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1983, pág. 89: "(...) consideramos que la *stipulatio*, contrato verbal que consiste en una promesa formalizada mediante el intercambio de una pregunta del acreedor y la congruente respuesta del deudor, es la fuente formal primera de la obligación solidaria. En efecto, en esto coincide la mayor parte de la doctrina romanística." Ahora bien, como advierte la autora, "(...) será fuente de obligaciones solidarias la *stipulatio in solidum*, es decir, aquella en que la totalidad del objeto es prometido por una o a una pluralidad de personas. De la unidad de acto derivará la unidad de *actio* y la unidad de *obligatio*.", pág. 37. En efecto, "(...) la *obligatio* queda contractualizada, en una primera época en virtud de un acto verbal vinculante y posteriormente en virtud de una *datio mutui*.", Pablo FUENTESECA DÍAZ, "Origen del concepto romano de obligación", *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, I, Junta de Decanos de Colegios Notariales, Madrid, 1976, pág. 151.

⁵⁷ Max KASER y Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, cit., pág. 343: „(...) sodann bei mehreren haftenden Tutoren; bei der *condictio ex causa furtiva* gegen Mittäter, Überhaupt bei den rein Sachverfolgenden Klagen aus Delikten; schließlich allgemein bei Gläubiger- oder Schuldnermehrheiten, wenn die Leistung unteilbar ist.“

En efecto, el derecho justiniano invirtió los términos de la presunción e impuso la división como regla y sometió la solidaridad (*obligatio in solidum*) al pacto previo entre los obligados.

En el año 529 de nuestra era, el emperador Justiniano (527-565) aprobó una de sus Novelas más célebres y controvertidas⁵⁸. La Novela 99 dispuso que “Si quis enim alterna fideiussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adiecerit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere”⁵⁹.

Según la mayoría de la doctrina, Justiniano impuso la obligación de pactar de forma expresa la solidaridad para diferenciarla de la fianza mutua (*mutua fideiussione*) y evitar la práctica habitual en algunas zonas del Imperio de reclamar el pago de la deuda a más de un obligado y cobrar así varias veces la misma deuda.⁶⁰ La responsabilidad solidaria deberá constar de forma expresa en la obligación e, incluso en ese caso, la reclamación deberá dirigirse contra todos los deudores a la vez.

La Novela 99, tras recordar el beneficio de excusión de que gozaban los garantes de crédito ajenos desde la Novela 4 del año 529, distingue dos supuestos de pluralidad de fiadores: el de varios fiadores obligados *in solido* por el total de la deuda que garantizan y el de varios fiadores obligados sólo a una parte de la deuda. Reconoce a ambos, sin embargo, el beneficio de división que les permite fraccionar su obligación

⁵⁸ Con Justiniano I el derecho romano alcanza un nuevo esplendor en Oriente. La compilación justiniana, que representa el punto culminante de la evolución del derecho romano, aparece en conexión con la grandiosa obra del emperador que se propuso restaurar la unidad del Imperio romano en el triple aspecto político, religioso y jurídico. La obra jurídica de Justiniano consta del Digesto, las Instituciones y el *Codex* que forman el llamado *Corpus Iuris Civilis*, la verdadera obra legislativa de Justiniano. Pero con eso no acaban las reformas legislativas del emperador, que promulgó además múltiples Novelas (*novae leges*) que modificaron la administración del Estado y la Iglesia y numerosos aspectos del derecho privado. A diferencia del *Corpus Iuris*, las Novelas fueron redactadas en lengua griega. Véase, Juan MIQUEL GONZÁLEZ, *Historia del derecho romano*, Editorial Signo, Barcelona, 1982, págs. 93 a 99, de donde se ha extractado el texto de la nota.

⁵⁹ Tal y como la cita Pablo FUENTESECA DÍAZ, “Sobre la Novela 99 de Justiniano y la supuesta *fideiussio mutua*”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1950, págs. 242 a 274.

⁶⁰ Aunque ilustres romanistas, como Pietro BONFANTE, opinen que Justiniano hizo lo contrario: convertir la solidaridad en una mera fianza mutua y permitir, por tanto, que el deudor exija de cualquiera de los obligados el pago de la deuda. Véase, Pietro BONFANTE, “Il concetto unitario della solidarietà”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1916, pág. 705 y, sobre todo, Pietro BONFANTE y Angelo STRAFFA, “Solidarietà o mutua fideiussione”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1914, pág.914. Pese a las diferentes interpretaciones a que la Novela 99 ha dado lugar, todos los autores están de acuerdo en afirmar que Justiniano modificó el concepto de solidaridad del derecho romano clásico. Aunque, como señala, Amparo GONZÁLEZ, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en derecho romano clásico*, cit., pág. 152, el derecho de regreso en la solidaridad romana, “lo generaliza Justiniano al admitir que la acción se fraccione en partes iguales entre los deudores presentes y solventes, de manera que cada uno responde sólo con una cuota como deudor principal y del resto como deudor accesorio. De ahí que parezca que por la Novela 99 la solidaridad pasiva deviene una fianza mutua.”

en cuotas⁶¹. Para proteger los derechos de los fiadores, la Novela exige que cuando se hayan obligado *in solido* sea preceptivo exigir a todos el cumplimiento de la obligación o, en su caso, demandarlos a todos.

La Novela no autoriza al acreedor a exigir inmediatamente el pago total de la deuda a uno de los codeudores sino que le impone la obligación de convocarlos a todos. Los fiadores solventes pagarán la cuota de la deuda que les corresponde. Por tanto, y como prevé la Novela 99, el magistrado que conozca del asunto deberá exigir que, por lo menos, estén presentes en el proceso todos los fiadores de la misma deuda que habitan en la provincia del acreedor para pronunciar una sentencia común.

Aunque parece que la inobservancia de la exigencia de pacto previo a la solidaridad que impuso Justiniano fue generalizada por sus contemporáneos⁶², la Novela 99 ejerció una notable influencia en los derechos posteriores, que la incorporaron a su regulación de las obligaciones con pluralidad de deudores.⁶³

Hay que reconocer, sin embargo, que el mismo derecho romano, al menos desde la aprobación de la Ley Aquilia (año 286 a. C.), previó un régimen de responsabilidad solidaria para los varios causantes del daño y reconocía a la víctima de este tipo de daños la posibilidad de reclamar la indemnización por completo a cualquiera de los declarados responsables. Un principio que no fue seguido con el mismo entusiasmo por nuestros codificadores.⁶⁴

La justificación tradicional de la regla conforme a la cual la solidaridad debe pactarse de forma expresa y que, en ausencia de pacto (o previsión legal) el régimen aplicable a una pluralidad de deudores es la fragmentación de sus responsabilidades se ha buscado en el principio de *favor debitoris*. Conforme a este principio, existe un criterio general en el derecho de obligaciones que impone al intérprete una aplicación

⁶¹ Gino SEGRÉ, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, A. Viretto, Torino, 1923, pág. 389.

⁶² Así lo afirma Pablo FUENTESECA DÍAZ, *Sobre la Novela 99 de Justiniano*, cit., pág. 272.

⁶³ Para un estudio de la evolución de la regla en la Glosa y en el derecho histórico español, donde no siempre se impuso la regla de la exigencia de pacto para la solidaridad, véase Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 19 a 22.

⁶⁴ Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of European contract law*, Juta&Co., Cape Town, 1990, pág. 1020: "(...) Where several personas had caused the damage, the injured party was able, in Roman law, to claim the full amount from all of them. This form of cumulative liability was squarely based upon the penal nature of the Lex Aquilia. Once it had become a purely reipersecutory remedy, however, cumulation could no longer be rationalized (...) and the consequence was: liability of the several delinquents *in solidum*, but if one of them paid, all the others were released from their obligation." En el mismo sentido, Max KASER y Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, cit., pág. 196: "Sind mehrere Personen an der Tat beteiligt (auch etwa durch Anstiftung, Beihilfe, Begünstigung), erhält der Verletzte von jeder den vollen Bußbetrag, las hätte sie die Tat allein begangen. Jede Teilhabe an der Tat löst die volle Sühnpflicht aus."

benigna y moderada del derecho según la cual, en la duda, debe suponerse siempre la solución menos rigurosa para el deudor⁶⁵.

Como, sin duda, el régimen de la solidaridad es más gravoso para una pluralidad de deudores que la mera división de la deuda en tantas partes como deudores haya, la solidaridad debe interpretarse de forma restrictiva, preverse de forma expresa y, en ningún caso, imponerse en contra de la voluntad de los sometidos a ella o por analogía⁶⁶.

El fundamento de la excepcionalidad de la solidaridad en el principio del *favor debitoris* no es el único posible⁶⁷ y no cuenta con el respaldo de ninguna regla general del Código civil conforme a la cual la protección del deudor deba inspirar la aplicación del derecho español de obligaciones⁶⁸.

⁶⁵ Así lo afirman, de forma señalada, Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 170; Jorge CAFFARENA LAPORTA, "Comentario al artículo 1137 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 119; y José María CASTÁN VÁZQUEZ, "El *favor debitoris* en el derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1961, págs. 835 a 849, para quien los preceptos 1137 y 1138 Cc "se inspiran en el precepto tradicional y constituyen otra manifestación del *favor debitoris* en el Código civil español", pág. 841.

⁶⁶ José María CASTÁN VÁZQUEZ, "El *favor debitoris* en el derecho español", cit., pág. 839: "Regla procedente del derecho romano que ha pasado a varios ordenamientos modernos es la de que cuando son varios los deudores se presume que la obligación no es solidaria sino mancomunada. Dicha regla es, sin duda, marcadamente favorable a los deudores, para quienes la solidaridad supondría un vínculo más pesado. La doctrina moderna ha aceptado en general este principio cuyo fundamento se ve en la naturaleza de la obligación solidaria. Siendo la solidaridad una institución puramente técnica, sólo la voluntad de las partes debe crearla."

⁶⁷ Por ejemplo, Ludovico BARASSI, *Le teorie generale delle obbligazioni*, cit., pág. 208, fundamenta la presunción de fraccionamiento en la tradición típicamente latina de evitar las situaciones de comunidad y que resume en el principio *nomina ipso iure dividuntur*.

⁶⁸ La mejor, y acaso la única, manifestación del principio en nuestro derecho de obligaciones es una regla de interpretación de los contratos. Se trata del artículo 1289 Cc.:

Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

Para PUIG BRUTAU el precepto transcrito suponía la vigencia general del principio de *favor debitoris* en el derecho privado español, *Compendio de derecho civil*, II, cit., pág. 38.

Un célebre artículo del profesor Antonio HERNÁNDEZ GIL⁶⁹ popularizó en nuestra doctrina la expresión “principio de no presunción de la solidaridad”⁷⁰. Apenas seis décadas después de la promulgación del Código, el referido autor manifestaba que el carácter excepcional de la solidaridad, “recogido en términos muy absolutos en el Código civil, no goza de muy sólida consistencia ni en el orden histórico, ni en el económico, ni en el del Derecho comparado, sin que, por otra parte, se trate de un postulado del Derecho natural que haya de mantenerse. Es muy clara y general la tendencia hacia su limitación y eliminación.”⁷¹

Así sucede, por ejemplo, en el derecho italiano para la solidaridad de deudores, como declara el artículo 1294 *Codice civile: I condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente*; y en el derecho alemán para los varios deudores de una obligación divisible el §427 *Bürgerliches Gesetzbuch* prevé la solidaridad como solución de defecto: *Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner*. Para las obligaciones indivisibles, el §431 prevé, en todo caso, la solidaridad de deudores: *Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner*.

La expresión ‘no presunción de solidaridad’ no aclara cuál es el régimen aplicable a las obligaciones con pluralidad de sujetos. Se limita a establecer una inversión de la carga de la prueba en quien la opondrá.⁷²

Parece que, en orden a establecer los principios generales que establece el Código en la materia puede afirmarse que:

- a) El Código civil establece una regla general de fraccionamiento de la deuda o del crédito (cfr. artículo 1138 Cc.)

⁶⁹ Antonio HERNÁNDEZ GIL, “El principio de no presunción de la solidaridad”, *Revista de Derecho Privado*, 1947, págs. 81 a 96.

⁷⁰ Desde entonces, la expresión ha hecho fortuna. Se repite en los manuales y tratados sobre la materia y en numerosas decisiones de nuestros jueces y tribunales. La fórmula, sin embargo, no aporta mucha información y su aceptación generalizada ha colaborado en parte a la confusión que reina en la materia.

⁷¹ Antonio HERNÁNDEZ GIL, “El principio de no presunción de la solidaridad”, cit. pág. 96.

⁷² Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 171, da algunas orientaciones, “¿Cuál debe ser el alcance atribuible a la regla de no-presunción de solidaridad? Es posible asignarle funciones muy diversas. Ante todo, es una genuina presunción. Es verdad que no versa sobre hechos, sino sobre regímenes jurídicos, pero es igualmente cierto que la norma determina una distribución de la carga de la prueba. Quienes pretendan el carácter solidario de una obligación tendrán a su cargo la necesidad de probarlo. La regla puede ser considerada, además, como un derecho legal de carácter supletorio. La solidaridad ha de encontrarse establecida en el negocio jurídico de constitución de la obligación o en una prescripción legal. A falta de ellos, la solidaridad no puede existir. Cumple, por último, una función interpretativa: ante la duda o ante la ambigüedad de las declaraciones negociales o de las prescripciones legales, éstas deben interpretarse a favor de la no-solidaridad.”

- b) Cuando la división no sea posible todos los acreedores o deudores deberán actuar de forma conjunta (cfr. artículo 1139 Cc.)
- c) La solidaridad exige un pacto previo -o una previsión legal expresa- (cfr. artículo 1137 Cc.)

En realidad, lo que rige en nuestro sistema es un principio general de división de la deuda que cede ante la indivisibilidad de la obligación y el pacto de solidaridad. Puede afirmarse, por tanto, que en el derecho español de obligaciones, el principio general es la división de la deuda o el crédito en tantas partes como acreedores o deudores haya.⁷³

De acuerdo con el principio de división de las obligaciones entre sujetos se regula, por ejemplo, la presunción de igualdad en el reparto de cuotas de comuneros en el artículo 393 Cc.:

El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas.

Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los participantes en la comunidad.

También responde a la idea de división por cuotas iguales la regla del artículo 765 Cc.:

Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

Con todo, el mismo Código se encarga de alimentar la confusión en supuestos en que podría afirmar -y no lo hace- el principio general de división. En ocasiones, el Código se limita a repetir lo previsto en el artículo 1137 Cc. sin especificar el régimen jurídico aplicable a una determinada responsabilidad conjunta⁷⁴. Así sucede, como ejemplo más destacado, con la responsabilidad de los socios de una sociedad civil para la que el primer párrafo del artículo 1698 Cc. dispone⁷⁵:

⁷³ Como afirma José Luis LACRUZ BERDEJO, et alii, *Elementos de derecho civil*, cit., pág. 47, en la interpretación conjunta de los artículos 1137 y 1138 Cc., “ (...) hay algo más que una mera presunción: hay una regla general de mancomunidad (artículo 1138 Cc.) y una excepción que es la solidaridad (artículo 1137 Cc.) (...) Parece evidente que el 1137 Cc. exige expresión de la voluntad y que el 1138 Cc. no admite más prueba en contrario que el texto de la obligación.”

⁷⁴ En otras, sin embargo, prevé una solución, como en el primer párrafo del artículo 1772 Cc. para los supuestos de pluralidad de depositantes Dos o más depositantes de una cosa divisible no son, en principio, acreedores solidarios (artículo 1772 Cc.): *Cuando sean dos o más los depositantes, si no fueren solidarios y la cosa admitiere división, no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte.*

⁷⁵ Francisco CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984, pág. 320, afirma que la responsabilidad será, entonces, mancomunada. El comentario de referencia es el de Cándido PAZ-ARES, “Comentario al artículo 1698 Cc.”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et

Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad; y ninguno puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello.

De acuerdo con el principio de no presunción de solidaridad (o de presunción de fragmentación), los supuestos en que uno de los acreedores o uno de los deudores puede exigir, o debe prestar, la prestación por entero son excepcionales. Así, el Código civil prevé algunos supuestos en que la solidaridad tiene su origen en un mandato legal pues, en su ausencia, la regla debería ser la división del crédito o la deuda. Así, la solidaridad se prevé:

a) En la obligación de indemnizar daños y perjuicios con cargo a quienes debieron promover la constitución de la tutela del agente causante del daño, como dispone el artículo 229 Cc.⁷⁶:

Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de daños y perjuicios causados.

b) El segundo párrafo del artículo 1319 Cc. prevé que los acreedores de los actos domésticos de un cónyuge pueden repetir contra los bienes gananciales y, subsidiariamente, contra el patrimonio del otro cónyuge⁷⁷:

alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1482: "El artículo 1698.I Cc. no dice que los socios no respondan; dice precisamente lo contrario, que responden, pero no solidariamente (...) El problema fundamental que suscita el tratamiento de esta materia es el relativo a la naturaleza de la responsabilidad." Más adelante, en el mismo comentario, el autor afirma que "(...) la responsabilidad de los socios es mancomunada. Este es el aspecto más claro de esta difícil materia, puesto que se desprende directamente del tenor del artículo 1698.I Cc: si los socios no quedan obligados solidariamente es porque están obligados mancomunadamente. *Tertium non datur*. El legislador ha extendido a la sociedad el principio general de no presunción de la solidaridad consagrado en el artículo 1137. Esto significa -de acuerdo con el principio general de parciariedad de la obligación que establece el artículo 1138- que la obligación se fragmenta en tantas deudas como deudores.", pág. 1483. De todos modos, el autor, en la misma obra, en el "Comentario al artículo 1688 Cc.", admite, en contra de la opinión mayoritaria, que la responsabilidad por deudas del socio administrador es solidaria, op. cit., pág. 1433.

⁷⁶ Su redacción actual se debe a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela (BOE núm. 256, de 26 de octubre).

⁷⁷ La responsabilidad solidaria de los bienes gananciales también está prevista en el artículo 1365 Cc. El término 'solidaridad' es empleado en estos preceptos con cierta impropiedad "porque no hay aquí dos deudores personales, sino uno solo, respondiendo también de la deuda un patrimonio en parte ajeno.", José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA, *Ementos de derecho civil. Derecho de familia*, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 316. En el régimen de separación, la responsabilidad por deudas domésticas del cónyuge no contratante será subsidiaria, como establece el artículo 1440 Cc.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.

c) El artículo 1731 Cc. prevé la responsabilidad solidaria para la pluralidad de mandantes en un negocio común:

Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato.

d) Varios comodatarios responden solidariamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1748 Cc.:

Todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella, a tenor de lo dispuesto en esta Sección.

e) El artículo 1084 Cc., aunque no se refiere expresamente a la solidaridad, impone ese régimen a los herederos, cuando sean varios, por las deudas del caudal relicto:

Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a los coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

f) Según el artículo 1890 (segundo párrafo) Cc., responden solidariamente los gestores de un negocio:

La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria.

El Código de comercio de 1885, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de sus homólogos europeos, no cuenta con una regla que establezca de modo general la solidaridad en las obligaciones mercantiles⁷⁸. Después de las reformas del régimen

⁷⁸ Francisco VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, se lamenta de la escasez de normas específicas para la contratación mercantil y, en concreto, de la ausencia de "(...) normas peculiares mercantiles como la solidaridad de las obligaciones", pág. 622. En otros ordenamientos, señaladamente el francés, la existencia de una principio de no presunción de la solidaridad equivalente al que rige en nuestro ordenamiento, no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entiendan que no es aplicable a las obligaciones comerciales que deben regirse por la regla de la solidaridad. François TERRE, Philippe SIMLER y Yves LEQUETTE, *Droit Civil. Les obligations*, cit., pág. 1157: "L'ensemble de ce dispositif comporte une importante exception coutumière: en matière commerciale, la solidarité se présume entre codébiteurs tenus d'une même dette. Cette présomption n'est cependant pas irréfragable: une clause expresse ou une manifestation de volonté exclusive de la solidarité permet de l'écarter."

legal de los títulos valor y de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada⁷⁹, las únicas reglas especiales de solidaridad que quedan en el Código de comercio (y que exceptúan el régimen general de división) son las previstas para los casos de abordaje entre buques y para la responsabilidad de los socios de la sociedad colectiva.

El artículo 827 Ccom. regula la responsabilidad de los buques implicados en un abordaje. De acuerdo con lo allí dispuesto⁸⁰:

Si el abordaje fuese imputable a ambos buques, cada uno de ellos soportará su propio daño y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargas.

El artículo 127 Ccom. regula la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas sociales⁸¹:

Todos los socios que forman la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla.

Salvo estas dos excepciones –y las previstas en la legislación especial-, habrá que entender que la normativa de aplicación a las situaciones de pluralidad de acreedores o de deudores es, también en el ámbito mercantil, la contenida en los artículos 1137 a 1148 Cc. Así lo impone el principio de aplicación subsidiaria del artículo 50 Ccom.:⁸²

⁷⁹ Aunque durante la vigencia de la regulación anterior a la vigente de sociedades y títulos valor existían dudas sobre si la responsabilidad de, respectivamente, administradores y titulares cambiarios era solidaria. Véase, José PUIG BRUTAU, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 361 a 371, y Javier OTERO LASTRES, “Reflexiones sobre la solidaridad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1986, págs. 28 a 49; Juan GÓMEZ CALERO, “La responsabilidad solidaria de los obligados cambiarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1981, págs. 245 a 305. En relación con los obligados cambiarios, el Tribunal Supremo había afirmado que se trataba de una solidaridad impropia. Para el fundamento legal (y su crítica) de aquella doctrina, Eduardo GALÁN CORONA, “Comentario a la STS, 1ª, 12.7.1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, págs. 903 a 911, con cita de los principales trabajos sobre la materia.

⁸⁰ La STS, 1ª, 17.3.2003 (RJ. 2750), resolvió un caso de abordaje. En el proceso se probó, sin embargo, que el accidente fue causado por la actuación negligente de la tripulación de uno de los buques. El Supremo confirmó la decisión de la Audiencia de La Coruña que condenaba a la empresa propietaria del navío culpable y a su compañía aseguradora al pago de los daños causados.

⁸¹ Aunque el artículo 237 Ccom. prevé la subsidiariedad de la responsabilidad de los bienes particulares de los socios:

Los bienes particulares de los socios colectivos que no se incluyeron en el haber de la sociedad al formarse ésta, no podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho excusión del haber social.

⁸² Antoni FONT RIBAS, “Génesis y evolución del principio de solidaridad. (Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio)”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas,

Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común.

Las excepciones previstas en los Códigos han sido ampliadas por varias leyes especiales que prevén reglas en las que se impone la responsabilidad solidaria sin necesidad de pacto. En muchas de las regulaciones sectoriales vigentes en el derecho privado parece que, al contrario de lo que dispone el Código civil, la solidaridad es la regla.

Así, y en el ámbito de la contratación privada:

- Artículo 57 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (BOE, núm. 171, de 19 de julio):

Los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responderán solidariamente frente al tenedor.

El portador tendrá derecho a proceder contra todas esas personas individual o conjuntamente, sin que le sea indispensable observar el orden en que se hubieren obligado.

El mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de una letra de cambio que la haya pagado.

La acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás, aunque sean posteriores en orden a la que fue primeramente demandada.⁸³

Madrid, 1996, págs. 3243 a 3296, defiende, en contra, que el artículo 1137 Cc. no establece presunción alguna y que, por tanto, en materia mercantil debe considerarse que la solidaridad es la regla. Así lo imponen, según el citado autor, los artículos 57 y 59 Ccom. y, sobre todo, el artículo 2 Ccom. que permite acudir a los usos de comercio para interpretar la voluntad de las partes. Afirma que: "Se parte de una consideración en cierto modo equívoca, es decir, del hecho de que la solidaridad agrava siempre la posición de los deudores, pues aunque en muchas ocasiones éstos se ven forzados por una razón de necesidad a contraer la obligación con el carácter de solidaria, se olvida que el régimen de la solidaridad también les favorece en cuanto aumenta las seguridades de la contratación y la confianza y crédito que como consecuencia de ello se produce.", pág. 3257.

⁸³ El artículo 148 de la Ley prevé una regla idéntica ara el tenedor de un cheque:

Los que hubieren librado, endosado o avalado un cheque, responderán solidariamente frente al tenedor.

El portador tendrá derecho a proceder contra todas esas personas, individual o conjuntamente, sin que le sea indispensable observar el orden en que se hubieren obligado.

El mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de un cheque que lo haya pagado.

La acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás, aunque sean posteriores en orden a la que fue primeramente demandada.

- Artículo 8 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Protección de los Consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE, núm. 283, de 26 de noviembre):

Del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley responderán solidariamente el empresario por cuya cuenta se actúe y el mandatario, comisionista o agente que hayan actuado en nombre propio.

- Artículo 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Regulación de los Viajes Combinados (BOE, núm. 161, de 7 de julio):

Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismo u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos.

- Artículo 5.1 de la Ley 18/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal (BOE, núm. 84, de 8 de abril):

Son obligaciones de cada propietario:

i) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el cambio de titularidad de la vivienda o local.

Quien incumpliera esta obligación seguirá respondiendo de las deudas con la comunidad devengadas con posterioridad a la transmisión de forma solidaria con el nuevo titular, sin perjuicio del derecho de aquél a repetir sobre éste.

- Artículo 61.2 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE, núm. 304, de 20 de diciembre):

La empresa subastadora responderá solidariamente con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente Ley.

La misma tendencia a la solidaridad existe, más allá del derecho privado, en numerosas disposiciones. La más señalada es la del artículo 116 CP del que trataremos en el tercer capítulo del trabajo. Numerosas normas administrativas sectoriales prevén disposiciones de derecho administrativo sancionador que imponen la solidaridad a los varios infractores de un mandato legal o reglamentario.

Así, entre muchos otros:

- Artículos 73.2 y 118.1.b) de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de reforma de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre):

Artículo 73.2

El consignatario, en el supuesto de que exista, será responsable directamente ante las Autoridades Portuarias y Marítimas de las liquidaciones que se establezcan por tarifas u otros servicios prestados al buque por dichas Autoridades, u ordenadas por éstas, durante la estancia del buque en puerto. En el supuesto de que el buque no estuviera consignado, será responsable del pago de dichas liquidaciones el Capitán del buque. En ambos casos estará obligado al pago el naviero o propietario del buque con carácter solidario.

Artículo 118.1.b)

Cuando las infracciones estén relacionadas con la estancia del buque en puerto, el consignatario será responsable solidario con el naviero.

- Artículos 69.1 y 69.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE, núm. 276, de 18 de noviembre):

1. Responderán solidariamente de la sanción pecuniaria los miembros, partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 3 del artículo 11, en proporción a sus respectivas participaciones, cuando se trate de comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado.

3. En el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas en la que la Ley limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, las sanciones pendientes se transmitirán a éstos, que quedarán obligados solidariamente hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado o se les hubiera debido adjudicar.

Sin embargo, la auténtica expansión de la solidaridad en el derecho español ha sido obra de la jurisprudencia civil y, sobre todo, de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, sin soporte legal alguno, ha ampliado la vigencia de la responsabilidad solidaria.

El proceso de ampliación de concepto de solidaridad, anejo al de relajación de los criterios que exige el artículo 1137 Cc., empezó en la Sala Primera del Tribunal Supremo a los pocos años de la vigencia del Código.⁸⁴

Los magistrados del Tribunal Supremo entendieron en esos casos, y en muchos otros que vinieron después que la solidaridad podía inferirse de la intención de las partes o de la naturaleza del contrato que les unía. Desde el primer momento, la jurisprudencia civil estimó que no era necesario emplear el término ‘solidaridad’ en los pactos de la obligación regida por ese principio sino que era suficiente con pactar cláusulas o reconocer derechos que carecerían de sentido en un régimen de mancomunidad o de parciariedad. La interpretación que, salvada la literalidad del

⁸⁴ Así, la STS, 1ª, 2.3.1915, que condenó solidariamente a varios concejales del ayuntamiento que destituyó ilegalmente a su secretario, entendió que la naturaleza de los hechos imponía la solidaridad. Citada por Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 254, págs. 23 a 76.

artículo 1137 Cc., parece razonable demuestra lo alejada que está la regulación de la solidaridad de las realidades jurídicas y económicas que está llamada a regular. Ya en los primeros años de vigencia del Código civil la jurisprudencia hubo de llevar a cabo una interpretación correctora de sus preceptos⁸⁵.

Del nuevo sentido dado al adverbio 'expresamente' que emplea el artículo 1137 Cc. a la ampliación de la solidaridad a su aplicación por decisión judicial a situaciones en las que es dudosa la intención de las partes había sólo un paso. La Sala Primera del Tribunal Supremo lo dio en seguida, y la solidaridad pasó a ser una solución aplicable directamente por los jueces si las circunstancias del caso y la correcta distribución de los intereses entre las partes así lo aconsejaban⁸⁶.

A partir de ese momento, la solidaridad, en la jurisprudencia civil española, pasa a ser la regla de solución de los casos de obligaciones con varios sujetos. En muy contadas ocasiones, el Tribunal Supremo acudirá al principio de responsabilidad por partes o al de mancomunidad de acreedores o deudores, paradójicamente casi sólo cuando las partes las hayan pactado expresamente.

En algunos casos aislados, el Supremo acude a los principios generales de la regulación de las obligaciones conjuntas y recuerda que la regla general en nuestro derecho es la mancomunidad y que el juez, por tanto, no puede condenar al pago solidario basándose en la equidad. Así, en la STS, 1ª, 21.6.1946, aunque en ese caso el argumento para rechazar la solidaridad fue que no había sido solicitada en la demanda, y en la STS, 1ª, 19.2.1959, que casó la sentencia de apelación que condenó solidariamente al propietario y al constructor de la obra que causó daños al local de los actores.⁸⁷

Se consolida así entre nuestros jueces y tribunales un concepto de solidaridad que la Sala Primera bautizó con el adjetivo de 'impropia' y que, a diferencia de la legal (que

⁸⁵ Así la denomina Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, *El principio de no presunción de la solidaridad*, cit., págs. 43 y ss. Donde puede consultarse un resumen de la evolución de la jurisprudencia civil con cita de los casos más relevantes.

⁸⁶ Como resume María Ángeles EGUSKIZA BALMASEDA, "La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial", cit., pág. 70: "(...) la solidaridad pasa de ser entendida como un modo de vinculación que interpretativamente dimana del querer de las partes, del ámbito interno de autonomía, a una forma de relación cuya existencia se deriva, no tanto de la voluntad de los obligados, cuanto del fin de la prestación y la necesaria satisfacción del interés del acreedor, en cuya función se sobreentiende que se ha querido que la relación sea solidaria. Se podría decir que la determinación de la solidaridad se objetiva, haciéndose depender de la consecución del fin obligacional. Únicamente la diversidad de fines perseguidos en las prestaciones determinaría la exclusión de la vinculación solidaria."

⁸⁷ Citadas y resumidas en Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Indeterminación del causante de un daño extracontractual", cit., págs. 30 a 32.

sería propia), puede ser decidida en el proceso por el juez encargado de resolver el conflicto seguido contra varios sujetos unidos por una misma obligación.

La denominada 'solidaridad impropia' ha sido aplicada tradicionalmente, y de forma casi general, en tres ámbitos: la responsabilidad decenal del artículo 1591 Cc., la fianza mercantil y la responsabilidad civil extracontractual.

En el primer sector, la responsabilidad decenal de contratista y arquitecto por los vicios de la construcción que causan la ruina del edificio, la solidaridad ha permitido a la jurisprudencia la condena de ambos y el reconocimiento a la víctima del daño de la posibilidad de exigirla a cualquiera de los dos.⁸⁸

La responsabilidad decenal de contratista y arquitecto por la ruina del edificio no es más que un tipo especial del régimen general de responsabilidad civil extracontractual en el que, como veremos en los capítulos siguientes, la jurisprudencia civil ha hecho una profusa aplicación de la denominada 'solidaridad impropia'⁸⁹. Demandadas varias personas por un daño en cuya causación

⁸⁸ Véase, Pablo SALVADOR CODERCH, "Comentario al artículo 1591", Rodrigo BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., págs. 1189 a 1196. En la página 1195 se resume la postura de la jurisprudencia civil en la materia: "El artículo comentado parte del principio de que la responsabilidad por ruina se atribuye a quien la haya originado mas, demostrado el hecho de la ruina, no corresponde al actor probar cuál haya sido su causa que, como en los casos de responsabilidad extracontractual, podrá dirigirse contra cualquiera de los partícipes en el proceso de promoción y edificación o contra todos ellos. A ellos corresponderá, en cambio, probar que su comportamiento no ha sido causa o concausa de la ruina o, en caso de haberlo sido, cuál fuera el grado de su contribución a la producción del efecto de la ruina: si sólo uno de los partícipes es responsable de la ruina, responderá él exclusivamente, y si no consiguen probar su grado de participación responderán solidariamente frente al actor y no podrán oponerle la excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuando sólo alguno de ellos resultare demandado pues se aplica el artículo 1144 Cc."

⁸⁹ Los daños causados por el proceso edificatorio pueden estar sometidos a dos regímenes de responsabilidad. El primero, típicamente extracontractual, es el aplicable a los daños causados a personas diferentes del propietario y el comitente de obra. Su régimen legal es el de los artículos 1902 Cc. y ss. El segundo es el previsto en los artículos 17 y 18 LOE para la reparación de los daños materiales causados por vicios y defectos constructivos. La LOE diseña una responsabilidad legal, con presupuestos, imputados y plazos propios, para la que la calificación de contractual o extracontractual es irrelevante. Véase, Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, 4ª edición, Editorial Dilex, Madrid, 2003, págs 353 y ss. Además, es una responsabilidad solidaria por la causación de daños y puede predicarse de ella, por tanto, lo que se dirá en este trabajo. Las acciones que prevén son compatibles con las propias del incumplimiento contractual, que muchas veces concurrirán en el mismo proceso. Sobre la acumulación de responsabilidades en el régimen legal anterior a la LOE, véase, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, "La evolución de las responsabilidades en la construcción", *Centenario del Código civil*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 351 a 370. Sobre la acumulación de ambos tipos de responsabilidades, Luis Díez-PICAZO, "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual

concurrieron de alguna forma, la solución previsible del juez civil es la solidaridad de todas ellas. A la fundamentación y efectos de estas decisiones dedicamos este trabajo.

El segundo ámbito en el que, señaladamente, se ha aplicado la extensión de la responsabilidad solidaria ha sido el de la fianza mercantil. Regulada en los artículos 439 a 442 Ccom., la fianza de las obligaciones comerciales no escapa de la responsabilidad parciaria que es general a nuestro derecho privado ni de la regulación básica de la fianza civil. Ninguna regla propia de la fianza mercantil prevé la solidaridad entre fiador y deudor. Las especialidades previstas por el Código de comercio no afectan, además, al régimen básico de la fianza regulada en los artículos 1822 a 1856 Cc. y, por tanto, fuera de los casos en que fiador y deudor la hayan pactado expresamente (cfr. artículo 1822 Cc.) no podrá imponerse la solidaridad.⁹⁰

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha considerado, sin embargo, que la concurrencia de varios fiadores de una obligación mercantil genera un vínculo de solidaridad entre ellos. Aunque hay excepciones⁹¹, una consolidada jurisprudencia considera solidaria la obligación de garantía que une a fiador y deudor mercantil. La principal consecuencia de la solidaridad de la fianza es la pérdida del beneficio de excusión que asiste al fiador (cfr. artículo 1831.2 Cc.)

Así, la STS, 1ª, 14.2.1997 (RJ. 1419), en la que se condena solidariamente al Banco Exterior de España y al titular de la deuda, una persona física, que afianzó y la STS, 1ª, 7.3.1992 (RJ. 2007), en la que se afirma "(...) el carácter mercantil de la fianza al estar constituida por una entidad crediticia dentro de las actividades de su tráfico mercantil, lo que determina su carácter solidario según la práctica mercantil y la jurisprudencia, siendo su consecuencia que el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y división de que goza el fiador civil" (F. J. 3). La afirmación del Tribunal contradice las disposiciones del Código. El Ccom. define la mercantilidad de la fianza en función del objeto y no de los sujetos (*Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante*, dispone el artículo 439 Ccom.) Es posible, por tanto, que la imposición de solidaridad suponga la pérdida de beneficio

y la responsabilidad delictiva en el derecho español", *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, julio-diciembre, 1962, págs. 59 a 69; y, el mismo, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 269 a 283.

⁹⁰ Las diferencias se limitan a la necesidad de constitución de la fianza por escrito que impone el artículo 440 Ccom. (que concreta la forma expresa exigida por el artículo 1827 Cc.), la presunción del carácter gratuito de la fianza mercantil (artículo 441 Ccom.) y el régimen del afianzamiento de los contratos indefinidos (artículo 442 Ccom.) Ninguna regla prevé la solidaridad de fiador y deudor.

⁹¹ Puede consultarse una magnífico estado de la cuestión en Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 76 y ss.

de excusión de un fiador no especializado en la concesión de garantías y, por tanto, especialmente sensible a la pérdida del beneficio de excusión.⁹² La solidaridad impuesta a la fianza mercantil por buena parte de la jurisprudencia carece de fundamento legal y es, además, poco razonable.

Posiblemente, la extensión de la solidaridad a la fianza mercantil tenga su origen en la confusión con el aval cambiario (regulado en la Ley Cambiaria y del Cheque) que, frente a la fianza o aval ordinario, limita la eficacia del principio de accesoriedad.⁹³

El tercer ámbito al que la jurisprudencia civil ha aplicado la denominada 'solidaridad impropia' es el de la responsabilidad civil extracontractual de varios agentes. Se trata del caso más relevante cuantitativamente y a él dedicamos el presente trabajo.

Existen otros sectores en que la Sala Primera ha impuesto la solidaridad entre los varios obligados a una misma prestación sin existir pacto ni previsión legal⁹⁴. Los tres ámbitos señalados son, con todo, cuantitativa y cualitativamente las excepciones más señaladas al denominado 'principio de no presunción de la solidaridad'. Puede afirmarse que, por lo menos en esos sectores, la regla del ordenamiento jurídico español es, al contrario de lo previsto en los artículos 1137 a 1139 Cc., la solidaridad.⁹⁵

⁹² "(...) el Ccom. no está pensando en un garante profesional (banco), sino en un consumidor unido por relaciones personales o amistosas con el deudor que contrae una deuda mercantil.", Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., pág. 77. Por este motivo, la doctrina mercantil ha criticado la imposición de solidaridad a la fianza mercantil, véase Francisco VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 622 y ss.; y Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, "Anotaciones sobre los límites esenciales de la fianza mercantil", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996, págs. 3005 a 3017.

⁹³ Sobre el aval cambiario, la responsabilidad del avalista y las excepciones que puede oponer (que distinguen la figura de la fianza), Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., págs. 409 y ss. Sobre las excepciones, véase el magnífico trabajo de Cándido PAZ-ARES, "Las excepciones cambiarias" en Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 251 a 383.

⁹⁴ Por ejemplo, la solidaridad entre la pluralidad de personas obligadas a prestar alimentos o la actuación dolosa de varios sujetos en el ámbito contractual. Sobre la doctrina jurisprudencial en esos supuestos, véase Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, *El principio de no presunción de solidaridad en las obligaciones*, cit., págs. 47 a 51 y 59 a 62, respectivamente.

⁹⁵ Lo dicho no significa que la solución sea necesariamente mala en todos los casos. Tendremos ocasión de comprobar que el principio general de fragmentación de la responsabilidad deja sin resolver algunos supuestos frecuentes en el derecho de daños. De todos modos, hay que dar la razón a la doctrina que manifiesta sorpresa ante el proceso " La Sala Primera del Tribunal Supremo parece definitivamente decidida a extender también la solidaridad sin pacto (ni explícito ni implícito) al campo de las obligaciones contractuales (...) No gastaré palabras inútiles recordando que todos los Tribunales (incluido el Supremo), deben respeto a la Ley y que no es de recibo una interpretación semi(?)-correctora del artículo 1137 del Código civil (que, se lea como se lea, no deja la menor duda de que, al

II. La solidaridad de deudores

El Código civil español define la solidaridad de acreedores y la solidaridad de deudores en el mismo artículo 1137. A la definición conjunta sigue la regulación, también conjunta, de la solidaridad de acreedores (denominada solidaridad activa) y la solidaridad de deudores (solidaridad pasiva) en los artículos 1140 a 1148 Cc. Aunque el Código no dispone de ninguna norma específica, no hay inconveniente en que ambas formas de organización concurren a la vez en la misma obligación. Así, la pluralidad de acreedores puede estar regida por la solidaridad activa y la pluralidad de sujetos de la contraparte por la solidaridad pasiva. En esos casos, la doctrina habla de solidaridad mixta.

Con frecuencia se minusvalora la importancia de la solidaridad de acreedores. Aunque la de deudores es, con diferencia, mucho más frecuente, la solidaridad de acreedores permite resolver muchos de los problemas jurídicos asociados a la puesta en común de recursos en el tráfico. Los casos más frecuentes de solidaridad activa son las cuentas corrientes bancarias con varios titulares en las que se establece que cada uno puede disponer de todo el saldo. La solidaridad de acreedores está en el origen de otras figuras habituales en el mercado bancario que han adoptado alguna de las características propias de la solidaridad. Así, por ejemplo, los créditos sindicados, en los que varias entidades bancarias o de crédito participan en una misma operación de préstamo o inversión.⁹⁶

Pese al interés que tiene la solidaridad activa, no podemos detenernos en su estudio. Este es un trabajo dedicado a la responsabilidad de los varios agentes de un daño, deudores, por tanto, de una indemnización frente a la víctima.

La regulación del Código civil parte de una concepción estructural similar para ambos tipos de solidaridad. De este modo, y según la concepción del Código, tanto la solidaridad activa como la pasiva suponen la existencia de dos tipos de relaciones entre los unidos por vínculos de solidaridad: una externa y otra interna.

La relación externa es la que une a los acreedores solidarios con el deudor común o a los deudores solidarios con el acreedor único. La idea que preside la relación externa en ambos casos es la que utiliza el artículo 1137 Cc. para definir la solidaridad. En la relación externa cada acreedor puede exigir la totalidad del crédito y, en los

menos en el campo de las obligaciones contractuales, rige el principio de no presunción de solidaridad).”, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario a la STS, 1ª, de 19 de junio de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, pág. 1884. Aunque el autor citado se refiere a un caso de responsabilidad contractual, lo mismo puede decirse del resto de supuestos en que la jurisprudencia civil ha ampliado el ámbito de aplicación de la solidaridad.

⁹⁶ Véase, Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., págs. 194 y ss.

supuestos de solidaridad pasiva, cada deudor debe prestar íntegramente la prestación.

La relación interna es la que une a los varios acreedores o deudores solidarios. En la concepción contractual de la regulación del Código, la relación interna se corresponde con los pactos o relaciones existentes entre las personas unidas por vínculos de solidaridad. El Código prevé algunas reglas específicas que suponen que, en la relación interna, el crédito o la deuda exigidos o pagados íntegramente se dividen entre los varios acreedores o deudores. El Código civil dedica a la relación interna los artículos 1143 (segundo párrafo), 1145 (párrafos segundo y tercero), 1146 y 1147 (segundo párrafo) y de ellos se colige que cada acreedor o deudor solidario ostenta un derecho individual a una parte del crédito o la deuda en la relación interna. Si la relación jurídica que une a los obligados solidarios no impone otra solución y no hay pactos al respecto, habrá que entender (*ex* artículo 1138 Cc.) que en la relación interna el crédito o la deuda se dividen por partes iguales. En cualquier caso, la autonomía privada impone un carácter supletorio a la presunción del Código civil de división por partes iguales. Autonomía privada que, con los límites del concepto de solidaridad, puede modificar y adaptar la unidad del vínculo entre acreedores y deudores a las circunstancias de cada caso y a las necesidades de cada relación jurídica. El artículo 1140 Cc. permite una solidaridad extraordinariamente flexible:

La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.

El artículo define lo que la doctrina ha denominado en ocasiones ‘solidaridad no uniforme’ o ‘solidaridad impropia’ (el término también se ha empleado para referirse a la solidaridad impuesta por los jueces y tribunales sin pacto previo entre las partes, aunque en ese caso todos los corresponsables estén *ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones*). El artículo 1140 Cc. exige una interpretación ceñida a los principios de la solidaridad. El límite de la diversidad está en el carácter unitario de la deuda, de tal forma que una relación que previera que los varios acreedores o los varios deudores responden de prestaciones diferentes no podría calificarse de solidaria. Pactada la prestación común y reconocida la capacidad de los acreedores solidarios para reclamar la deuda por entero o la obligación de los deudores solidarios a prestarla íntegramente, cualquier modificación del régimen debe solventarse en la relación interna. Hechas las salvedades anteriores, no hay problema en que la solidaridad prevea para sus obligados plazos y condiciones accesorias diferentes, lugares diferentes de pago y garantías diferentes.⁹⁷

⁹⁷ En el mismo sentido, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 204; Jorge CAFFARENA LAPORTA, “Comentario al artículo 1140 Cc.” en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 125, quien afirma incluso que “Se entiende que no falta la identidad

1. Características de la solidaridad pasiva en el derecho español

En la exposición de los caracteres fundamentales de la solidaridad de deudores en el derecho español se seguirá la distinción, intuita en el Código y tradicional en las exposiciones doctrinales sobre la materia, entre la relación externa y la relación interna. La primera, como ya hemos visto, se corresponde con las relaciones entre los deudores solidarios y el acreedor común. La segunda con la distribución de responsabilidad entre los codeudores. Conforme a la distinción de relaciones la solidaridad pasiva entre varios deudores supone:

- a) Una especial posición del acreedor común que está legitimado para exigir toda la prestación a cualquiera de los deudores solidarios.
- b) Una especial relación entre los codeudores conforme a la cual compete a ellos, y no al acreedor, la distribución de la responsabilidad por la prestación debida.

La división del fenómeno de la solidaridad pasiva en esas dos relaciones facilita la exposición pero, advertimos al lector que, en contra de lo que pueda pensar, las relaciones externa e interna no son compartimentos estancos ni realidades jurídicas independientes. El mismo Código, en el artículo 1148, el último de la Sección, se encarga de unificar las facetas externa e interna de la solidaridad pasiva cuando permite que el deudor a quien el acreedor ha reclamado el pago de la deuda pueda oponer, con una eficacia limitada, las excepciones personales que corresponden al resto de codeudores⁹⁸:

El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que les sean

de la prestación si la prestación debida por uno de los deudores o a uno de los acreedores constituye sólo una parte de la debida por otro deudor o a otro acreedor. En tales casos hay solidaridad en la parte común de la prestación." Al comentar el inciso *no estén ligados del propio modo*, Luis Díez-PICAZO, op. cit., pág. 205, admite "Mayor dificultad presenta la idea, que también enuncia el artículo 1140, de que los deudores no estén ligados del propio modo, lo que referido a la causa originaria de su deuda puede resultar admisible, aunque sin excluir la plena aplicación del régimen jurídico de la solidaridad."

⁹⁸ Jorge CAFFARENA LAPORTA, "Comentario al artículo 1148 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 148: "(...) la lectura de su segunda parte [del artículo 1148] causa cierta sorpresa. Aquí el precepto supone una quiebra de los principios propios de la solidaridad. Se viene abajo la idea de que frente al acreedor cada deudor lo es de la totalidad de la deuda y de modo principal. El artículo implica que se manifieste en la relación externa la fragmentación existente en la relación entre los deudores."

personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de que éstos fueren responsables.

De nuevo, habrá que estar a la relación jurídica subyacente a la solidaridad y, en su caso, a los pactos a que hayan llegado acreedor y deudores.

1.1. La relación externa entre el acreedor y los deudores solidarios

El carácter propio de la relación externa o de grupo de la solidaridad pasiva es la posibilidad, reconocida por ley al acreedor común, de reclamar a cualquiera de los deudores solidarios el pago íntegro de la prestación. Frente al acreedor cada deudor lo es por el todo. Así lo reconoce, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1137 Cc., el artículo 1144 Cc.:

El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.

El Código reconoce al acreedor de varios deudores solidarios lo que la doctrina ha denominado tradicionalmente un *ius variandi* que le permite dirigirse contra cualquiera de ellos para exigir el cumplimiento de la prestación. Hay que suponer que la reclamación del acreedor se dirigirá contra el deudor solidario más solvente. Para los casos en que la solvencia del deudor reclamado no sea suficiente, el artículo 1144 Cc. prevé las reclamaciones sucesivas a los codeudores solidarios o, incluso, la reclamación conjunta a todos ellos. Mientras el acreedor no vea satisfecho su crédito por completo, cada codeudor responde ante él del cumplimiento de la obligación.⁹⁹

El primer párrafo del artículo 1145 Cc. es un lógico complemento a la unidad de la obligación que une a los codeudores frente al acreedor: el cumplimiento de uno libera a todos:

El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación.

La unión de los codeudores frente al acreedor no se limita a la reclamación y al cumplimiento de la prestación. Durante la vida de la obligación, el artículo 1147 Cc. responsabiliza a todos los codeudores de la imposibilidad de cumplimiento causada por la negligencia de alguno de ellos¹⁰⁰. De acuerdo con los principios generales del

⁹⁹ En apartado V del Capítulo tercero del trabajo se tratarán los presuntos límites del *ius variandi* y las implicaciones procesales del artículo 1144 Cc.

¹⁰⁰ Habrá que entender que la *perpetuatio obligationis* en el equivalente pecuniario y la indemnización de los daños y perjuicios causados por la culpa de un deudor solidario es también una obligación solidaria y que, por tanto, el acreedor común puede reclamar su cumplimiento a cualquiera de los codeudores.

derecho de obligaciones, la imposibilidad sin culpa de los codeudores libera a todos del cumplimiento de la obligación:

Si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida.

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

En general, como manifestación de la unidad de la prestación que une a los codeudores solidarios, el segundo párrafo del artículo 1141 Cc. prevé que:

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

El artículo prevé la propagación de los efectos jurídicos de las acciones que el acreedor común emprenda contra un deudor al resto de codeudores solidarios. De acuerdo con este principio general de propagación de los efectos, el artículo 1974 Cc. dispone que:

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

Esta disposición rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones.

En las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores.

El artículo transcrito establece, como consecuencia lógica de la unidad de la obligación que une a los codeudores solidarios, la eficacia común de la prescripción interrumpida por la reclamación que el acreedor dirija frente a uno de ellos¹⁰¹.

¹⁰¹ La regla es coherente con la ausencia de litisconsorcio pasivo necesario en las obligaciones solidarias: no se exige la demanda conjunta a todos los codeudores para interrumpir la prescripción de la acción; es suficiente con la demanda a uno. Volveremos sobre el litisconsorcio pasivo necesario en el epígrafe V del Capítulo tercero. En algunos casos recientes, la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha aplicado el artículo 1974 Cc. a la solidaridad que impone a los corresponsables de un mismo daño. Véase, *infra* epígrafe 4 del Capítulo segundo. Luis Díez-PICAZO, "La interrupción de la prescripción", *Revista de Derecho Notarial*, 1963, págs. 11 a 70, reconoció el mismo efecto interruptivo al reconocimiento de deuda llevado a cabo por cualquier codeudor solidario (pág. 63); aunque, el mismo, "Comentario al artículo 1974 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 2174, reconoce que "Los reconocimientos de la deuda interrumpen la prescripción sólo para sus autores." En contra de la eficacia interruptiva del reconocimiento de deuda, Lluís PUIG I FERRIOL, "Régimen de la solidaridad de deudores", *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, págs. 471 y 472.

El tercer párrafo, aunque no lo parezca, establece una excepción que confirma la regla de la interrupción colectiva de la prescripción en las obligaciones solidarias. En las obligaciones mancomunadas, en las que el carácter indivisible de la prestación impone que sólo puede exigirse procediendo contra todos los deudores (cfr. artículo 1139 Cc.), carece de sentido una regla como la prevista en el tercer párrafo del artículo 1974 Cc.¹⁰². La explicación a la paradoja está en los precedentes del vigente texto del Código. Como ya se ha comentado, el Proyecto de 1851 denominaba 'mancomunadas' a las obligaciones que el texto aprobado en 1889 denomina 'solidarias'. El párrafo final del artículo 1974 Cc. conserva, por error, la redacción originaria. No es posible otra explicación, salvo la de admitir que la norma es inútil por carecer de supuesto de hecho.

Así entendida, la regla del tercer párrafo del artículo 1974 Cc. confirma lo previsto por la primera: la reclamación de la deuda (total) a uno de los deudores interrumpe la prescripción frente a todos; la reclamación a un deudor de (exclusivamente) una parte de deuda –la que le corresponde en la relación interna– no goza de efectos interruptivos generales.¹⁰³

La unidad de régimen de los codeudores solidarios, unidos por la misma deuda ante el acreedor común, justifica la extensión de efectos en otros supuestos que, aunque no previstos expresamente en el Código civil, pueden subsumirse en la idea de extensión de efectos (favorables y perjudiciales) propia de la solidaridad pasiva. Así, la doctrina admite de forma general que la interpelación o intimación del acreedor a uno de los deudores solidarios constituye en mora al resto.¹⁰⁴

En la peculiar dinámica de la solidaridad pasiva la deuda que es objeto de la obligación es una deuda única, que sólo debe cumplirse una vez y por la que responde íntegramente cada uno de los codeudores solidarios.¹⁰⁵

¹⁰² La regla tampoco tiene sentido si el término 'mancomunidad' se interpreta, según la concepción tradicional como división de la deuda en tantas partes como deudores haya (efecto que en este trabajo hemos asociado a las obligaciones parciarias). En ese caso, por imperativo del artículo 1138 Cc., las deudas se reputan distintas unas de otras, por lo que es obvio que la acción del acreedor contra uno de los deudores carece de efectos interruptivos para los demás.

¹⁰³ Con todo, y aunque la interpretación propuesta es la única posible para salvar la regla del párrafo final del artículo 1974 Cc., la situación prevista por la norma no deja de ser un poco extraña. Si los deudores responden de forma solidaria frente al acreedor no se entiende por qué el acreedor, salvo que haya decidido renunciar a los privilegios que le concede la solidaridad, reclama sólo la parte que le corresponde a uno de los deudores.

¹⁰⁴ Así, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., págs. 224 y 225.

¹⁰⁵ "La relación obligatoria, en cuanto relación jurídica, se encuentra organizada, unificada, institucionalizada, en atención a su función o finalidad y a los intereses que permite satisfacer. Por ello, aunque se pueda hablar de pluralidad de relaciones de prestación, en el sentido de pluralidad de obligaciones o pluralidad de vínculos, la relación obligatoria en cuanto relación jurídica posee un evidente grado de unidad. Se trata de una relación compuesta por un haz de obligaciones que estructura

La unidad de la relación jurídica obligatoria que une a los codeudores solidarios, generalmente aceptada por la doctrina, ha ido históricamente precedida de una animada discusión que, con base en algunos textos romanos, llegó a afirmar la existencia de una nueva categoría de obligaciones conjuntas, la denominadas por la doctrina Pandectística, obligaciones correales. Para muchos juristas pareció irreconciliable el carácter unitario de la solidaridad con el concepto de obligación como relación jurídica entre dos sujetos concretos y determinados. Distinguieron las obligaciones únicas con pluralidad de sujetos, denominadas correales, de las obligaciones solidarias, en las que concurría una pluralidad de sujetos y de relaciones obligatorias independientes entre sí pero unidas por la posibilidad reconocida al acreedor de exigir el pago íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores¹⁰⁶. Era correal la obligación en la que, aunque los intereses se dividían entre los miembros del grupo, el acreedor podía exigir su cumplimiento a cualquiera de los codeudores, que respondían *in solidum*. Se trataba de una obligación única con una pluralidad de relaciones subjetivas. De esta forma se quería explicar la eficacia relativa, limitada a un determinado deudor, de algunos comportamientos, diferentes del cumplimiento y sus subrogados, que no influían sobre el resto de codeudores. Diferente de la obligación correal sería la obligación solidaria, en la que existían tantas obligaciones

la situación de cada uno de los acreedores y de cada uno de los deudores y en la cual, al mismo tiempo, existe una relación asociativa o de grupo de los coacreedores o de los codeudores entre sí.”, Luis DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 177. “Lo esencial es la nota de identidad que acompaña a la idea de prestación en el juego de la solidaridad”, Francisco SOTO NIETO, “Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, pág. 784. En el mismo sentido, Lluís PUIG I FERRIOL, “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, cit., pág. 447.

¹⁰⁶ Amparo GONZÁLEZ, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en derecho romano clásico*, cit., pág. 23, define el fenómeno en los siguientes términos: “Para Windscheid la solidaridad y la correalidad son conceptos distintos que se diferencian del siguiente modo: la obligación correal es una obligación única con pluralidad de relaciones subjetivas de modo que cada acreedor puede cobrar el crédito total entre varios como si fuese único y a la inversa, cada codeudor puede ser obligado a pagar el todo como si fuese el único deudor. La pluralidad de sujetos implicaría pluralidad de relaciones subjetivas o vínculos distintos y por ello, una vez cumplida la prestación por uno, todos los deudores quedan liberados y viceversa, ningún otro acreedor puede reclamar el crédito de nuevo. En cambio, en la obligación solidaria, para Windscheid, cada acreedor y cada deudor tiene un derecho de crédito particular y puede exigir un acreedor todo el crédito y un deudor demandado pagar el total igual que en la obligación correal. También aquí libera un deudor a todos los demás pagando y un acreedor cobra por todos; pero cualquier otro aspecto que no sea el pago solamente afecta al deudor concreto y no libera a los demás, ni afecta tampoco a los demás acreedores. Así, la *litiscontestatio* realizada entre un acreedor y un deudor no afecta a los demás acreedores o deudores. Hoy sabemos, gracias a la crítica de interpolaciones que no es admisible esta distinción entre correalidad y solidaridad”. Ludovico BARASSI, *Le teorie generale delle obbligazione*, cit., págs. 213 y 214, afirma que tras los estudios de Bonfante, parece que no hay duda que la solidaridad romana se entendía en el sentido en el que siglos después se ha definido y no en el sentido en que la entendió la Pandectística. Para la discusión pocos años después de la promulgación del Código civil, véase, Enrique DE LARRATEA, “Obligaciones solidarias”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1897, págs. 714 a 726.

como sujetos obligados por un objeto común. La solidaridad representaría un grado menor de vinculación, por ejemplo para los supuestos de responsabilidad conjunta por daños. La discusión, que arrastró a los Pandectistas a discusiones inútiles y llegó a ser un lugar común¹⁰⁷, carece de fundamento en los textos romanos y de relevancia práctica¹⁰⁸.

La suerte común de los deudores solidarios justifica que el artículo 1143 Cc. prevea que:

La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1146.

El artículo concede eficacia colectiva a los subrogados del cumplimiento aunque se refieran sólo a uno de los deudores solidarios¹⁰⁹. La parquedad del precepto genera muchos problemas de aplicación. El Código, conforme con la idea de unidad de la

¹⁰⁷ Vale la pena leer lo que escribió Rudolf VON IHERING (1818-1892) en *Bromas y veras de la ciencia jurídica. Ridende dicere verum*, traducción española a cargo de Tomás A. Banzhaf, Civitas, Madrid, 1993, pág. 42: "Una de las figuras jurídicas más recalcitrantes que revela una pertinacia verdaderamente demoníaca es la obligación correal. ¿Deseáis conocer la literatura que existe acerca de ella en el derecho común? Eso ocuparía una nota interminable. Los juristas de nuestra época pueden dividirse en dos clases: los que han escrito y los que no han escrito sobre las obligaciones correales. El concepto de la Trinidad no ha de haber deparado a los teólogos más quebraderos de cabeza que a nuestros juristas el concepto de esa pluralidad o dualidad civilista. ¿Es una sola obligación con varios sujetos o son las obligaciones tantas como los sujetos) Dad una vuelta y haced una encuesta para averiguar quién no ha lucubrado sobre este problema y cuántas noches de insomnio le ha costado a los adeptos a la ciencia. Me da vértigo sumirme en esa literatura y cuanto más leo más me confundo, a tal punto que cuando tengo que juzgar un caso práctico sólo puedo resolverlo olvidándome por completo de todo lo que he leído y oído sobre las obligaciones correales. Se dice que entre estas obligaciones y las solidarias existe una diferencia enorme, tan grande como la que puede haber entre un animal de cuatro patas y uno de dos. Mas preguntad a nuestros zoólogos civilistas cómo se manifestará esa diferencia en la práctica, cuando se quiere enganchar el bípedo y el cuadrúpedo a un arado. Creo que la mayoría quedará debiéndoles la respuesta y se excusará diciendo que la zoología no se ocupa de cómo arar la tierra."

¹⁰⁸ Emilio ALBERTARIO, *Il diritto romano*, cit., pág. 187, califica la distinción de absurda.

¹⁰⁹ La explicación tradicional de la solidaridad estudia las excepciones oponibles por los codeudores solidarios cuando analiza la relación interna. Se conciben los subrogados del cumplimiento como fenómenos que modifican la relación entre los codeudores. Pensamos que es más conforme con el sentido del artículo 1143 Cc. su estudio en el apartado dedicado a la relación externa de la obligación solidaria. Ya se ha comentado la escasa importancia práctica de la distinción entre relación externa e interna a partir del momento en que el Código permite oponer al acreedor, en mayor o menor medida, las excepciones que tenga contra él cualquier codeudor. De todos modos, el origen de los fenómenos jurídicos contemplados por el artículo 1143 Cc. está siempre en una relación entre el acreedor y uno o varios codeudores y esos acuerdos son propios de la relación externa. Por otro lado, el artículo 1143 Cc. establece algo más que simples excepciones: prevé la extinción de la obligación solidaria, en todo o en parte; y eso tiene relevancia, sobre todo, en la relación externa.

obligación, se limita a citar las causas de su extinción sin tener en cuenta que sus supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas son muy diferentes. De todos modos, no importa a la regla que alguno de los codeudores no haya participado en el acto que afecta a la deuda común.¹¹⁰

La eficacia de la novación no plantea dudas si ha sido pactada con todos los codeudores solidarios. La única cuestión es si la nueva obligación, en caso de que la novación haya sido extintiva, es también solidaria. Para resolverla habrá que estar a los pactos a que hayan llegado acreedor y codeudores. Los problemas pueden plantearse cuando la novación ha sido pactada sólo por uno o algunos de los codeudores con el acreedor de todos. El artículo 1143 Cc. se limita a establecer que en esos casos se extingue la obligación. Habrá que entender, con la mejor doctrina, que la extinción de la obligación se refiere sólo a la relación externa y que los codeudores que no participaron en el acto novatorio, y para los que la obligación quedó extinguida, siguen obligados en la relación interna a pagar sus respectivas partes de la deuda extinguida al deudor que llevó a cabo la novación.¹¹¹ Aunque el artículo 1143 Cc. no distingue, habrá que entender que lo dicho hasta ahora se refiere a la novación extintiva. Sólo de ella puede predicarse el efecto extintivo a que se refiere el artículo 1143 Cc. Llegar a la misma conclusión (la extinción de la obligación para los codeudores que no han participado en el acuerdo novatorio) para los supuestos de novación modificativa es una limitación injustificada a la autonomía privada de las partes. El artículo 1140 Cc., además, prevé la disparidad de modos de obligarse entre los codeudores. La novación modificativa, siempre que respete la obligación de cada codeudor por el todo, no ha de comportar la extinción de la obligación solidaria.¹¹²

El artículo 1143 Cc. impone también la extinción de la obligación solidaria en los casos de compensación. De nuevo, plantea problemas la compensación de la deuda de uno de los codeudores con el acreedor común. Parece que se impone la misma solución aplicada la novación. La extinción de la deuda comporta la liberación de los codeudores en la relación externa. Los beneficiados de la compensación de uno de sus compañeros con el acreedor quedan ligados, no obstante, frente al codeudor titular de

¹¹⁰ “En definitiva, cualquier extinción o disminución de la deuda –de la total o la personal e interna- por convenio con uno de los deudores o causada por él, extingue la relación de grupo o disminuye el nivel de la responsabilidad y la cuantía de lo debido, quedando los restantes obligados, por tanto, igualmente desvinculados del acreedor, o responsables sólo por lo que quede de deuda.”, José Luis LACRUZ BERDEJO, “Apuntes sobre las obligaciones solidarias”, *Anuario de Derecho Foral*, I, 1975, pág. 388. Sobre el concepto de ‘perjuicio’ en la solidaridad pasiva, José BARBACHO TOVILLAS, “El concepto de perjuicio en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, págs. 867 a 999, que fundamenta la extensión de efectos en la unidad de la obligación que une a los codeudores solidarios.

¹¹¹ Jorge CAFFARENA LAPORTA, “Comentario al artículo 1143 Cc.” en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 133.

¹¹² En contra, Lluís PUIG I FERRIOL, “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, cit., pág. 467.

la deuda compensada en la relación interna. Lo contrario supondría un enriquecimiento injustificado a costa del codeudor solidario que compensó.¹¹³

La eficacia de la confusión dependerá de su ámbito. Si la confusión lo es por toda la deuda solidaria y concurren en uno de los codeudores solidarios las condiciones de acreedor común y codeudor solidario habrá que afirmar la extinción de la obligación que une a los codeudores solidarios. Nadie puede ser a la vez acreedor o deudor de una misma deuda y el mecanismo de la solidaridad exige que cada uno de los codeudores sea deudor del todo. La confusión total es incompatible con el régimen de la solidaridad.¹¹⁴ Extinguida la obligación solidaria, los codeudores liberados quedan vinculados con el deudor confundido por las cantidades que cada uno adeudaba en la relación interna.¹¹⁵ Si la confusión es parcial, el deudor solidario en quien concurren la condición de acreedor y deudor de una porción de la deuda desaparece de la obligación solidaria, en la relación externa y en la relación interna. La porción de deuda por la que se produjo la confusión parcial se resta de la que tiene derecho a exigir el acreedor y de la que deben prestar el resto de codeudores solidarios.

El segundo párrafo del artículo 1143 Cc. ha planteado importantes problemas en relación con la solidaridad de acreedores. La norma dispone que *El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponda en la obligación*. El artículo contradice lo previsto en el primer párrafo del artículo 1141 Cc. que permite que *Cada uno de los acreedores puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial*. El artículo 1141 Cc. sólo legitima a los acreedores para los actos útiles y el 1143 Cc. prevé la extinción de la

¹¹³ Como el fundamento está en evitar una ventaja patrimonial injustificada del codeudor titular de una deuda contra el acreedor, nada impide que pueda renunciar a la compensación. La solución propuesta asume que la eficacia de la compensación no es automática. Así, por todos, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 222. Quienes, como Lluís PUIG I FERRIOL, “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, cit., pág. 460, mantienen que la compensación opera de forma automática entienden que la compensación de uno de los codeudores solidarios con el acreedor común es una de las excepciones que el artículo 1148 Cc. permite oponer a cualquiera de los codeudores frente al acreedor que reclama el pago íntegro de la deuda solidaria. En el mismo sentido, Jorge CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, cit., págs. 210 y ss.

¹¹⁴ Lo dicho en el texto supone la eficacia colectiva de la confusión, pese a lo dispuesto en el artículo 1194 Cc. Quienes, como Lluís PUIG I FERRIOL, “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, cit., pág. 498, afirman la eficacia personal de la confusión entienden que la obligación solidaria se extinguirá sólo en la porción del deudor a quien se refiera la confusión y el titular del crédito podrá reclamar el resto de los deudores que seguirán vinculados solidariamente. La solución, aunque parece razonable, es incompatible, en primer lugar, con el texto del artículo 1143 Cc. y, en segundo lugar, con la unidad de la obligación que une a los deudores solidarios y que impide una solución como la propuesta.

¹¹⁵ Entendemos que esa nueva obligación no es solidaria. El artículo 1143 Cc. impone la extinción de la obligación solidaria, no el mero cambio de acreedor. La extinción de la obligación solidaria va seguida de una nueva obligación que, en ausencia de pacto, habrá que entender que sigue el régimen de división de la deuda del artículo 1138 Cc.

solidaridad por la realización de actos de uno de los acreedores que, como la remisión de parte de la deuda, no parecen a primera vista útiles al resto de acreedores solidarios. La contradicción desaparece si se entiende que la legitimación individual de cada acreedor solidario se refiere a la relación externa que une a los varios acreedores solidarios frente al deudor o deudores; y que la responsabilidad por esos actos se despacha en la relación interna entre acreedores solidarios.¹¹⁶

El artículo 1146 Cc., se dedica exclusivamente a la eficacia de la remisión en la relación interna de la deuda pactada entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios:

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

A diferencia de lo que sucedía en el artículo 1143 Cc., el Código matiza aquí que la remisión se lleva cabo sólo entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios. Se trata, por tanto, de la condonación, expresa o tácita, de la deuda de uno de los codeudores¹¹⁷. De todos modos, y en virtud de la unidad de la obligación que une a

¹¹⁶ La interpretación de cada artículo para una faceta diferente de la solidaridad de acreedores cuenta con el respaldo de la historia de nuestra codificación civil. "(...) los dos preceptos fueron introducidos en el Código tomándolos de procedencia diversas. El artículo 1141 se tomó del Anteproyecto de Laurent y el 1143 del Código civil argentino de Vélez Sarsfield. El artículo 1143 responde a la concepción romanista de la solidaridad, mientras que el artículo 1141 introduce una consideración asociativa de esta figura y, por consiguiente, elementos extraños a ella. Por estas razones, creemos que en las relaciones acreedor-deudor los actos dispositivos, modificativos o extintivos del derecho de crédito pueden ser realizados por cualquiera de los acreedores con plena eficacia tanto frente al deudor como respecto de los demás acreedores, con la repercusión que en la relación interna de los coacreedores deba producir. Por eso, debe entenderse que el artículo 1141 despliega su eficacia respecto de la relación entre estos últimos.", Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 189. En efecto, Florencio GARCÍA GOYENA al citar los antecedentes del artículo 1061 del Proyecto de Código civil de 1851 (equivalente al 1143 Cc.) confiesa que, en contra de lo previsto en los código que le sirvieron de modelo, se acoge en este punto a la doctrina romana: cada uno de los acreedores tiene el mismo derecho y puede todo lo que podría de ser el único acreedor de la deuda. El artículo 1141 Cc., por su parte reproduce el 1198 del Anteproyecto de Laurent, véase Pablo SALVADOR CODERCH y Josep SANTIDIUMENGE FARRÉ, "La influencia del *Avant-Projet de revision du Code Civil* belga de François Laurent en el Código civil español de 1889", *Centenario del Código civil*, II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1921 a 1965. La interpretación propuesta supone, sin embargo, reducir la regla del primer párrafo del artículo 1141 a un precepto prácticamente inútil, Jorge CAFFARENA LAPORTA, "Comentario al artículo 1141 Cc.", cit., pág. 128. Para salvarlo, Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, "La interpretación armónica de los artículos 1141 y 1143 del Código civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, págs. 27 a 38, propone, con escaso fundamento normativo, que la sanción del artículo 1143 no es la responsabilidad sino la inoponibilidad de los actos perjudiciales en la relación interna entre acreedores solidarios.

¹¹⁷ Ya que la condonación total de la deuda pactada entre el acreedor y uno de los codeudores no plantea especiales problemas: todos los codeudores quedan liberados. La misma solución se impone si

los codeudores solidarios habrá que afirmar la propagación de los efectos de esa remisión particular al resto de codeudores. La parte de deuda perdonada a uno reduce la porción que el acreedor puede reclamar del resto¹¹⁸. Lo contrario supondría que el acreedor cobra más de lo previsto en la deuda inicial. El deudor perdonado por el acreedor queda vinculado al resto de los codeudores en la relación interna por la cantidad no remitida.¹¹⁹

La sección que el Código civil dedica a la solidaridad se cierra con el artículo 1148 que, como ya hemos dicho, conecta la relación externa de los codeudores solidarios frente al acreedor con la relación interna, de la que nos ocuparemos a continuación. El nexo de unión entre ambas relaciones son las excepciones que el deudor a quien se reclama el pago íntegro de la deuda puede oponer al acreedor. El Código concibe las excepciones como defensas del deudor solidario frente a la reclamación del acreedor.

Está claro que el deudor a quien se dirige el acreedor puede oponer las que el artículo 1148 Cc. denomina *excepciones que derivan de la naturaleza de la obligación* que la doctrina denomina 'objetivas' o 'comunes'. En virtud de este tipo de excepciones, el deudor deberá oponer¹²⁰, entre otras, la falta de vencimiento de la obligación, la prescripción de la acción, el pago realizado por otro codeudor solidario de toda o parte de la obligación. También podrá oponer las excepciones que afecten a la existencia y circunstancias de la obligación como, por ejemplo, de la nulidad del contrato, del incumplimiento de formalidades impuestas por ley o pactadas por las partes. Tampoco es problemático que el deudor podrá oponer al acreedor las excepciones *que le sean personales*, es decir, aquellas que no derivan de la obligación

el acreedor común condona una parte de la deuda en beneficio de todos los codeudores. En ese caso, la obligación solidaria que une a los codeudores se reduce en la cantidad condonada.

¹¹⁸ Jorge CAFFARENA LAPORTA, "Comentario al artículo 1146 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 143: "Creemos que la regla general es la eficacia colectiva de la remisión aunque haya sido realizada con un deudor. En efecto, el artículo 1143 establece que la remisión de la deuda hecha con cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación. El artículo 1146, que se refiere a la remisión limitada, aparece como una salvedad, como una excepción a la regla." En el mismo sentido, José Luis LACRUZ BERDEJO, "Apuntes sobre las obligaciones solidarias", cit., págs. 388 y 389. Era más claro en la materia el artículo 1064 del Proyecto de 1851: *La quita ó remisión de la deuda hecha por el acreedor á uno de los deudores mancomunados [solidarios], no estingue la obligación respecto de todos, cuando el perdón se haya limitado á una parte de la deuda ó á un deudor determinado.*

¹¹⁹ La doctrina discute cómo debe distribuirse en la relación entre los codeudores la reducción provocada por la remisión pactada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios. Parece que lo más natural es que la cantidad remitida reduzca la deuda en función de la parte que corresponde a cada deudor en la relación interna.

¹²⁰ Como se trata de excepciones que derivan de la naturaleza de la obligación, parece justo suponer que si el deudor reclamado por el acreedor no las opone y paga la deuda por completo, el resto de codeudores podrán oponerse a la acción de regreso en la relación interna.

que le une con el resto de codeudores ni son propias de alguno de ellos pero que son eficaces en la relación entre el acreedor y el codeudor a quien se reclama el pago íntegro de la deuda.¹²¹

Más problemas plantean las que el 1148 Cc. denomina excepciones *que personalmente correspondan a los demás* codeudores solidarios de las que, sigue el artículo, *sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables*.

La parte de deuda se refiere a la relación interna y, en contra de la finalidad a la que responde la solidaridad pasiva, se permite a uno de los codeudores que oponga al acreedor excepciones que ni le son propias ni proceden de la obligación. Resulta complejo establecer con carácter general a qué tipo de excepciones permite el Código esta peculiar eficacia¹²². La existencia de este tipo de excepciones dependerá de la relación interna que une a los codeudores solidarios.

Se refieren también a las 'excepciones puramente personales' el artículo 1824 Cc. ([La fianza] *Puede, no obstante recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad*), el artículo 1845 Cc. (*... podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor*) y el artículo 1853 Cc. (*El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor*). Todos ellos regulan situaciones propias de la relación jurídica de fianza y hay que leerlos en relación con la eficacia que concede a esas excepciones el artículo 1840 Cc. *Si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago*.¹²³ La equiparación de esas excepciones con las previstas en el

¹²¹ Los problemas no están en la existencia de esas excepciones sino en los ejemplos que pueden subsumirse en esa categoría. En efecto, la unidad de la obligación que une a los codeudores solidarios limita el ámbito de esas excepciones personales que un codeudor puede oponer al acreedor. Así, los subrogados del cumplimiento no operan aquí como verdaderas excepciones pues extinguen la obligación solidaria. De hecho, muchas de las excepciones imaginables que derivan de la naturaleza de la obligación en una relación solidaria formarían parte del elenco de excepciones personales en una relación individual en la que el único deudor es interpelado por su acreedor. De todos modos, a diferencia de lo que sucede con las excepciones que derivan de la naturaleza de la obligación, el codeudor solidario en quien concurren excepciones que le son personales es libre de oponerlas y el resto de codeudores no pueden retraerle la no oposición de esas excepciones personales en la relación interna.

¹²² No pueden proceder de relaciones jurídicas individuales de alguno de los codeudores solidarios que afecten a su solvencia o liquidez en el momento de la reclamación (liquidación de una sociedad, ejercicio de una acción directa), pues el artículo 1145 Cc. impone a todos los codeudores cubrir la insolvencia de alguno de sus compañeros.

¹²³ Los artículos 1840 a 1842 Cc. completan el sistema de excepciones que el deudor puede oponer al fiador. "Salvo que exista pacto en contrario entre las partes interesadas, el deudor puede oponer en vía de regreso las siguientes excepciones. (i) Las que le correspondan con carácter personal contra el fiador;

artículo 1148 Cc. debe rechazarse. El Código emplea la categoría de las 'excepciones puramente personales' en sede de fianza porque, por la dinámica propia de esa institución, el fiador puede oponer al acreedor las excepciones personales del deudor, algo que no puede hacer con carácter general el codeudor solidario.¹²⁴

1.2. La relación interna entre deudores solidarios

Extinguida la obligación solidaria el deudor que ha pagado puede reclamar de cada codeudor solidario la parte de la deuda que le corresponde¹²⁵. Así lo dispone el párrafo segundo del artículo 1145 Cc.:

El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.

Cada uno de los codeudores responde frente al acreedor de toda la prestación. Esa responsabilidad no implica necesariamente que deba efectivamente toda la deuda. Por ese motivo, el ordenamiento prevé que el codeudor o codeudores solidarios que pagaron al acreedor más de lo que les correspondía disponen de una acción de regreso o de reembolso por la cantidad que exceda de la que debían conforme a los pactos que les unen en la relación interna. La acción de regreso prevista en el artículo 1145 Cc. permite sumar los intereses a la reclamación del codeudor en la relación interna.

La probable diferencia entre lo que realmente debe cada uno de los codeudores solidarios y lo que cada uno de ellos asume frente al acreedor común (el pago íntegro de la prestación) sirvió a algunos como un ejemplo de separación entre 'deuda' y 'responsabilidad'. De acuerdo con esa distinción se afirmó que cada codeudor

que provengan de la relación de cobertura que exista entre ellos. (ii) Las que le correspondan contra el acreedor, que el fiador no hubiera hecho valer contra aquél, a pesar de conocerlas, o por no haberse informado diligentemente del deudor.", Ángel CARRASCO PERERA, et alii, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., pág. 270.

¹²⁴ En el mismo sentido, José Luis LACRUZ BERDEJO, "Apuntes sobre las obligaciones solidarias", cit., pág. 392. Puede consultarse un resumen de las posiciones doctrinales sobre la materia en Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, "Excepciones oponibles por el deudor solidario", *Revista de Derecho Privado*, 1990, págs. 863 a 874.

¹²⁵ Es un requisito obvio de la acción de regreso entre codeudores solidarios que el pago realizado por uno de ellos sea eficaz, es decir, haya satisfecho efectivamente el interés del acreedor y comporte, por tanto, la extinción de la deuda solidaria. Los codeudores podrán oponer las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación al codeudor solidario que ejercite la acción de reembolso y que no las opuso a la reclamación del acreedor. No podrán oponerle, como hemos visto, las excepciones que sean personales del codeudor interpelado ni las personales de alguno de los codeudores, salvo que haya concurrido mala fe. Si el pago fue parcial sobrevive el derecho del acreedor a reclamar sucesivamente a los codeudores hasta que cobre su deuda por completo (cfr. artículo 1144 Cc.)

solidario está sometido al poder del acreedor; responde, por tanto, de toda la deuda. Sin embargo, en la relación interna, su obligación con respecto a la prestación común, su deuda, es limitada. La explicación, aparentemente válida, no da razón de la verdadera función de la solidaridad. Cada deudor solidario no sólo responde de toda la deuda frente al acreedor, sino que es auténtico deudor de toda la prestación. Por ese motivo se comunican los efectos de las vicisitudes de la obligación entre codeudores solidarios y el pago de uno extingue la deuda de todos. Cada codeudor solidario responde y debe el todo. La doctrina española, además, ha admitido, sin embargo, la dependencia de los fenómenos de 'deuda' y 'responsabilidad' que, más allá de un mero ejercicio teórico, no pueden plantearse por separado.¹²⁶

Como el acreedor ha cobrado toda la deuda, bien de un solo deudor, bien de varios de los deudores por las acciones sucesivas que le permite el artículo 1144 Cc., la insolvencia de alguno de los codeudores habrá de ser asumida por los codeudores que, en la relación interna, verán disminuida la cantidad que tienen derecho a reembolsarse¹²⁷. Así lo prevé el párrafo tercero del artículo 1145 Cc.:

La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno.

La distribución de la deuda en la relación interna seguirá el criterio pactado por los deudores y que dependerá de las relaciones jurídicas que existan entre ellos y que aconsejaron la constitución de la solidaridad pasiva. Si nada se previó, el criterio que habrá de aplicarse es el de división de la deuda por partes iguales. Conforme a alguna de esas dos medidas, los deudores se reparten el importe de la deuda satisfecha al acreedor y, en su caso, la parte correspondiente al codeudor solidario insolvente.

El Código civil no aporta más reglas sobre el funcionamiento de la relación interna entre codeudores solidarios. Parece claro, sin embargo, que asume la extinción de la obligación solidaria.

¹²⁶ Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., págs. 59 y ss., ofrece un buen resumen de la teoría de la distinción entre deuda y responsabilidad, sus posibles ejemplos en el Código civil y la postura de la doctrina española. Critica la aplicación de la distinción a la solidaridad, Antonio HERNÁNDEZ GIL, "La solidaridad de deudores", cit., págs. 408 y 409. Véase la explicación de Vázquez de Castro, "Notas típicas de la solidaridad", *Revista de Derecho Español e Iberoamericano*, 1959, págs. 854 a 873.

¹²⁷ "Interpretado literalmente el precepto, parece dar a entender que la insolvencia de algún codeudor sólo ha de ser suplida por los restantes codeudores, excluido el *solvens*, pero esta interpretación que de entrada choca ya con los principios informadores de la solidaridad, está además en contradicción con los precedentes del mencionado precepto.", Lluís PUIG I FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", cit., pág. 487.

Si el Código prevé la extinción con motivo de los subrogados del cumplimiento (cfr. artículos 1143 y 1146 Cc.) con más motivo la afirma el artículo 1145 Cc. (*El pago...extingue la obligación solidaria*). Por tanto, la obligación que une a los codeudores unidos por la extinguida obligación solidaria es una nueva relación jurídica que une a varios sujetos. Nada impide que los codeudores, antes o después de la extinción de la obligación solidaria, pacten un régimen peculiar para el ejercicio de las respectivas acciones de regreso. En concreto, nada impediría que se pactase una nueva obligación solidaria a favor del antiguo deudor que, por ejemplo, satisfizo la deuda por completo. De todos modos, en ausencia de pacto, la regla de defecto para las obligaciones con pluralidad de sujetos es la división de la deuda en tantas partes como deudores haya reputándose deudas distintas unas de otras (cfr. artículo 1138 Cc.) Así lo impone el propio artículo 1145 Cc. cuando dispone que cada codeudor sólo pueda reclamar de sus codeudores *la parte que a cada uno corresponda*.

Sin embargo, buena parte de la doctrina ha visto en el pago realizado por uno de los codeudores uno de los supuestos de subrogación previstos por el artículo 1210 Cc.:¹²⁸

Se presumirá que hay subrogación:

1. *Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.*
2. *Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.*
3. *Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvos los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.*

En concreto, hay quien defiende que el codeudor que pagó al acreedor se subroga en los derechos que éste tenía frente a los codeudores solidarios. De esta forma, en la relación interna, el codeudor solidario deviene acreedor del resto de codeudores. El codeudor se subroga en la posición que ocupaba el acreedor y pasa a ser, por tanto acreedor de una deuda solidaria. Como nuevo acreedor de varios codeudores solidarios, podrá exigir de cualquiera de ellos el pago íntegro de la cantidad que pagó descontada, obviamente, la cantidad que corresponda a su propia parte en la obligación. El codeudor que pague pasará a ser, a su vez, un nuevo subrogado en la posición del acreedor, y así hasta que el último de los codeudores haya satisfecho su parte de la obligación.

La subrogación vendría impuesta por lo previsto en el artículo 1210.3 Cc. pues, se entiende, el codeudor solidario tiene un indiscutible interés en el cumplimiento de la obligación y la misma regla previene los efectos de la confusión. El codeudor que paga se subroga en la parte de la deuda que excede a la que le corresponde (pues

¹²⁸ Salvador CARRIÓN OLMOS, "Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario solvens", *Actualidad Civil*, núm. 10, 1996, págs. 321 a 362, resume exhaustivamente todas las posiciones doctrinales.

nemo subrogat contra se). La subrogación del codeudor solidario en los derechos de su acreedor operaría *ministerio legis* y sería una excepción al principio general de no presunción de la subrogación que, según el artículo 1209 Cc., *no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código*.¹²⁹

Que exista o no subrogación del codeudor que pagó en la posición jurídica que ocupaba el acreedor tiene consecuencias muy importantes en la práctica. La subrogación, dispone el artículo 1212 Cc. *transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas*. El codeudor subrogado asume el crédito con su antigüedad y sus garantías. También le serán oponibles a él las excepciones personales que cualquiera de los codeudores solidarios tenía contra el deudor.¹³⁰

La subrogación del codeudor solidario explica, para sus defensores, en fin, la garantía mutua de la insolvencia de uno de los codeudores que el párrafo tercero del artículo 1145 Cc. impone a los antiguos deudores solidarios del acreedor que cobró la deuda por completo. La subrogación explicaría la subsistencia del vínculo interno que permite afirmar al artículo 1145 Cc. que los codeudores asumen la potencial insolvencia de alguno de sus compañeros.¹³¹

Quienes ven en la relación entre los codeudores solidarios una cadena de obligaciones mutuamente solidarias que, en virtud de la subrogación del deudor que paga en los derechos del acreedor satisfecho, sobrevive hasta que el último codeudor ha pagado su cuota olvidan que cada uno de los deudores solidarios cumple, ante el

¹²⁹ De nuevo la solidaridad desemboca en una institución cuya regulación plantea problemas en el Código. Los problemas con la subrogación empiezan por su calificación. Así, mientras parte de la doctrina opina que la subrogación puede ser convencional (la pactada en virtud de la previsión del artículo 1209 Cc. *a contrario*) o legal (la impuesta en los casos del artículo 1210 Cc.), véase Francisco SANCHO REBULLIDA, "Comentario al artículo 1210 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 312; un sector relevante de la doctrina, encabezado por Luis DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., pág. 832, opina que el artículo 1210 Cc. impone una simple presunción de subrogación que puede ser opuesta por su beneficiario pero no impuesta en todo caso. En contra de la presunción de la subrogación, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario a la STS, 1ª, 29.5.1984", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, págs. 1719 a 1727; y Francisco BONDÍA ROMÁN, "La subrogación en el crédito", *Homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1993, págs. 979 a 1015.

¹³⁰ Sin duda, influyó en la doctrina española favorable a la subrogación la obra del jurista italiano Giorgio AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Giuffrè, Milano, 1959, para quien la solidaridad es un fenómeno complejo que proyecta sus efectos en dos fases, una primera en la relación externa entre codeudores y acreedor y una segunda en la relación entre codeudores solidarios. Existe una traducción española de la obra de Amorth con el título *La responsabilidad del deudor solidario*, Barcelona, 1963, a la que no hemos tenido acceso.

¹³¹ Véase, Francisco SOTO NIETO, "Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva", cit., pág. 804 y ss.

acreedor, una obligación propia y actúa, ente el resto de codeudores, con base en un derecho propio¹³². Así lo prevé el artículo 1145 Cc.: por el pago se extingue la deuda y por el pago cada uno de los codeudores puede reclamar la parte correspondiente de los demás. La subrogación en el crédito del acreedor es la negación del efecto extintivo del pago de la deuda y el Código deja muy claro que la deuda se extingue.

El codeudor solidario que paga, por otra parte, tiene algo más que un mero *interés en el cumplimiento de la obligación* (cfr. artículo 1210.3 Cc.) El codeudor que paga es deudor por el todo y cuando cumple, cumple una obligación propia. Una vez pagada la deuda, la cobertura mutua de la insolvencia es un fenómeno legal propio de la solidaridad de deudores. La obligación interna de reembolso de los codeudores ya no es solidaria, sino parciaria con garantía recíproca adicional¹³³ y lo es por mandato legal. Así lo impone el régimen previsto por el Código para la solidaridad pasiva; como prevé también que cada uno de los codeudores haya de satisfacer al acreedor que reclama en tiempo y forma el pago íntegro de la prestación. La desnaturalización de alguna de estas dos características de la solidaridad pasiva supone su confusión con otras figuras diferentes y que responden a diferente finalidad.¹³⁴

Luis Díez-PICAZO mantiene una postura coherente con su concepción del artículo 1210.3 Cc. como una presunción de la subrogación y no una autentica subrogación legal¹³⁵. Para el citado autor, el crédito del codeudor solidario que pagó al acreedor

¹³² Pues no parecen convincentes las explicaciones alternativas de la doctrina favorable a la subrogación. Así, Antonio HERNÁNDEZ MORENO, *El pago de tercero*, Bosch, Barcelona, 1988, mantiene que el pago hecho al acreedor por un codeudor solidario no extingue en realidad la obligación solidaria, que continúa vigente para el codeudor que se subroga en la posición del antiguo acreedor. Para ese autor, sólo así puede explicarse que "(...) el deudor solidario que paga la totalidad de la deuda pague y no extinga a la vez, es decir, pague una deuda propia y no extinga una deuda propia", pág. 177.

¹³³ José Luis LACRUZ BERDEJO, et alii, *Elementos de derecho civil*, II, cit., pág. 69.

¹³⁴ Lluís PUIG I FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", cit., pág. 486, suministra un argumento adicional: "(...) la tesis de la fragmentación de la obligación solidaria entre los distintos codeudores se explica también con base al fundamento de la solidaridad de deudores, que si no es otro que el de facilitar al acreedor la exacción del crédito al poderlo exigir indistintamente de cualquiera de los obligados este fundamento falla en las relaciones internas, por cuanto los distintos codeudores, al obligarse solidariamente, no perseguirán favorecer la posición del *solvens* en el sentido de que éste pudiera dirigirse después indiscriminadamente contra cualquiera de ellos, pues una tal facultad excedería de la función que desempeña la solidaridad pasiva, y por tanto en defecto de pacto en este sentido, en la relación interna debe jugar la regla general del artículo 1138 Cc."

¹³⁵ En *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit, págs. 214 y 215. Aunque para otros autores, por ejemplo, José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, I, volumen 2, pág. 191, que admite que el artículo 1210.3 Cc. establece sólo una presunción de subrogación, el artículo 1145 Cc. no permite subrogación alguna. Puede consultarse una acertada crítica a la postura mantenida por Luis Díez-Picazo en Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 161 y ss.

puede defenderse frente al resto de codeudores mediante una simple acción de reembolso (la prevista en el artículo 1145 Cc.) o por el mecanismo de la subrogación (artículo 1210.3 Cc.) Se salva así la antinomia entre ambos preceptos, que sería sólo aparente. En el momento en que pague al acreedor, el codeudor solidario *solvens* habrá de escoger entre una u otra vía, salvo que la relación que une a los codeudores y que subyace a la solidaridad imponga una solución. La tesis, a la que se han sumado después otros autores¹³⁶, y que tiene su origen en la que mantuvo con argumentos similares Antonio HERNÁNDEZ GIL¹³⁷, no se aviene bien con el tenor del Código civil, que no prevé tal opción y, al margen de problemas teóricos, plantea importantes problemas procesales a los que ninguno de los autores citado hace referencia. Tampoco explican si la opción del codeudor ha de ser la misma para todos los codeudores solidarios o puede subrogarse frente a unos y ejercer la acción de reembolso frente a otros porque, por ejemplo, son titulares de una excepción personal que podrían haber opuesto al acreedor común y que ahora podría oponerse al codeudor subrogado. Nada dicen, en fin, los defensores de la subrogación de los plazos de prescripción para el ejercicio de la acción contra los codeudores.

Hay que concluir, por tanto, que no hay subrogación alguna del codeudor que paga en el antiguo crédito del acreedor. La acción que asiste al codeudor que atendió a la reclamación del acreedor común es una simple acción de reembolso prevista en el artículo 1145 Cc.

La regla ya estaba clara en el Proyecto de Código civil de 1851¹³⁸. El propio Florencio GARCÍA GOYENA escribió, con motivo de los comentarios al artículo 1063 del Proyecto que la división de la deuda en la relación interna era un remedio para “evitar el círculo vicioso que podía tener lugar por derecho romano y patrio (...)”¹³⁹

¹³⁶ Por ejemplo, Ana CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996; y Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, “El pago por tercero” en *Extinción de Obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 41 y ss.

¹³⁷ En *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 90 y ss.

¹³⁸ Cuyo artículo 1063 disponía:

El pago total hecho por uno de los deudores mancomunados, estingue la obligación respecto de todos.

El que hizo el pago no puede reclamar contra los otros codeudores sino la parte correspondiente á cada uno de ellos; y si alguno resultare insolvente, la pérdida se repartirá proporcionalmente entre los otros codeudores y el que hizo el pago

¹³⁹ En efecto, la regla se separaba de los antecedentes históricos (y, en parte del modelo francés). El derecho romano no conocía ningún tipo de relación interna entre los codeudores solidarios. El único remedio que quedaba entonces al codeudor que pagó la deuda por completo era la subrogación en los derechos del acreedor. Véase, José FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Comares, Granada, 1999, y Salvador CARRIÓN OLMOS, “Antecedentes para un intento de armonización de los artículos 1145 y 1201.3 del Código civil”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004, págs. 1569 a 1610.

Puede objetarse a la postura mantenida, contraria a la subrogación del codeudor solidario en la posición del acreedor que es la solución prevista en otros Códigos. Así, por ejemplo, el §426.2 BGB prevé la cesión legal de las acciones del acreedor a favor del codeudor que pagó la deuda: *Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleich verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.*

De todos modos, los partidarios de la subrogación que ven en el derecho comparado un ejemplo para el nuestro habrán de admitir que la regulación de la subrogación y cesión de acciones de los §§ 401, 404 y 412 BGB es más completa que la de nuestros artículo 1209 Cc. y ss. (el BGB regula, por ejemplo, los plazos de prescripción en caso de subrogación) y que la doctrina alemana tiene problemas para compatibilizar la cesión de acciones del § 426.2 BGB con otras acciones de regreso previstas en leyes especiales.¹⁴⁰

También prevé la subrogación el artículo 10:106 de los *Principles of European Contract Law*¹⁴¹:

1. *A solidary debtor who has performed more than that debtor's share may claim the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share, together with a share of any costs reasonably incurred.*
2. *A solidary debtor to whom paragraph (1) applies may also, subject to any prior right and interest of the creditor, exercise the rights and actions of the creditor, including accessory securities, to recover the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share.*
3. *If a solidary debtor who has performed more than that debtor's share is unable, despite all reasonable efforts, to recover contribution from another solidary debtor, the share of the others, including the one who has performed, is increased proportionally.*

No existe una disposición equivalente en el derecho español. Es más, el artículo 1145 Cc. es muy claro al afirmar la extinción de la obligación solidaria tras la satisfacción del acreedor.

La acción de reembolso se justifica por la dinámica propia de la solidaridad pasiva. No se trata de un mero remedio al enriquecimiento injusto que favorecería al resto de codeudores. Repetimos que el codeudor que acciona en regreso actúa en ejercicio de

¹⁴⁰ Véase, Kart LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, cit., págs. 648 y 649; y Walter SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern*, en Joachim GERNHUBER (hrsg.), *Handbuch des Schuldrechts*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984, págs. 95 y ss. Los dos autores hablan de *Anspruckkonkurrenz*.

¹⁴¹ Hugh BEALE, Ole LANDO y Reinhard ZIMMERMANN (editors), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000. Los *Principles* son una propuesta privada de armonización del derecho europeo de contratos. Carecen de valor normativo. Sus reglas, sine embargo, tienen el interés de proponer soluciones uniformes a partir de las ya vigentes en los ordenamientos jurídicos europeos.

un derecho propio y los codeudores que pagan su parte cumplen una obligación propia. Todos asumen el riesgo de la insolvencia de alguno de ellos.¹⁴²

La doctrina del enriquecimiento injustificado aplicada a la relación interna entre codeudores solidarios explica sólo en parte el fundamento, al menos teórico, de la acción de regreso. Sin duda, el codeudor que no recobra lo que pagó sufre un empobrecimiento y los codeudores que se ahorran su parte se benefician de un enriquecimiento. En este sentido, puede hablarse, respectivamente, de un enriquecimiento negativo y de otro positivo, según la terminología acuñada por la doctrina que ha estudiado la institución.¹⁴³ De todos modos, se trata del mismo enriquecimiento y del mismo empobrecimiento que pueden sufrir cualquier deudor a quien se le perdona la deuda o cualquier acreedor que ve frustradas sus expectativas de cobro por la insolvencia de su deudor. Los incumplimientos en la relación interna se resolverán mediante auténticas acciones de reclamación, pues se producen en ejercicio de un derecho propio o se provocan por el incumplimiento de una obligación propia.¹⁴⁴

2. Naturaleza y función de la solidaridad de deudores. Excursus

“El problema de la verdadera naturaleza jurídica de la solidaridad pasiva es una vieja cuestión no resuelta”¹⁴⁵.

¹⁴² Francisco SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1210 Cc.”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 314: “(...) el codeudor solidario no debe una parte sino toda la deuda; siendo *solvens* le compete, en la relación interna, la repetición de la parte que en ella corresponde a los demás codeudores; pero ello forma parte de la misma estructura de la solidaridad (...)” En el mismo sentido, Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, “El derecho de regreso en la solidaridad de deudores”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 1433 a 1451.

¹⁴³ Así, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 101 y 102.

¹⁴⁴ Aunque nada impide que a la reclamación se sume una acción por enriquecimiento injustificado. La doctrina ha admitido con carácter general que la acción de enriquecimiento no es subsidiaria. Así, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, cit., págs. 104 y 105; Luis Díez-PICAZO en Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y Luis Díez-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1991 págs. 56 y ss. La subsidiariedad de la acción parece superada incluso para la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno, el ámbito en el que parecía más justificada por concurrir habitualmente con acciones de reconocimiento de derechos o de daños, así Xabier BASOZABAL ARRUE, “Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 1263 a 1299; y, sobre todo, el mismo, *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

¹⁴⁵ Amparo GONZÁLEZ, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones en derecho romano clásico*, cit., pág. 23.

La explicación histórica de la solidaridad está empañada por la discusión sobre la existencia y autonomía de las obligaciones que la Pandectística denominó correales y que buena parte de la mejor doctrina del s. XIX expuso como diferentes de las obligaciones solidarias.

La confusión se remonta a los orígenes de la figura. El derecho romano tampoco fue capaz de elaborar un concepto unitario de solidaridad. En el derecho romano clásico, que entendió la solidaridad como un sistema de acciones¹⁴⁶, apenas puede distinguirse el aspecto procesal del contractual¹⁴⁷.

Aunque todos los códigos europeos prevén la solidaridad de acreedores y la de deudores, los regímenes jurídicos previstos para una y otra figura son tan dispares que sus soluciones no permiten intuir una regulación común.¹⁴⁸

Así, el *Code civil* francés de 1804, el español de 1889 y el alemán de 1900 establecen un principio general de división de la deuda y el crédito entre los varios deudores y acreedores. Los códigos francés y español completan la presunción de división con una regulación restrictiva de la solidaridad que exige pacto (aunque los franceses no lo exijan para las obligaciones comerciales). El BGB, sin embargo, presume la solidaridad cuando varios deudores están obligados a una prestación indivisible (§ 431), pero no, aunque la prestación se indivisible, cuando se trata de varios acreedores (§ 432). El ordenamiento jurídico italiano, que preveía una presunción de

¹⁴⁶ “La noción de *obligatio* aparece vinculada a la de *actio* ya desde las *legis actiones*. La *actio* surge como consecuencia de una *obligatio* (...)”, Pablo FUENTESECA DÍAZ, “Origen del concepto romano de obligación”, cit., pág. 152.

¹⁴⁷ “Así, en materia de solidaridad, se distingue perfectamente en época clásica una dualidad de aspectos. La solidaridad no es un concepto jurídico sustancial sino un hecho social frecuente por razones familiares, amistosas, etc. El verdadero reflejo jurídico de la solidaridad puede decirse que está en el proceso: es la *actio singuli in solidum* En la relación obligatoria con pluralidad de sujetos vinculados a una prestación única no hay más que una *actio* utilizable por cada acreedor (y contra cada deudor) por el total. (...) la esencia jurídica de la solidaridad es procesal”, Amparo GONZÁLEZ, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones en derecho romano clásico*, cit., págs. 19 y 20. En el prólogo a esa obra, Pablo FUENTESECA DÍAZ afirma: “A los juristas romanos interesó únicamente el dotar de eficacia jurídica estas actividades solidarias que se producían en el plano social. No se preocuparon, en cambio, de una configuración dogmática de la solidaridad como concepto jurídico. De ahí que no exista una definición de las obligaciones solidarias en la jurisprudencia romana.”

¹⁴⁸ Ernst VON CAEMMERER, “Ausgleichsprobleme im Haftpflichtrecht in rechtsvergleichender Sicht”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 9, 1968, págs. 81 a 98, escribió: „Die Gesetzbücher des 20. Jahrhunderts (...) haben alle einen einheitlichen Begriff der Gesamtschuld. Dieser ist für vertragliche Gesamtschulden, deliktische Gesamtschulden und sonstige Fälle gesamtschuldnerischer Haftung einheitlich gestaltet. Der Gesamtschuldbegriff ist (...) ein reiner Strukturbegriff geworden (...) aber dieser Strukturbegriff ist nun so weit, dass es neben den gesetzlich angeordneten Fällen gesamtschuldnerischer Haftung die heterogensten Fallgruppen zu erfassen vermag. (...) Welches sind die Tatbestandsmerkmale der Gesamtschuld?“, págs. 81 y 82.

división equivalente a la del *Code* francés en el artículo 1188 del Código civil de 1865, estableció en 1942 la presunción general de solidaridad en las obligaciones con varios sujetos (artículos 1292 y 1294 del vigente Código civil italiano).

En cualquier caso, todos los ordenamientos jurídicos están de acuerdo en que la solidaridad pasiva implica que el acreedor puede reclamar de cualquiera de los codeudores solidarios el pago íntegro de la prestación. Ésta parece la característica esencial de la solidaridad, por lo menos en su relación externa¹⁴⁹.

Los problemas aparecen en la relación interna entre los codeudores: en la eficacia común de las vicisitudes de la obligación y, sobre todo, en la mutua cobertura de la insolvencia de uno de los deudores solidarios. Los artículos 1140 a 1148 Cc., como hemos visto, no suministran soluciones para todos los problemas que plantean. Así, se ha buscado tradicionalmente la justificación de la solidaridad pasiva en otras instituciones jurídicas que permiten explicar la peculiar relación que existe entre codeudores solidarios.

En un primer momento, y por influencia de la doctrina francesa, se entendió que la solidaridad era una especie de mandato entre codeudores que debían satisfacer una deuda común. *Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra*, así lo define el artículo 1709 Cc. La subsunción de la solidaridad pasiva en el mandato explicaría la relación que une a los codeudores solidarios. Por el mandato, que puede ser tácito (artículo 1710 Cc.) los codeudores se encargarían respectivamente el cumplimiento de la obligación que les une con el acreedor. La doctrina francesa, en la misma línea, explicó también la solidaridad como una suerte de representación mutua entre codeudores solidarios.¹⁵⁰

Así, la STS, 1ª, 13.3.1943, que estimó el recurso de un codeudor solidario que instaba la nulidad de la obligación común y en el que el acreedor había opuesto la necesidad de que estuviesen presentes en el proceso todos los codeudores, afirmó: "(...) se da en la solidaridad pasiva, con carácter recíproco, un mandato de pago de la totalidad de la deuda entre los deudores."¹⁵¹

¹⁴⁹ En el mismo sentido, Jorge CAFFARENA LAPORTA, "Comentario al artículo 1137 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 118. Aunque, como afirma Miguel Ángel FERNÁNDEZ en Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Miguel Ángel FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, 3ª edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pág. 506: "Lo que exige la solidaridad y donde radica su esencia es en que el acreedor quede plenamente cubierto del riesgo de insolvencia de cualquiera de los deudores solidarios (...)"

¹⁵⁰ Concepciones que parecen superadas por la actual doctrina francesa. Antoine HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, Economica, Paris, 2004, resume todas las explicaciones a la solidaridad pasiva que ha desarrollado la doctrina de su país y las críticas que pueden hacerse a cada una de ellas.

¹⁵¹ Comentada por Antonio HERNÁNDEZ GIL, "Comentario a la STS, 1ª, 13.3.1943", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, págs. 98 a 113.

No han faltado otras explicaciones. Así, se ha definido la solidaridad pasiva como ejemplo de contrato a favor de tercero o como un tipo de negocio fiduciario.¹⁵²

En España, la explicación tradicional de la solidaridad pasiva la ha asociado a una función de garantía. La garantía operaría, en primer momento, frente al acreedor común que ve asegurado el cobro de su crédito mediante el mecanismo de sumar patrimonios a los que puede reclamar el cumplimiento de la obligación. En un segundo momento, la garantía asociada a la solidaridad pasiva explicaría la cobertura mutua de la insolvencia de algún deudor entre los codeudores solidarios. Así, varios deudores obligados solidariamente al pago de una deuda garantizan a su acreedor que la cobrará y asumen el riesgo de la insolvencia de alguno de ellos.

La garantía, entendida como función esencial de la solidaridad pasiva, ha llevado a reducirla a un mero subtipo de la fianza regulada en los artículos 1822 a 1856 Cc.

Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste. Así la define el artículo 1822 Cc. que en su párrafo segundo añade que Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4ª, capítulo III, de este Libro, que es, precisamente, la que contiene los artículos 1137 a 1148 Cc. En ese caso, el artículo 1831.2 Cc. prevé que el fiador pierda el beneficio de excusión, es decir, el beneficio que le permite no ser compelido al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (artículo 1830 Cc.) La fianza, como la solidaridad, no se presume y debe pactarse de forma expresa (cfr. primer párrafo del artículo 1827 Cc.)

La fianza es un contrato de garantía¹⁵³ por el que el fiador se compromete a pagar en lugar del deudor principal. El Código permite que esa obligación se asuma de forma subsidiaria (el fiador sólo deberá pagar si el deudor es insolvente) o de forma solidaria (el acreedor puede exigir indistintamente el pago de la deuda del deudor principal o de su fiador). El Código prevé que una misma deuda cuente con varios cofiadores que pueden, si lo pactan, ser solidarios. También se prevé la subfianza:

¹⁵² Alberto BALLARÍN MARCIAL, "El sistema español en materia de obligaciones solidarias", *Revista Internacional del Notariado*, núm. 41, 1961, págs. 15 a 41. El autor afirma que "La solidaridad española es, además, un tipo de titularidad fiduciaria", pág. 15, pues "la confianza común es el denominador del que deriva la posibilidad de que un sujeto gestione un interés ajeno", pág. 33. Aunque el autor, al final del artículo parece que limita el carácter fiduciario a la solidaridad activa.

¹⁵³ No podemos analizar en este trabajo el entramado de relaciones que surgen con motivo del afianzamiento de una deuda. Nos limitaremos a destacar los aspectos que han llevado a parte de nuestra doctrina a asimilar la fianza solidaria a la solidaridad de deudores. El lector interesado encontrará en Ángel CARRASCO PERERA, et alii, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., págs. 67 a 408, una magnífica explicación de la institución.

uno o varios fiadores del fiador que, a su vez, y mediante pacto expreso, puede estar unido a él por vínculos de solidaridad.

Las similitudes entre el funcionamiento de la solidaridad pasiva y la fianza solidaria son destacables. Las equivalencias son todavía más sorprendentes cuando el Código prevé la concurrencia de varios cofiadores. Así, el primer párrafo del artículo 1837 Cc. prevé que:

Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.

En ese caso, y pagada por uno de los cofiadores la deuda al acreedor, el artículo 1844 Cc. dispone¹⁵⁴:

Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra.

En ese caso, el fiador que pagó puede acogerse a la subrogación prevista con carácter general para la fianza en el primer párrafo del artículo 1839 Cc.:

El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

Y el artículo 1845 Cc.:

¹⁵⁴ Antonio GULLÓN BALLESTEROS, "Sobre el artículo 1844 del Código civil", *Centenario del Código civil*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1027 a 1039, califica el artículo transcrito como "uno de los más desafortunados del Código civil", por la sorprendente limitación de su párrafo tercero y, sobre todo, porque parece suponer que la obligación entre cofiadores es siempre solidaria, lo que contradice la obligación de pacto impuesta a la fianza solidaria. Según el tenor del artículo, parece que no opera entre los cofiadores el principio de división que presume el artículo 1837 Cc. hay que entender, con el autor citado, que el beneficio de división cesa en los mismos casos en que se renuncia al beneficio de excusión y que, si no hay pacto de solidaridad entre cofiadores, ninguno de ellos ha de asumir la insolvencia de sus compañeros. En contra, Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, "Fundamento del derecho de regreso en la fianza", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004, págs. 1679 a 1695, que defiende la presunción de solidaridad entre cofiadores; el mismo, "El beneficio de división en la cofianza", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2003, págs. 887 a 918; y, el mismo, más extensamente, *La cofianza*, Edersa, Madrid, 1993.

En el caso del artículo anterior [artículo 1844] podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor.

Los artículos transcritos han justificado la tradicional equiparación entre el régimen legal de la solidaridad pasiva, la fianza solidaria y la cofianza. La aplicación analógica de los preceptos sobre la fianza a la solidaridad pasiva permitiría así solventar algunas de las cuestiones problemáticas que dejan sin resolver los artículos 1140 a 1148 Cc. Entre otras, y sobre todo, la regulación de las excepciones oponibles por los codeudores solidarios al acreedor y entre sí y la subrogación del codeudor que pagó en los derechos del acreedor, que sería equivalente a la que opera por mandato legal entre el fiador y el acreedor de su deudor principal.

Las similitudes legales entre la solidaridad pasiva y la fianza son innegables. Es cierto, también, que alguno supuestos de solidaridad pasiva pueden traducir supuestos de hecho reconducibles a la fianza como, señaladamente, el de la relación interna entre codeudores que prevea que sólo uno de ellos se hace cargo del pago de la deuda. En ese caso, el acreedor ha podido exigir la prestación a cualquiera de los codeudores solidarios pero la acción de regreso del deudor que pagó será por el total y contra sólo uno de los codeudores: aquel que según los pactos asume la obligación íntegra en la relación interna. Puede decirse que, en ese caso, los codeudores solidarios actúan como fiadores solidarios del deudor principal.

Los trabajos monográficos que mejor y más extensamente han argumentado la asimilación de la solidaridad pasiva a la fianza son los de los profesores Lluís PUIG I FERRIOL y Jorge CAFFARENA LAPORTA¹⁵⁵. Para ambos, el acreedor goza de las mismas facultades en la fianza y en la deuda solidaria pues el Código le permite demandar a cualquiera de los obligados indistintamente. El beneficio de excusión no es obstáculo para los citados autores pues el mismo Código exime de él al acreedor de varios fiadores solidarios y, además, nada impide su renuncia¹⁵⁶. A la vez, el artículo 1140 Cc. permitiría que algunos deudores respondieran de forma subsidiaria respecto de otros. En fin, para esa opinión doctrinal, la fianza es un supuesto de solidaridad de

¹⁵⁵ Lluís PUIG I FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", op. cit.; y Jorge CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, op. cit. Defiende también la equiparación entre fianza y solidaridad pasiva, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA cuando trata la institución en José Luis LACRUZ BERDEJO, et alii, *Elementos de derecho civil*, II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1985, aunque en la misma obra colectiva se mantiene la tesis contraria al tratar de la solidaridad pasiva. Véase también, Manuel AMORÓS GUARDIOLA, "La garantía patrimonial y sus formas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, págs. 561 a 592.

¹⁵⁶ Parece, sin embargo, que la renuncia del beneficio de excusión asemeja la fianza a una garantía a primer requerimiento y no a la solidaridad pasiva. Véase, Ángel CARRASCO PERERA, et alii, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., págs. 338 y ss.

deudores y, por tanto, son de aplicación a la solidaridad pasiva las reglas de los artículos 1822 a 1856 Cc.¹⁵⁷

Sin embargo, incluso en el caso de deudor único en la relación interna y en todos aquellos en que la deuda se reparta entre los codeudores, pese a las similitudes entre la solidaridad de deudores y la fianza solidaria no puede afirmarse en ningún caso que el fiador sea auténtico deudor de la deuda que afianza¹⁵⁸, como sucede, sin embargo, en todos los supuestos de solidaridad pasiva.

“Debe precisarse que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia; y que cuando paga, cumple su propia obligación y no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor, titular de aquélla. En suma, el fiador es un verdadero obligado, no un mero responsable por deuda ajena, lo que, además, elimina la posibilidad de considerar la existencia de una sola relación obligatoria con dos deudores, como si el garante asumiera la misma deuda que el principal deudor. (...) En resumen, cabe definir la fianza, en su apuntada concepción técnica y estricta, como obligación accesoria que, en garantía de la deuda ajena, asume el fiador y debe cumplir subsidiariamente en defecto de cumplimiento de la obligación fiada.”¹⁵⁹

Así lo demuestran otros tantos artículos de la regulación de la fianza en el Código civil. Según el artículo 1826 Cc. la obligación del fiador no puede superar a la del deudor:

El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en oneroso de las condiciones.

¹⁵⁷ “La solidaridad pasiva, en nuestra opinión, es una institución que cumple, en la relación acreedor-deudores, una función de garantía al igual que la fianza. (...) Todos los deudores solidarios son fiadores en aquella parte de la deuda en que no son verdaderamente deudores según la relación interna.”, Jorge CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, cit., pág. 51.

¹⁵⁸ Ángel CARRASCO PERERA, et alii, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., pág. 70: “El fiador no se obliga como un comprador, un arrendatario o un prestatario. Éstos se obligan ‘solvendi causa’ y constituyen una obligación de pago de una cantidad de dinero. El interés típico del acreedor es en estos casos que el deudor pague la deuda. (...) pero en el caso de la fianza no es el pago por el fiador el interés típico del acreedor, si el fiador no paga, porque ha cumplido el deudor, el interés del acreedor en la fianza no se podrá considerar un interés frustrado, una exigencia incumplida. Pues propiamente, *el fiador no promete el pago bajo una condición suspensiva*, sino que *se constituye como fiador* y cobra por ello la comisión de aval (en su caso), aunque no se dé nunca la circunstancia de que tenga que pagar.” *Cursiva en el original.*

¹⁵⁹ Vicente GUILARTE ZAPATERO, “Comentario al artículo 1822 Cc.” en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1782; el mismo, “Comentario a los artículos 1137 a 1140 Cc.” en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pág. 194; en el mismo sentido, Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La solidaridad de las obligaciones*, cit., págs. 405 y ss. Más recientemente, Tomás RUBIO GARRIDO, *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Comares, Granada, 2002.

Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor.

La obligación que une al fiador con el acreedor de la deuda que afianza es diferente de la deuda que une a acreedor y deudor principal. Por este motivo, el artículo 1835 Cc. dispone que:

La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal.

La hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad.

No hay eficacia automática de los comportamientos de deudor y fiador en las respectivas relaciones con el acreedor. Que la obligación del fiador es diferente de la del deudor al que afianza lo demuestra, en fin, el artículo 1829 Cc. que otorga al acreedor la posibilidad de relevar al fiador sin necesidad de pactar una nueva deuda con el deudor principal, y que complementa las condiciones descritas en el artículo 1828 Cc. para el fiador: capacidad para obligarse y bienes suficientes para garantizar la deuda.

Si el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas en el artículo anterior. Exceptúase el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada.

Por último, el artículo 1852 Cc. prueba que la relación entre fiador y acreedor no deriva de la deuda que une a éste con el deudor principal, sino de las expectativas de recobro que genera al fiador la subrogación en la posición jurídica del acreedor:

Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.

Los artículos transcritos definen lo que la doctrina ha llamado, con acierto, accesoriedad de la fianza¹⁶⁰. La fianza es una obligación de refuerzo por la que el fiador se obliga a cumplir por el deudor, pero no asume ninguna deuda adicional a la que ya existe entre acreedor y deudor principal.¹⁶¹

¹⁶⁰ “En términos generales, puede considerarse que la accesoriedad representa una posición de subordinación, que se refleja, ante todo, en la necesidad de que exista y se encuentre válidamente constituida la obligación garantizada y en que las vicisitudes de dicha obligación repercuten inevitablemente en a obligación de fianza. De hecho, sabemos que cuando el crédito se cede, se cede con las garantías y éstas lo acompañan en la transmisión y que si la obligación garantizada se extingue, se extingue también la obligación de fianza.”, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 415.

¹⁶¹ Ángel CARRASCO PERERA, et alii, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., pág. 68: “La deuda que se promete cumplir no es otra deuda materialmente distinta (y duplicada) de la deuda principal, sino la misma deuda principal, cuyo cumplimiento asume el fiador por medio de una *nueva y propia obligación*.”

La doctrina suma a la fianza la nota de la subsidiariedad. En efecto, tal y como dispone el artículo 1822 Cc., el fiador paga en caso de no hacerlo el deudor. La confirmación legal de la subsidiariedad de la fianza está en el beneficio de excusión que asiste al fiador¹⁶². Antes de que el acreedor pueda exigir la deuda al fiador, debe agotar la solvencia del deudor principal, como dispone el artículo 1830 Cc. La fianza es una obligación subsidiaria de la principal que une a acreedor y deudor afianzado. Es, por tanto, un remedio al incumplimiento y el acreedor no dispone de la posibilidad, prevista para el acreedor solidario en el artículo 1144 Cc., de demandar sucesivamente a uno o a otro. El acreedor de una deuda afianzada debe dirigirse primero al deudor principal y, una vez incumplida la deuda por éste, reclamar el pago del fiador.

El beneficio de excusión, que es otra incuestionable diferencia entre la fianza y la solidaridad (donde no hay excusión alguna pues todos son deudores principales por el todo¹⁶³) no opera en los casos de fianza solidaria. El fiador que pacta la solidaridad con el deudor principal pierde el beneficio de excusión y asume que el acreedor pueda exigirle el pago de la deuda sin necesidad de que el deudor principal haya manifestado su insolvencia. Sin embargo, incluso en esos casos, opera la subsidiariedad de la fianza, que la define y la aleja de la solidaridad pasiva.¹⁶⁴

‘Cumplir por otro’ significa entonces cumplir *si no lo hace el otro*, no cumplir *además del otro*, pues el cumplimiento por parte del fiador o del deudor extinguen frente al acreedor la obligación del otro codeudor.” *Cursiva en el original*. Más adelante, “Como toda obligación cuyo objeto es reforzar el cumplimiento de otra obligación, la fianza es accesoria de ésta. No puede subsistir la fianza sin una obligación principal válida y se extingue cuando se extingue ésta. La deuda fideusoria no puede ser de mayor extensión que la deuda principal y el fiador puede hacer valer en su beneficio todas las excepciones inherentes a la deuda afianzada.”, pág. 72, con cita de los preceptos del Código en el original.

¹⁶² Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, cit., págs. 96 y ss., atribuye el beneficio de excusión a la accesoriadad de la fianza y no a la subsidiariedad respecto de la deuda principal.

¹⁶³ “Por eso, el fiador solidario es siempre fiador, aunque solidario: mientras que los deudores solidarios que se obligan por un título contractual determinado son codeudores, y no se aplican entre ellos, ni en relación con el acreedor común las normas de la fianza. Lo único que tienen en común fiador solidario y codeudor solidario es que por ambos medios se procura objetivamente al acreedor una garantía de que su crédito goza de mayor posibilidad de ser satisfecho que si sólo existiera un deudor obligado.”, Ángel CARRASCO PERERA, et alii, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., págs. 71 y 72.

¹⁶⁴ Así lo admite la mejor doctrina. Ángel CARRASCO PERERA, et alii., *Tratado de los derechos de garantía*, cit., pág. 69, afirman que la subsidiariedad sobrevive a la desaparición del beneficio de excusión. Así, un fiador solidario puede oponer, sin embargo, al acreedor la falta de incumplimiento del deudor: “La distinción entre subsidiariedad y beneficio de excusión tiene una importancia práctica apreciable: si el fiador subsidiario es requerido para el pago antes de que el deudor haya sido constituido en mora, no sólo podrá oponer aquél el beneficio de excusión, sino también la falta de fundamento material de la demanda, por ausencia de uno de sus presupuestos constitutivos.” Los autores citados reconocen, sin embargo, que la subsidiariedad en la fianza opera como un principio interpretativo según el cual “toda fianza, incluso la solidaria, debe interpretarse como fianza subsidiaria”, pág. 68. En el mismo sentido,

El dato definitivo de la distancia que existe entre la deuda afianzada y la deuda solidaria lo aporta el artículo 1847 Cc. que prevé que:

La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones.

Se extingue la obligación de afianzar la deuda que unía a deudor principal y acreedor. Desaparecida ésta no tiene sentido que el fiador garantice nada. No se extingue, sin embargo, la obligación del deudor, que queda ligado con el fiador (subrogado ahora en la posición que ocupó el acreedor) para indemnizarle las partidas previstas en el artículo 1838 Cc. y que van mucho más allá del contenido de la obligación que se afianzó¹⁶⁵:

El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste.

La indemnización comprende:

- 1. La cantidad total de la deuda.*
- 2. Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.*
- 3. Los gastos ocasionados al fiador después d poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.*
- 4. Los daños y perjuicios, cuando procedan*

La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya pactado ignorándolo el deudor.

Que la fianza solidaria se rija por las normas de la solidaridad de deudores no permite afirmar que toda solidaridad pasiva pueda explicarse como un supuesto de afianzamiento de deuda ajena¹⁶⁶. En la raíz de la equiparación hay, para sus

Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, pág. 416: no debe identificarse “la subsidiariedad con el beneficio de excusión, pues la subsidiariedad subsiste aunque la fianza se organice con renuncia de dicho beneficio.”

¹⁶⁵ Véase, María José REYES LÓPEZ, “Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 153 a 221, sobre todo, las págs. 192 y ss.

¹⁶⁶ “En realidad, la fianza solidaria no convierte al fiador en un deudor solidario con todas sus consecuencias. En otras palabras, que sigue siendo, frente al deudor, un obligado subsidiario aunque frente al acreedor aparece como titular pasivo de la deuda, lo mismo que el deudor. De ahí que este acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los obligados (deudor o fiador) para exigir por entero el importe de la deuda, pero si lo hace contra el fiador, y éste paga, no entran en juego las reglas de la obligación solidaria, que presuponen dividida la deuda en tantas partes como deudores solidarios, sino que se aplican las normas del contrato de fianza.”, Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1964, pág. 446.

defensores, algo más que una similitud en el régimen legal. La equiparación de ambas figuras es propia de una concepción que reduce la finalidad de garantía del pago de la deuda común que se atribuye a la solidaridad pasiva.

Sin lugar a dudas, la solidaridad pasiva representa una garantía al crédito. Varios patrimonios se comprometen a pagar la deuda por completo y el acreedor dispone de un derecho a escoger al más solvente de todos los deudores o a reclamar sucesivamente su deuda de todos los deudores. La solidaridad pasiva exime al acreedor del riesgo de la insolvencia de alguno de los deudores. La solidaridad pasiva, por tanto, presenta una probabilidad mayor de cumplimiento que una obligación asumida por varios deudores parciarios o por un solo deudor.¹⁶⁷

De todos modos, no parece que la única razón de la solidaridad sea el refuerzo del crédito del acreedor; o que su justificación se encuentre en la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 Cc. La solidaridad no es un contrato de garantía, ni en su forma ni en su fundamento. Parece forzado asimilar la solidaridad pasiva a la prenda, la fianza o la hipoteca, por citar algunos de los negocios jurídicos que garantizan adicionalmente el cumplimiento de una obligación y que el Código pone a disposición de los acreedores. Todos ellos son mecanismos adicionales a la responsabilidad patrimonial del deudor principal¹⁶⁸. En la solidaridad, la situación cambia. Como hemos repetido en varias ocasiones, cada deudor solidario es deudor principal de una misma deuda frente al acreedor común. Sólo puede decirse que la solidaridad pasiva es una garantía del crédito en un sentido amplio de la expresión que entienda que es 'garantía' cualquier mecanismo, formal o informal, que tienda a hacer más segura la posición del acreedor.¹⁶⁹ En ese sentido general, puede denominarse garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. Conforme a ese sentido pueden calificarse como garantías el negocio pactado bajo condición o el fiduciario o la cláusula penal de un contrato.

¹⁶⁷ Así, y por la doctrina más autorizada: "Colocar la esencia de la solidaridad pasiva en la idea de extensión de la responsabilidad es aproximarla a su verdadera función económica. Con ella se trata de conseguir un refuerzo de la posición del acreedor. En este sentido, la solidaridad pasiva cumple, por lo menos parcialmente, una función de garantía, aunque sin confundirse con ella.", Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 207.

¹⁶⁸ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit. pág. 395: "La garantía es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición a esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho."

¹⁶⁹ José Luis LACRUZ BERDEJO, "La causa en los contratos de garantía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, págs. 709 a 755, afirma que la solidaridad es una estipulación que proporciona una garantía superior a la normal pero que no supone un contrato típico de garantía.

La confusión entre solidaridad y garantía está favorecida por la ausencia de un régimen común a las garantías en el derecho español. Las garantías pueden ser reales o personales. Las primeras conceden al acreedor un derecho o una facultad sobre cosas concretas y determinadas que podrá ejecutar en beneficio de su interés en el cumplimiento de la obligación. Las segundas atribuyen un derecho de crédito contra un tercero. Puede afirmarse, por lo menos en relación con las garantías personales, que, en general, se asocia a la idea de garantía la de accesoriedad. La garantía es un derecho subjetivo o una facultad cuya vida depende de la obligación que une al acreedor con el deudor principal.¹⁷⁰

De todos modos, la función de garantía la cumplen mejor otras instituciones que, además, disponen de una regulación más completa en el Código, como sucede, muy señaladamente, con la fianza. Por otro lado, la idea de garantía explica sólo las consecuencias de la solidaridad, pero no su naturaleza jurídica que sólo puede reconducirse con dificultades a la propia de un contrato de garantía.

La unidad de vínculo, de objeto y de causa a las que hemos hecho referencia al inicio del capítulo permiten calificar como solidaridad todas las situaciones en que junto a una pluralidad de sujetos concurre un fundamento común en la obligación que les une o una comunidad de intereses. De hecho, con el término 'solidaridad' nos referimos a muchas cosas diferentes: a tantas como puedan justificar las relaciones que llevan a un grupo de deudores a someterse a un régimen jurídico como el de la solidaridad pasiva. En el terreno negocial, la exigencia de pacto ayuda a aclarar las cosas. Las partes, disponen de la posibilidad de hacer constar su interés en responder solidariamente o su rechazo a ese tipo de responsabilidad. En el ámbito contractual, la solidaridad pasiva traduce un entramado de relaciones jurídicas y económicas que unen a los deudores entre sí y a éstos con el acreedor común.

En el derecho español de daños, la jurisprudencia primero y la legislación especial después, han convertido en solidarias la mayoría de las demandas contra varios posibles responsables, contra demandados entre quienes existe una relación de dependencia o contra el garante del pago de una parte de la indemnización y el causante del daño.

¹⁷⁰ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 397: "Las garantías constituyen un derecho subjetivo adicional o una facultad adicional que se yuxtaponen al derecho de crédito. Debe considerarse, por ello, que existe una relación de subordinación entre uno y otro, de tal manera que puede, en rigor, hablarse de un derecho principal para referirse al derecho de crédito y de un derecho accesorio para referirse al derecho de garantía." Aunque la afirmación debe matizarse para las garantías reales

La naturaleza jurídica de la solidaridad es, como ya se ha dicho al inicio de este epígrafe, una cuestión no resuelta¹⁷¹. No pretendemos resolverla ni parece que el derecho de daños, al que se dedica este trabajo, sea el ámbito en que deba distinguirse la solidaridad pasiva de otras formas de obligación con varios deudores. De todos modos, sí que disponemos de datos normativos suficientes para afirmar que el ordenamiento provee soluciones diferentes para muchos de los supuestos resueltos de forma acrítica mediante la imposición de la solidaridad entre los responsables de un daño.

A la expansión de la solidaridad en las relaciones negociales y a su confusión con las medidas de garantía del crédito ha seguido la expansión de la solidaridad en el derecho de daños y su confusión con las situaciones en que la ley prevé que, además o en lugar del causante material del perjuicio, respondan otras personas.

¹⁷¹ Para la discusión sobre el concepto de solidaridad entre los autores alemanes, Walter SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern*, cit., págs. 28 y ss.

Capítulo segundo

La pluralidad de responsables de un daño

SUMARIO: I. Ausencia de una regla general. II. Posibles soluciones. 1. Parciariedad; 2. Mancomunidad. 3. Solidaridad. 4. La obligación *in solidum*. III. La situación actual en la legislación y jurisprudencia españolas. 1. Leyes especiales; 1.1. La solidaridad como garantía del pago de la indemnización; 1.2. La solidaridad como solución a los problemas de identificación de los responsables; 1.3. La solidaridad como sanción por el incumplimiento de deberes. 2. Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (1996-2003); 2.1. Relación de dependencia, supervisión o control; 2.2. Actuación conjunta; 2.3. Dominio o autorización de la actividad. 3. La función de la solidaridad en el derecho de daños.

“Dos de los problemas más serios del actual derecho español de daños pueden resumirse en una sola frase: en España, el territorio de la responsabilidad civil está dividido en cuatro jurisdicciones que, además, se solapan.”¹⁷² Cuando concurren varios potenciales responsables del daño que sufre la víctima, a los problemas de derecho aplicable y de jurisdicción competente, se suman los del régimen jurídico de las obligaciones conjuntas.

Los problemas de competencia de jurisdicción en pleitos de responsabilidad civil exceden los límites de este trabajo¹⁷³. Sin embargo, se trata posiblemente del problema práctico más relevante en una cultura jurídica, como la española, que asocia órdenes jurisdiccionales a derechos aplicables y que entiende, por tanto, que, salvo indicación legal expresa, un juez civil sólo aplica normas civiles, uno penal sólo resuelve con base en normas penales y que los jueces y tribunales de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social hacen lo propio con las normas básicas y especiales de sus respectivos ámbitos de competencia. Una compartimentación de asuntos que no siempre se corresponde con los problemas de la realidad jurídica y económica.

Las normas básicas de distribución de asuntos entre órdenes jurisdiccionales son la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio)¹⁷⁴, reformada en 13 ocasiones desde su promulgación, y las leyes procesales (‘rituales’, las llama en ocasiones la doctrina procesal) propias de cada jurisdicción (que también han experimentado numerosas reformas desde su aprobación). La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero)¹⁷⁵ para la jurisdicción civil, la Ley de 14 de septiembre de 1882, de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.), la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio), LJCA en adelante, y la

¹⁷² Pablo SALVADOR CODERCH y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “Problemas de la responsabilidad civil en derecho español”, *Europa e Diritto Privato*, 1999, pág. 401.

¹⁷³ Los trabajos básicos son Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Civitas, Madrid, 1985; el mismo, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995; el mismo, “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1996, págs. 403 a 413; Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002; el mismo, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000; Eduardo GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997; Manuel LUQUE PARRA, *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002; Elena LASAOSA IRIGOYEN, *Delimitación competencial entre los órdenes social y civil de la jurisdicción: un estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

¹⁷⁴ Corrección de errores en el BOE núm. 264, de 4 de noviembre. En adelante, LOPJ.

¹⁷⁵ Corrección de errores en el BOE núm. 90, de 14 de abril. LEC, en adelante.

Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE núm. 86, de 11 de abril)¹⁷⁶.

A la diversidad de jurisdicciones se suma la pluralidad de derechos aplicables. Las normas básicas de los ámbitos civil, penal, administrativo y social contienen normas de responsabilidad civil extracontractual. Todas tienen como fundamento la cláusula general del artículo 1902 Cc., pero lo aplican a sus respectivos ámbitos de aplicación con soluciones que no son siempre coincidentes; y todas plantean excepciones a la competencia general de la jurisdicción civil, a la que la Ley (artículo 9.2 LOPJ) reconoce, no obstante, la *vis atractiva*.

Así, el ordenamiento jurídico español cuenta con reglas de reparación de daños en el Código civil, en el Código penal, en la normativa de régimen jurídico de las Administraciones públicas y en la normativa que regula las relaciones laborales y el funcionamiento del sistema de Seguridad Social. Las leyes especiales que desarrollan cada una de las normas básicas contienen, también, normas de responsabilidad civil. De hecho, el derecho español de daños es cada vez más un derecho de leyes especiales cuyo desconocimiento invalida cualquier análisis y todo intento de comprensión del sistema.

Sin embargo, las cosas no responden siempre a los esquemas, demasiado rígidos, de las numerosas previsiones legales. La Administración pública actúa en ocasiones en pie de igualdad con los particulares o concurre con ellos revestida de funciones públicas; los empresarios son también personas físicas o jurídicas sometidas al derecho privado; y las víctimas son siempre individuos o personas jurídicas que reclaman una indemnización por el daño que han sufrido en su persona o en sus bienes.

La disparidad de soluciones y los solapamientos entre órdenes jurisdiccionales han permitido durante décadas que los abogados interpretasen las reglas de distribución de competencia entre tribunales en función de los intereses de sus clientes y que los jueces y tribunales hicieran una aplicación de las reglas materiales y procesales más basada, en ocasiones, en criterios de justicia material que en el rigor de las previsiones legales.

Así, por ejemplo, que durante años la presencia de un particular en el proceso contra una Administración pública fuera motivo suficiente para que el asunto acabara en la jurisdicción civil o que las jurisdicciones civil y social mantengan criterios distintos sobre la compatibilidad de las indemnizaciones percibidas con cargo al sistema público de subsidios, el recargo de prestaciones y la indemnización que ha de pagar

¹⁷⁶ Corrección de errores en el BOE núm. 125, de 26 de mayo.

el empresario a su trabajador víctima de un accidente laboral¹⁷⁷, ni han ayudado ni facilitan el funcionamiento del sistema español de reparación de daños.

El legislador español ha intentado, en los últimos años, reducir la disparidad de criterios. Lo ha hecho sobre todo en el ámbito de la responsabilidad objetiva de la Administración pública por el funcionamiento de los servicios públicos. El propósito declarado del legislador ha sido unificar todas las reclamaciones contra la Administración pública en la jurisdicción contencioso-administrativa y en el derecho administrativo. Así, a la reforma de 1998 del artículo 9.4 LOPJ y la promulgación del artículo 2 LJCA, se sumó, en el año 1999, la inclusión de la Disposición Adicional 12ª en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, especialmente dedicada a la responsabilidad de la Administración sanitaria y ha seguido recientemente la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 21 de diciembre.. Con todo, como comprobaremos en seguida, la Sala Primera del Tribunal Supremo sigue resolviendo recursos de casación por condenas a la Administración pública sanitaria.

Con la excepción del Código penal, la responsabilidad de varios agentes causantes del daño es un supuesto ignorado por las reglas generales del derecho español de daños. Existen reglas particulares de reparación de daños pero no reglas propias de parciariedad, mancomunidad o solidaridad. Éstas se regulan con carácter general, y para todo el ordenamiento, en los artículos 1137 a 1148 Cc. Hemos tenido ocasión de comprobar los problemas que plantea esa regulación básica. El principio de no presunción de la solidaridad previsto con carácter general en el Código cuenta con más excepciones que confirmaciones y la regulación de la solidaridad pasiva dista de resolver todos los problemas que plantea la responsabilidad de cada uno de los deudores por el todo.

El silencio legal ha sido entendido por algunos como un supuesto más de aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad conjunta previstas con carácter general en el Código civil. Para otros, señaladamente el legislador sectorial y la jurisprudencia, el silencio legal es una laguna que ha de colmarse de la forma más favorable a los intereses de la víctima que reclama una indemnización por el daño causado por varias personas.

Así, a las normas básicas, que nada o poco dicen sobre la solidaridad, se suman las regulaciones especiales que imponen la solidaridad sin suplir las carencias de la regulación del Código civil. El legislador español es un legislador sectorial y las regulaciones de cada sector de actividad suelen contener reglas de reparación de

¹⁷⁷ Véase, sobre la materia, Fernando GÓMEZ POMAR, Manuel LUQUE PARRA y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, "STS, 4ª, 2.10.2000: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales", *InDret* 04/2001; y Manuel LUQUE PARRA, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, "Accidentes de trabajo y responsabilidad civil", *InDret* 03/2000.

daños. Muchas de ellas, a diferencia de lo que ocurre en sus respectivas normas básicas, contienen reglas de responsabilidad solidaria.

Las reglas de responsabilidad civil extracontractual dispersas por el ordenamiento jurídico son, en general, una excepción de nota al principio de no presunción de la solidaridad o, si se quiere enunciar de forma positiva, un destacado ejemplo de solidaridad legal. Todas ellas se construyen sobre el débil fundamento que proporcionan los criterios de distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales y todas se remiten a la escasa regulación de la responsabilidad solidaria que contiene el Código civil.

En este capítulo del trabajo se analizarán las disposiciones legales que prevén la solidaridad para los varios responsables de un daño y una selección de los recursos de casación en los que se confirma o estima la condena solidaria de los varios demandados por un daño. Algunos ejemplos legales proceden del derecho penal y su aplicación, salvo previsión en contra de la víctima del delito, corresponde a los jueces y tribunales penales; algunos proceden del derecho administrativo y su aplicación está reservada, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa; otros son reglas de reparación de daños propias del derecho laboral, aplicables por los jueces de lo social; otros, en fin, son normas civiles que deberán ser aplicadas por los jueces y tribunales de esa jurisdicción.

El capítulo propone una clasificación de la regulación y de los casos. El criterio seguido es el de la finalidad perseguida por el legislador o los jueces para imponer la solidaridad entre los responsables del daño en lugar de alguna de las otras formas de responsabilidad conjunta previstas por el ordenamiento. Como se comprobará a continuación, la solidaridad, en derecho de daños, no responde sólo a la finalidad de garantía atribuida tradicionalmente y con carácter general a la institución. La solidaridad entre los corresponsables del daño cumple también, en el actual derecho español de daños, funciones cercanas a la sanción por el incumplimiento de deberes de control o de prevención. La solidaridad es, a la vez, la solución universal para los daños causados por grupos en los que la ley dispensa a la víctima y al juez de probar las contribuciones de cada miembro del grupo al daño por el que se pide una indemnización.

I. Ausencia de una regla general

El Código civil español no prevé ninguna regla específica para la reparación de los daños causados por varias personas. El legislador de 1889, que no pudo anticipar el desarrollo que ha experimentado la responsabilidad civil extracontractual, consideró que era suficiente con el sistema de cláusula general que prevé el artículo 1902 Cc.¹⁷⁸:

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

En teoría, no hay problema para solucionar un supuesto de causación múltiple de daños como una suma de responsabilidades individuales. Cada uno de los agentes que, *por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia* cause una parte del daño responde ante la víctima de la parte del daño causado.

De todos modos, y dejando aparte por un momento la inflación de responsabilidades solidarias que padece nuestro ordenamiento, adelantamos ya al lector que no es posible solucionar todos los casos de responsabilidad conjunta por un daño como una suma de responsabilidades individuales.¹⁷⁹

En efecto, hay supuestos en que no es posible determinar las contribuciones al daño de cada uno de los miembros de un grupo. En otros, las acciones u omisiones de cada uno de los participantes en un evento dañoso es, considerada de forma individual, inocua. En algunos casos, por último, el daño finalmente sufrido por la víctima es superior al que resulta de sumar las contribuciones individuales al daño de cada uno de los agentes. En todos, aun aplicando una regla de responsabilidad individual pueden aparecer dudas fundadas sobre la proporción en que ha de responder cada uno de los agentes.

En los tres supuestos (y en sus mutuas combinaciones), la suma de responsabilidades individuales supondría la exoneración de responsabilidad de los causantes o la indemnización a la víctima de un daño inferior al efectivamente sufrido. En muchos

¹⁷⁸ El comentario de referencia es el de Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., págs. 1971 a 2003.

¹⁷⁹ Así, W. V. H. ROGERS, *Winfield&Jolowicz on Tort*, 14th edition, Sweet&Maxwell, London, 1994, pág. 624: "Where two or more people by their independent breaches of duty to the plaintiff cause him to suffer distinct injuries, no special rules are required, for each tortfeasor is liable for the damage which he caused and only for that damage. Where, however, two or more breaches of duty by different persons cause the plaintiff to suffer a single injury the position is more complicated. The law in such a case is that the plaintiff is entitled to sue all or any of them for the full amount of his loss, which means that special rules are necessary to deal with the possibilities of successive actions in respect of that loss and of claims for contribution or indemnity by one tortfeasor against the others. It is greatly to the plaintiff's advantage to show that he has suffered the same, indivisible harm at the hands of a number of defendants for he thereby the risk, inherent in cases where there are different injuries, of finding that one defendant is insolvent (or uninsured) and being unable to execute judgment against him."

otros casos, además, las leyes especiales prevén la solidaridad para los varios responsables de un daño y, en algunos otros, la jurisprudencia civil ha consolidado una regla de responsabilidad solidaria. El actual derecho de daños demuestra, en fin, que la regla del artículo 1902 Cc. no soluciona –la mayoría– de los casos de responsabilidad que está llamada a resolver.¹⁸⁰

El silencio del Código civil, que se limita a la parquedad del artículo 1902 Cc., no ha sido imitado por leyes posteriores. En el apartado siguiente, se dará noticia de las normas especiales más relevantes. Ahora se destaca una, el Código penal que, redactada en la década de los 90 (algo más de un siglo después que el Código civil) prevé con carácter general una regla de solidaridad para los varios responsables de un daño. El artículo 116 del vigente Código penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 251, de 24 de noviembre) dispone que:

1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores y, después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

De acuerdo con el artículo transcrito, los autores responderán solidariamente entre sí de las consecuencias civiles del delito o falta que cometan. La misma solución se aplica a los varios cómplices del hecho delictivo. Además, el artículo declara la responsabilidad subsidiaria de unos respecto de otros y establece un orden en el ejercicio del beneficio de excusión: primero deberán agotarse los bienes de los autores y, en la parte no cubierta, podrá acudir a los bienes de los cómplices.

Así lo confirmó la STS, 1ª, 4.7.2000 (RJ. 5924)¹⁸¹. El texto de la sentencia es parco en el relato de los hechos. La víctima de un delincuente que fue indultado por el gobierno

¹⁸⁰ “La fórmula literal del artículo 1902 del Código civil es palmariamente insuficiente para dar respuestas sensatas a los problemas prácticos que está llamada a solucionar”, Fernando PANTALEÓN PRIETO en el prólogo a Xavier BASOZABAL ARRUE, *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

¹⁸¹ En el caso se planteaba también la delicada cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad derivada de delito. La Sala Primera recordó la –discutible– opinión jurisprudencial

solicita, al ver a su agresor en la calle, la responsabilidad civil derivada de los daños que le causó el delito cometido. En la demanda se solicitaba también la condena de varias sociedades mercantiles de las que se había servido el delincuente para sus fechorías. La Sala Primera confirmó la sentencia de la Audiencia que condenaba al delincuente a responder de la indemnización y a las mercantiles a hacerlo de forma subsidiaria pero solidariamente entre sí.

Los textos del Código penal de 1963 y de 1973 ya contaban con una regla análoga en el artículo 107:

(...) los autores, los cómplices y lo encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, después, en los de los cómplices y, por último, en los de los encubridores.

Tras la reforma de 1995 el encubrimiento (la actividad de quien, sin ser autor o cómplice, conocía la comisión del delito e intervino con posterioridad a su ejecución) es un delito regulado en los artículos 451 CP y ss. De acuerdo con la nueva calificación del encubrimiento, el artículo 116 CP elimina la referencia a los encubridores que contenía la regla del antiguo artículo 107 CP.

La exigencia de responsabilidad civil es consecuente con la de responsabilidad criminal. El artículo 27 CP declara responsables de los delitos y de las faltas, por igual, a autores y a cómplices. El concepto de autor que maneja el Código penal de 1995 es, sin embargo, más amplio que el que contenía el artículo 14 del Código de 1973 y, en todo caso, más amplio que el que asocia el lenguaje común al término autor. 'Autor' no es sólo quien realiza un hecho de propia mano, sino, también, quien fuerza, induce o coopera a la ejecución del delito o falta. Según el artículo 28 CP:

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Para el Código penal de 1995 son autores, por tanto, el autor mediato, los inductores y los cooperadores necesarios¹⁸².

según la cual la prescripción de la acción derivada de delito es la misma que la del delito de la que deriva y no es de aplicación (pese a tratarse de una acción civil planteable ante los jueces de esa jurisdicción) el plazo anual del artículo 1968.2 Cc.

¹⁸² Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición, Ediciones Reppertor, Barcelona, 2004, pág. 359: "Que el artículo 28 CP considere autores a los inductores y a los cooperadores necesarios no significa que éstos tengan la misma naturaleza que los que el mismo precepto dice que son autores. Sin

El artículo 29 CP, que define el concepto de cómplice, declara que:

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

La regla del artículo 116 CP prevé una extraña combinación de responsabilidades solidarias y subsidiarias que se explica sólo por la diferente consideración penal que tienen autores y cómplices. Unos y otros responden solidariamente, pero no de forma conjunta, sino cada uno dentro de su respectiva categoría. Agotadas las posibilidades de los patrimonios de los autores solidarios y de los cómplices solidarios, los segundos responden de forma subsidiaria de los primeros.

Parece que la víctima de daños causados por el delito o falta, que en ejercicio de sus derechos como acreedor solidario, podría exigir de cualquiera de los condenados solidarios el pago íntegro de la indemnización, habrá de someterse al orden previsto por la Ley.

El orden legal sólo tiene sentido si se supone que la sentencia de condena establecerá diferentes responsabilidades civiles para autores y para cómplices. *En el caso de ser dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno* (como preveía el artículo 106 del antiguo Código penal). Así, la víctima podrá reclamar de cualquiera de los autores la parte de la indemnización del daño que les corresponda como tales y, a la vez, hacer lo propio con cualquiera de los cómplices.

Si los bienes de autores o de cómplices no son suficientes para satisfacer la indemnización desaparece la distinción de las cuotas de responsabilidad en función de la calificación penal de quienes intervinieron en el daño. De la indemnización no pagada responderán subsidiariamente, en primer lugar, los autores y, en segundo lugar, los cómplices, con independencia de que la parte impagada correspondía a la que debían hacer frente unos u otros.

Una forma alternativa de entender el artículo 116 CP es leerlo en clave de relación interna.¹⁸³ Todos responden solidariamente y, por tanto, a cualquiera de ellos, autor o cómplice, puede reclamársele el pago íntegro de la indemnización. Una vez satisfecha la víctima, la acción de regreso de quien pagó se dirigirá contra el resto de

embargo, la consideración legal de aquéllos como autores tiene que tener algún efecto. Es evidente, por de pronto, que la ley señala a los autores del artículo 28 -tanto a los que lo son como a los que se consideran como tales- el mismo marco penal (artículos 61 y 62 CP), mientras que a los cómplices -partícipes menos importantes no previstos en el artículo 28, sino en el 29 CP- les asigna una pena menor (artículo 63 CP)."

¹⁸³ Como sugieren Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 178 y 179; y Vicente MONTÉS PENADÉS "Comentario al artículo 116 CP", en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 619 y ss.

condenados según el orden que prevé el artículo 116 CP. Sin duda, se trata de una interpretación más conforme con el sentido propio de la responsabilidad solidaria que, en protección de la víctima, prevé que ésta pueda exigir de cualquiera (en la práctica, del más solvente) el pago íntegro de la indemnización. Una lectura del precepto de este tipo ahorra, además, a la víctima los costes de reclamación por separado a autores y a cómplices; y, como ya hemos visto, la solidaridad también cumple una función de ahorro de costes de reclamación.

Sin embargo, una lectura de este tipo del artículo 116 CP deja sin explicar por qué el legislador penal (el de 1963, 1973 y 1995) no optó por un artículo que declarara, sencillamente, la responsabilidad solidaria de autores y cómplices por las consecuencias civiles del delito o falta y que contuviera reglas que, una vez satisfecha la víctima, regularan la relación interna entre los condenados solidarios.¹⁸⁴

Además de la complicación procesal que supone el artículo 116 CP (que limita la eficacia de la responsabilidad solidaria) es más que criticable que el legislador haya seguido, en sede de responsabilidad civil derivada de delito o falta, el mismo esquema que utiliza para decidir la responsabilidad criminal. Si puede ser justificable que autores y cómplices respondan penalmente de diferente manera por los delitos o faltas que causan, no lo es que la indemnización de la víctima del daño dependa de la pena que el Juez imponga a cada tipo de partícipes en el hecho delictivo. La responsabilidad civil, también la derivada de delito, ha de compensar daños, no distinguir entre autores y cómplices. Si, además, es solidaria, la distinción del artículo 116 CP es de difícil justificación.

Una segunda regla, la contenida en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre), en adelante, LRJPAC, prevé también la solución de la solidaridad. Aunque la norma, de acuerdo con el ámbito de aplicación de la Ley, se refiere a las infracciones y sanciones decididas en un procedimiento administrativo, nos interesa pues se trata de otro ejemplo, no menor, del proceso de progresiva adopción de la responsabilidad solidaria en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁸⁴ Como preveía el artículo 126.1 del Proyecto de Código Penal de 1992 (BOCG de 23 de septiembre):

La responsabilidad civil derivada de un delito o falta tendrá carácter solidario entre los declarados penalmente responsables como autores o cómplices.

No obstante lo anterior y a los efectos internos de la relación de solidaridad, en el caso de ser dos o más los penalmente responsables de un delito o falta, los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder civilmente cada uno de ellos proporcionalmente a su contribución al resultado. Si así no se hiciere, la indemnización se presumirá dividida en tantas cuotas iguales como responsables haya.

Véase el comentario de Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., págs. 184 y ss.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.

Llama la atención la posibilidad legal de extender a terceras personas la responsabilidad por infracciones y sanciones. La previsión parece contraria al artículo 25 CE y a la exigencia de responsabilidad personal propia del derecho sancionador. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de recordar que ambos principios eran de aplicación al derecho administrativo sancionador en la STC 76/1990, de 26 de abril dictada con ocasión de la reforma de la Ley General Tributaria de 1963. Nadie puede ser castigado -tampoco por la Administración pública- por hechos que no ha cometido. La exigencia de culpa del primer apartado del artículo 130.1. LRJPAC puede ser el único asidero a la constitucionalidad del precepto.¹⁸⁵

II. Posibles soluciones

La ausencia de una regla específica en el Código civil para los supuestos de responsabilidad de varios agentes por un daño supone, en principio, que son de aplicación las reglas generales de responsabilidad. Constatadas las limitaciones del artículo 1902 Cc., las normas que regulan con carácter general la responsabilidad conjunta en el derecho privado español son las que contienen los artículos 1137 a 1148 Cc.

De acuerdo con ellas, tal como hemos visto en los primeros capítulos del trabajo, la pluralidad de sujetos obligados al cumplimiento de la obligación -una indemnización en este caso-, puede regirse según una regla de parciariedad, una de mancomunidad u otra de solidaridad en función de la naturaleza de la prestación y los pactos de las partes.

¹⁸⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, II, 9ª edición, Civitas, 2004, afirman que la regla del artículo 130.3 LRJPAC es “de dudosa constitucionalidad (...) estimamos que esa solidaridad deberá figurar en la Ley que establezca el tipo legal de infracción, no pudiendo jugar ese artículo 130.3 como un tipo general e indeterminado.”, pág. 180.

1. *Parciariedad*

El principio general del Código civil en materia de obligaciones conjuntas es el de división por partes iguales de la deuda o el crédito en tantos sujetos como concurran en alguna de las partes de la obligación. La aplicación de este principio al supuesto que nos ocupa, supone dividir por partes iguales la indemnización entre los responsables del daño.

Como declara el artículo 1138 Cc., las deudas se reputarán distintas unas de otras, es decir, la obligación de cada corresponsable será independiente –en su cumplimiento y en el proceso- de la del resto de sus compañeros corresponsables.

La parciariedad supone, por tanto, que la víctima deberá entablar tantos procesos como responsables haya, obtener una sentencia condenatoria para cada uno de ellos, ejecutarla y asumir el riesgo de la insolvencia de alguno.

El único remedio a la existencia de tantas deudas como deudores que le queda a la víctima es procesal. Nada impide que la víctima demande conjuntamente a todos los agentes del daño mediante una acumulación subjetiva de acciones que dará lugar a un litisconsorcio pasivo voluntario.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que se acumulen las acciones que el demandante tenga contra varias personas siempre que exista un *nexo por razón del título o causa de pedir* (artículos 12.1 y 72.1 LEC). La misma ley procesal, en el segundo párrafo del artículo 72.1 LEC se encarga de determinar que:

Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos.

En este caso se acumulan acciones que podrían haber dado lugar a demandas diferentes pero, como existe una identidad por razón del título o de la causa de pedir, la LEC permite que se unifiquen en un mismo proceso. De esta forma, se ahorran esfuerzos procesales y se evita el peligro de sentencias contradictorias (lo que la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil denominaba continencia de la causa en el artículo 161).

Se trata de lo que la doctrina califica como acumulación subjetiva simple de acciones¹⁸⁶ y que exige, como habitualmente sucederá, que las acciones dirigidas contra todos los demandados sean compatibles entre sí y que exista una identidad de la causa de pedir. El artículo 73 LEC exige, obviamente, que los procesos no pertenezcan a jurisdicciones diferentes, que las acciones no deban ventilarse en procesos de diferente tipo y que la acumulación no esté prohibida por ley. Mediante

¹⁸⁶ Véase Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso declarativo*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 191 y ss.; y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Víctor MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 146 y ss.

la acumulación de acciones todas las que el demandante haya presentado contra los demandados se discutirán en un mismo procedimiento y se resolverán en una misma sentencia, en la que el Juez habrá de resolver las pretensiones que el actor tuviera contra cada demandado.

Durante el proceso las acciones dirigidas contra cada uno de los agentes, pese a ventilarse acumuladamente, mantiene su autonomía procesal. Por tanto, cada uno de los demandados puede allanarse, reconvenir, desistir, transigir y decidir libre e individualmente si recurre a la eventual sentencia de condena.

No existe litisconsorcio pasivo necesario. La acumulación de acciones es facultativa y no viene impuesta por razón del objeto del proceso. La tutela jurisdiccional solicitada por la víctima -la reparación del daño causado por varios agentes-, no exige demandarlos a todos pues sus deudas son independientes (cfr. artículo 1138 Cc. *in fine*).

Si la víctima demandante no optó por la acumulación de acciones en un mismo proceso, es posible que alguno de los demandados solicite la acumulación de procesos. Mediante la acumulación de procesos (acumulación de autos en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil) dos o más procesos pendientes *se seguirán en un solo procedimiento y serán terminados por una sola sentencia* (artículo 74 LEC).

Durante la primera mitad del s. XX, la Sala Primera del Tribunal mantuvo la parciariedad (denominada mancomunidad en las sentencias) en los supuestos de pluralidad de demandados por la causación conjunta del daño.¹⁸⁷

La división por partes iguales de la deuda indemnizatoria es la única solución posible en nuestro ordenamiento para buena parte de la doctrina. Para muchos de los autores que se han encargado del problema de la distribución de responsabilidad entre varios agentes, la mancomunidad (entendida en la nomenclatura tradicional como división de la deuda, es decir, como parciariedad) es la regla que debe regir las reclamaciones de la víctima contra varios agentes.

Para quienes esto defienden,¹⁸⁸ la ausencia de un precepto que regule la responsabilidad plural en la indemnización de daños se suple con la aplicación de las

¹⁸⁷ Entre otras muchas en la STS, 1ª, 20.3.1943, comentada por Antonio HERNÁNDEZ GIL, "Comentario a la STS, 1ª, 20.3.1943", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, págs. 337 a 346, escribió: "La presente sentencia aduce como razón justificativa de la no presunción de la solidaridad la agravación de la responsabilidad que implica. Pero adviértase que si ésta es una consecuencia de la solidaridad, no es propiamente su fin o su función, que es lo que principalmente ha de ponderarse. Cumple una función de garantía. Asegura el tráfico jurídico; con detrimento, en ciertos casos, de intereses individuales, favorece, en general, el interés colectivo y aun el individual, desde el momento en que actúa como poderoso instrumento de crédito.", pág. 344. Véanse los casos citados por Ignacio DÍEZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., págs. 120 a 126.

¹⁸⁸ De forma muy señalada, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, "Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común", op.cit.; Francisco SANCHO REBULLIDA, "La

reglas generales de responsabilidad conjunta de los artículos 1137 a 1148 Cc. conforme a los cuales la división es la regla y la solidaridad es la excepción.¹⁸⁹ La posición sistemática de las reglas de responsabilidad conjunta –situadas en el Capítulo III (de las diversas especies de obligaciones) del Libro IV (De las obligaciones y contratos)- impide buscar soluciones alternativas al problema de la responsabilidad plural por daños: el Código no hubo de decir nada nuevo en la regulación de las obligaciones nacidas de acto ilícito porque ya lo había dicho en la regulación general de las obligaciones.

Un segundo argumento, más condescendiente con la realidad, que emplean los defensores de la parciariedad en todos los supuestos de responsabilidad de varios agentes, considera los problemas derivados de la aplicación de una solidaridad no querida por la ley y no pactada por las partes. La experiencia ha dado la razón al argumento y los problemas en la relación interna entre los obligados solidarios a la indemnización de un daño –de los que nos ocuparemos más adelante- son importantes.

Un tercer argumento a favor de la aplicación de la parciariedad (mancomunidad, dicen) va más allá de la ley y rechaza la solidaridad por la desigualdad que supondría tratar de forma más favorable a la víctima de un daño causado por varios agentes que a la víctima de un daño imputable a una única sola persona.¹⁹⁰

mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, op.cit.; y Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, op.cit.; el mismo, *Estudios de derecho de obligaciones*, Editorial Librería General, Zaragoza, 1985, págs. 176 a 212; el mismo, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990; el mismo, “La cuestión sobre la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, págs. 101 a 158; el mismo, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, págs. 1197 a 1234.

¹⁸⁹ Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, cit., pág. 113: “Otra cosa equivaldría a llenar interesadamente un claro y significativo vacío legal al ir más allá de lo que con toda evidencia quiso el legislador y a transformar, sin fuerza ni justificación jurídica para ello, el meridiano principio normativo de que en nuestro derecho civil la solidaridad constituye un régimen excepcional (...)”

¹⁹⁰ Aunque “(...) el riesgo que la falta de solidaridad provoca es el de que el lesionado no llegue a recibir la reparación íntegra si cualquiera de los causantes del daño es insolvente; lo que no ocurriría si, siendo la obligación solidaria, es solvente alguno de ellos. Pero este no es un riesgo especial que acarree la división de la deuda, sino que (aunque, ciertamente, sin tal división se daría menos) es simplemente una parte del riesgo que toda deuda implica, de que el deudor (uno o varios) sea insolvente, total o parcialmente”, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, cit., págs. 368 a 369.

Francisco SANCHO REBULLIDA¹⁹¹ sugiere una posible solución normativa al problema de la responsabilidad plural que ya había propuesto Manuel ALBALADEJO GARCÍA¹⁹². Se trata de cambiar el tiempo verbal del artículo 1902 Cc. y leerlo en plural: Quienes hayan causado un daño tienen obligación de repararlo. La propuesta no soluciona ninguno de los problemas de fondo. Aun leyendo en plural el artículo 1902 Cc. queda sin resolver la cuestión del régimen jurídico aplicable a esa obligación conjunta y los derechos que asisten a la víctima de un daño causado por varias personas.

2. Mancomunidad

La mancomunidad, definida en el artículo 1139 Cc. y cuya regulación se completa con el artículo 1150 Cc. es, de acuerdo con lo asumido en el primer capítulo del trabajo, el régimen aplicable a la pluralidad de obligados a prestar una obligación indivisible.

La obligación de indemnizar el daño causado consistirá habitualmente en la entrega de una cantidad de dinero, obligación divisible por antonomasia, por lo que la hipótesis de la indivisibilidad no puede darse aquí por tratarse siempre –en cuanto que obligaciones de indemnización– de deudas dinerarias.¹⁹³

¹⁹¹ En “La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, cit., donde el autor reconoce los problemas asociados a la aplicación general de la regla de parciariedad: “Si la solidaridad de deudores es ventajosa y no se opone a ningún postulado de justicia, sólo debe renunciarse a ella cuando un precepto inequívoco lo impida clara y directamente, cosa que aquí no sucede, como lo demuestra el sufragio doctrinal y las mismas oscilaciones jurisprudenciales. (...) Si los artículos 1137 y 1138 Cc. hacen imposible su aplicación como regla en las procedentes de todas las fuentes, pero algunas de las nacidas de acto ilícito (...) pueden sustraerse a su imperio, no debemos renunciar a este resultado ventajoso y posible, por la imposibilidad de obtener el mismo resultado ventajoso en las restantes”, pág. 577. El autor citado, sin embargo, baraja más argumentos en contra de la solidaridad que a su favor.

¹⁹² En “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, cit., págs. 367 a 368.

¹⁹³ En la mayoría de los casos la entrega de una cantidad de dinero es la única reparación posible. Así sucederá en todos los casos en que el daño afecte a bienes irremplazables. José Javier LÓPEZ JACOISTE, “Cien años de horizonte extracontractual”, en *Centenario del Código civil*, II., cit., pág. 1150: “Con dinero pueden adquirirse cosas y recursos que en el orden práctico pueden sustituir a un objeto material destruido. Eso no es posible respecto de ciertos bienes sociales que implican dimensiones morales de la personalidad; y, sin embargo, no hay otro medio más equitativo de resarcimiento, pues mucha mayor injusticia e indefensión supondría privar de indemnización al damnificado so pretexto de falta de homogeneidad entre el carácter del perjuicio y la percepción de una suma. Por lo que, como declara la jurisprudencia ‘no puede ser suficiente causa para denegar la indemnización su falta de determinación pecuniaria.’” Por otro lado, en los daños causados a bienes materiales –que son los que con más facilidad podrá optarse por la reparación *in natura*– puede plantearse un problema de enriquecimiento del perjudicado que verá cómo un bien nuevo sustituye al usado que destruyó el responsable. Nuestro

Podrían darse supuestos de mancomunidad en los casos en que el juez o tribunal, en aplicación del principio general que hace preferible la reparación *in natura* a la reparación en especie, acceda a la petición de la víctima y condene a los responsables a entregar una cosa a la víctima, a realizar una actividad a su favor o a cesar en una actividad en su contra. Será necesario que la demanda se dirija contra todos los responsables pues se trata de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. En esos casos, siempre en función del objeto en el que consista la condena *in natura*, es posible que exista una obligación que sólo pueda ser cumplida por todos los corresponsables a la vez. En cualquier caso, la mancomunidad, tal y como la hemos definido en el trabajo, no puede ser la regla general para las obligaciones de reparar daños causados por varios agentes.

El artículo 111.1 CP podría dar a lugar a situaciones que, por la indivisibilidad de la obligación, obligasen a los varios agentes a someterse a las reglas de la mancomunidad. Así puede suceder cuando varios deban restituir el mismo bien:

Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.

De todos modos, es difícil imaginar supuestos de responsabilidad civil extracontractual en que sea posible la reparación *in natura*.¹⁹⁴ La experiencia demuestra que la reparación por equivalente dinerario es el remedio universal. Muchos de los casos imaginables de reparación *in natura* no serán, además, auténticos supuestos de reparación de daños sino acciones negatorias, reivindicatorias, de cesación de una actividad o de eliminación del estado de cosas lesivo o de acciones de restitución o de reintegración de bienes.¹⁹⁵ Así, sucede con frecuencia en las condena

ordenamiento no cuenta con una regla como la del §287 ZPO alemana que obliga al Juez a tener en cuenta el descuento *Neu für Alt*.

¹⁹⁴ Excepto, claro está, los que afecten exclusivamente a daños materiales. Para un estudio de las reglas sobre la reparación *in natura* en el derecho español y comparado, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA, Antoni RUBÍ PUIG y José PIÑEIRO SALGUERO, "Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español", *InDret* 02/2002.

¹⁹⁵ Algunas normas, cuyo estudio excede los límites de este trabajo, distinguen bien unas de otras. Así, por ejemplo, el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE núm. 10, de 11 de enero). La distinción de las partidas en que puede consistir la responsabilidad está también presente en el artículo 110 CP. Véase, Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., págs. 1972 y 1973; Xavier BASOZABAL ARRUE, "Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual", *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 1275 y ss.; y Joan EGEA I FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Para la función de las reglas de responsabilidad civil y su combinación con otras reglas de defensa del *status quo* de la víctima de un ataque a su persona o su patrimonio, véase el influyente trabajo de Guido CALABRESI y A. D. MELAMED, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One view of the

conjunta a periodista, editor, director de la publicación e impresor, a retirar una publicación lesiva del derecho al honor del demandante, a no difundirla en el futuro o a publicar una rectificación. Condenas que suelen ir acompañadas del pago de una indemnización. Aunque una condena de este tipo se dicte junto a una genuina reparación de daños y perjuicios (solidaria, por cierto, según la ley y una jurisprudencia consolidada), no se trata de una acción indemnizatoria.¹⁹⁶

3. Solidaridad

La ausencia de una regla que regule con carácter general la responsabilidad de varios agentes ante la víctima del daño puede solucionarse con la aplicación de la solidaridad. De esta forma, la víctima puede reclamar de cualquiera de los agentes la reparación íntegra del daño pues, en cierta medida, todos lo causaron. La solidaridad de las obligaciones extracontractuales es, como veremos en el apartado siguiente, la solución generalmente adoptada por jurisprudencia y leyes especiales.

Los argumentos a favor de la solidaridad tienen como punto de partida la aplicación favorable al principio de la responsabilidad de “cada uno por todo” que es cada vez más general en nuestro derecho para todo tipo de obligaciones. Si las obligaciones procedentes de pacto pueden ser solidarias cuando, como ha afirmado la jurisprudencia, así se deduzca de la relación que une a las partes, el peculiar vínculo que nace entre la víctima y los varios causantes del daño justifica también la adopción de la solidaridad.¹⁹⁷

Se entiende, por tanto, que el principio de no solidaridad del artículo 1137 Cc. y la presunción de división de la deuda del 1138 Cc. son aplicables exclusivamente a las obligaciones procedentes de pacto. Aunque la sistemática del Código no avala tal

Cathedral”, 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972). Existe una traducción al español con el título “Propiedad, responsabilidad e inalienabilidad. Una visión de la catedral” a cargo de Pedro del Olmo García publicada en *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 187 a 235.

¹⁹⁶ Sobre la materia, véase, Pablo SALVADOR CODERCH y María Teresa CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997; Miquel MARTÍN CASALS, “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor” en Pablo SALVADOR CODERCH (dir.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 382 a 409; el mismo, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, *Centenario del Código civil*, II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1232 a 1273; y Fernando PANTALEÓN PRIETO, “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, 1996, págs. 209 a 218.

¹⁹⁷ Véase, aunque se manifiesta en contra de la aplicación de la solidaridad a las obligaciones extracontractuales, Jorge CAFFARENA LAPORTA, “Comentario al artículo 1137 Cc.”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., págs. 119 y 120.

afirmación, es cierto que –a favor de la limitación de la eficacia de las reglas de solidaridad del Código- la responsabilidad conjunta genéricamente regulada en los artículos 1137 a 1148 Cc. está basada en un régimen contractual y que a los argumentos sistemáticos pueden oponerse los de la conciencia (o inconsciencia) del legislador que reguló por separado las obligaciones nacidas de pacto y las derivadas de daño y olvidó regular la pluralidad de obligados en las segundas.

Una vez asumido que los artículos 1137 y siguientes del Código sólo solucionan problemas de obligaciones derivadas de pacto, parece claro que la ausencia de una regla para la responsabilidad de varios agentes en el Código es una laguna que debe ser colmada de alguna forma. El soporte legal que permite traer la solidaridad al proceso contra varios causantes se ha buscado tradicionalmente en la regla de responsabilidad solidaria de los partícipes en el delito o falta regulada en el artículo 107 del antiguo Código penal y el 116 del vigente.¹⁹⁸

La regla, en ambas versiones del Código penal, forma parte de los artículos que la ley penal dedica a la denominada ‘responsabilidad civil derivada de delito’. En España, la codificación penal precedió a la civil y el legislador decimonónico decidió incluir en la regulación penal un capítulo dedicado a la reparación civil de las consecuencias patrimoniales del delito. Cuando se aprobó el Código civil, el artículo 1092 Cc. (*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal*) consagró la convivencia de las normas de reparación de daños del Código civil y el Código penal¹⁹⁹. Los sucesivos Códigos penales han mantenido el capítulo dedicado a la responsabilidad civil derivada de delito o falta²⁰⁰.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo español ha reconocido en varias ocasiones que las reglas de responsabilidad civil contenidas en el Código penal son reglas civiles y que, por tanto, su aplicación escapa de los principios propios de las normas penales: *ultima ratio* y, sobre todo, prohibición de analogía. Así, entre muchas otras,

¹⁹⁸ Desde luego cuando existe un acuerdo de voluntades entre los causantes del daño. El acuerdo “(...) justifica la imputación recíproca del resultado entre los coautores y no hay razón para no generalizar lo dispuesto en el artículo 107 CP, que vendría a desempeñar en nuestro Derecho, aun con soluciones parcialmente distintas, el papel que en el BGB desempeña el parágrafo 840.I.1.II.”, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario al artículo 1902 Cc.”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1984.

¹⁹⁹ Los artículos 100 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan el ejercicio de la acción civil en el proceso penal que decide sobre la responsabilidad criminal por el delito o falta. Véase, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil derivada de delito”, *InDret* 03/2001; y Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, op. cit.; y, el mismo, “La responsabilidad civil en el proceso penal” en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 445 a 517.

²⁰⁰ En contra de las recomendaciones de nuestra mejor doctrina, véase Fernando PANTALEÓN PRIETO, “*Perseverare diabolicum*. ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código penal?”, *Jueces para la democracia*, núm. 19, 2/1993, págs. 1 a 10.

en el Fundamento Jurídico 8º de la STS, 2ª, 11.1.1997 (RJ. 1128), en el Fundamento Jurídico 3º de la STS, 2ª, 31.1.1997 (RJ. 398), el tercer fundamento jurídico de las SSTS, 2ª, 20.2.1997 (RJ. 1564) y 4.3.1997 (RJ. 1826) y el Fundamento Jurídico 4º de la STS, 2ª, 24.10.1997 (RJ. 7290).²⁰¹

La verdad es que la peculiar regla del artículo 116 CP, al que ya nos hemos referido en el primer epígrafe del capítulo, y su extraña combinación de responsabilidades solidarias y subsidiarias dificulta la aplicación analógica a los casos de pluralidad de agentes de un daño que no es constitutivo de delito o falta.²⁰²

Un argumento a favor de la aplicación analógica del precepto es la diferencia de trato entre la reparación del daño a las víctimas de un delito o falta y las víctimas de un daño no tipificado en el Código penal. Las primeras contarían con la garantía adicional de la solidaridad, mientras que las segundas habrían de asumir el riesgo de la insolvencia de alguno de los causantes de su daño. El argumento también puede plantearse en términos de culpables, responsables o imputados. Los que sean declarados como tales en un proceso penal quedarán sometidos a un régimen de responsabilidad mucho más estricto, la solidaridad, que los condenados en la vía civil. De todos modos, las diferencias entre la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito o falta y las reglas de responsabilidad del Código civil y de leyes especiales son tan dispares entre sí que, por desgracia, los argumentos de coherencia del sistema tienen demasiados contraejemplos.²⁰³

²⁰¹ La convivencia de reglas civiles de reparación de daños en los códigos civil y penal genera importantes problemas prácticos. Véase, Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., págs. 1973 a 1977.

²⁰² La dificulta pero no la excluye. José Luis LACRUZ BERDEJO escribió que la solidaridad de los corresponsables del daño es "una razonable corrección al Código civil que puede apoyarse, por analogía *iuris*, en el artículo 107 CP", en "Apuntes sobre las obligaciones solidarias", cit., pág. 383. La analogía de los supuestos de solidaridad previstos para los culpables del delito o falta y para los causantes del daño no viola ninguno de los principios de la analogía. Véase, José Manuel LETE DEL RÍO, "Reflexiones sobre la analogía", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, I, cit., págs. 641 a 660 y José Antonio DORAL GARCÍA, "La analogía en el derecho de obligaciones", *Centenario del Código civil*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 719 a 744. Desde luego, tras lo dicho en el texto, no puede mantenerse que la analogía es imposible porque el artículo 116 CP es una norma penal, como afirma Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, cit., pág. 123.

²⁰³ En todo caso, es inadmisibles el argumento que justifica la solidaridad de los responsables del delito en que los autores del acto dañoso "por ser punible deben ser tratados con más rigor sus autores y reforzarse lo más posible los derechos de la víctima. Lo que se consigue mediante la solidaridad.", Manuel ALBALADEJO GARCÍA, "Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común", cit., págs. 362 y 363. Argumento que tiene su origen en la concepción diferenciada de la culpa civil y la culpa penal, Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, "Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal", *Anuario de Derecho Civil*, 1957, págs. 1039 a 1056; y Valentín SILVA MELERO, "Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1952, págs. 435 a 455.

A los argumentos anteriores se suma el de los efectos de la solidaridad entendida, como hemos visto, de forma general como garantía del crédito²⁰⁴. La solidaridad de los responsables del daño supone un refuerzo del crédito de la víctima que dispone de más patrimonios a los que acudir para ejecutar su crédito indemnizatorio. De este modo, la solidaridad compensaría la delicada situación en que se encuentra la víctima que, a diferencia del acreedor contractual, no ha podido escoger a sus deudores.

Los defensores de la regla de la división de la responsabilidad entre los agentes denuncian el inadmisibles trato desigual a que conduciría su aceptación: las víctimas de accidentes imputables a varios agentes contarían –cuentan, de hecho, pues la solidaridad es (casi) la regla– con mayor protección que las de accidentes causados por una sola persona. Volveremos más adelante sobre el argumento.

4. La obligación *in solidum*

La solidaridad sin pacto plantea problemas de legitimidad normativa y la división de la deuda entre los corresponsables no siempre es posible o conveniente. Ambas consideraciones llevaron a parte de la doctrina y a una copiosa jurisprudencia a defender la vigencia en nuestro derecho de una solidaridad especial que sería exclusiva de la peculiar relación que surge entre la víctima y los varios causantes del daño que sufre.²⁰⁵

Se trata de lo que la jurisprudencia civil ha denominado tradicionalmente ‘solidaridad impropia’ o ‘solidaridad imperfecta’ y la doctrina ‘obligación *in solidum*’.²⁰⁶ La figura es una réplica de la que elaboraron la doctrina y la jurisprudencia francesas durante las últimas décadas del siglo XIX.²⁰⁷

²⁰⁴ Más cercanos a la equidad que a las previsiones de nuestro ordenamiento. Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1964, pág. 490: “En realidad, a favor de la solidaridad no pueden jugar más que consideraciones de equidad.”

²⁰⁵ Así, y en el origen de la admisión de la figura, Antonio HERNÁNDEZ GIL, “La solidaridad en las obligaciones”, cit., pág. 410, escribió que cuando falta la unidad de fin que justifica el nacimiento de la solidaridad pasiva “surge la categoría que la doctrina moderna conoce con el nombre de obligaciones solidarias impropias o fortuitas. A esta especie de obligaciones y a la denominada (por los autores franceses) obligación *in solidum*, distinta de las obligaciones solidarias, habremos de referirnos más adelante”, aunque el autor no vuelve sobre el tema en el artículo citado.

²⁰⁶ Algunas decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, anteriores a la vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación, aplicaron también la categoría de la obligación *in solidum* a la responsabilidad decenal del artículo 1591 Cc. Véase, Juan CADARSO PALAU, “En torno a la condena *in solidum* de los responsables *ex* artículo 1591 del Código civil”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas. Madrid, 1996, págs. 4853 a 4863.

El *Code civil* francés de 1804 exige el pacto previo entre las partes o la previsión legal para el nacimiento de la solidaridad de deudores en el artículo 1202: *La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.*

En seguida la doctrina y jurisprudencia francesas entendieron que la excepción reconocida a la ley se podía hacer extensiva a la costumbre y, en virtud de la costumbre habitual en el tráfico mercantil, concluyeron que la necesidad de pacto no era necesaria para las obligaciones mercantiles, en las que la solidaridad debía presumirse.

La exigencia de pacto que el *Code* impone a la solidaridad no impidió a la jurisprudencia francesa a declarar que cualquiera de los coautores de un daño respondía ante la víctima de la reparación íntegra. A diferencia de lo que sucede en el Código civil español (en el que los artículos 1137 CC. y ss., forman parte de la regulación general de las obligaciones), el *Code* francés regula la obligación solidaria en el Título III, dedicado a los contratos y las obligaciones convencionales. La jurisprudencia francesa pudo afirmar, con menos limitaciones que la española, que la ausencia de una regla de responsabilidad conjunta entre los agentes de un daño era una laguna que debía colmarse de algún modo. Sirvió de fundamento normativo a la previsión de solidaridad entre los coautores de un mismo delito que dispone el primer párrafo del artículo 375-2 del *Code de Procedure Penale*: *Les personnes condamnées pour un même crime sont tenues solidairement des restitutions et des dommages-intérêts.*²⁰⁸

La limitación del pacto impuesto por el *Code* se superó con el subterfugio de la referencia a un nuevo tipo de obligación, la *obligatio in solidum*, que tiene en común con la solidaria la responsabilidad de cada uno de los obligados por toda la prestación y que es de aplicación a las obligaciones extracontractuales.²⁰⁹

La presentación tradicional que la doctrina francesa hace de las obligaciones solidarias es terreno abonado para la distinción creada por la jurisprudencia. Es lugar

²⁰⁷ Sobre los orígenes de la institución en el país vecino y las decisiones que la definieron, Jean VINCENT, "L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, págs. 601 a 683.

²⁰⁸ Hasta el año 1994, la solidaridad entre coautores del delito o falta venía dispuesta por el artículo 55 del *Code pénal*.

²⁰⁹ Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 4^e édition, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1991, pág. 533: "(...) la position de la jurisprudence est désormais parfaitement claire et unanime: chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité, sans qu'il y ait lieu de tenir en compte du partage des responsabilités auquel les juges du fond ont procédé entre les divers responsables, partage qui n'affecte que les rapports réciproques des coauteurs entre eux, nullement l'étendue de leur obligation envers la partie lésée. Toutefois, les juges du fond ont l'obligation de déterminer la part de chacun des coauteurs dans le montant total de la réparation."

común en los tratados de ese país distinguir entre los que denominan 'efectos primarios' y 'efectos secundarios' de la solidaridad. Los primeros son la unidad de la deuda y la pluralidad de vínculos asociados al pacto de solidaridad y vienen a ser los elementos esenciales de la relación solidaria. Los segundos, accesorios, son la extensión de la interpelación de la mora, la interrupción de la prescripción y la promesa de cumplimiento a todos los deudores unidos por un vínculo de solidaridad. La *obligatio in solidum*, defiende la jurisprudencia francesa, tiene en común con la solidaridad los efectos primarios, pero no los secundarios.²¹⁰

El nuevo tipo de solidaridad (imperfecta), aún aceptado de forma general por los tribunales franceses, ha sido criticado por varios autores. Las críticas proceden de los problemas, materiales y procesales, que plantea la figura.²¹¹

A pesar de las críticas recibidas por la obligación *in solidum* en el país que la vio nacer, no ha faltado quien ha propuesto su aplicación en el nuestro. En efecto, hay quien ha defendido la autonomía de las obligaciones *in solidum* en nuestro ordenamiento jurídico. La nueva categoría cubriría la laguna que deja la exigencia de pacto de solidaridad y permitiría aplicar un régimen jurídico similar –aunque diferenciado– en el que varios obligados a una misma prestación o varias prestaciones idénticas responderían por el todo ante un único deudor.²¹²

Así, en el caso del daño causado por varias personas, la nueva categoría permitiría a la víctima exigir de cualquiera de ellos la indemnización por completo. Como no

²¹⁰ François TERRE, Philippe SIMLER y Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., págs. 1160 a 1164 (para la distinción entre efectos primarios y secundarios) y 1172 a 1175 (para el fundamento de la obligación *in solidum*).

²¹¹ Así, por ejemplo, Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^e édition, en Jacques GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998, págs. 257 y ss., aunque admiten la necesidad de la figura para garantizar la indemnidad de la víctima, critican las soluciones propuestas para resolver los problemas que plantea. Niega la autonomía de la figura, François CHABAS, "Remarques sur l'obligation in solidum", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1967, págs. 310 a 338. Propone su limitación a los casos en los que no puedan identificarse las contribuciones causales, Boris STARCK, "La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile", *La Semaine Juridique*, 1970, núm. 2339. Todos reconocen la influencia que tuvo el trabajo de Léon MAZEAUD, "Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels", *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1930, págs. 149 a 176, en el que el autor expone los problemas que plantea la figura.

²¹² "Cada vez que varias personas vengan obligadas, todas, a varias prestaciones idénticas sin que, por tal razón, la deuda pueda ser considerada unitaria o única, nos hallamos ante una obligación *in solidum*, que proporcionaría al perjudicado acción suficiente para obtener la satisfacción de forma total de su interés lesionado, si bien debe permanecer absolutamente inalterada la norma de que dicho interés sólo será exigible una sola vez", José Ricardo LEÓN ALONSO, *La categoría de la obligación in solidum*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pág. 208. En el mismo sentido, Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, Civitas, 1988, págs. 303 y ss.; el mismo, "La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, págs. 527 a 554.

existe pacto previo de solidaridad, no puede decirse que sean responsables solidarios de la deuda indemnizatoria. La ausencia de solidaridad comporta que existirán tantos vínculos con la víctima como causantes haya. La pluralidad de vínculos supone pluralidad de objetos pero la unidad del daño justifica el tratamiento conjunto de todos ellos y la imposibilidad de decidir sobre uno sin tener en cuenta el resto²¹³. La obligación *in solidum* devendría de esta forma en una especie de remedio procesal que asiste al deudor en los casos en que la exigencia de pacto impide acudir a la solidaridad que imponen la naturaleza de las cosas.

Los argumentos han influido, sin duda, en las decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, como ya hemos visto, se refirió a la solidaridad entre los corresponsables de un daño con los términos ‘solidaridad impropia’ o, incluso, ‘obligación *in solidum*’ en las sentencias en que sentó su doctrina de la solidaridad entre los corresponsables de un daño. La jurisprudencia civil española, sin embargo, no ha llegado a generar una doctrina propia equiparable a la elaborada por la jurisprudencia francesa.²¹⁴

La consecuencia más importante asociada a la admisión de la figura de la solidaridad impropia fue la de no aplicar en esos casos la necesidad de la institución, también de creación jurisprudencial, del litisconsorcio pasivo necesario. La jurisprudencia civil aceptó que en los casos de responsabilidad múltiple por un daño, no era necesario que la víctima demandase a todos los posibles responsables. La ausencia de alguno de ellos no podía ser opuesta como una defectuosa constitución del proceso. Cuando existía solidaridad impropia no había necesidad de litisconsorcio entre los demandados, afirmó con frecuencia el Supremo. La STS, 1ª, 26.11.1993 (RJ. 9142), con motivo de la reclamación por los daños causados por un accidente laboral, tuvo ocasión de recordar la doctrina de la Sala Primera al respecto: “(...) en tales supuestos de solidaridad impropia (...) es permisible dirigirse contra cualquiera de los obligados sin necesidad de demandar a todos, de manera que no puede oponerse frente al acreedor la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, estando, como está,

²¹³ José Ricardo LEÓN ALONSO, *La categoría de la obligación in solidum*, cit., pág. 208: “Los responsables del daño, producido de forma total y única, serán tenidos hacia el perjudicado cada uno de manera íntegra sin que por ello sean considerados deudores solidarios y el que de ellos haya satisfecho la cuantía total de la prestación podrá exigir del resto su comparecencia en juicio para distribuir el importe global de la obligación.”

²¹⁴ De hecho, como afirma Juan B. JORDANO BAREA, “Las obligaciones solidarias”, cit., págs. 865 y 866: “(...) si la jurisprudencia española, complementando nuestro ordenamiento jurídico ha admitido ya abiertamente la solidaridad de los obligados a responder por acto ilícito común parece que huelga inventarse una nueva categoría obligacional para huir de la regla de la mancomunidad (...)” Años antes, Francisco SOTO NIETO, “La dinámica de la obligación *in solidum*”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, , núm. 1220, 1980, págs. 3 a 14, reconocía que la doctrina, en general, no había aceptado la autonomía de la institución: “Frente a los testimonios y razonamientos favorables a la admisión de las obligaciones *in solidum* como especie diferenciada de las propiamente solidarias, la mayor parte de la doctrina o desconoce aquella categoría o, discurriendo de pasada, constata la falta de acuerdo sobre la asimilación o distinción conceptual apuntada.”, pág. 11.

bien constituida la relación procesal.” (F. J. 2). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha regulado el litisconsorcio pasivo, facilita llegar a la misma solución sin necesidad de calificar como ‘impropia’ a la solidaridad (vid. *infra* apartado V del capítulo tercero).

De hecho, a una primera fase en la que la solidaridad es ‘impropia’ sucede otra en la que la Sala Primera abandona el adjetivo y condena de forma solidaria, simple y llanamente. En los últimos años, sin embargo, la doctrina de la ‘solidaridad impropia’ ha vuelto a aparecer en varias decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Los magistrados de esa Sala han visto en la añosa figura de la ‘solidaridad impropia’ la solución a uno de los problemas que plantea la responsabilidad solidaria: la interrupción de la prescripción. Como ya hemos visto, el artículo 1974 Cc., a pesar de las dificultades interpretativas que plantea, deja claro que en las obligaciones solidarias la interrupción de la prescripción perjudica por igual a todos los codeudores, es decir, que la reclamación del acreedor contra cualquiera de los codeudores interrumpe la prescripción de todos.

La regla es especialmente dura para los codeudores de la solidaridad denominada ‘impropia’ no presentes en el proceso. Su ausencia estaba permitida por la doctrina que excusaba de litisconsorcio pasivo a los pleitos contra varios causantes de un daño. La Sala Primera del Tribunal Supremo había mantenido tradicionalmente una doctrina muy clara al respecto: el artículo 1974 Cc. era de aplicación a los supuestos de ‘solidaridad impropia’ y, por tanto, el proceso seguido contra alguno de los condenados de forma solidaria interrumpía la prescripción de la acción frente al resto; y lo había hecho en contra de buena parte de la doctrina que abogaba en este supuesto, y en otros similares, por una aplicación equitativa de la regla.²¹⁵

Así, lo recordó, la STS, 1ª, 21.7.2000 (RJ. 5500). En el caso, la víctima falleció como consecuencia de la inhalación de gases tóxicos acumulados en un pozo que la empresa para la que trabajaba le había ordenado limpiar. Como consecuencia del accidente se incoaron diligencias penales contra el capataz y uno de los directivos de la empresa. Archivada la causa penal, el padre del trabajador fallecido demandó ante la jurisdicción civil al capataz, al directivo y a la empresa para la que trabajaba su hijo. Solicitaba que todos fueran condenados solidariamente al pago de una indemnización de 90.152 euros. La empresa, que no había estado presente en las diligencias penales (que según el artículo 114 LECrim. interrumpen la prescripción de la acción civil), alegó que el plazo de 1 año que prevé el artículo 1968.2 Cc. para el

²¹⁵ “Problemática es la aplicación del artículo 1974 Cc. cuando la solidaridad no es de origen negocial o no resulte conocida en el momento de llevarse a cabo los actos interruptivos, porque la solidaridad sea un resultado del proceso y de la sentencia y no un presupuesto de ellos. Ocurre así, como es sabido, con la solidaridad jurisprudencialmente establecida entre los responsables de la ruina de un edificio *ex* artículo 1591 Cc. Todas estas reflexiones aconsejan reducir el ámbito de aplicación del artículo 1974 Cc. a las solidaridades de origen contractual sin extenderlo a las demás.”, Luis Díez-PICAZO, *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 151.

ejercicio de la acción de reclamación de daños había expirado frente a ella. La Sala Primera estimó el recurso de casación del actor contra la sentencia desestimatoria de la Audiencia de Pontevedra: "(...) al considerar prescrita la acción ejercitada contra la compañía mercantil 'Hijos de Constante Barreiro S. L.', la sentencia recurrida efectivamente infringió el artículo 1968.2 Cc. en relación con el párrafo primero del artículo 1974 Cc. y con la reiterada jurisprudencia de esta Sala que lo aplica a casos similares al presente de solidaridad impropia" (F. J. 3). El ponente concluye el razonamiento con la cita de muchas de las sentencias en que la Sala Primera había afirmado la aplicación del artículo 1974 Cc. a la solidaridad entre los corresponsables de un daño.

Recientes decisiones del Supremo han replanteado la cuestión. En los últimos años, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha afirmado que los supuestos de 'solidaridad impropia' son una excepción a la interrupción de la prescripción prevista en el primer párrafo del artículo 1974 Cc.

El caso resuelto por la STS, 1ª, 14.3.2003 (RJ. 3645) representa el punto de inflexión de la doctrina de la Sala. La víctima demandó al arquitecto, al aparejador y al encargado de la obra en la que sufrió un "grave accidente laboral" con repercusiones que no explica la ponencia. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó en parte el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de la primera instancia, absolvió al arquitecto, y condenó al resto de demandados a pagar solidariamente a la víctima una indemnización de 217.950 euros. Ninguno de los condenados pagó la indemnización y la víctima demandó entonces a las respectivas compañías aseguradoras. En el proceso seguido contra las compañías, las instancias admitieron la excepción de prescripción de la acción. Las aseguradoras no habían sido demandadas en el primer proceso y había transcurrido con creces el año que prevé el artículo 1968.2 Cc. para el ejercicio de la acción de reclamación de daños. La Sala Primera confirmó los razonamientos de la sentencia recurrida: "(...) la doctrina ha reconocido junto a la denominada 'solidaridad propia', regulada en nuestro Código civil que viene impuesta con carácter predeterminado *ex voluntate* o *ex lege*, otra modalidad de la solidaridad, llamada 'impropia' u obligaciones *in solidum* que dimanen de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. A esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 Cc. en su párrafo primero, mucho menos cuando el hecho alegado quedó imprejuizado, por propia definición, respecto de los que no fueron traídos al proceso, basándose en una presunta responsabilidad *in solidum* (la solidaridad no se presume conforme al artículo 1137 Cc.), que fue declarada para unos sujetos distintos (...) de los luego vinculados, a los que no puede extenderse la singularidad de un pronunciamiento que se establece con base en las circunstancias fácticas alegadas y probadas en el asunto previo, sin que (...) puedan

formularse representaciones unilaterales de solidaridad sin causa demostrada.” (F. J. 4).

La decisión de la Sala Primera cuenta con un más que razonable voto particular del magistrado Xavier O’Callaghan Muñoz: “La razón del voto particular es, en primer lugar, por entender que la resolución adoptada hace decir al Código civil lo que éste no dice. El artículo 1974, en su primer párrafo (...) no distingue si la solidaridad es propia o impropia; cuya distinción no ha sido reconocida por la doctrina civilista. (...) La razón de este voto particular es, en segundo lugar, por entender que se da un giro a la doctrina jurisprudencial que, con un criterio progresista que viene de años, mantiene el principio *pro damnato*, en beneficio del perjudicado por acto dañoso, la parte más débil de una relación. Asimismo, en tercer lugar, implica un cambio injustificado de la doctrina jurisprudencial que siempre había mantenido una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, como contrario a la justicia intrínseca.” (F. J. 1 del voto particular).

Con posterioridad a la sentencia citada, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha aplicado la misma solución en los recursos resueltos por la STS, 1ª, 5.6.2003 (RJ. 4124), por los daños causados al edificio de los actores por la demolición del colindante, y en la STS, 1ª, 23.6.2003 (RJ. 3635), por la ruina del edificio de los demandantes. En ambas ocasiones, la Sala ha reiterado que la demanda contra alguno de los corresponsables del daño no interrumpe la prescripción para el resto.

El origen del problema está en la solidaridad impuesta por la jurisprudencia a todos los responsables del daño y a la que suma, sin demasiados argumentos, la responsabilidad de la compañía aseguradora de alguno de ellos. Es indudable que el artículo 1974 Cc. declara la interrupción de la prescripción de la acción de reclamación frente a todos los codeudores aunque el acreedor sólo reclame a uno el pago íntegro de la deuda. El problema de fondo que se plantea aquí, sin embargo, no es de prescripción sino de régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de varios agentes de un daño demandados por la víctima (y de los no demandados que la jurisprudencia considera responsables solidarios)²¹⁶. En las declaraciones judiciales en que se extiende la solidaridad, con o sin el calificativo de ‘impropia’, pesan más los argumentos de equidad que los procedentes del derecho positivo. La justicia del caso concreto es válida, precisamente, para el caso concreto y suele casar mal con las reglas generales.

²¹⁶ “Es cierto que, según el artículo 1974 del Código civil, la reclamación judicial o extrajudicial del total de la obligación hecha a un deudor solidario interrumpe la prescripción respecto a todos los deudores solidarios. Pero es muy claro que, para que esta norma pueda ser aplicada por darse su supuesto de hecho, hace falta que entre aquél a quien se reclama y aquél a quien se pretende extender la eficacia interruptiva de la reclamación exista efectivamente una relación de solidaridad pasiva.”, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario a la STS, 1ª, 2.2.1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, pág. 1322.

III. La situación actual en la legislación y jurisprudencia españolas

1. Leyes especiales

Como ya hemos tenido ocasión de decir en la introducción del trabajo, la responsabilidad solidaria va en camino de convertirse en la solución universal de las reclamaciones por daños en los que están implicadas varias personas. Así lo demuestra el creciente número de normas que prevén la solidaridad de los demandados como solución a la reclamación de la víctima y el cada vez mayor número de decisiones de nuestros jueces y tribunales que, aun en ausencia de previsión legal expresa, condenan solidariamente a la reparación del daño causado.

También hemos comprobado cómo en el derecho de obligaciones, del que procede el concepto y la regulación de la solidaridad, ésta se conceptúa como una garantía, una salvaguarda, que, prevista a favor del acreedor, aumenta las probabilidades de cumplimiento de la obligación.

Los defensores de la extensión de la solidaridad al derecho español de daños aducen criterios garantistas y de protección de la víctima. La garantía por la que el acreedor exige en el derecho de obligaciones que varios deudores lo sean de forma solidaria se traduce aquí en el reconocimiento a la víctima de la posibilidad de reclamar de cualquiera de los responsables del daño la indemnización por entero.

El repaso de la legislación vigente en la materia en nuestro país obliga, sin embargo, a ampliar el punto de mira del análisis. La solidaridad en el derecho de daños no cumple, sólo, una función de garantía. De hecho, la mayoría de reglas que la prevén no operan en situaciones de insolvencia previsible de algunos de los corresponsables. Un buen grupo de reglas de solidaridad soluciona problemas de identificación y traslada a uno o algunos de los causantes del daño los costes de identificación del resto de responsables (es decir, de traer al proceso o de exigir la indemnización). En otros casos, la mayoría, la solidaridad se asocia al incumplimiento de deberes legales, contractuales o anejos a un cargo o una función. En esos supuestos, la solidaridad no se basa en la insolvencia de los potenciales responsables sino en una infracción incorrecta, imprudente o dolosa, del responsable de una organización o de todos o algunos de los miembros de un grupo.

A continuación se extractan los ejemplos más relevantes de solidaridad legal vigentes en nuestro derecho de daños. Se han clasificado en tres grupos, según la función a que responde la solidaridad en cada caso. Así, un primer grupo está compuesto por las normas en que la solidaridad previene la insolvencia de alguno de los responsables. Aquí la solidaridad, según su concepción tradicional, funciona como una garantía del pago de la indemnización.

Un segundo grupo está compuesto por reglas que prevén la solidaridad en casos en que no es posible identificar a todos los causantes del daño. Puede objetarse, con razón, que este tipo de normas obedecen también a una finalidad de garantía:

cuantos más responsables se identifiquen y sumen sus patrimonios a la responsabilidad declarada por el juez, más fácil será para la víctima cobrar por entero su indemnización. Sin embargo, nos ha parecido que en los casos que existen dudas sobre la identidad de los responsables la función de la solidaridad no es primariamente la de cubrir insolvencias ajenas, sino la de trasladar al causante o causantes identificados los costes de identificación del resto. Por lo menos, y a favor de la intuición aquí defendida, todo lector convendrá que las reglas agrupadas bajo la rúbrica de los problemas de identificación no prevén, al menos de forma manifiesta, insolvencia previa alguna.

El tercer grupo de normas consta de reglas en que la solidaridad se asocia al incumplimiento de deberes legales o contractuales. En estos supuestos mantenemos que la solidaridad obedece a la idea de sanción. El ordenamiento amenaza con la imposición de la responsabilidad solidaria a quienes deben evitar un daño, bien en su propia actuación, bien en la actuación de personas que de ellos dependen. Los supuestos de hecho previstos por estas normas suponen situaciones de control, de supervisión y de decisión.

Existen supuestos de solapamiento y una misma regla podría cumplir a la vez una función de garantía y de sanción o de identificación y sanción, pero la taxonomía que sigue pretende, sobre todo, demostrar que la garantía no es la única función de la solidaridad, o no lo es, por lo menos, en el derecho de daños.

El derecho español de daños es un derecho compartido por normas civiles y administrativas. Las primeras se contienen en el Código civil, en el Código penal y en leyes especiales que desarrollan las previsiones de uno u otro código. Se aplicarán en un proceso civil ante un juez o tribunal de esa jurisdicción (salvo que la víctima decida ejercerlas en el proceso penal). Las normas administrativas, que tienen su régimen común en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, son normas sectoriales previstas como consecuencia de la causación de daños, o la infracción de deberes, en la prestación de servicios públicos y el desarrollo de actividades sometidas a licencias, permisos o controles. Prevén el inicio de un procedimiento administrativo cuya resolución será revisable por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo. En esos casos, la Administración primero, y el juez después, deciden las infracciones y las responsabilidades con cargo al infractor y al causante de daños. Infringir una norma y causar un daño son dos cosas distintas, pero cuando la norma infringida tenía por objeto proteger a algo o a alguien del sufrimiento de un perjuicio la distinción se difumina. Por este motivo, en el derecho administrativo se confunden en ocasiones los límites de sanción por infracción y de responsabilidad por daños²¹⁷. Por este motivo, se transcriben en este

²¹⁷ La confusión parece buscada de intento por la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 130.2 prevé que:

apartado normas de derecho administrativo que, aún previendo sanciones, sirven de base (a la Administración pública y a los jueces encargados de controlar su actividad) para imponer deberes de reparación de daños.

1.1. La solidaridad como garantía del pago de la indemnización

En estos supuestos el ordenamiento suma patrimonios a los del causante del daño o a los del obligado a indemnizarlo en previsión de su insolvencia o solvencia limitada. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 62.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE, núm. 306, de 22 de diciembre)²¹⁸. La Ley (LM, en adelante) exige, en sus artículos 59 y ss., que todo medicamento ha de superar, antes de su comercialización en nuestro país, una fase de ensayo con pacientes. Los pacientes, que deberán prestar su consentimiento expreso a la prueba, pueden sufrir daños. La compensación de esos daños no se agota con el seguro obligatorio que han de concertar quienes lleven a cabo el ensayo (cfr. artículo 62 LM), sino que puede afectar a su patrimonio. La garantía del pago de la indemnización es aquí la razón de la solidaridad por las cantidades que no cubra el seguro. La norma restringe, además, las cláusulas de exoneración de los responsables y convierte su responsabilidad en objetiva:

Cuando por cualquier circunstancia, el seguro no cubra enteramente los daños responderán solidariamente de los mismos, aunque no medie culpa, el promotor del ensayo, el investigador principal y el titular del hospital o centro en que se hubiere realizado, incumbiéndoles la carga de la prueba. Ni la autorización administrativa ni el informe del Comité ético les eximirá de responsabilidad.

Algo parecido sucede con el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de Edad (BOE, núm. 11, de 13 de enero) -LORPM, a partir de ahora-, que prevé la solidaridad de quienes pueden o deberían ejercer funciones de control sobre el menor que causó un delito o una falta. La norma es controvertida y tendremos ocasión de tratar de ella más adelante. De todos modos, parece que razón de ser de la solidaridad está, al menos en parte, en

Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

²¹⁸ Sobre la responsabilidades derivadas de la Ley puede consultarse el trabajo de Sonia RAMOS GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil por medicamento*, Civitas, Madrid, 2004; la misma, "La responsabilidad por medicamento en el derecho alemán", *InDret* 01/2003.

la presunción de insolvencia del causante. La Ley suma los patrimonios de sus progenitores o cuidadores para asegurar que la víctima cobrará la indemnización:

Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.²¹⁹

Un último ejemplo es el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, reguladora de la Energía Nuclear (BOE, núm. 107, de 4 de mayo). La norma prevé, dentro de los límites de cobertura establecidos por el artículo 57 de la Ley que todos los responsables serán solidarios. La víctima podrá cobrar de cualquiera de ellos toda la indemnización, con independencia de la porción de daño de la que sean responsables.

Si la responsabilidad del daño nuclear recae sobre varios explotadores, éstos responderán solidariamente por el daño acaecido hasta el límite de cobertura que se señala.

Los mejores ejemplos de la solidaridad como instrumento de garantía del pago de una deuda no se encuentran, sin embargo, en el derecho de daños; ni siquiera en el derecho privado. La solidaridad es un recurso habitual en el derecho tributario para ampliar el número de patrimonios responsables de una deuda ante la Administración tributaria. La solidaridad es un mecanismo habitual del crédito tributario.²²⁰

²¹⁹ El artículo tiene su correspondiente en el derecho administrativo sancionador en el artículo 72.1 de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobada por Real Decreto 339/1990 (Boletín Oficial del Estado, núm. 304, de 20 de diciembre):

Cuando sea declarada la responsabilidad de los hechos cometidos por un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a los mismos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores.

La responsabilidad solidaria quedará referida estrictamente a la pecuniaria derivada de la multa impuesta, que podrá ser moderada por la autoridad sancionadora. Cuando se trate de infracciones leves, previo el consentimiento de las personas referidas en el párrafo anterior, podrá sustituirse la sanción económica de la multa por otras medidas también reeducadoras.

²²⁰ Así, el artículo 6.3 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (BOE, núm. 136, de 7 de junio), los artículos 87.1 y 119.3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE, núm. 312, de 29 de diciembre), las reglas de los artículos 41.1 y 80 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE, núm. 187, de 28 de diciembre), el artículo 86.6 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (BOE, núm. 60, de 10 de marzo), los artículos 42.1 y 42.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE, núm. 302, de 18

1.2. La solidaridad como solución a los problemas de identificación de los responsables

El ejemplo paradigmático de los problemas en la identificación del causante del daño es, en el derecho español, el accidente de caza. Cuando alguno de los cazadores causó el daño pero no puede determinarse de qué arma salió el disparo que hirió a la víctima, todos responden solidariamente. La solidaridad en los supuestos en que existen problemas para identificar al causante material del perjuicio, evita la exoneración de todos los posibles responsables. En efecto, y en ausencia de una regla como la del artículo 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (BOE, núm. 82, de 6 de abril), en adelante, LC, si la víctima del daño opta por demandar a todos o algunos de los miembros de la partida de caza, la decisión del juez tendría que ser la exoneración por falta de prueba de la relación de causalidad. La regla que impide ese resultado es la que sigue²²¹:

Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza.

Un supuesto clásico de confusión entre causante y víctima es el de colisión de dos vehículos. Cuando dos objetos en movimiento chocan entre sí es imposible determinar quién fue el primero en encontrar al otro y, por tanto, quién es culpable de los daños causados. Este es el supuesto que regula el artículo 123 de la Ley 48/1960, de 21 de junio, de Navegación Aérea (BOE, núm. 176, de 23 de julio)²²²:

En caso de colisión de aeronaves, los empresarios de ellas serán solidariamente responsables de los daños causados a tercero.

Si la colisión ocurre por culpa de la tripulación de una de ellas serán a cargo del empresario los daños y pérdidas, y si la culpa fuese común o indeterminada, o por caso fortuito, cada uno de los empresarios responderá en proporción al peso de la aeronave.

El segundo párrafo de la norma confirma la intuición. La solidaridad se ha previsto para los casos en que no se pueda determinar quién fue el causante del accidente. En

de diciembre) y el artículo 12.2 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Uniones Temporales de Empresas (BOE, núm. 137, de 9 de junio)

²²¹ La STS, 1ª, 28.6.1996 (RJ. 4906) tuvo ocasión de aplicar el artículo y condenar solidariamente a los miembros de la partida de caza de la que salió el disparo que mató al marido de la actora. La Sala Primera con una argumentación discutible convalidó la decisión de la Audiencia que rebajaba la indemnización concedida por la sentencia de primera instancia de 192.324 a 108.182 euros.

²²² La solución es equivalente a la prevista en el Código de comercio para los casos de abordaje en los artículos 827 y 828 Ccom.

la duda, ambos responderán ante la víctima. Cuando, sin embargo, pueda determinarse que el accidente fue debido por la tripulación de una de las aeronaves, su titular se hará cargo de toda la indemnización.²²³

La misma Ley de Navegación Aérea prevé otra regla de responsabilidad solidaria en supuestos en que la víctima puede tener problemas para identificar al causante del perjuicio. Así sucederá habitualmente cuando el daño que sufren las mercancías se descubre en el lugar de entrega y tras una o varias operaciones de transporte combinado. Como será difícil saber cuál de ellos causó el daño, la ley permite a quien encargó el transporte o a quien recibió las mercancías que demande a todos. La regla es la del artículo 110 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea:

El transporte combinado entre varias empresas de navegación aérea las constituye en responsables solidarias, pudiendo elegir el expendidor o destinatario para la reclamación correspondiente cualquiera de las que han tomado parte en el transporte.

Una norma administrativa sectorial prevé una regla equivalente a las anteriores. Se trata del artículo 37 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (BOE, núm. 74, de 28 de marzo). La norma, tras establecer la obligación del infractor causante de daños de reparar el daño, prevé una regla de solidaridad para los supuestos en que, siendo varios los causantes de daños, no se puedan determinar las respectivas cuotas de responsabilidad:

2. Sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado. La reparación tendrá como objetivo lograr, en la medida de lo posible, la restauración del medio natural al ser y estado previos al hecho de producirse la agresión. Asimismo, la Administración competente podrá subsidiariamente proceder a la reparación a costa del obligado. En todo caso, el infractor deberá abonar todos los daños y perjuicios ocasionados en el plazo que, en cada caso, se fije en la resolución correspondiente.

3. Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás partícipes, por parte de aquél o aquéllos que hubieran hecho frente a las responsabilidades.

²²³ Aunque la norma tiene un indudable interés teórico, dudamos de su eficacia en la práctica. De hecho, es posible que la responsabilidad solidaria prevista en el primer párrafo no llegue a aplicarse nunca. Sucedido el accidente siempre podrá determinarse que, o bien se debió al caso fortuito, o bien se debió a la culpa común de ambas tripulaciones. En ese caso, se aplicará la regla de responsabilidad proporcional en función del peso de la aeronave. La solidaridad queda reservada, parece, para los casos de dolo o imprudencia muy grave.

La misma inspiración tiene la solidaridad prevista en el artículo 27.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (BOE, núm. 176, de 24 de julio). La Ley se refiere a los daños en que concurren varios causantes:

Si a la producción del daño concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.

El artículo 7 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos (BOE, núm. 161, de 7 de julio), LRCF, en adelante, prevé una regla similar:

Las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente.²²⁴

Quizá el mejor ejemplo de la imputación solidaria de responsabilidad a los varios sujetos que han participado en la causación del daño es el artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE, núm. 266, de 6 de noviembre). En sus apartados tercero, quinto y séptimo se contienen normas que evitan al demandante la tarea de probar las respectivas contribuciones al daño. En la duda responden todos y, además, el promotor de la obra:

3. No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de la construcción.

5. Cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista los mismos responderán solidariamente. Los proyectistas que contraten los cálculos,

²²⁴ Las personas responsables a que se refiere el artículo 7 son fabricantes e importadores de productos defectuosos que causen daños (de acuerdo con el artículo 1 de la Ley) y los suministradores que conozcan el defecto del producto que suministran (de acuerdo con la Disposición Adicional Única de la Ley 22/1994). En este último caso –suministradores gravemente negligente o dolosos que conocen el defecto del producto que suministran-, la Ley prevé que (...) podrá[n] ejercitar la acción de repetición contra el fabricante o importador.

Para comprender la relevancia de la norma en el sistema español de responsabilidad por productos defectuosos y la aplicación que han hecho de ella los jueces y tribunales, Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I) y (II)”, *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 9, 2003, págs. 6 a 34 y núm. 10, 2003, págs. 5 a 24; los mismos, “Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos”, *InDret 01/2000*; y Joan Carles SEUBA, Sonia RAMOS, Marc LLOVERAS, Antoni RUBÍ, José PIÑEIRO, Víctor SÁNCHEZ, Maria Àngels GIL y Pablo SALVADOR (ed.), “Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto. Cuarta edición, (noviembre de 2004)”, *InDret 01/2005*.

estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores.

7. (...) *Cuando la dirección de la obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderían solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda.*

El derecho administrativo cuenta con buenos ejemplos de reglas que prevén la solidaridad cuando no puede identificarse a los responsables de una infracción que, además, causó daños. Así, entre otros:

- Artículo 33.3 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (BOE, núm. 176, de 23 de julio):

Cuando en aplicación de la presente Ley dos o más personas resulten responsables de una infracción y no fuese posible determinar su grado de participación, serán solidariamente responsables a los efectos de las sanciones que se deriven.

- Artículo 19.2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias (BOE, núm. 71, de 24 de marzo):

Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes por parte de aquél o aquéllos que hubieran afrontado las responsabilidades.

- Artículo 8.3 de la Ley 24/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (BOE, núm. 241, de 8 de octubre):

En el caso de titularidad compartida de permisos de investigación o concesiones de explotación, el conjunto de titulares deberá designar a uno de ellos como operador, sin perjuicio de su responsabilidad solidaria frente a la Administración por todas las obligaciones que de ellos deriven. (...)

- Artículo 52.2 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE, núm. 162, de 8 de julio):

Cuando una misma infracción sea imputable a varias personas y no sea posible determinar el grado de participación de cada una de ellas, responderán solidariamente.

- Artículo 70.2 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE, núm. 280, de 22 de noviembre):

Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de una infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes por parte de aquél o aquéllos que hubieran hecho frente a las responsabilidades.

Cuando no se trata de varios agentes que deben ser sancionados por la Administración, sino de varias Administraciones públicas que actúan conjuntamente, el artículo 140 LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE

núm. 12, de 14 de enero), soluciona también con la solidaridad los problemas de identificación²²⁵:

1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

1.3. La solidaridad como sanción por el incumplimiento de deberes

En ocasiones, como hemos dicho, la solidaridad se impone a quienes incumplieron deberes de protección. No siempre se requiere el dolo, en ocasiones es suficiente con la simple imprudencia. En otras la responsabilidad va asociada al cargo. Como sucede, de forma señalada, con los miembros de los órganos colegiados de dirección d personas jurídicas.

La Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (BOE, núm. 67, de 19 de marzo) contiene una regla de responsabilidad objetiva para los participantes, en el sentido más amplio de la palabra, en el proceso de elaboración de una información lesiva de los derechos de la personalidad. Su artículo 65.2 dispone que:

La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.

La norma, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen y, sobre todo, tras la promulgación de la Constitución español de 1978 ha planteado serias dudas de vigencia y constitucionalidad a buena parte de nuestra doctrina.²²⁶

²²⁵ Sobre la situación anterior a la reforma de 1999, véase Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1998.

²²⁶ La jurisprudencia española ha aplicado el artículo 65.2 de la Ley de Prensa cuando varias personas están implicadas en la lesión al derecho al honor de una tercera. En ausencia de previsión expresa al respecto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección de civil del derecho al honor la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la previsión de la Ley de Prensa permite responsabilizar no sólo al autor de la información sino, también, a las personas que autorizaron su publicación. Así, lo hizo, entre otras, y de forma expresa, la STS, 1ª, de 4.6.1990 (RJ. 4725). En otros supuestos, como veremos al analizar la jurisprudencia, la condena solidaria a periodistas, editores,

El artículo 78.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (BOE, núm. 73, de 26 de marzo) prevé una regla de solidaridad para transmitente y adquirente de una patente ya concedida. La regla sólo será de aplicación, en general, en supuestos de dolo o culpa grave:

Quien transmita una solicitud de patente o una patente ya concedida u otorgue una licencia sobre las mismas, responderá solidariamente con el adquirente o con el licenciataria de las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a terceras personas por defectos inherentes a la invención objeto de la solicitud o de la patente.

La Ley de Auditoría de Cuentas responsabiliza solidariamente a los auditores que incumplan sus obligaciones²²⁷. Además, y cuando el infractor pertenezca a una sociedad de auditoría, ésta se sumará a la solidaridad. Así lo establecen los dos apartados del artículo 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE, núm. 169, de 15 de julio), LA, en adelante²²⁸:

1. Los auditores de cuentas responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones.

2. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, responderá tanto el auditor como la sociedad en la forma establecida en el apartado 1. Los restantes socios auditores que no hayan firmado el informe de auditoría de cuentas, responderán de los expresados daños y perjuicios de forma subsidiaria y con carácter solidario.

De nuevo, el derecho administrativo cuenta con reglas de solidaridad asociadas al incumplimiento de deberes legales o reglamentarios. Los infractores responden de forma solidaria o el titular de la organización infractora responde solidariamente con ella, con los infractores materiales o ambas cosas a la vez. Así:

redactores y empresas editoriales se fundamenta en la regla general de solidaridad de los causantes del daño. El Tribunal Constitucional, en las correlativas SSTC 171/1990, de 12 de noviembre y 172/1990, de 21 de diciembre, afirmó la compatibilidad de la regla de solidaridad del artículo 65.2 de la Ley de Prensa con la libertad de información reconocida en la Constitución española y con la Ley Orgánica 1/1982. Con motivo de un tercer recurso de amparo, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de recordar esta doctrina en la STC 15/1993, de 18 de enero.

Sobre la vigencia del artículo, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, "Daños a los derechos de la personalidad", en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, cit., págs. 1107 a 1170. Una crítica acertada a la regla del artículo 65.2 de la Ley de Prensa en Pablo SALVADOR CODERCH (dir.), Grupo de estudios sobre Técnica Legislativa, *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987.

²²⁷ Previstas en el Capítulo II de la Ley.

²²⁸ El trabajo de referencia sobre la responsabilidad de auditores es, Fernando PANTALEÓN PRIETO, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996, que critica la regla del artículo 11 LA en las páginas 21 a 30.

- Artículo 38 de la Ley 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (BOE, núm. 121, de 21 de mayo):
 1. *El que por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de causales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios.*
 2. *La responsabilidad podrá ser directa o subsidiaria.*
 3. *La responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados.*
- Artículo 178.1 y 178.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE, núm. 284, de 27 de noviembre):
 1. *Cuando el acto o la resolución se dictase mediando dolo, la responsabilidad alcanzará a todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la resolución adoptada con infracción de esta Ley.*
 3. *La responsabilidad de quienes hayan participado en la resolución o en el acto será mancomunada, excepto en los casos de dolo, que será solidaria.*

En el ámbito laboral existen normas similares:

- Artículo 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal (BOE, núm. 131, de 2 de junio):

La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley. (...)
- Artículo 42.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE, núm. 269, de 10 de noviembre):

La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de esta Ley del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal. (...)

En el derecho privado el mejor ejemplo de varios obligados de forma conjunta a cumplir con un deber es el de los miembros de los órganos de dirección y decisión de las personas jurídicas. El ordenamiento pone a cargo de administradores de sociedades, patronos de fundaciones y consejeros de cooperativas la obligación de administrar correctamente los intereses que los socios, el fundador o el resto cooperativistas dejaron en sus manos. Del incumplimiento de esos deberes (o de la causación de un daño que suponga la infracción) todos responden solidariamente.

La responsabilidad solidaria es anterior a la formalización de la organización. Así, el ordenamiento impone la solidaridad a los promotores de una sociedad anónima irregular o en formación que incumplen los deberes de inscripción y publicidad. Así lo dispone el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de

diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre), en adelante, LSA:

Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.

El equivalente para las sociedades de responsabilidad limitada es el artículo 15.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE, núm. 71, de 24 de marzo), que también impone la solidaridad a los promotores que incumplan el deber de inscripción:

Los fundadores y los administradores responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación.

El artículo 9.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE, núm. 170, de 17 de julio) adopta la misma solución para ese tipo de organización:

De los actos y contratos celebrados en nombre de la proyectada cooperativa antes de su inscripción, responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado. (...)

El artículo 13.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre), hace lo propio con las fundaciones que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley deben inscribirse en el registro administrativo correspondiente:

Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción.

Las normas no son exclusivas del derecho privado.

- El artículo 42.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE, núm. 91, de 15 de abril) la prevé para las mutuas de patronos:

Si los empresarios promotores de una Mutua Patronal realizasen algún acto e nombre de la entidad antes de que su constitución haya sido autorizada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y sin que figure inscrita en el correspondiente Registro, o cuando falte alguna formalidad que la prive de la existencia en derecho y de personalidad en sus relaciones jurídicas con terceros, los que de buena fe contraten con la Mutua Patronal no tendrán acción contra ésta, pero sí contra los promotores. En este supuesto la responsabilidad de los promotores por dichos actos será ilimitada y solidaria. (...)

Y en el ámbito de la contratación pública:

- Artículo 24.1 de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre) dispone que:

La Administración podrá contratar con uniones temporales de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor. Dichos empresarios quedarán obligados solidariamente ante la Administración y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa. La duración de las uniones temporales será coincidente con la del contrato hasta su extinción.

Durante la vida de la organización la responsabilidad solidaria sigue a quienes ocupen los cargos de dirección. El ejemplo clásico es el de los artículos 133.1, 133.3 y 262.5 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre), que prevén la solidaridad de los administradores por la causación de daños a la sociedad, a sus socios o a los acreedores y por el incumplimiento de la obligación de instar la disolución de la sociedad²²⁹:

Artículo 133

1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

Artículo 262.5 LSA:²³⁰

²²⁹ El artículo 46 LSA también prevé la responsabilidad solidaria para los transmitentes de acciones no liberadas:

1. El adquirente de acción no liberada responde solidariamente con todos los transmitentes que le precedan, y a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada.

2. La responsabilidad de los transmitentes durará tres años, contados desde la fecha de la respectiva transmisión. Cualquier pacto contrario a la responsabilidad solidaria así determinada será nulo.

3. El adquirente que pague podrá reclamar la totalidad de lo pagado de los adquirentes posteriores.

²³⁰ Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, en Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Manuel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 701 a 721, califica la responsabilidad del artículo 262.5 LSA como una ‘responsabilidad-sanción’.

Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.

El mismo régimen de responsabilidad se prevé para los consejeros de la cooperativa y para los patronos de la fundación. Así lo prevé, para las primeras el artículo 43 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE, núm. 170, de 17 de julio):

La responsabilidad de los consejeros e interventores por daños causados se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas, si bien los interventores no tendrán responsabilidad solidaria. (...)

Las segundas tienen su regulación específica en el artículo 17.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre):

Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

La responsabilidad solidaria de los miembros de un órgano colegiado no se limita a los supuestos de funcionamiento activo de la persona jurídica. Los apartados segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE, núm. 164, de 10 de julio) prevén la solidaridad de los administradores concursales:

2. Será solidaria la responsabilidad derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias, quedando exonerado en este último caso el administrador concursal que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél.

3. Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

2. Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (1996-2003)

La lectura de las decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo español del período analizado demuestra que con frecuencia, y con una frecuencia cada vez mayor, varios o todos de los demandados son condenados a reparar los daños causados a la víctima. La Sala Primera del Tribunal Supremo, con un pragmatismo que en ocasiones ha faltado a la doctrina, ha establecido el principio (casi) general de la solidaridad entre los responsables del mismo daño.

En virtud de la doctrina de la solidaridad entre los condenados a la reparación de un daño habrá que entender que, aunque el fallo no lo diga expresamente, la solidaridad será el régimen jurídico que una a los condenados frente a la víctima cuando el Tribunal, sin especificar cuotas de responsabilidad, condene de forma conjunta a varios o todos de los demandados. Cuando la Sala Primera quiere que no opere la responsabilidad solidaria entre los condenados lo dice de forma expresa. Así ha sucedido en ocasiones, incluso, en los ámbitos más tradicionales de aplicación de la doctrina jurisprudencial de la solidaridad entre los responsables del daño. La STS, 1ª, 20.2.2002 (RJ. 3501) condena al director de la revista "Actualidad Económica" y a su empresa editorial por la noticia inveraz que publicaron sobre el demandante. La responsabilidad entre los condenados no fue impuesta de forma solidaria. Cada uno de ellos, falló la sentencia, debía responder del 50% de la indemnización reconocida a la víctima.

A pesar de la ausencia de una regla al respecto en el Código civil y de las limitaciones impuestas a la solidaridad en los artículos 1137 a 1148 Cc., la jurisprudencia civil, y de forma muy señalada la Sala Primera del Tribunal Supremo, no ha tenido inconveniente en responsabilizar de forma solidaria a quienes, de forma más o menos directa, pudieron hacer algo por evitar el daño.

La cantidad y diversidad de casos en que la Sala Primera opta por la responsabilidad solidaria dificulta la propuesta de una clasificación. Los criterios de decisión del Tribunal se solapan. Así, a la garantía de la víctima, se suman otras finalidades, más o menos declaradas en las ponencias de las sentencias, que justifican, en casos concretos, la imposición de la solidaridad a los demandados.

Es tristemente acertada la observación que escribió Luis Díez-Picazo en la Introducción a su *Derecho de daños* sobre la jurisprudencia española sobre responsabilidad civil extracontractual: "Las sentencias dictadas en esta materia en los últimos años son muy numerosas y de muy diferente pelaje, que obedece a las características de los asuntos y de los ponentes. Hay que decir, abruptamente, que no existe entre ellas unidad de doctrina y que muchas veces presentan muy claras contradicciones. No hay, en el sentido del artículo 1.9 Cc, jurisprudencia en el genuino significado de la palabra."

Desde un punto de vista normativo (si se puede hablar así en un ámbito en el que el Tribunal actúa al margen –cuando no en contra- de las disposiciones legales) la condena solidaria impuesta por los jueces y tribunales civiles responde a las tres finalidades examinadas con motivo del análisis de la legislación especial. En

ocasiones, la solidaridad obedece a un claro interés del juzgador por garantizar el crédito indemnizatorio de la víctima. En otras, la solidaridad responde a la imposibilidad de identificar las respectivas contribuciones al daño. Algunas condenas solidarias parecen responder a la idea de castigo o sanción: se impone un régimen de responsabilidad más riguroso a quienes actuaron de forma más desconsiderada.

La constante en todos los casos es la condena solidaria de la compañía aseguradora. Así, aunque no existan dudas razonables sobre la solvencia del causante material del perjuicio –una Administración pública, por ejemplo- la condena alcanza también a la compañía aseguradora de la responsabilidad que responde de forma solidaria ante la víctima del daño. La compañía de seguros presente en el proceso de responsabilidad civil seguido contra alguno de sus asegurados es condenada de forma solidaria al pago de la indemnización: la garantía de la víctima, afirma con frecuencia la Sala Primera, así lo impone. La solidaridad entre aseguradora y asegurado –dispuesta al margen del carácter obligatorio o voluntario de la póliza- y el poco respeto que la condena suele tener al límite de la cobertura pactada genera los problemas de los que trataremos en los siguientes capítulos del trabajo.

Las víctimas de daños suman las aseguradoras de los causantes a la demanda de reparación de daños en la que solicitan la admisión de los hechos y la condena indemnizatoria por los daños causados. Los jueces y tribunales civiles que estiman la demanda condenan solidariamente a asegurados y a compañías al pago de la indemnización. La regla general es que la sentencia no prevenga que la responsabilidad de la aseguradora se limite a la cantidad cubierta por la póliza. La STS, 1ª, 29.4.2002 (RJ. 4971) es una excepción. La vivienda de los demandados ardió y el fuego acabó también con la de los demandantes. El fuego se originó por un cortocircuito en la estufa que los demandados, que se dedicaban a labores de corte y confección, tenían en una habitación llena de tejidos y telas. La Sala Primera del Tribunal Supremo, que casó la sentencia desestimatoria de la apelación, condenó a los demandados y a su aseguradora a satisfacer a los actores los 120.202,42 euros a que ascendían los daños materiales. La aseguradora demandada respondió con el límite de la cobertura de la póliza suscrita con los demandados: 13.222,27 euros más el 20% anual correspondiente a los intereses de demora.

La mayoría de decisiones que condenan a la aseguradora junto a sus asegurados no establecen, sin embargo, limitación alguna de responsabilidad para la compañía. La Sala ha repetido en varias ocasiones que la condena solidaria de asegurado y aseguradora responde al interés de proteger el crédito indemnizatorio de la víctima que cuenta con el patrimonio de la compañía. Así, respondieron solidariamente de los daños causados, las compañías aseguradoras del propietario de un local que se incendió por los daños causados a los locales vecinos en la STS, 1ª, 11.6.2003 (RJ. 4885), en la STS, 1ª, 20.2.2003 (RJ. 1074) con un arquitecto por los defectos de una obra, en la STS, 1ª, 27.3.2003 (RJ. 1890), por la muerte de aves en un corral causada por la defectuosa instalación del sistema de ventilación, en la STS, 1ª, 14.7.2003 (RJ. 4630), por la negligencia profesional de un abogado, en la STS, 1ª, 21.12.2002 (RJ. 10934), por

el accidente causado por unas obras mal señalizadas, en la STS, 1ª, 31.1.2001 (RJ. 537), con Repsol Butano por la explosión de gas en la vivienda de los actores, en la STS, 1ª, 14.4.2001 (RJ. 3640), con la constructora que cortó una instalación eléctrica subterránea, en la STS, 1ª, 17.10.2001 (RJ. 8642), con una cooperativa por las lesiones de un trabajador sufridas en la vendimia; y en muchos otros casos de responsabilidad individual durante el período analizado. De hecho, la doctrina jurisprudencial que afirma la responsabilidad solidaria de asegurado y aseguradora ha enterrado la responsabilidad individual en nuestro derecho de daños, al menos en los casos en que el causante de daños está asegurado.

En la mayoría de los casos, a la garantía de la víctima que procede de la aseguradora del causante se suma la condena solidaria de causante material del daño y personas o entidades de las que depende. Las aseguradoras se suman también a la condena solidaria de varias personas que desarrollaron la actividad causante de daños cuando no es posible identificar (o lo es a un coste muy elevado) las contribuciones individuales al perjuicio que sufre la víctima. Las aseguradoras también están presentes en los casos en que la solidaridad viene impuesta por la propiedad de las instalaciones en que se causó el daño o por la titularidad de los servicios que lo causaron.

La ausencia de una norma legal expresa, que no ha sido un obstáculo para la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad solidaria, es la causa de buena parte de los problemas derivados de la solución judicial. Los más relevantes, como veremos, se deben a la falta de orientaciones expresas sobre la relación interna entre los corresponsables solidarios. También trataremos la cuestión en los capítulos siguientes del trabajo.

Desde el punto de vista material, los casos en que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha optado por la condena solidaria durante el período analizado pueden reconducirse a tres grupos o categorías generales. El Tribunal condena de forma solidaria cuando a) existe una relación de dependencia entre el causante material del daño y el resto de demandados; b) cuando los demandados han desarrollado en común la actividad que causó de daños y c) cuando puede sumar a la condena a los titulares de la actividad, los propietarios de las instalaciones en que se causó el daño o los encargados de controlar, antes o durante, el desarrollo de la actividad.

La solidaridad impuesta por los jueces y tribunales civiles obvia las carencias de regulación asociadas a la responsabilidad solidaria. La ausencia más destacada en las decisiones de la Sala Primera es la falta de orientaciones sobre la distribución de la responsabilidad en la relación interna entre los corresponsables solidarios.

2.1. Relación de dependencia, supervisión o control

La Sala Primera condena de forma solidaria a los demandados en un pleito de responsabilidad civil extracontractual cuando aprecia algún tipo de relación de

dependencia, formal o informal, o la distribución, (contractual, legal o de hecho) de funciones de coordinación, de supervisión o de control entre el causante material del daño y el resto de demandados. En estos casos, la condena solidaria se asemeja más a una sanción por el incumplimiento de deberes de control, de coordinación o de vigilancia que a una técnica de refuerzo del crédito de la víctima.

Los titulares de organizaciones (públicas o privadas) responden de forma solidaria por el daño causado por uno de sus empleados, dependientes, agentes o miembros. La Sala Primera no siempre exige que la dependencia sea jerárquica o se base en una relación laboral o asimilable. Los casos guardan una indudable relación a responsabilidad del empresario por daños causados por sus dependientes prevista de forma general en el artículo 1903 Cc. Aunque las ponencias del Supremo no citen en todos los casos el artículo 1903 Cc. entre sus fundamentos de derecho, la denominada responsabilidad por hecho ajeno es un claro supuesto de responsabilidad solidaria en la aplicación judicial del derecho español de daños.²³¹

La jurisprudencia civil, con la aquiescencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, condena de forma solidaria al empleado que causa el daño y al empresario de quien depende.

Así, la STS, 1ª, 24.2.2003 (RJ. 1599), condenó solidariamente al trabajador y a la empresa que subcontrató algunas tareas de la obra que realizaba por los daños que sufrió uno de los trabajadores de la empresa subcontratada. La víctima había pedido ayuda al trabajador de la empresa condenada para mover una de las piezas de un almacén. En la operación, la pieza cayó sobre la víctima, que falleció al instante. En la STS, 1ª, 5.6.2003 (RJ. 4124), dos arquitectos técnicos respondieron solidariamente con la empresa de derribos para la que trabajaban por los daños causados a la finca de los actores. La STS, 1ª, 18.3.2000 (RJ. 2018), condenó a la empresa constructora, a su arquitecto y a su aparejador por los daños que la construcción causó en el edificio contiguo a la obra,

²³¹ Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, cit., pág. 61, cita la STS, 1ª, 14.2.1964 como el ejemplo de la doctrina jurisprudencial que asocia la solidaridad a los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. Los fundamentos jurídicos de la sentencia resumen bien los motivos a los que acude el Tribunal para condenar solidariamente a empresario y empleado: "(...) Y si bien es cierto que la solidaridad, al no presumirse debe expresamente establecerse hay casos en que la impone el legislador en atención a ciertos intereses que quiere tutelar, cual es la decretada como sanción de una falta para que el perjudicado tenga la garantía de poder dirigirse indistintamente contra cualquiera de los responsables sin necesidad de fraccionar su reclamación; caracteres y requisitos que se dan en las obligaciones del artículo 1903 Cc. puesto que: 1. Hay pluralidad de sujetos pasivos por estar obligados a reparar tanto el autor material del daño como la empresa de la que aquél es empleado o dependiente; 2. Unidad de objeto cristalizado en reparar el daño causado; 3. Pluralidad de vínculos, pues la obligación de la empresa es indistinta e independiente de la que contrae en autor material; 4. Garantía del perjudicado que puede dirigirse contra ambos o contra cualquiera de ellos."

En el caso finalmente resuelto por la STS, 1ª, 29.5.2003 (RJ. 3913), la propietaria del buque y uno de sus empleados que dirigía las maniobras de descarga respondieron solidariamente de los 210.354,23 euros por las lesiones que sufrió uno de los trabajadores del Puerto de Santander.

La STS, 1ª, 13.2.2001 (RJ. 852), condenó al pago solidario de una indemnización de 90.500 euros a los encargados de la tala de árboles y a la serrería para la que trabajaban por la muerte de una viandante sobre la que cayó una rama. En la STS, 1ª, 27.2.2001 (RJ. 2555), responsabilizó solidariamente al director de la obra y a la empresa constructora por la rotura de cables telefónicos subterráneos. En la STS, 1ª, 19.6.2000 (RJ. 5291), la academia de vuelo AeroMadrid S. A. respondió del fallecimiento de uno de sus alumnos. El avión que pilotaba, bajo la dirección del instructor, se estrelló en las cercanías de Navalcarnero (Madrid).

El grupo de empresarios privados más veces condenado a responder solidariamente por los daños causados por los miembros de la organización que dirigen son los propietarios, editores y redactores de medios de comunicación. Al analizar la legislación especial hemos tenido ocasión de comprobar las dudas que plantea el artículo 65.2 de la Ley de Prensa que prevé la responsabilidad solidaria de autores, directores, impresores y distribuidores de escritos extranjeros. Aunque el Tribunal Constitucional ha afirmado la constitucionalidad del precepto, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha mantenido, en general, al margen de la discusión y, en virtud de la denominada ‘solidaridad impropia’, ha condenado a propietarios, directores y redactores a responder de forma solidaria con el autor del artículo o información inveraz o lesiva del derecho al honor, la intimidad o la propia imagen del demandante.

Así, la STS, 1ª, 5.5.2003 (RJ. 3876), convalidó la condena al grupo editorial, a la sociedad propietaria del diario y al periodista que firmó una noticia en la que se afirmaba que el demandante cumplía condena por su colaboración con la banda terrorista ETA. La confusión les costó a los condenados solidarios una indemnización de 15.025 euros. La STS, 1ª, 9.5.2003 (RJ. 3891), también condenó al grupo editorial, a la sociedad propietaria del semanario y a las dos periodistas que, en un reportaje sobre las causas de la ruptura de la pareja, incluyeron, sin conocimiento ni consentimiento, la fotografía de los actores, un matrimonio que paseaba por un parque de Madrid. La indemnización ascendió en este caso a 90.151,82 euros.²³²

Las condenas solidarias no se limitan a informaciones publicadas. También la protección de la imagen ha motivado condenas solidarias como la impuesta a “Telemadrid, S. A.” y a los responsables del programa que retransmitió la imagen del cadáver del marido de la actora, fallecido en un accidente de circulación. La STS, 1ª, 23.5.2003 (RJ. 3593), condenó a la propietaria del medio y directores del programa fueron condenados solidariamente al pago de una indemnización de 18.030,36 euros.

²³² Sobre la publicación incontestada de fotografías y los comentarios que las acompañan, Pablo SALVADOR CODERCH y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “Pies de foto”, *InDret* 01/2000.

La STS, 1ª, 27.6.2003 (RJ. 4312), puso fin a un proceso iniciado por el Ministerio Fiscal contra la revista, el director y los periodistas firmantes de un reportaje sobre una menor de edad adoptada portadora del virus del SIDA. La demanda incluyó también al padre de la menor, también condenado solidariamente al pago de una indemnización de 60.101,21 euros. La STS, 1ª, 30.9.2003 (RJ. 6448), confirmó la condena solidaria de 3.005,6 euros a la sociedad propietaria y al director del periódico que publicó que los actores habían recibido favores políticos.

Los candidatos a ser responsables solidarios por una lesión al derecho al honor, la intimidad o la imagen varían en función de las circunstancias del caso. Así, la STS, 1ª, 6.11.2003 (RJ. 8168), condenó a la empresa editorial y a los periodistas por las informaciones vejatorias publicadas sobre la segunda mujer de un conocido empresario. A la misma solución llegó la STS, 1ª, 10.1.2001 (RJ. 1309), por la publicación de una noticia que relacionaba al actor con el entorno de ETA. Suman al director del medio de comunicación a la condena solidaria de empresa editorial y periodistas firmantes, la STS, 1ª, 19.4.2002 (RJ. 4155), por una noticia que afirma que la actora había sido investigada por un presunto delito de prostitución y tráfico de joyas, la STS, 1ª, 7.5.2002 (RJ. 3679), por la publicación de una noticia falsa, y la STS, 1ª, 25.1.2002 (RJ. 31), que relacionaba a la actora con la trata de blancas y la inmigración ilegal. Del mismo modo, las SSTS, 1ª, 22.11.2002 (RJ. 10364) y 25.11.2002 (RJ. 10274), condenan al Grupo Zeta y a los periodistas que publicaron informaciones falsas en uno de los semanarios del grupo. Sin embargo, la STS, 1ª, 20.5.2002 (RJ. 5344), sólo condenó al director del medio y a la empresa editorial por el reportaje que afirmaba que un párroco rural estaba involucrado en el tráfico de obras de arte. La STS, 1ª, 24.6.2000 (RJ. 5303), se limitó también a condenar a los directores de la publicación y la empresa propietaria del periódico que afirmó que un alcalde permitía el tráfico de drogas en su municipio.

Tras las condenas a empresarios de la comunicación, siguen las pronunciadas contra gestores privados de servicios sanitarios.

La STS, 1ª, 12.6.2001 (RJ. 6649) estimó el recurso contra las sentencias desestimatorias de las instancias por la muerte del marido de la actora. La víctima había ingresado en la Clínica San Pedro que gestiona la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo La Previsión en la ciudad de Madrid con una herida en el dedo pulgar de la mano derecha. Falleció a consecuencia de un shock anafiláctico causado por la anestesia. El facultativo y la Mutua fueron condenados al pago solidario de una indemnización de 90.151,82 euros.

La STS, 1ª, 24.3.2001 (RJ. 3986) confirmó la sentencia de la Audiencia de Madrid que condenaba al neonatólogo de la Clínica Nuevo Parque y a la propietaria del centro, Clínicas S. A. al pago solidario de la indemnización que se fije en ejecución de sentencia²³³ por la ceguera que el hijo recién nacido de los actores sufrió durante su

²³³ Afortunadamente, el artículo 219 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al demandante que solicite una condena dineraria a cuantificar exactamente su importe. Con esa medida desaparecerán de nuestro sistema las sentencias meramente declarativas del derecho de la víctima a cobrar una

estancia en una de las incubadoras de la clínica. La sentencia de primera instancia había desestimado la demanda porque, consideró, se trataba de un caso de litisconsorcio pasivo necesario y en la demanda no se emplazaba a la aseguradora de la clínica.

Declaran la responsabilidad solidaria del facultativo que intervino o trató a la víctima del daño y la entidad privada propietaria del centro sanitario o la Mutua o aseguradora médica la STS, 1ª, 8.5.2003 (RJ. 3890), por la inmovilidad de la rodilla causada por el defectuoso tratamiento de un accidente de esquí, la STS, 1ª, 8.9.2003 (RJ. 6065), por las graves lesiones seguidas a una operación de extirpación de bocio, la STS, 1ª, 31.7.2002 (RJ. 7741), en la que el feto falleció durante el parto por la falta de instrumental médico adecuado, la STS, 1ª, 14.5.2001 (RJ. 6204), por la defectuosa atención médica del parto en el que el feto sufrió graves daños, la STS, 1ª, 19.7.2001 (RJ. 9517), por lesiones, no detalladas en el texto de la sentencia, que sufrió la paciente en el postoperatorio, la STS, 1ª, 26.9.2000 (RJ. 8126), por los daños causados al paciente a quien no se le solicitó su consentimiento informado, la STS, 1ª, 25.7.1996 (RJ. 5898), por la sección de un nervio en una operación de prótesis de cadera.

La aplicación (en ocasiones, presunta) que hace la Sala Primera del Tribunal Supremo del artículo 1903 Cc. permite condenar al empresario por los daños que causa uno de sus trabajadores a alguno de sus compañeros. Empresario y trabajador responden solidariamente de los daños causados a la víctima, empleado del primero y compañero del segundo.

En la STS, 1ª, 19.11.2003 (RJ. 8336) el trabajador atropellado por una carretilla obtuvo condena solidaria contra el trabajador que la conducía y la empresa de ambos. En la STS, 1ª, 16.1.2003 (RJ. 1), la empresa constructora respondió solidariamente con uno de sus empleados, conductor de una grúa, de los 62.649,50 euros debidos por los daños que una maniobra de la máquina causó a uno de los albañiles que trabajaba para la constructora. En la STS, 1ª, 18.3.2003 (RJ. 2754), fueron dos empleados quienes respondieron solidariamente con la empresa por los daños causados a un compañero. En las STS, 1ª, 19.6.2003 (RJ. 4244) y STS, 1ª, 29.1.1999 (RJ. 634), fueron todos los miembros del grupo de trabajadores encargados de la tala de unos árboles los que respondieron junto a su empresa por la muerte de un compañero, que cayó del árbol en que trabajaba. Durante el período de referencia, condenaron solidariamente a

indemnización. La Ley obliga también a que consten las bases de cálculo de la indemnización. Es de esperar que la exactitud exigida a los demandantes se corresponda con una mayor atención de jueces y tribunales a la cuantía del daño y las bases de su cálculo que facilite las previsiones de condena. De todos modos, mientras la Sala Primera mantenga su doctrina de la 'no revisabilidad de la indemnización en la casación', las sentencias de pleitos de responsabilidad civil presentarán la dispersión de indemnizaciones que tanto dificulta el aseguramiento de la responsabilidad y las transacciones entre causantes y víctimas. Véase, sobre los problemas de la variabilidad de las indemnizaciones, Jesús PINTOS AGER, *Baremos, seguro y derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1998; el mismo, "Baremos", *InDret 01/2000*; el mismo, "Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos", *InDret 04/2000*; el mismo, "Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad", *InDret 02/2003*; y Pablo SALVADOR CODERCH, "ABC de la transacción", *InDret 04/2002*.

trabajadores y empresarios por daños derivados de accidentes laborales, la STS, 1ª, 21.7.2003 (RJ. 6039), por las lesiones que sufrió un empleado. En la STS, 1ª, respondieron solidariamente la empresa productora y el especialista de una escena por los daños que sufrió una ayudante de cámara durante el rodaje de una película, la STS, 1ª, 13.2.2002 (RJ. 3198), por los daños sufridos por un yesero, la STS, 1ª, 21.2.2002 (RJ. 2894), que sumó la responsabilidad del gerente de la empresa, las SSTS, 1ª, 15.7.2002 (RJ. 5911), 31.7.2002 (RJ. 6944), 6.4.2000 (RJ. 1821) y 12.5.1997 (RJ. 3833), por accidentes mortales en una mina, las STS, 1ª, 13.12.2001 (RJ. 9354) y STS, 1ª, 15.7.2000 (RJ. 6885), por el fallecimiento de un trabajador de la construcción, la STS, 1ª, 18.1.2000 (RJ. 68) en la que respondieron el conductor del tractor y su empresa por el fallecimiento de un tercero que colaboraba en la recolección de fruta y que murió atropellado, la STS, 1ª, 4.4.2000 (RJ. 2506), por la muerte causada por una fuga de gas, la STS, 1ª, 20.9.2000 (RJ. 7519), en la que respondieron el capitán del buque y la propietaria por los daños sufridos por uno de los marineros, las STS, 1ª, 9.10.2000 (RJ. 9184) y STS, 1ª, 14.11.2000 (RJ. 8981), por accidentes mortales causados por una de las grúas de la empresa para la que trabajaba su conductor. En la STS, 1ª, 19.2.1998 (RJ. 985), la muerte del trabajador fue provocada por una excavadora conducida por otro trabajador. En la STS, 1ª, 31.3.1998 (RJ. 1855), la víctima murió cuando reparaba un elevador por una negligencia del encargado de la obra. La responsabilidad de empresario y empleados es solidaria en los casos resueltos por las SSTS, 1ª, 2.3.2000 (RJ. 1306), 7.3.1997 (RJ. 1645) y 24.11.1997 (RJ. 8100).

La responsabilidad solidaria del empresario va más allá de la existencia de una relación laboral. La solidaridad, durante el período analizado, ha sido la solución habitual de la jurisprudencia civil para los daños sufridos por trabajadores de empresas subcontratadas que prestaban sus servicios en los locales o instalaciones de la empresa que contrató los servicios.

La STS, 1ª, 4.6.2003 (RJ. 4328), condenó solidariamente al capataz de la obra, a la empresa para la que trabajaba la víctima y a la empresa que contrató sus servicios. La víctima cayó desde una escalera en mal estado y sufrió lesiones que, a los pocos días del accidente, le casaron la muerte. En la STS, 1ª, 17.7.2003 (RJ. 6575), respondieron solidariamente dos empresas constructores con sus respectivos jefes de obra por los daños sufridos por el trabajador de una de ellas. La STS, 1ª, 4.3.2000 (RJ. 5242), condenó a la empresa del trabajador y a la que contrató sus servicios por el accidente que provocó su muerte por electrocución. En la STS, 1ª, 2.7.2001 (RJ. 1700), el trabajador que cayó desde un andamio obtuvo condena solidaria de la empresa para la que trabajaba y de la que se encargó de montar el andamio. La empresa promotora, la constructora, las empresas subcontratadas y los arquitectos que trabajaban para todas ellas respondieron por los daños causados al edificio de los demandantes en la STS, 1ª, 27.3.2000 (RJ. 2488). En la STS, 1ª, 6.5.2000 (RJ. 3104), la empresa responsable de la obra, la que puso la grúa respondieron, junto a la empresa para la que trabajaba la víctima, del fallecimiento de un trabajador. La misma condena recayó, en la STS, 1ª, 7.7.2000 (RJ. 5938) sobre la promotora y dos empresas subcontratadas por la muerte de un trabajador. La subcontrata fue la excusa para la responsabilidad solidaria por la muerte por inhalación de gases tóxicos de un empleado en la STS, 1ª, 21.7.2000 (RJ.

5500). La responsabilidad de empresa principal y las subcontratadas fue solidaria en los casos resueltos por las SSTs, 1ª, 17.2.1999 (RJ. 1244), caída desde un andamio, 29.3.1999 (RJ. 2013) y 20.5.1999 (RJ. 3355), ambas por muerte por electrocución, 22.5.1999 (RJ. 4582) y 21.9.1998 (RJ. 6745), por los daños materiales causados por un incendio, 5.5.1998 (RJ. 3233), por los daños causados a la vivienda de los actores, 13.10.1998 (RJ. 8373), por la muerte de un trabajador de la empresa subcontratada, 11.12.1997 (RJ. 8972), por el fallecimiento del soldador que falleció mientras trabajaba en una gasolinera, 4.4.1997 (RJ. 2639), por las lesiones causadas en una operación de descarga, la STS, 1ª, 30.1.1996 (RJ. 740), por el hundimiento de una estructura metálica que causó daños materiales, la STS, 1ª, 5.3.1996 (RJ. 1876), en la que murió electrocutado un trabajador

La interpretación extensiva de la regla de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 Cc. aplicada con motivo de la responsabilidad solidaria de principal y empleado o dependiente se aplica también a las Administraciones públicas demandadas en la vía civil por daños causados por el funcionamiento de un servicio público. Las Administraciones públicas más veces condenadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo a responder solidariamente por los daños causados por el personal a su servicio han sido la Administración pública sanitaria y las administraciones locales. Además, siempre que concurre un seguro, la condena solidaria se hace extensiva a la compañía.²³⁴

Las condenas al Instituto Nacional de Salud (INSALUD) y a sus correspondientes autonómicos son frecuentes en el período de referencia.

La STS, 1ª, 15.9.2003 (RJ. 6418) estimó el recurso de casación del demandante contra las sentencias desestimatorias de las instancias. El actor se había sometido a una sencilla operación de extirpación de un quiste en la base del cuello. Durante la operación sufrió una lesión parcial del nervio espinal que de la que derivaron graves lesiones por la que se solicitaba en la demanda una indemnización de 51.086 euros. Las instancias desestimaron la demanda contra el cirujano, el Insalud y la aseguradora de ambos por falta de prueba de la culpa del primero. La Sala Primera estimó el recurso y, con él, la demanda. El daño sufrido por la víctima es desproporcionado y la víctima de una negligencia médica no debe probar la negligencia del facultativo, que se supone en virtud de la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 28 LGDCU.²³⁵

²³⁴ Sobre los problemas que plantea el aseguramiento de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas, Alejandro HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

²³⁵ Sobre la distribución de la carga de la prueba en los casos de daños causados por presuntas negligencias médicas y la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios a los daños causados por servicios médicos como el descrito, véase Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Civitas, Madrid, 2004; y Fernando GÓMEZ POMAR, "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", *InDret* 01/2001.

Diez días después, la Sala Primera decidió de forma idéntica un caso similar. La víctima había sufrido una lesión en el nervio espinal a la que siguió su incapacidad permanente mientras se realizaba la biopsia a un tumor que le había aparecido en el cuello. La STS, 1ª, 25.9.2003 (RJ. 6826) convalidó, sin embargo, una indemnización de 234.394,72 euros que debían pagar el Servicio Gallego de Salud, su aseguradora y el cirujano que intervino a la víctima.

El Servicio Valenciano de la Salud (Servas) respondió solidariamente con uno de sus médicos por los daños sufridos por una menor de edad (apenas 3 años) a la que se le recetó un antibiótico con efectos broncodilatadores previsto para adultos. La medicina dispensada por vía intravenosa causó graves lesiones musculares a la niña. Tras la operación que intentó corregirlas, se infectó la cicatriz de la paciente, que sufre, además, un grave perjuicio estético. La STS, 1ª, 4.4.2001 (RJ. 4781) confirmó la condena solidaria de médico y servicio público a pagar una indemnización de 48.080,97 euros por los daños causados.

La responsabilidad del titular de los servicios sanitarios no se limita a la actividad de los médicos. La STS, 1ª, 10.7.2002 (RJ. 6239) condenó solidariamente al Insalud y a una de las enfermeras del Hospital Público de Toledo por la negligente atención prestada a un enfermo ingresado por un tratamiento de quimioterapia. La enfermera no controló los niveles de suero del paciente ni atendió a los avisos de los familiares que acompañaban al paciente. La reacción del exceso de suero con la quimioterapia provocó una tendinitis que, a pesar de la operación a que fue sometido el enfermo, le provocó la rigidez en varios dedos de la mano derecha. La Sala Primera convalidó la indemnización de 76.508,84 euros impuesta por las instancias.

Condenan solidariamente al titular del servicio público de salud y al facultativo que trató a la víctima la STS, 1ª, 27.5.2003 (RJ. 3929), en la que falleció el paciente en la mesa del quirófano, la STS, 1ª, 5.7.2002 (RJ. 5514) por las lesiones sufridas a consecuencia de una operación de vasectomía, la STS, 1ª, 27.5.2002 (RJ. 7159), por los daños causados al feto como consecuencia de la defectuosa atención médica del parto, la STS, 1ª, 11.4.2002 (RJ. 3288), en la que el paciente falleció inopinadamente al día siguiente de la operación, la STS, 1ª, 26.11.2001 (RJ. 9517), por las graves lesiones seguidas a una operación hernia discal, la STS, 1ª, 17.10.2000 (RJ. 8808), por la negligente perforación del esófago en una intervención quirúrgica, la STS, 1ª, 20.11.2000 (RJ. 9310), por el contagio de virus en el quirófano del hospital, la STS, 1ª, 28.11.2000 (RJ. 9303), por la sección de un músculo causada por una biopsia, la STS, 1ª, 23.2.1999 (RJ. 1059), por las malformaciones causadas al feto durante el parto, la STS, 1ª, 13.4.1999 (RJ. 2583), en la que la víctima falleció en la mesa de operaciones por una reacción a la anestesia, la STS, 1ª, 24.5.1999 (RJ. 3359), por la sección del uréter del actor, la STS, 1ª, 24.5.1999 (RJ. 3925) por una defectuosa atención primaria que provocó la amputación de la mano izquierda del actor, la STS, 1ª, 11.2.1998 (RJ. 707), por la transfusión de sangre contaminada con el virus del SIDA, la STS, 1ª, 26.2.1998 (RJ. 1169), en la que se contagió el SIDA al paciente de un tratamiento de hemodiálisis, la STS, 1ª, 30.4.1998 (RJ. 3457), por las lesiones causadas al feto por el defectuoso funcionamiento de la maquinaria quirúrgica empleada en el parto, la STS, 1ª, 29.7.1998 (RJ. 6453), en la que la reacción a la anestesia causó la parálisis total del

paciente, la STS, 1ª, 8.10.1998 (RJ. 7548), en la que la parálisis fue causada por una infección postoperatoria, las SSTS, 1ª, 7.4.1997 (RJ. 2742) y 7.5.1997 (RJ. 3874), por los daños derivados del retraso injustificado de una operación, la STS, 1ª, 22.4.1997 (RJ. 3249), por las lesiones causadas por una operación de varices, la STS, 1ª, 30.5.1997 (RJ. 4119), por las lesiones causadas por gérmenes hospitalarios, la STS, 1ª, 1.7.1997 (RJ. 5471), en la que la negligente atención médica agravó el estado del paciente al que se amputó la pierna izquierda, la STS, 1ª, 28.7.1997 (RJ. 5954), por la negligente sección del uréter de la paciente, la STS, 1ª, 16.9.1997 (RJ. 6548), por el olvido de instrumental en el interior del paciente, la STS, 1ª, 10.11.1997 (RJ. 8775), en la que la negligencia médica causó graves daños a un neonato, la STS, 1ª, 11.12.1997 (RJ. 8734), por la pérdida de un riñón, la STS, 1ª, 13.12.1997 (RJ. 8816), en la que la anestesia dejó en coma al paciente, la STS, 1ª, 6.7.1996 (RJ. 6604), en la que el paciente padeció una parálisis facial tras una timpanoplastia y la STS, 1ª, 15.10.1996 (RJ. 7110), que resolvió la demanda de los padres de la menor que sufrió una atrofia cerebral por la reacción a la anestesia.

El segundo grupo de condenas solidarias suma, a la responsabilidad del causante del perjuicio, la del ayuntamiento organizador de festejos o titular de servicios públicos que causan daños.

Así, la STS, 1ª, 24.4.2002 (RJ. 5105) confirmó la condena solidaria del Ayuntamiento de Chulilla (Valencia) y a la Comisión de festejos, compuesta por el Ayuntamiento y entidades privadas por las lesiones causadas a dos menores de edad que presenciaban un espectáculo de fuegos artificiales desde el salón de plenos del ayuntamiento. En uno de los rincones del salón, la comisión había almacenado varios kilos de material pirotécnico que debían utilizarse en otros espectáculos. Una chispa procedente del exterior prendió la mecha de uno de los petardos almacenados y explotaron todos. Las víctimas cobraron una indemnización de 60.101 euros.

La STS, 1ª, 11.4.2000 (RJ. 1823) responsabilizó a la cofradía encargada de la organización del espectáculo pirotécnico de cierre de las fiestas mayores de Orgiva (Granada), al profesional contratado para el evento y al ayuntamiento de esa localidad por las lesiones que sufrió uno de los vecinos a los que alcanzó un cohete. Las heridas provocaron la amputación de una pierna de la víctima que cobró una indemnización de 40.000 euros. La STS, 1ª, 30.1.1999 (RJ. 521), condenó al Ayuntamiento de Villagarcía de Arosa (Pontevedra) y al encargado de la empresa pirotécnica que organizó el final de las fiestas mayores. Uno de los obuses lanzados desde la ría alcanzó a uno de los espectadores que estaban en el muelle. La víctima falleció a consecuencia de las lesiones.

Sin embargo, la STS, 1ª, 21.4.1998 (RJ. 1870) no condenó al ayuntamiento sino al encargado del castillo de fuegos artificiales y a la aseguradora de la empresa para la que trabajaba por las lesiones que sufrió un menor que, al día siguiente del espectáculo encontró un cohete que no había detonado, se lo llevó a su casa y, jugando, le explotó en las manos.

Los ayuntamientos son habitualmente condenados por los daños causados con motivo de espectáculos taurinos²³⁶. A la responsabilidad del organizador o del propietario de las reses se suma la del ayuntamiento que contrató el espectáculo o que autorizó la celebración en su término municipal.

La STS, 1ª 24.6.2002 (RJ. 5895) condenó solidariamente al Ayuntamiento de San Bartolomé de Pinares (Ávila), a su compañía aseguradora y al propietario de las vaquillas empleadas en un encierro celebrado en una plaza portátil de toros. Una de las bestias salió del recinto e hirió gravemente a uno de los vigilantes. Los demandados fueron condenados a pagar solidariamente 40.678,24 euros a la víctima.

Cuando el ayuntamiento es el organizador directo del festejo, la Sala Primera confirma la condena del ente local y la compañía con la que ha contratado el seguro obliga a contratar la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en la celebración de espectáculos taurinos (BOE núm. 82, de 5 de abril) y normativa que la desarrolla.²³⁷

Así, entre las más recientes, la STS, 1ª, 30.6.2003 (RJ. 5070), la Sala Primera desestimó el recurso de casación del Ayuntamiento de Elche y de su compañía aseguradora por la muerte de uno de los participantes en el encierro de vaquillas organizado con motivo de las fiestas mayores de 1994. Los demandantes fueron condenados al pago de una indemnización de 150.253,02 euros a la viuda e hijos del fallecido. A la misma solución, la condena del ayuntamiento y su aseguradora, llegó la STS, 1ª, 10.2.2003 (RJ. 1079), por la muerte de uno de los espectadores de un encierro

En muchos casos, sin embargo, la responsabilidad del ente local por las lesiones sufridas por uno de los asistentes al espectáculo taurino se ve reducida por la concurrencia de culpa de la víctima. Así sucedió, entre muchas otras, en la STS, 1ª, 23.4.2003 (RJ. 3867), en la que la Sala confirma la decisión de la Audiencia que responsabilizaba al Ayuntamiento de Mondéjar (Guadalajara) y a su aseguradora del 25% de los daños sufridos por uno de los participantes en un encierro de vaquillas. El 75% restante se imputa a la imprudencia de la víctima.

Durante el período analizado, la STS, 1ª, 14.9.2001 (RJ. 7072), responsabiliza también a la Delegación del Gobierno en Cantabria por las lesiones causadas a la víctima en un encierro de vaquillas. En otros supuestos, sin embargo, la Sala Primera no condena también al ayuntamiento y limita la condena solidaria al organizador del festejo y su

²³⁶ Véase, Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, "Toros y capeas", *InDret* 01/2000.

²³⁷ La jurisprudencia civil condena solidariamente al ayuntamiento y a su aseguradora a pesar de que el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (BOE núm. 80, de 3 de abril) responsabiliza al ayuntamiento de forma directa por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos:

Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.

aseguradora. Así, la STS, 1ª, 18.4.2000 (RJ. 2672), por los daños que sufrió un espectador que cayó desde las gradas de una plaza de toros portátil, la STS, 1ª, 24.3.1998 (RJ. 2049) por los daños que causó una bestia que se salió del recorrido previsto para el encierro, la STS, 1ª, 17.10.1997 (RJ. 7269) responsabiliza solidariamente a la peña que organizó el encierro y a su aseguradora por las lesiones sufridas por un participante. La STS, 1ª, 31.12.1996 (9053), condenó solidariamente a los organizadores del encierro y al inspector municipal que no detectó las deficiencias de la plaza, pero no hizo extensiva la condena al ayuntamiento.

La condena a los ayuntamientos no se limita a la organización de festejos. Los entes locales responden también por los daños causados en servicios de titularidad municipal o por daños que el correcto funcionamiento de los servicios de inspección y control hubiera evitado.

La STS, 1ª, 8.5.2001 (RJ. 7379) condenó al Ayuntamiento de Barcelona y al director del centro psiquiátrico de titularidad municipal por el suicidio de uno de los internos que se fugó de las instalaciones del centro. La Sala Primera casó las sentencias desestimatorias de las instancias y condenó a los demandados a pagar a los padres del difunto una indemnización de 60.000 euros.²³⁸

El Ayuntamiento de Alguazas (Murcia) respondió solidariamente con la empresa de congelados que causaba inmisiones acústicas a los demandantes. Las instalaciones de la empresa se encontraban a 50 metros de la vivienda de los actores y estaban abiertas las 24 horas del día. La STS, 1ª, 29.4.2003 (RJ. 3041) confirmó las sentencias condenatorias de las instancias. La actividad incumplía la normativa de actividades molestas e insalubres y el ayuntamiento había desoído las quejas de los actores.

El caso finalmente resuelto por la STS, 1ª, 31.12.1997 (RJ. 9195), condena al Ayuntamiento de Manzanares (Madrid) y a RENFE por la muerte de dos adolescentes arrollados por un tren. Durante la celebración de las fiestas mayores, jóvenes de la localidad jugaban a ver quién aguantaba más sobre la vía del tren cuando se acercaba la locomotora. RENFE había denunciado repetidamente los hechos varias veces al Ayuntamiento y éste había ordenado vigilar la zona durante unas horas cada día. Fuera de ellas, grupos de muchachos volvían a la vía para hablar, reír, beber y jugarse la vida. El día 21 de julio de 1990, Miguel Ángel C. y José Gabriel P., ambos de quince años, estaban de pie sobre las vías, con 0,92 gramos de alcohol por litro de sangre el primero, cuando un Expreso que circulaba a 130 Km./h., les arrolló. Ambos murieron en el acto. Los padres de las víctimas reclamaron una indemnización de 150.253 euros al Ayuntamiento de Manzanares, a RENFE y al maquinista del tren. Las instancias condenaron a RENFE y al Ayuntamiento a pagar

²³⁸ Sobre la responsabilidad de la Administración pública por los suicidios de personas en situación de sujeción administrativa especial, véanse, los trabajos de Marc ROGER LLOVERAS I FERRER, "Suicidios y derecho de daños", *InDret* 1/2000 y "Comentario a la STS, 1ª, 14.2.2000", *InDret* 3/2000.

36.061 euros “a cada uno de los demandantes” y absolvió al maquinista. La Sala Primera desestimó el recurso de la compañía.²³⁹

Administración pública sanitaria y ayuntamientos no son las únicas administraciones que han respondido solidariamente en la jurisdicción civil por los daños causados por los funcionarios o agentes encargados de prestar el servicio público. En general, la Sala Primera del Tribunal Supremo estima o confirma la condena solidaria de la Administración pública titular del servicio, en contra de lo previsto en la normativa específica de responsabilidad patrimonial.

El Ministerio de Educación (o los correspondientes autonómicos) es condenado solidariamente, con su aseguradora, el director del centro educativo público en que alguno de sus alumnos sufrió daños y el profesor que estaba a cargo de los alumnos cuando sucedió el accidente. Así, entre otras, la STS, 1ª, 31.1.2003 (RJ. 854), por los daños sufridos por un alumno en la clase de gimnasia, la STS, 1ª, 31.10.2003 (RJ. 7978), por las lesiones que sufrió un menor que esperaba al autobús a la salida del colegio, las SSTS, 1ª, 7.3.2001 (RJ. 3974) y 29.6.2000 (RJ. 5916), por el fallecimiento de alumnos en, respectivamente, el patio del colegio y una excursión cultural y la STS, 1ª, 18.9.2002 (RJ. 7814), por las lesiones causadas a un alumno por un accidente escolar. La STS, 1ª, 23.12.1997 (RJ. 8901), condenó al Ministerio, al Rector de la Universidad Autónoma de Madrid y al Decano de la Facultad de Química por los daños que sufrió una profesora a la que se le cayó la pizarra encima.

El Ministerio del Interior fue condenado solidariamente con los herederos del Guardia Civil que se suicidó tras matar al padre de los actores con el arma reglamentaria (STS, 1ª, 30.4.2003, RJ. 3739).

El Ministerio de Obras Públicas respondió de forma solidaria con la Unión Temporal de Empresas a la que se habían adjudicado la construcción de una carretera por los daños que causaron las obras en la vivienda de los demandantes. (STS, 1ª, 15.7.2003, RJ. 4463). A la misma solución llegó la STS, 1ª, 12.4.2002 (RJ. 2607), por los daños que sufrió el conductor de un vehículo que chocó con un animal que invadió la calzada en un tramo no vallado de una autopista en obras. La Sala confirmó la condena contra el Ministerio y la empresa constructora. La STS, 1ª, 7.3.2002 (RJ. 4151), condenó a Ministerio y concesionaria a reparar solidariamente los daños causados a la tubería que abastecía de agua la finca de los actores.

La STS, 1ª, 8.2.2002 (RJ. 3279), condenó solidariamente al RENFE y al maquinista del tren que arrolló a dos peatones en un paso a nivel. El maquinista, afirmó el Tribunal, debí haber aminorado la velocidad pues era conocido que el lugar en que se produjo el accidente era un frecuente paso de peatones. También condenó solidariamente al conductor de la maquina y a RENFE la STS, 1ª, 16.5.2001 (RJ. 6210), por los daños que sufrió una pasajera que subía al tren que se puso en marcha antes de lo debido. La STS, 1ª, 17.5.2002 (RJ. 4974), aunque apreció la culpa del menor de edad que murió

²³⁹ Véase, Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Trenes”, *InDret* 01/2000, de donde se toma el resumen de la sentencia.

atropellado, condenó solidariamente a Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (Feve) y a uno de sus maquinistas. También apreciaron culpa de la víctima pero condenaron solidariamente a Feve y a uno de sus maquinistas, las SSTS, 1ª, 12.5.1998 (RJ. 3576) y 5.11.1997 (RJ. 7884). La STS, 1ª, 15.10.2002 (RJ. 10128), condenó solidariamente al Ministerio del Interior y a dos policías nacionales, piloto y copilo del helicóptero del que cayó el actor, también policía nacional, que sufrió graves daños.

2.2. Actuación conjunta

Una segunda categoría de grupos está formada por las condenas solidarias a varios demandados que desarrollaron de forma conjunta la actividad que causó el daño que sufre la víctima. Si en el grupo anterior la relación de dependencia era el factor común en las decisiones analizadas, aquí la Sala Primera acude a la idea de causación conjunta de la que concluye la responsabilidad, también conjunta, de los varios demandados por la víctima.

La Sala Primera convalida o estima la solicitud de condena a las varias personas que participaron en la actividad que causó daños. La STS, 1ª, 29.5.2003 (RJ. 3916) condenó, en contra de las sentencias desestimatorias de las instancias, a los dos ginecólogos que, a petición de la demandante y tras su tercer parto, le practicaron una ligadura de trompas. La paciente, a los pocos meses de la intervención, quedó embarazada y dio a luz a dos mellizos. Demandó a los dos médicos y solicitaba una indemnización de 180.303,63 euros que justificaba en los dolores y riesgos asumidos por el último parto, la pérdida de capacidad económica familiar y los alimentos de las dos recién nacidas hasta su mayoría de edad. La Sala Primera condenó a ambos ginecólogos a pagar una indemnización de 60.101, 21 euros. Ninguno de los dos pudo acreditar que hubieran dado a la paciente toda la información necesaria para prestar un consentimiento informado plenamente consciente. Ambos aconsejaron a la paciente e intervinieron en la intervención e intervinieron.²⁴⁰

La STS, 1ª, 27.2.2003 (RJ. 2515), condenó solidariamente al arquitecto, al aparejador y a la constructora que les había encargado el diseño de un edificio de viviendas con defectos constructivos. En el proceso no pudo probarse si los vicios fueron causados por defectos del proyecto o por su mala realización. En la STS, 1ª, 7.12.2000 (RJ. 9348), los arquitectos de la obra respondieron solidariamente de la muerte de un trabajador de la construcción que murió electrocutado cuando, al clavar una varilla para la sujeción de maquinaria, atravesó una instalación eléctrica subterránea. Era responsabilidad del equipo de arquitectos dirigir la labor de los trabajadores de la obra y detectar la existencia de la instalación que causó la muerte de la víctima. En la

²⁴⁰ Sobre las reglas que emplea el Tribunal Supremo español para resolver casos como el explicado, Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos", *InDret*03/2001. Sobre el marco normativo del consentimiento informado en España, Joan Carles SEUBA TORREBLANCA y Sonia RAMOS GONZÁLEZ, "Derecho y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica", *InDret* 02/2003.

STS, 1ª, 29.9.2000 (RJ. 7534), la empresa constructora y el arquitecto respondieron solidariamente por la muerte del menor sobre el que cayó una tapia. La empresa que diseñó una viga respondió con la constructora y la empresa para la que trabajaba el operario que sufrió daños al instalarla en la STS, 1ª, 16.10.2000 (RJ. 8095). La que diseñó un molde defectuoso que cayó sobre un trabajador respondió en la STS, 1ª, 20.10.1997 (RJ. 7272). En la STS, 1ª, 30.1.1998 (RJ. 352), respondieron el arquitecto y el arquitecto técnico, con los propietarios de la casa demolida, por los daños causados por el derribo.

En la STS, 1ª, (RJ. 10124), un funcionario que colaboraba en la extinción de un incendio falleció cuando un hidroavión descargó sobre un cable de lata tensión. Se condenó a Iberdrola y, junto a ella, a ICONA y la Junta de Castilla y León, que coordinaban las tareas de extinción.

La jurisprudencia civil opta por imputación conjunta de los daños en todos los casos en que los agentes actuaron de forma dolosa o gravemente negligente.

Así, la STS, 1ª, 1.4.2003 (RJ. 2979), impuso de forma solidaria la obligación de reparar a dos empresas que comercializaron sin autorización una colección de cromos de fotos de jugadores de fútbol. La STS, 1ª, 17.5.2002 (RJ. 5246), condenó solidariamente por las consecuencias civiles de un fraude a las tres personas físicas que lo perpetraron. Las SSTs, 1ª, 3.11.2003 (RJ. 7999) y 31.10.2002 (RJ. 9627), obligaron solidariamente a los particulares que interpusieron un interdicto de obra nueva con abuso de derecho y mala fe a reparar los daños causados al demandado por la paralización de las obras. La STS, 1ª, 3.11.2001 (RJ. 231/2002), confirmó la condena solidaria a los varios vendedores de una cosa ajena. En la STS, 1ª, 11.10.1997 (RJ. 7460), respondieron solidariamente el Corredor de Comercio y los falsificadores de una firma en un documento mercantil.

2.3. Dominio o autorización de la actividad

En un tercer grupo de casos la solidaridad no procede de la relación de dependencia entre causante material y responsable del daño ni de la actuación conjunta de los varios responsables del daño causado. En un heterogéneo grupo de casos la solidaridad se justifica en una relación de dominio o propiedad, en la peculiar relación jurídica que une a la víctima y a los condenados solidariamente a la reparación del daño o la autorización concedida para la realización de la actividad que causó daños.

El caso más significativo del período analizado es el resuelto por la STS, 19.7.1996 (RJ. 5654). El 12 de septiembre de 1987, hacia el atardecer, un tractor que remolcaba una voluminosa carga de paja subía por la calle de la Amargura de Santa Cristina de Valmadrigal (Valladolid), cuando, al poco de iniciar la cuesta, la paja rozó una línea de baja tensión que cruzaba la calle y cuyos cables habían perdido el aislante. Al contacto, saltó una chispa, la paja prendió, ardió toda la carga, algunas pavesas volaron, llevadas por el calor y el viento, hasta la ventana abierta de una casa vecina,

ardió una cortina y con ella toda la casa. Sus propietarios demandaron 105.857 euros al conductor del tractor, a su propietario, al que lo había sido del remolque, así como a “Electromolinera de Valladolid” que explotaba la línea eléctrica. La sentencia de primera instancia condenó a los demandados a pagar a los actores una indemnización de 59.748 euros. En apelación, la Audiencia mantuvo la condena, pero absolvió al propietario del remolque pues entendió “que era excesivo atribuir una responsabilidad *in vigilando* al propietario de un vehículo de por sí inmóvil”. A su vez y en casación, el Tribunal Supremo absolvió a los demandados del pago de las costas, pero no modificó la condena indemnizatoria.²⁴¹

En la STS, 1ª, 27.5.2003 (RJ. 3920), la viuda de un trabajador de la construcción que falleció tras caer desde el andamio en que trabajaba demandó a la empresa constructora, a su gerente, al encargado de la obra, al arquitecto, a la empresa promotora, al Colegio de Aparejadores de Murcia y a las aseguradoras de todos ellos. El andamio incumplía la normativa específica de seguridad e instalación y el trabajador incumplía las medidas de seguridad impuestas reglamentariamente, como, por ejemplo, el uso de casco y cinturón de seguridad. En la demanda se solicitaba una indemnización de 180.303,63 euros. Las instancias, estimatorias en parte de la demanda, rebajaron la condena indemnizatoria impuesta solidariamente a los demandados a 132.222,66 euros. La Sala Primera estimó algunos de recursos interpuestos. Absolvió al arquitecto y al gerente de la constructora pero mantuvo la condena al resto de demandados y, en concreto, la del Colegio de Aparejadores que debía haber realizado tareas de inspección y control.

La STS, 1ª, 20.6.2003 (RJ. 4250), confirmó la condena contra los propietarios del bar en el que una de sus dependientas resbaló en el suelo recién fregado. La STS, 1ª, hizo lo propio con los propietarios de una nave industrial cuya construcción causó daños en la de los vecinos, aunque la causante del daño fue la empresa constructora, también condenada solidariamente. La misma solución, en un caso similar en la STS, 1ª, 22.3.2002 (RJ. 28), aunque en otra sentencia del mismo día, la STS, 1ª, 22.3.2002 (RJ. 2285), la Sala sólo convalidó la condena a los propietarios de la edificación y absolvió a la constructora, la STS, 1ª, 28.11.2002 (RJ. 10284), condenó también al arquitecto por los daños causados por la demolición de una casa. Todos los propietarios de un polígono respondieron por las inmisiones causadas a los demandantes en la STS, 1ª, 2.2.2001 (RJ. 1003). Los propietarios del local en que se celebraba una fiesta de carnaval respondieron de las quemaduras que sufrieron dos asistentes a los que se les quemó el disfraz en la STS, 1ª, 20.3.2001 (RJ. 4740). En la STS, 1ª, 29.11.2001 (RJ. 9519), las personas físicas que habían encargado una obra respondieron solidariamente de la muerte de un trabajador. La comunidad de propietarios respondió solidariamente con la empresa encargada del mantenimiento del ascensor por las lesiones que sufrió uno de sus trabajadores en la STS, 1ª, 25.10.2001 (RJ. 8670). El propietario respondió solidariamente con el arrendador por el incendio de la vivienda en la STS, 1ª,

²⁴¹ Véase, Pablo SALVADOR CODERCH, “Causalidad”, *InDret* 03/2002, de donde se toma el relato de la sentencia.

29.12.2000 (RJ. 9445). En la STS, 1ª, 2.10.1997 (RJ. 6964), los propietarios de una discoteca respondieron junto al bailarín que cayó sobre uno de los asistentes a una fiesta y le causó lesiones graves.

En ocasiones el propietario del local en que se causan los daños es la única persona identificable. Así, en la STS, 1ª, 21.5.2001 (RJ. 6464), el propietario de una discoteca y su aseguradora respondieron por la pérdida del ojo derecho del demandante. No pudo identificarse quién lanzó al aire el vaso que produjo el accidente. La STS, 1ª, 24.7.2001 (RJ. 8420), confirmó la condena solidaria a los propietarios del bar y a la embotelladora por los daños que sufrió un menor que pidió un botellín de mosto que, inexplicablemente, contenía detergente cáustico.

Las Administraciones públicas son candidatas destacadas a la condena solidaria por la reparación de daños causados en actividades o instalaciones sometidas a autorización o licencia previa o sobre las que la Administración se reserva funciones de inspección y control.

El caso más destacado, por lo menos desde el punto de vista cuantitativo, es el resuelto por la STS, 1ª, 17.3.1998 (RJ. 1122). La víctima, un joven de 18 años, volvía a su casa conduciendo su motocicleta por un camino rural del Ayuntamiento de A Estrada (Pontevedra). En medio de una curva con escasa visibilidad la víctima topó con un árbol que había caído dos días antes a consecuencia de las obras de ensanche del camino encargadas por el ayuntamiento y dirigidas por la Xunta de Galicia y una fuerte tormenta el día anterior. La víctima, ingresada de urgencia, sufrió graves lesiones que la ponencia de la sentencia resume del siguiente modo “traqueotomía y ventilación durante varios meses, siendo dado de alta el 24 de julio de 1992, quedándole como secuelas tetraplejía completa por sección medular a nivel cervical C4, por lo que carece de movilidad espontánea desde el cuello hacia abajo e incontinencia en los esfínteres anal y vesical precisando sondaje cada 12 horas, sufriendo frecuentes infecciones urinarias. Dicho lesionado es totalmente dependiente de otra persona y presenta un cuadro depresivo grave”. La víctima demandó al ayuntamiento, a la Xunta, al Consorcio de Compensación de Seguros y a la Sociedad Estatal de Transformaciones Agrarias. Solicitaba una indemnización de 1.502.531 euros. El Supremo confirmó las decisiones de las instancias que rebajaban la indemnización a 180.304 euros pero imponían a todos los condenados solidarios el pago de una pensión anual de 32.905 euros.

La STS, 1ª, 29.7.2003 (RJ. 5991), sumó a la Diputación de Málaga a la condena por la electrocución de un trabajador. El resto de condenados solidarios fueron la empresa para la que trabajaba la víctima y la compañía eléctrica titular de la línea. En la STS, 1ª, 23.10.2003 (RJ. 7407), la Junta de Andalucía respondió solidariamente con los propietarios de la finca en que falleció electrocutado un trabajador.²⁴² La STS, 1ª,

²⁴² Sobre la jurisprudencia por daños por electrocuciones, Antoni RUBÍ PUIG y José PIÑEIRO SALGUERO, “Electrocución y criterios de imputación objetiva”, *InDret* 03/2003.

7.11.2000 (RJ. 8678), condenó al arrendador de la vivienda y a la Compañía Sevillana de Electricidad: la víctima murió electrocutada al tocar el grifo del baño de su vivienda. En una sentencia del mismo día, la STS, 1ª, 7.11.2000 (RJ. 9911), el Ayuntamiento de San Sebastián respondió con los propietarios del Hostal que se incendió y causó daños materiales. La Xunta de Galicia respondió solidariamente con el encargado de las obras de adecnamiento de la margen del río Lor (Lugo) por que las aguas, que bajaban turbias por los movimientos de tierra, asfixiaron a las truchas de la piscifactoría de los actores. En la STS, 1ª, 30.4.1998 (RJ. 3461), la Sociedad de Estiba y Desestiba del puerto de Castellón respondió solidariamente con la empresa para la que trabajaba el operario que sufrió un accidente laboral. En la STS, 1ª, 8.5.1998 (RJ. 3708), fue la Junta de Extremadura la que respondió solidariamente con la empresa constructora por los daños causados por unas obras autorizadas administrativamente. Por el mismo motivo, la autorización administrativa de unas obras, respondieron solidariamente el Instituto Nacional de Reforma Agraria, la Junta de Castilla y León y la constructora en la STS, 1ª, 23.5.1998 (RJ. 3803). La STS, 1ª, 29.12.1997 (RJ. 9602), confirmó la condena contra el Ayuntamiento de Ciudad Real y la federación castellano Manchega de fútbol por los daños que causó a un jugador una de las vallas publicitarias del campo de deportes de aquella ciudad.

3. La función de la solidaridad en el derecho de daños

Hemos acabado el capítulo primero con una reflexión sobre la función general de la solidaridad en el derecho de obligaciones. Procede ahora preguntarse por las razones que, a pesar de lo dispuesto en el Código civil, han llevado al legislador especial y a la jurisprudencia a aplicar con carácter general la solidaridad entre los varios causantes de un daño.

En el actual derecho español de daños la solidaridad cumple funciones de (1) garantía, (2) reducción de los costes de identificación y (3) sanción o, por decirlo de una forma más exacta, de incentivos al cumplimiento de deberes de prevención o de control ya que, obviamente, la solidaridad no es una sanción penal o administrativa. La solidaridad se asocia a la división del trabajo, a las posiciones de control o de supervisión y a la actuación en común de varias personas que llevan a cabo una actividad conjunta.

La garantía que cumple la solidaridad entre los responsables del daño es, en primer lugar, una garantía del crédito indemnizatorio de la víctima. Como en la solidaridad procedente de pacto, los corresponsables del daño asumen la insolvencia de alguno de ellos y aseguran que la víctima cobrará por entero la indemnización que repara el daño que ha sufrido. Legislador y jueces buscan patrimonios solventes (*deep pockets*) y los encuentran en empresarios, aseguradoras y administraciones públicas.

El ordenamiento amplía el número de patrimonios a los que podrá dirigirse la víctima cuando teme que el causante es insolvente o que la póliza del seguro que contrató no cubrirá todos los daños. En estos supuestos, la solidaridad entre los corresponsables garantiza el derecho de la víctima a la reparación integral del daño causado. Mediante la suma de patrimonios, el crédito de la víctima goza de mayor posibilidad de ser satisfecho que si sólo existiera un deudor responsable del pago.

Sin embargo, la garantía, enunciada como función básica de la solidaridad en las obligaciones por la doctrina tradicional, va en el derecho de daños un poco más allá de los problemas de solvencia. Los ejemplos normativos y jurisprudenciales demuestran que, en derecho español de daños, la solidaridad no es un mero remedio indemnizatorio o, por lo menos, que no es sólo eso en todos los casos. Muchos de los responsables solidarios en las leyes especiales transcritas y de los condenados solidarios en las sentencias dictadas durante el período analizado no son –sólo– garantes de la solvencia del causante material del perjuicio. En derecho de daños, la garantía asociada a la solidaridad es doble. En muchas ocasiones, la solidaridad se asocia al incumplimiento de obligaciones legales o convencionales o, si se prefiere, a la infracción de normas de cuidado. Producida o presumida la infracción, el ordenamiento opta por la condena solidaria de quienes incumplieron de forma conjunta, de quien infringió y de la persona o personas que tenían encomendada la función de evitar el daño.

La garantía no se refiere sólo al crédito indemnizatorio, sino a la indemnidad de la víctima. En España es responsable solidario del daño causado quien ha de suplir la insolvencia del causante y, también y cada vez en mayor medida, quien debía evitar la causación del perjuicio. La garantía, en el derecho de daños, es garantía del crédito y garantía de la indemnidad de la víctima; o, si se prefiere, garantía antes y después de la causación del accidente: garantía de que se adoptarán las medidas oportunas para evitarlo y garantía de que, una vez sucedido el desastre, la víctima cobrará la indemnización.

En algunos casos, ambas formas de garantía concurren en el mismo responsable. Así sucede con la responsabilidad asociada a las situaciones de dependencia. En otros no es así, y quien debió evitar el accidente nada tiene que ver con la situación patrimonial del causante, como sucede con la condena solidaria de la Administración pública que autorizó actividades o incumplió deberes de inspección. En ocasiones, la solidaridad responde exclusivamente a una finalidad de garantía del crédito cuando se condena a la compañía aseguradora junto al asegurado causante de daños.

De este modo, la solidaridad tiene repercusiones en las dos finalidades propias del derecho de daños: la compensación y la prevención.²⁴³

En otros casos, la solidaridad es el remedio a la ignorancia o a los costes de prueba de la causalidad, del grado de culpa o de ambas cosas a la vez. Aquí la solidaridad facilita el proceso de reclamación de la reparación del daño. Cuando existen dudas sobre el grado de participación de varias personas en el daño que sufre la víctima, el ordenamiento opta por responsabilizar a todas de forma solidaria. Responden todos porque alguno de ellos causó el daño.

Puede objetarse a la distinción aquí propuesta que se basa en matices, inapreciables para el operador jurídico cuyo objetivo principal es evitar que la víctima se quede sin cobrar la indemnización o que algunos de los causantes se libren del castigo. A los detractores de la clasificación habrá que recordarles los problemas que ha generado en otros ordenamientos (especialmente en las jurisdicciones de los Estados Unidos de América) la práctica, habitual en nuestro país, de adoptar la solidaridad como la forma de condena habitual de varios demandados por la causación de un daño. Así lo haremos en el próximo apartado del trabajo. La solidaridad no es la mejor solución (ni siquiera la única) cuando varias personas participan en la producción de un daño. La clasificación propuesta en este trabajo nos permite atender a los motivos que justifican nuestras reservas a la imposición indiscriminada de solidaridad en los pleitos de responsabilidad civil extracontractual.

Si el objetivo de la regulación de un concreto sector de actividad o de la solución judicial de un caso concreto es evitar que la insolvencia del causante de daños deje a la víctima sin cobrar la indemnización, parece más sensato acudir a las técnicas de aseguramiento que la responsabilidad solidaria.

La confusión entre la garantía que presta el seguro y la que procede de la solidaridad ha llevado a la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo a admitir, casi de forma generalizada, la condena solidaria de causante y aseguradora cuando el primero ha causado un daño. La solidaridad impuesta por un juez o tribunal ha sustituido a la acción directa prevista en la regulación del seguro; y lo ha hecho a un coste mayor pues pone en funcionamiento –sin necesidad– el mecanismo judicial²⁴⁴.

²⁴³ Así, Erwin DEUTSCH, *Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1995, pág. 86: „Der Zweck der Anordnung der Gesamtschuldverhaft ist ein doppelter. Man hat dabei die Außenwirkung und die Innenwirkung zu unterscheiden. Als Außenwirkung ist die Verbesserung der Position des Verletzten festzustellen. Er hat statt einer Verpflichteten nunmehr mehrere Anspruchsgegner. Die Bonität seines Anspruchs steigt dadurch. Die Innenwirkung ist auf die Verteilung der Belastung in Verhältnis zueinander ausgerichtet. Grundsätzlich haben die mehreren Gesamtschuldner den Schaden zu teilen. Sie werden also irgendwie anteilig entlastet.“

²⁴⁴ Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones*, cit., pág. 92: “la acción directa tiene como consecuencia la solidaridad entre el asegurador y el asegurado frente al perjudicado. La causación de un evento dañoso (...) implica que el perjudicado tiene acción directa contra la

La solidaridad entre la aseguradora y el asegurado es doctrina jurisprudencial uniforme en la sala Primera del Tribunal Supremo. Así, entre muchas otras, la STS, 1ª, 30.11.2000 (RJ. 9170), que resolvió el recurso de casación interpuesto por la aseguradora de la empresa condenada por el accidente laboral en que falleció el padre y esposo de los actores, la sala afirmó: "(...) en los supuestos de responsabilidad extracontractual existe solidaridad impropia, al darse una acción directa contra el asegurador en el artículo 76 LCS e incluso reconocida con anterioridad a su vigencia por la doctrina jurisprudencial." (F. J. 3).

Aunque hay excepciones que desconciertan. La STS, 1ª, 18.7.2002 (RJ. 6254) resolvió la reclamación indemnizatoria de varias empresas de un polígono industrial que vieron interrumpida su actividad por el corte del fluido eléctrico causado por unas obras de construcción. La Sala Primera confirmó la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona que afirmaba que la responsabilidad de la aseguradora de la condenada no era solidaria sino subsidiaria.²⁴⁵

Puede aducirse, en estos casos, que como es previsible que el límite de la cobertura del seguro sea inferior al daño, la demanda conjunta y la condena solidaria evitan que la víctima vea limitadas sus expectativas de cobro. La objeción carece de fundamento. Nada impide a la víctima que, una vez ejercitada la acción directa contra la aseguradora, demande al causante de accidente por la cantidad en que estima que su daño excede lo pactado en la póliza entre responsable y aseguradora. Nada hay en contra, tampoco, de que la víctima demande conjuntamente a causante y aseguradora, pero eso no ha de suponer en todo caso la condena solidaria de ambos.

La jurisprudencia que condena a las compañías aseguradoras a satisfacer los intereses de demora previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (cuya redacción actual procede de la Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), desde el momento en que se entabló el proceso confirma que, en la mayoría de los casos, la víctima podría haber ejercitado con éxito la acción directa²⁴⁶. De hecho, la doctrina de la solidaridad entre causante y aseguradora no incentiva a las compañías a cumplir con lo previsto en el contrato de seguro hasta que no recaiga sentencia condenatoria firme.²⁴⁷

Compañía aseguradora del causante del daño, acción directa que ha sido establecida en nuestro ordenamiento legal positivo por el artículo 76 LCS. Esta acción directa, según algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo, produce la existencia de un vínculo de solidaridad entre el asegurador y el asegurado frente al perjudicado."

²⁴⁵ Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos Madrid, 1964, pág. 491, afirma que la responsabilidad del asegurador es subsidiaria de la del asegurado.

²⁴⁶ Véase, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., págs. 231 y ss.

²⁴⁷ "La imposición de unos especiales intereses moratorios en el ámbito del seguro (...) tienen por objeto acabar o, al menos, reducir, las prácticas dilatorias en que incurrían con excesiva frecuencia las

Por supuesto, si la aseguradora no atiende a la reclamación y la víctima cree que tiene derecho a una indemnización habrá que acudir a un proceso. En ese caso, sin embargo, es difícilmente justificable que el juez o tribunal, que conocen el contenido del contrato de seguro que une a causante y aseguradora, no limiten las responsabilidades o concreten hasta dónde debe responder cada cual. En lugar de ello, y en más casos de los deseables, la sentencia condena solidariamente al causante y a su aseguradora.

La sustitución de la acción directa por la solidaridad entre asegurado y asegurador se traduce, en la práctica, en que la víctima reclamará el pago íntegro de la indemnización a la compañía de seguros (que, como ya hemos dicho, indemniza mejor que los particulares). El resultado provoca los (previsibles) efectos, que veremos a continuación, en la oferta de seguro y en el precio de las primas.

Si el objetivo es asegurar que la víctima cobrará la indemnización, además del seguro y en su lugar el ordenamiento pone a disposición de legislador, jueces y tribunales otras soluciones que, además de cubrir eventuales insolvencias, permiten mantener los sanos incentivos a la prevención procedentes de la responsabilidad individual. Se trata de las responsabilidades subsidiaria y directa que son una magnífica solución para los casos en que legislador o jueces quieren asegurar que se ejerzan los deberes de prevención o de control que el responsable tenía sobre el causante material del daño.

Las responsabilidades directa y subsidiaria prevén un patrimonio que se hará cargo del pago de la indemnización en caso de insolvencia del causante. La Ley las prevé en algunos supuestos y sería deseable que se ampliaran a otros en que la solución que se aplica es la solidaridad. La subsidiariedad supone, además, que se ha condenado de forma principal al responsable material del perjuicio y que se han atacado sus bienes. Algo muy saludable en un sistema que quiere incentivar comportamientos precavidos. La responsabilidad directa prevé un patrimonio que responderá en lugar del causante y que dispone por ello de incentivos para controlarlo, supervisarlos y evitar que cause daños el desarrollo de las actividades que le sean encomendadas. La responsabilidad directa implica que quien sabe que habrá de responder por el hecho de otro hará lo posible por evitarlo.

La Ley prevé la responsabilidad subsidiaria y la responsabilidad directa en supuestos en que existe algún vínculo entre causante y responsable subsidiario (aunque en ocasiones sea tan débil como el de la titularidad de los bienes empleados para la comisión del daño). La jurisprudencia civil española ha optado por la

entidades aseguradoras a la hora de pagar la indemnización.”, Fernando REGLERO CAMPOS, “El seguro de responsabilidad civil” en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pág. 691. La justificación de los intereses de demora como un incentivo al pago fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la STC 5/1993, de 14 de enero.

responsabilidad solidaria en muchos de esos casos y la impone siempre que algo más fuerte que la causalidad une a varias personas como demandantes en un proceso civil. Hemos tenido ocasión de comprobar cómo la solidaridad es (casi) una solución general en los supuestos en que la víctima reclama la reparación del daño del causante y de la persona o entidad de la que depende, en la que trabaja o por cuenta de la cual actuaba.

La jurisprudencia civil española ha ido más allá de lo previsto en el artículo 1903 Cc. y ha sustituido en gran medida la responsabilidad por hecho ajeno allí regulada por una solidaridad no prevista en ninguna de nuestras normas de derecho de daños. En la cuarta parte del trabajo tendremos ocasión de analizar que, con el régimen legal en la mano, no hay motivos que aconsejen confundir solidaridad y responsabilidad por hecho ajeno, a la que el ordenamiento asocia las responsabilidades directa y subsidiaria. Los deberes comunes de prevención o las relaciones de dependencia tienen su origen en la ley o en el contrato. Es dudoso que pueda imponerse una responsabilidad diferente a la prevista en uno o en otro. Desde luego, la duda está fundada cuando se comprueba que la solidaridad, como haremos a continuación, no mejora la situación de las víctimas de daños.

En resumen, la solidaridad se emplea para resolver problemas de causalidad, problemas de solvencia y problemas de imputación. No siempre es la única -ni la mejor- solución. El seguro, la responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria pueden conseguir los mismo resultados sin necesidad de forzar los tipos legales ni de modificar los incentivos a la prevención.

A los problemas que plantea la confusión de figuras se suma la falta de orientaciones legales o jurisprudenciales sobre la distribución de responsabilidad en la relación interna entre los condenados solidarios. Impuesta la solidaridad por ley o por sentencia y satisfecha la víctima, el corresponsable solidario que pagó más de lo que le correspondía tiene derecho a exigir la devolución de sus compañeros (cfr. artículo 1145 Cc., que prevé además el pago de los intereses del anticipo). Cuando la solidaridad nace de contrato hay que suponer que las relaciones entre los codeudores especificarán la parte de deuda que corresponde a cada uno. Sin embargo, si la solidaridad prevista por la ley o impuesta por la sentencia guardan silencio sobre la distribución de responsabilidad en la relación interna y no existen vínculos previos entre los corresponsables, la tarea roza lo imposible. En esos casos, el corresponsable a quien la víctima reclamó la indemnización por entero se encuentra en una posición muy débil ante el resto de corresponsables. De hecho, en muchas ocasiones no le quedará más remedio que entablar un proceso contra ellos: algo que deberían evitar el legislador y los jueces de nuestro país. Una sentencia que genera nuevos pleitos no fue, de buen seguro, una solución acertada.

* * *

A continuación se explicarán los problemas que plantea la actual aplicación de la solidaridad a supuestos en los que no está prevista (tercera parte) y cómo podrían remediarse, al menos en parte, mediante el recurso a otras soluciones (cuarta parte).

Con todo, y salvada la distinción entre solidaridad y seguro, acción directa, responsabilidad subsidiaria y responsabilidad directa, la primera será, en ocasiones, la única solución posible. Pero de eso trataremos en la última parte del trabajo.

Capítulo tercero

La solidaridad entre los responsables de un daño

Los efectos de la solidaridad en la prevención de accidentes futuros

SUMARIO: I. Las soluciones a la responsabilidad conjunta en el derecho de daños. 1. Las reglas en el derecho comparado. 2. El *Restatement of the Law Third, Torts: Apportionment of Liability*. 3. Solidaridad *ex ante* y solidaridad *ex post*. II. Efectos de la solidaridad prevista *ex ante*. 1. En la relación interna. 2. En la relación externa; 2.1. La responsabilidad por partes iguales; 2.2. La responsabilidad en función de las respectivas contribuciones al daño. 3. Cuando la solidaridad funciona como un seguro; 3.1. Niveles de solvencia y relación interna; 3.2. Selección adversa y riesgo moral: información y externalidades. III. Efectos de la solidaridad impuesta *ex post*. 1. En la relación externa. 2. En la relación interna. IV. Problemas de aseguramiento asociados a la responsabilidad solidaria. V. Problemas procesales de la responsabilidad solidaria. 1. Los problemas durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 2. Litisconsorcio pasivo necesario. 3. Eficacia de la cosa juzgada.

La responsabilidad solidaria prevista en leyes y sentencias que regulan o resuelven pretensiones indemnizatorias de víctimas de accidentes es una técnica que permite resolver los problemas asociados a la responsabilidad conjunta de varias personas por un daño. Cuando se adopta la solidaridad, la víctima del daño puede reclamar de cualquiera de los corresponsables solidarios el pago íntegro de la indemnización, con independencia de la parte del daño de la que deberían responder realmente. En responsabilidad solidaria, la porción de responsabilidad de cada uno de los condenados significa que cualquiera de ellos debe estar en condiciones de hacer frente al pago de todos los daños sufridos por la víctima.

La regla permite, por ejemplo, que si tres personas son condenadas a responder solidariamente de los daños sufridos por la víctima, los dos primeros han causado el 95% de los daños y el tercero tan solo el 5%, nada impide que la víctima reclame de este último la íntegra reparación de los daños.

Así sucedió, por ejemplo, en *Wood v. Walt Disney Co.* (515 So. 2d 198 (Fla. 1987)), un caso resuelto por la Corte de Florida (USA) que ejemplifica las distorsiones que puede producir una regla de responsabilidad solidaria. La demandante, Aloysia Wood, sufrió daños personales en uno de los parques de atracciones que Walt Disney Corporation gestiona en el estado de Florida. La Sra. Wood participaba en una atracción de autos de choque cuando fue embestida por su marido, Daniel Wood, que, como ella, manejaba uno de los autos. En el proceso se declaró la responsabilidad de ambos. El marido causó el 85% del daño, declaró la sentencia, pues se dirigió contra su mujer a una velocidad excesiva y sin percatarse de la posición que el auto de su mujer ocupaba en la pista. La demandante debía asumir el 14% de los daños, pues no se aseguró como exigían las instrucciones de la atracción. El 1% de responsabilidad restante fue imputado por la Corte de Florida a la titular de la atracción, Walt Disney Corporation, pues sus empleados no controlaron eficazmente el comportamiento de marido y mujer en la pista. Todos fueron condenados a responder solidariamente de los 75.000 \$ en que la Corte cifró los daños sufridos por la víctima. Aloysia Wood, en ejercicio de sus derechos como acreedora solidaria de los 64.500 \$ a que ascendía la parte de responsabilidad imputable a su marido y a Walt Disney Corporation, exigió de esta última, el pago íntegro de la indemnización. Es decir, quien, por sentencia judicial firme, causó una parte ínfima del daño, hubo de asumir el pago de la indemnización y el riesgo de la insolvencia del corresponsable.

La visión tradicional de la solidaridad en el derecho de daños la ha asociado a una función de garantía del perjudicado. Según esta concepción, la reparación del daño prima sobre cualquier otro efecto asociado a la condena solidaria de varios responsables. Casos como el explicado demuestran que la solución no está exenta de problemas y que convierte a los agentes más solventes en un objetivo atractivo de toda reclamación por daños.

Tradicionalmente, y especialmente en nuestro país²⁴⁸, se ha entendido que la responsabilidad civil extracontractual cumplía una función estrictamente compensatoria. Mediante la reparación *in natura* o, cuando no sea posible, mediante el pago de una indemnización, el derecho de daños debe poner a cargo del causante del desastre los daños sufridos por la víctima. El objetivo es, por tanto, devolver al dañado al momento anterior al de sufrimiento del perjuicio. Nadie niega la finalidad compensatoria del derecho de daños.²⁴⁹ Sin embargo, la práctica ha demostrado que, por un lado, un accidente genera más daños que los que son finalmente compensados a la víctima y, por otro lado, que en muchas ocasiones, la reparación de los daños sufridos por la víctima es imposible.

Desde el punto de vista de los daños globales o sociales causados por un accidente es ya clásica la distinción que en su día acuñó Guido CALABRESI entre costes primarios, costes secundarios y costes terciarios para referirse a los tres niveles de consecuencias generadas por el actuar descuidado o doloso que causa un daño²⁵⁰. Por otro lado, y

²⁴⁸ En otras culturas jurídicas la finalidad preventiva del derecho de daños es algo asumido desde hace décadas y no (sólo) por la literatura economicista. Véase, por ejemplo, Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 2000, pág. 12: "The most commonly mentioned aims of tort law are: (1) compensation of injured persons and (2) deterrence of undesirable behavior." En la doctrina española, las aportaciones más recientes ya incorporan la necesidad de adoptar una finalidad preventiva en el diseño y aplicación del derecho de daños.

Los escépticos de la finalidad preventiva del derecho de daños tienen a su favor importantes argumentos de autoridad como, por ejemplo, el de Kart LARENZ y Wilhelm CANARIS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, C. H. Beck, München, 1994, quienes, en la página 354, afirman que la finalidad principal del derecho de daños es la compensatoria y, en todo caso, la prevención es un deseable efecto secundario. La doctrina alemana cuenta, sin embargo, con otros ejemplos de autores favorables a admitir (casi de forma exclusiva) la finalidad preventiva del derecho de daños. Así, Hein KÖTZ y Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 10. überarb. Auflage, Luchterhand, Neuwied, 2003, afirman que „Ebensowenig wie das Ziel des Ehescheidungsrechts in der Scheidung von Ehen liegt, liegt der Zweck des Unfallrecht in der Ausgleichung von Schäden. Worum es im Unfallrecht geht, ist vielmehr die Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen Kompensation zu leisten oder auch nicht zu leisten ist, und die Ziele des Unfallrechts sind diejenigen, (...), wenn es entscheidet, dass in bestimmten Fällen Schadensersatz bewilligt und in bestimmten Fällen Schadensersatz versagt werden soll“, pág. 18.

²⁴⁹ En el ámbito del derecho penal, hace décadas que nuestra mejor doctrina ha reconocido la eficacia preventiva de sus normas. "Ningún defensor de una concepción retributiva de la pena admitiría que ésta carezca de toda misión en orden a incidir en el comportamiento o, al menos, en la conciencia de los ciudadanos.", Santiago MIR PUIG, "La perspectiva *ex ante* en Derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, pág. 7.

²⁵⁰ Para el autor citado, la función principal de la responsabilidad civil es reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos. Este cometido de reducir los costes o las pérdidas comprende tres fines. El primero es la reducción del número y la gravedad de los accidentes (costes primarios). El segundo fin es una reducción de los costes sociales derivados de los mismos (costes secundarios). El tercero se refiere a la reducción de los costes de administrar el tratamiento de los accidentes (costes terciarios). Guido CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 1970. Existe una traducción al español, "El coste de los

además de la división tripartita de CALABRESI, a la reparación de todo daño habría que sumar los gastos en prevención que se han realizado y que el accidente ha demostrado insuficiente. Así, la doctrina más reciente²⁵¹, evalúa las reglas de daños a partir del concepto de costes sociales, que incluyen los costes en precaución, los daños causados (a la víctima y a la sociedad) y sus costes de reparación. La visión del derecho de daños estrictamente compensatoria de los sufridos por la víctima obvia buena parte de los gastos imputables a la actuación del agente.

Por otro lado, y al margen de consideraciones sobre el bienestar social, la reducción del derecho de daños a una herramienta meramente compensatoria no da razón de las dificultades de reparación de, por ejemplo, los daños personales o los daños morales. Los daños materiales se compensan relativamente bien; es más difícil compensar los daños personales; y es imposible reparar los daños morales²⁵². Por este motivo, en muchas ocasiones, el accidente mejor compensado a la víctima es el que no ocurrió y, por ello, la regla de responsabilidad más eficaz es la que evitó que el descuidado o el gravemente imprudente causaran un daño. Así, compensación y prevención son objetivos que debe perseguir el actual derecho de daños: más vale prevenir que curar.²⁵³

accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, a cargo de Joaquim Bisbal i Méndez, Ariel, Barcelona, 1984, de la que se ha extractado el texto de la nota.

²⁵¹ Véanse, Steven SHAVELL. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004, págs. 248 y ss.; Thomas J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, California, 2004, pág. 39.

²⁵² Véase, Fernando GÓMEZ POMAR, “Daño moral”, *InDret 01/2000*. El legislador español, de hecho, ha optado por unificar su reparación con la de los daños materiales en el sector de actividad en que se causan más daños. Los baremos del anexo del texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor tasan conjuntamente los daños materiales y los morales. La versión vigente de los baremos es la aprobada por la Resolución de 7 de febrero de 2005, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE núm. 42, de 18 de febrero).

²⁵³ Posiblemente, la confusión al respecto de parte de la doctrina de nuestro país se debe, en primer lugar, a la asimilación de la función preventiva con la punitiva. No hay razón para ello, como afirma con contundencia Pablo SALVADOR CODERCH en el prólogo a Pablo SALVADOR CODERCH y María Teresa CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997: “En este trabajo se defienden algunas tesis polémicas. La primera, que da a la obra su título, es diáfana: ‘prevenir’ y ‘castigar’ no son expresiones sinónimas, pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir -de precaver, evitar o impedir una cosa- mandan castigar a quien las incumple. Esta distinción es cardinal para nosotros porque desmonta, esperemos que de una vez por todas, el argumento principal de la doctrina civilista más tradicional que niega que el derecho civil pueda prevenir nada porque ni es derecho sancionador ni se aplica judicialmente en el curso de un proceso dotado de suficientes garantías para el demandado. Mas si se pueden disociar los instrumentos preventivos de los punitivos, desaparece una de las objeciones doctrinales que más eficazmente ha contribuido a perpetuar el aislamiento de nuestra dogmática civil de una de las construcciones teóricas más notables de este siglo como es, señaladamente, el análisis económico del derecho de daños.” En segundo lugar, el

La cuestión ya no es sólo, por tanto, cómo proteger a la víctima de la insolvencia de alguno de los responsables del daño que sufre, sino evaluar los efectos que esa insolvencia puede tener en el futuro. La justificación tradicional de la solidaridad en derecho de daños se ha preocupado en exceso de proteger a la víctima de la insolvencia de alguno de los obligados a reparar el daño. Es cierto que la justificación de la solidaridad es inseparable de la necesidad de prevenir la insolvencia ajena. También es cierto, sin embargo, que, probablemente, la cuestión debe plantearse en términos más amplios que los tradicionales y asumir que la pregunta sobre la solidaridad se refiere a la distribución deseable del riesgo de causación de un daño entre los potenciales responsables de daños. La víctima que reclama una indemnización por los daños que sufre es sólo una parte de la historia.

La admisión de la solidaridad en el derecho de daños no es pacífica ni, para muchos, deseable. En nuestro país, como hemos visto, las críticas a la solidaridad se han basado en criterios normativos y formalistas. En otros ordenamientos, señaladamente en los Estados Unidos de América, la discusión sobre la conveniencia de la responsabilidad solidaria entre los varios responsables de un daño ha adoptado una visión -más realista- basada en los efectos de una regla de este tipo sobre la prevención de accidentes futuros y sobre las relaciones entre los sometidos a una regla de este tipo. Acaso porque los colectivos de potenciales responsables están mejor organizados que las potenciales víctimas, las críticas a la responsabilidad solidaria se han centrado en los efectos que una regla de este tipo puede tener sobre la prevención de accidentes futuros y en los resultados injustos que puede producir en la relación entre los obligados solidariamente a reparar un daño. Nadie pone en duda que la solidaridad protege en mayor medida a la víctima que exige la reparación del daño sufrido que una regla de responsabilidad parciaria. Sin embargo, y en función de los efectos que la solidaridad puede tener sobre la prevención, quizá no pueda decirse lo mismo de la víctima futura de los accidentes que ocurrirán y que el derecho de daños está llamado a compensar (y a evitar). Lo que parece claro es que la solidaridad no es inocua para los agentes que se verán sometidos a ella.

Toca ahora preguntarse, en primer lugar, qué efectos (previsibles) puede tener una regla de responsabilidad solidaria sobre los responsables antes y después de la condena y, en segundo lugar, qué efectos (previsibles, también) puede tener la responsabilidad solidaria sobre las víctimas de accidentes futuros.

rechazo a la finalidad preventiva puede deberse al convencimiento de que su aceptación supone hacer responder a un demandado por los daños causados por él mismo o por otros agentes de la misma clase que deberían haber respondido pero que, por suerte o por defectos del sistema procesal, no lo han hecho; o bien, que la presencia en un proceso de responsabilidad por daños es una magnífica ocasión para que el juez imponga un castigo ejemplar. Se recomienda, de nuevo, la lectura del libro de SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU para entender la diferencia entre la finalidad preventiva y lo que la doctrina norteamericana denomina *punitive damages*.

En contra de la previsión de una regla de responsabilidad se argumenta que su aplicación conduce a resultados injustos, pues obliga al agente a pagar una indemnización muy superior a la que corresponde a su contribución al daño por el que responde y carga con una responsabilidad excesiva a los demandados más solventes²⁵⁴. A favor de la solidaridad se esgrimen argumentos de la protección de la víctima, de ahorro de costes en el proceso y de la correcta distribución de incentivos en actividades conjuntas en que puede resultar imposible identificar a los responsables.²⁵⁵

Por nuestra parte, adelantamos nuestra convicción en que en el binomio compensación-prevención los problemas de la segunda afectarán tarde o temprano a la primera y que, sin duda, la mejor manera de prevenir es hacer responder al causante de los daños debidos a su actuar descuidado o doloso. Toda fórmula que se aleja del principio de responsabilidad individual, supone mermas en la prevención.

La responsabilidad individual es la única forma de obligar al sujeto causante de daños (externalidades negativas) a hacerse cargo de las consecuencias de su propio actuar (a internalizar las externalidades).²⁵⁶

²⁵⁴ Véase un resumen de los argumentos en contra de la solidaridad en D. R. COOLEY, "Strict Joint and Several Liability", 47 *Journal of Business Ethics* 199 (2003).

²⁵⁵ "If all the tortfeasors are available and solvent, joint and several liability with contribution and proportionate several liability both ultimately achieve the same result: liability is apportioned among the multiple responsible causes according to their comparative responsibility. However, two major practical differences exist between joint and several liability and proportionate several liability. Under proportionate several liability, the plaintiff can recover full compensation for his injury only if he locates, sues, and collects from each party who tortiously contributed to his injury. The plaintiff therefore bears a substantial risk of receiving less than full compensation if any tortfeasor is missing, insolvent, or has an expected share of liability that would not be worth the cost of litigation. In addition, the costs in time and dollars of the multiple actions required to obtain theoretically full compensation will substantially delay and reduce the plaintiff's actual net compensation even if all the tortfeasors can be sued successfully.", Richard W. WRIGHT, "Allocating Liability among Multiple Responsible Causes: A Principled Defense to Joint and Several Liability for Actual Harm and Risk Exposure", 21 *University of California, Davis Law Review* 1141 (1988). La cita es de la página 1142. En el siguiente número de la misma revista, un artículo de Aaron D. TWERSKY, "The Joint Tortfeasor Legislative Revolt: A Rational Response to the Critics", 22 *University of California, Davis Law Review* 1125 (1988) responde al artículo Richard W. Wright y critica sus argumentos en contra de un estándar general de responsabilidad parciaria.

²⁵⁶ "Contract law concerns relationships among people for whom the transaction costs of private agreement are relatively low, whereas tort law concerns relationships among people for whom transactions costs of private agreements are relatively high. Economists describe harms that are outside private agreements as *externalities*. The economic purpose of tort liability is to induce injurers to *internalize* these costs. Tort law internalize these costs by making the injurer compensate the victim. When potential wrongdoers internalize the costs of harm that they cause, they have incentives to invest in safety at the efficient level. The economic essence of tort law is its use of liability to internalize externalities created by high transaction costs.", Robert COOTER y Thomas ULEN, *Law and Economics*, 4th

Con todo, los argumentos a favor de la solidaridad en derecho de daños encierran un núcleo de verdad: la responsabilidad individual sólo funciona correctamente si el responsable puede asumir la reparación del daño. A la vez, sería ingenuo olvidar que la insolvencia del potencial responsable de daños no es sólo un problema para la compensación de las víctimas. En ausencia de sanciones penales y administrativas, la amenaza de una indemnización de poco sirve a quien sabe que no pagará, que carece, por tanto, de incentivos a evitar daños.²⁵⁷

El argumento de la insolvencia debe entenderse en sus justos términos. De la misma forma que afirmamos, y parece ser cierto, que una pena pecuniaria no afecta al insolvente, podríamos afirmar también que lo mismo sucederá con el potencial causante de daños infinitamente solvente que podrá hacerse cargo de todas las indemnizaciones por los daños que cause. La cuestión de fondo no es sólo, por tanto, la solvencia del potencial responsable, sino su actitud ante el riesgo. Por fortuna, la mayoría de los individuos disponemos de una solvencia limitada y presentamos grados positivos de aversión al riesgo: tememos una pérdida segura en mayor medida en la que apreciamos una ganancia probable.

Veremos que la amenaza del pago de una indemnización, aunque estéril para el insolvente, no deja indiferente al potencial responsable de daños de solvencia acreditada en los supuestos, claro está, en que pueda anticipar la condena. Por tanto, los beneficios que reporta a la víctima una condena múltiple deben valorarse en comparación con los efectos que esa condena tendrá sobre los corresponsables solidarios. Es decir, y dicho de una forma que quizá parezca más familiar, los efectos que una regla de responsabilidad solidaria puede tener en la compensación de las víctimas deben valorarse, también, de acuerdo con los efectos preventivos de una regla de ese tipo entre los potenciales responsables.

Como se analiza en las páginas siguientes, la regulación más moderna e innovadora en la materia, el *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability*, hace equilibrios por mantener la regla de la solidaridad (*joint and several liability*) – tradicional en los sistemas del *Common Law*– en un país (los Estados Unidos de América) en el que 39 Estados han modificado el funcionamiento de la solidaridad

edition, Addison Wesley Longman, Reading Massachusetts, Boston, 2004, pág. 290. Cursivas en el original.

²⁵⁷ “If injurers do not have assets sufficient to pay fully for the losses they cause –and may thus be *judgment proof*– their incentives to reduce risk by taking care may be inadequate, because they will treat losses that they exceed their assets as imposing liabilities only equal to their assets. For the same reason, injurer’s activity levels will tend to be socially excessive and they will contribute too much to risk.”, Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., págs. 230 y 231.

entre los responsables del daño (siempre en sentido restrictivo) y en el que más de una decena de Estados la han derogado, por ley o decisiones judiciales.²⁵⁸

En el año 1965, el *Restatement of the Law, Second: Torts 2d*, elaborado por el American Law Institute, dedicaba apenas un par de párrafos a la responsabilidad conjunta y a las reglas de distribución de responsabilidad entre los diferentes agentes dañosos. Con carácter general, se afirmaba la responsabilidad de quien estuviera ligado al daño por una relación de causalidad (*cause in fact*) y por un criterio normativo de imputación (*legal cause*). La decisión sobre el régimen jurídico aplicable a los supuestos en que esas relaciones podían predicarse de varias personas se dejaba al arbitrio de las reglas propias de cada jurisdicción.

En el año 2000, el *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability* dedica una sección específica a la distribución de la responsabilidad entre los causantes de un daño y a su relación con la víctima. El *Restatement Third: Torts, Apportionment of Liability* (§1) reconoce el fracaso de las reglas de su predecesor: “(...) *the nearly universal adoption of comparative responsibility by American courts and legislatures has had a dramatic impact*”.

La nueva versión del *Restatement* diseña cinco regímenes diferentes de responsabilidad en los casos en que varias personas pueden ser declaradas responsables de un daño. Cada régimen propone una regla de responsabilidad solidaria, más o menos general, y una propuesta de regulación de las relaciones entre los causantes de un mismo daño y las de éstos con la víctima:

1. Solidaridad (*joint and several liability*): la víctima puede reclamar la indemnización a cualquier responsable demandado, sobre quien recaea, además, la obligación de traer al proceso a todos los responsables del daño. El corresponsable que paga dispone de una acción de regreso frente al resto, aunque todos cargan con la insolvencia de alguno de ellos.
2. Parciariedad (*several liability*): el demandante debe reclamar a cada responsable su parte en el daño.

²⁵⁸ Así lo han hecho los Estados de Alaska, Georgia, Hawai, Illinois, Kentucky, Louisiana, Massachusetts, Utah, Maryland, Mississippi, Missouri, Vermont, Virginia y Wyoming. Otros Estados han adoptado restricciones a la aplicación de la regla general de responsabilidad solidaria. Algunos la han limitado sólo a los daños morales, como Iowa, otros a los daños causados con dolo, como Arizona y Colorado, otros a los daños causados al medio ambiente, como Florida (que modificó la regla tras *Wood v. Walt Disney Co.*), Minnesota, y New Mexico, o a los daños patrimoniales, como California. La mayoría de los estados de la unión prevén la solidaridad entre responsables sólo cuando el daño les sea imputable en un porcentaje que varía en función de las regulaciones. Así, Michigan, Montana, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New York, Oklahoma, Ohio y Texas. En otros estados, como Pennsylvania, la regla es una combinación de varios de los criterios anteriores.

Los datos se han tomado del informe *Tort Reform Record* que publica semestralmente la ATRA (www.atra.org). El último informe disponible en el momento de escribir estas líneas es el de julio de 2004.

3. Solidaridad corregida (*joint and several liability with reallocation*): si uno de los corresponsales demuestra en el proceso que alguno de sus compañeros es insolvente, el jurado puede redistribuir la cuota de responsabilidad que correspondía al insolvente entre todas las partes del proceso: los demás corresponsales y la víctima, según el grado de culpa de cada uno.
4. Sistema proporcional (*allocating liability based on a legal threshold percentage of comparative responsibility*): si el porcentaje de responsabilidad de los demandados está por debajo del umbral decidido por la ley de cada Estado, la responsabilidad es parciaria. En caso de superar el umbral, el régimen es el de la solidaridad.
5. En función del tipo de daño (*California approach*): bajo este régimen los causantes de daños no patrimoniales responden de forma parciaria y los de daños patrimoniales lo hacen de forma solidaria.

En los ordenamientos del sistema continental europeo es interesante comprobar cómo, mientras los códigos civiles del s. XIX cerraron filas en torno a la responsabilidad parciaria, las codificaciones de las primeras décadas del s. XX apostaron por una regla de responsabilidad solidaria. A la constatación histórica se suma la que procede de la lectura de los respectivos boletines nacionales de legislación y jurisprudencia. En Europa, y de forma señalada en nuestro país, la solidaridad se está convirtiendo en la regla general de responsabilidad cuando varias personas son demandadas por los daños que sufre la víctima.

Uno de los dos bloques normativos está andando el camino equivocado. Juzgue el lector.

I. Las soluciones a la responsabilidad conjunta en el derecho de daños.

1. Las reglas en el derecho comparado

En materia de responsabilidad extracontractual de varias personas por un mismo daño coexisten en el derecho comparado dos grandes soluciones: la que prevé la solidaridad entre los responsables del daño y la que opta por la distribución de responsabilidades entre los agentes²⁵⁹.

Pertencen al primer grupo, de forma señalada, el Código civil alemán de 1900, el Código suizo de Obligaciones de 1911, el Código civil italiano de 1942, el Código civil portugués de 1966 y el holandés de 1992. La característica común de estas normas es la previsión de la responsabilidad solidaria para los varios responsables de un daño y la distribución por partes iguales de la responsabilidad en la relación interna.

Así, el §840.1 BGB prevé la solidaridad para los varios responsables del daño: *Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner*. El §426.1.I BGB dispone, como regla general para todas las situaciones de solidaridad, que *Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist*.

El artículo 50.1 *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* dispone que *Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch*.

El ordenamiento jurídico italiano dispone de una regla similar en el artículo 2055 del *Codice Civile*: *Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali*.

En Portugal, el artículo 497 del *Código Civil* dispone: *1. Se forem várias as personas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade. 2. O directo de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis*. En la relación interna se aplica la regla general de las obligaciones solidarias prevista en el artículo 516 del Código: *Nas relações entre si, presume-se que os devedores ou credores solidários participam em partes iguais na dívida ou no crédito, sempre que da relação jurídica entre eles existente não resulte que são diferentes as suas partes, ou que um só deles deve suportar o encargo da dívida ou obter o benefício do crédito*.

²⁵⁹ Para una visión más amplia de la responsabilidad de los cocausantes en los derechos europeos, vid., Christian VON BAR (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa. Landesberichte*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1994, y del mismo autor, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, cit., págs. 62 y ss.

El *Burgerlijk Wetboek* holandés²⁶⁰ presenta un sistema más complejo y completo que los anteriores. En el artículo 6:102 dispone que: (1) *Trifft zwei oder mehr Personen eine Verpflichtung zum Ersatz desselben Schadens, dann sind sie Gesamtschuldner. Zur Bestimmung dessen, was sie gemäß Artikel 10 in ihrem Innenverhältnis jeweils beizutragen haben, wird der Schaden zwischen ihnen unter entsprechender Anwendung von Artikel 101 verteilt, es sei denn, dass sich aus Gesetz oder Rechtsgeschäft eine andere Verteilung ergibt.* (2) *Ist der Schaden auch Folge eines Umstands, der dem Geschädigten zugerechnet werden kann, so findet Artikel 101 auf die Ersatzpflicht einer jeden der im vorigen Absatz bezeichneten Personen in der Weise gesondert Anwendung, dass der Geschädigte insgesamt von ihnen nicht mehr verlangen kann, als ihm zugestanden hätte, wenn für die Umstände, auf denen ihre Ersatzpflichten beruhen, nur eine Person verantwortlich gewesen wäre. Zeigt es sich, dass der Rückgriff bei einer der zum Beitrag verpflichteten Personen nicht in vollem Umfang möglich ist, so kann der Richter auf Verlangen von einem von ihnen bestimmen, dass bei der Anwendung des Artikels 13 der nicht befriedigte Teil auch auf den Geschädigten umgelegt wird.* De los artículos referidos por la norma, el que nos interesa destacar ahora es el primer apartado del 6:101 que prevé la regla de distribución de la relación interna entre los responsable solidarios: (1) *Ist der Schaden auch eine Folge eines Umstands, der dem Geschädigten zugerechnet werden kann, so wird die Ersatzpflicht dadurch gemindert, daß der Schaden zwischen dem Geschädigten und dem Ersatzpflichtigen verteilt wird entsprechend dem Maß, in dem die ihnen jeweils zuzurechnenden Umstände zum Schaden beigetragen haben; dies geschieht in der Weise, dass eine andere Verteilung stattfindet oder die Ersatzpflicht ganz erlischt oder bestehen bleibt, wenn die Billigkeit dies wegen der unterschiedlichen Schwere des Fehlverhaltens oder wegen anderer Umstände des Falles erfordert.*

Los ordenamientos jurídicos del *Common Law* han aplicado durante décadas un sistema de responsabilidad solidaria a los responsables de daños causados en determinadas circunstancias. La regla tradicional aplica la solidaridad (*Joint and Several Liability*) a los responsables unidos entre si por una relación de agencia (*Agency*), de dependencia (*Vicarious Liability*)²⁶¹ o entre los que existía un acuerdo previo de realizar en común la actividad que finalmente resultó dañosa (*Concerted or Common Action*)²⁶². En el resto de casos en los que concurre una pluralidad de agentes, su responsabilidad es, en principio, parciaria (*Several Liability*).²⁶³ La misma

²⁶⁰ Traducción alemana del original holandés de F. NIEPER, *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, The Hague, C. H. Beck, Kluwer, 1995.

²⁶¹ Sobre los conceptos de *Agency* y *Vicarious Liability*, véase el Capítulo cuarto de este trabajo.

²⁶² Trataremos el concepto de *Concerted Action* en el Capítulo quinto de este trabajo. Allí nos remitimos.

²⁶³ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, cit., pág. 288: "A tort is imputed to several persons as joint tortfeasors in three instances: agency, vicarious liability and concerted action." R. F. V. HEUSTON y R. A. BUCKLEY, *Salmond & Heuston on the Law of Torts*, cit., pág. 496: "Persons are to be deemed joint tortfeasors within the meaning of this rule whenever they are responsible for the same tort. (...) This happens in, at least, three classes of cases: agency, vicarious liability and common action."

regla fue adoptada por la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos de América²⁶⁴.

Sin embargo, la solidaridad prevista en los sistemas del *Common law* presenta algunas peculiaridades que la distinguen de la solidaridad que regulan los códigos europeos. La más relevante es la regla, tradicional en el *Common law*, que negaba toda acción de regreso entre corresponsables solidarios de un mismo daño. Volveremos sobre el tema en el siguiente capítulo.

Junto a estos sistemas -la mayoría- que prevén la solidaridad como regla general para los supuestos en que concurren una pluralidad de responsables conviven los ordenamientos que disponen que, en principio, la regla general en estos casos sea la división de la responsabilidad entre los causantes. Los mejores ejemplos del segundo grupo son nuestro Código civil de 1889 y el Código civil francés de 1804 que le sirvió de modelo²⁶⁵. Como ya hemos tenido ocasión de comprobar en los primeros apartados del trabajo, esta segunda solución supone distribuir la responsabilidad, en principio por partes iguales, entre los diversos responsables del daño.

A medio camino entre ambos sistemas está el Código civil austriaco de 1811 que prevé la responsabilidad conjunta de los varios responsables pero según su contribución al daño finalmente causado. Así lo prevé el §1301 ABGB: *Für einen widerrechtlich zugefügten Schaden können mehrere Personen verantwortlich werden, indem sie gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl.; oder, auch nur durch Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit, das Übel zu verhindern, dazu beigetragen haben.* Cuando hayan actuado con dolo o cuando no puedan determinarse las respectivas contribuciones al daño, la responsabilidad será solidaria: §1302 ABGB, *In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Anteile sich bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schaden vorsätzlich zugefügt worden ist; oder, wenn die Anteile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen; so haften alle für einen und einer für alle; doch bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die übrigen vorbehalten.*²⁶⁶

Los sistemas francés y español no son, sin embargo, puros en la materia que nos ocupa. La regla de la divisibilidad, parciariedad la hemos llamado en la primera parte del trabajo, cuenta con numerosas excepciones. En ocasiones, como ya hemos visto, las leyes especiales prevén la solidaridad como regla de responsabilidad por

²⁶⁴ W. PAGE KEETON, Dan B. DOBBS, Robert E. KEETON y David G. OWEN, *Prosser and Keeton on Torts*, 5th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, 1984, pág. 346; Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., pág. 1077.

²⁶⁵ Los artículos relevantes ya se han citado y transcrito en la primera parte del trabajo.

²⁶⁶ A pesar del tenor de las normas, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias aplican una regla de solidaridad. Véase, Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997, pags. 460 y ss.

daños. En otras, es una jurisprudencia ya consolidada la que impone la solidaridad en muchos casos de responsabilidad conjunta por daños.

2. El Restatement of the Law Third, Torts: Apportionment of Liability y la situación en los EE.UU.

La situación en los Estados Unidos de América merece un apartado específico por la originalidad de sus soluciones y por la previsible influencia que puede tener en pocos años en los derechos europeos de daños²⁶⁷.

La regla de partida fue la propia del *Common Law*, esto es, responsabilidad solidaria en los casos de dependencia (*Agency* y *Vicarious Liability*) y en los de actividad en común (*Concerted Action*) sin acción de regreso a favor del codeudor solidario que había satisfecho toda la indemnización a la víctima.

En la actualidad, sin embargo, la disparidad de reglas entre las jurisdicciones norteamericanas es notable, tanta que la propuesta elaborada por el *American Law Institute* en el *Restatement of the Law Third, Torts: Apportionment of Liability*²⁶⁸ del año 2000, no es uniforme. En efecto, y como se reconoce en el prólogo, ante la imposibilidad de unificar las reglas de responsabilidad aplicables a la pluralidad de

²⁶⁷ Para calibrar la creciente influencia que ejercen en el derecho europeo las reglas procedentes de las decisiones y normas de los Estados Unidos de América, véase Reinhard ZIMMERMANN (Hrsg.), *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1995.

²⁶⁸ El *Restatement of the Law* es la única iniciativa de sistematización del *Case Law* norteamericano. De su redacción se encarga el American Law Institute, una organización privada fundada en 1923 para promover "(...) the clarification and simplification of the law". Sus fundadores reconocían en el acta de fundación que "Two chief defects in American Law are its uncertainty and its complexitiy. These defects cause useless litigation, prevent resort to the comet to enforce just rights, make it often impossible to advise persons of their rights, and when litigation is begun, create delay and expense." Desde entonces, los *Restatements* proponen reglas de solución en sectores dominados por el *Case Law* y en los que la incidencia de los *Statutes* es mínima. Cada *Restatement* está liderado por uno o varios redactores (*Reporters*), profesores relevantes de cada materia que, con ayuda de abogados y jueces (*Advisors*), redacta un texto que deberá ser aprobado, primero por el Consejo del *American Law Institute* y después por su sesión plenaria. Su influencia en la vida jurídica norteamericana es considerable. Más de 4.000 sentencias de apelación citan en sus fundamentos algún texto de los *Restatement* cada año. El lector interesado en conocer más detalles sobre los *Restatement* puede consultar la página web del *American Law Institute* (www.ali.org) y las explicaciones de Alan FARNSWORTH, *Introduction to American Law*, 3rd edition, Oceana Publications Inc., New Cork, 1996, págs. 87 y ss.; y Mathias REINMANN, *Einführung in das US-Amerikanische Privatrecht*, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2004 págs. 6 y 82.

responsables de un daño, el documento opta por proponer cinco alternativas posibles (*Tracks*)²⁶⁹.

La primera solución (*Track A*) es la responsabilidad solidaria clásica, al estilo de los Códigos europeos, para los varios responsables de un daño. Todos responden ante la víctima, que podrá exigir el pago íntegro de la indemnización a cualquiera de los responsables solidarios²⁷⁰, como prevé el §A18:

If the independent tortious conduct of two or more is a legal cause of an indivisible injury, each person is jointly and severally liable for the recoverable damages caused by the tortious conduct.

La segunda solución, (*Track B*), regulada en el §B18, prevé la responsabilidad parciaria (*Several Liability*) para los responsables del daño, salvo en los casos de actuación dolosa o de daños causados en actividades conjuntas para los que la responsabilidad solidaria es la regla²⁷¹:

If two or more persons' independent tortious conduct is the legal cause of an indivisible injury, each defendant (...) is severally liable for the comparative share of the plaintiff's damages assigned to that defendant by the factfinder.

El *Track C* prevé una regla de responsabilidad solidaria en el §C18:

If the defendant tortious conduct of two or more persons is a legal cause of an indivisible injury, each person is jointly and severally liable for the recoverable damages caused by the tortious conduct, subject to the reallocation of §C21.

La responsabilidad solidaria prevista en el *Track C* presenta, sin embargo, una corrección interesante a la solidaridad tradicional. En caso de insolvencia o inmunidad de uno de los responsables, su cuota se repartirá entre todos los presentes en el proceso, incluida la víctima, salvo en los casos de responsables que lo sean por

²⁶⁹ En Marc A. FRANKLIN y Robert L. RABIN, *Tort Law and Alternatives*, cit., pág. 373, puede consultarse un magnífico resumen de las reglas que propone la vigente versión del *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability*.

²⁷⁰ La regla, en el mes de julio de 2004, estaba vigente en los estados de Alabama, Arkansas, Delaware, Washington D. C., Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, North Carolina, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Virginia y West Virginia, que son la denominadas "Pure Joint and Several Liability Jurisdictions". Un grupo de jurisdicciones aplica la regla de la responsabilidad solidaria sólo en los casos en que no concurra responsabilidad alguna de la víctima del daño. Un requisito en la tercera versión del *Restatement* y que aplican las cortes y jurados de Georgia, Missouri, Oklahoma y Washington, (de nuevo, en julio de 2004).

²⁷¹ Vigente en Alaska, Arizona, Colorado, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Nevada, New Mexico, North Dakota, Tennessee, Utah, Vermont y Wyoming, (julio 2004).

una actuación dolosa, que hayan actuado de común acuerdo o que respondan por hechos de sus dependientes²⁷². Así lo prevé el §C21:

a) Except as provided in Subsection b), if a defendant establishes that a judgment for contribution cannot be collected fully from another defendant, the court reallocates the uncollectible portion of the damages to all other parties, including the plaintiff, in proportion of comparative responsibility assigned to the other parties.

b) Reallocation under Subsection a) is not available to any defendant subject to joint and several liability pursuant to §12 (intentional tortfeasors) or §15 (persons acting in concert). Any defendant legally liable for the share of comparative fault assigned to another person pursuant to §13 (vicarious liability) or §14 (tortfeasors who fail to protect the plaintiff from the specific risk of an intentional tort) may not obtain reallocation of the liability imposed by those sections.

La cuarta solución (*Track D*) propuesta por el *Restatement Third* en el §D18 es un sistema híbrido entre la responsabilidad solidaria y la responsabilidad parciaria que prevé la primera para los responsables dolosos y para aquéllos que superen un determinado umbral de culpa²⁷³. En el resto de casos la responsabilidad será parciaria.

If the independent tortious conduct of two or more persons is a legal cause of an indivisible injury, each defendant who is assigned a percentage of comparative responsibility equal to or in excess of the legal threshold is jointly and severally liable, and each defendant who is assigned a percentage of comparative responsibility below the legal threshold is, subject to the exception in §12 (intentional tortfeasors), severally liable.

La quinta y última propuesta del *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability* sugiere distinguir tipos de responsabilidad –solidaria y parciaria– en función del tipo de daños sufrido por la víctima –material o personal–²⁷⁴. La excepción prevista para los daños causados con dolo o con acuerdo previo en otros *Tracks* se mantiene en esta última solución híbrida: quienes actúan en común o de forma dolosa responden siempre de forma solidaria. Así lo prevé el §E18:

If the independent tortious conduct of two or more persons is a legal cause of an indivisible injury, each defendant is jointly and severally liable for the economic

²⁷² La solución ha sido adoptada por los estados de Connecticut, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, New Hampshire y Oregon (julio 2004).

²⁷³ La regla se aplica, aunque con diferencias en el umbral que se exige para pasar de un régimen de responsabilidad parciaria a otro de responsabilidad solidaria en los siguientes estados: Hawaii, Illinois, Iowa, Montana, New Hampshire, New Jersey, New York, Ohio, Texas y Wisconsin (julio 2004).

²⁷⁴ Distinguen el régimen jurídico de la responsabilidad en función del tipo de daño los estados de California, Florida, Hawaii, Iowa, Mississippi, Nebraska, New York y Ohio (julio 2004).

damages portion of the recoverable damages and, subject to the exceptions stated in §12 (intentional tortfeasors) and §15 (persons acting in concert), is severally liable for that defendant's comparative share of the non economic damages.

Cabe, como ha demostrado la experiencia de los últimos años, que un Estado adopte en parte varias reglas. Así, por ejemplo y entre muchos otros casos, en el estado de Minnesota, el régimen general es la de la responsabilidad solidaria, aunque si uno de los demandados es responsable de menos del 15% del daño, la víctima puede exigirle, como máximo, el cuádruple de la cuota de responsabilidad de la que responderá cada demandado en la relación interna, y no el pago íntegro de toda la indemnización. En Missouri rige un sistema de responsabilidad solidaria, salvo en los supuestos en que el daño sea imputable en parte a su víctima, en cuyo caso la responsabilidad de los demandados será parciaria. En Alabama y en Alaska la responsabilidad solidaria se aplica según las previsiones del *Track A* del *Restatement*, pero sólo a los daños causados al medio ambiente por vertidos tóxicos y a las víctimas de daños causados por medicamentos o productos farmacéuticos. Iowa combina el sistema de responsabilidad solidaria a partir de un umbral de culpa (*Track D*) con el de distinción del régimen de responsabilidad en función del tipo de daño (*Track E*). Así, en el estado de Iowa, los responsables de un daño material responderán de forma solidaria si su aportación al daño que sufre la víctima supera el 50%. La misma regla se aplica en Ohio.

3. Solidaridad *ex ante* y solidaridad *ex post*

Como el lector ha podido comprobar, las posibles soluciones al problema de la responsabilidad de varias personas por los daños que sufre la víctima son múltiples y van más allá de la discusión entre solidaridad y mancomunidad (*rectius*, parciariedad) en la que parece anclada la doctrina española.

Los diferentes sistemas, los del derecho continental europeo, el *Common Law* y las alternativas del *Restatement*, pueden distinguirse no sólo por las maneras en que adoptan o dejan de adoptar una regla de solidaridad o de parciariedad, sino por el momento en que aplican una u otra solución. Este es el punto de vista que, desde la óptica de los potenciales responsables de daños, nos interesa adoptar en esta parte del trabajo.

Las soluciones a un caso de responsabilidad múltiple pueden ser previstas *ex ante* por la Ley o por una jurisprudencia (o *Case Law*) suficientemente consolidada; o pueden ser impuestas *ex post* por la decisión de un juez, tribunal o jurado que enjuicia el caso del daño sufrido por la víctima.

Así, consideramos *ex ante* a los sistemas que prevén una regla general de responsabilidad solidaria, como el alemán, el italiano, el suizo, el portugués o el

holandés, en el derecho continental europeo; el *Common Law* para los supuestos de dependencia y de actuación en común; y el *Restatement* para los supuestos de solidaridad *ex ante* de los *Tracks A* y *C*.

Son sistemas de responsabilidad solidaria impuesta *ex post* aquéllos en los que, aunque la regla sea la parciariedad, los jueces y tribunales imponen, en determinados casos, la solidaridad entre los responsables del daño. Conforme las decisiones judiciales formen una jurisprudencia sólida y previsible, la solidaridad dejará de ser una consecuencia impuesta *ex post* para convertirse en una regla previsible *ex ante*. Mientras esto no suceda, los varios demandados en un mismo proceso no podrán saber si su condena será o no solidaria hasta el momento del fallo. Así sucede, en principio, en España y en Francia y en los sistemas de responsabilidad de los *Tracks D* y *E* del *Restatement* en que se aplica la solidaridad en función, respectivamente, del porcentaje de culpa y del tipo de daño causado, algo difícilmente previsible por los potenciales responsables antes de la causación del daño.

Con todo, no existen sistemas *ex post* puros. Ya hemos visto cómo en los ordenamientos español y francés las excepciones a la parciariedad en leyes especiales y en reglas judiciales son múltiples. En el *Restatement*, el *Track B* prevé la parciariedad, salvo en los casos de actuación dolosa. En el resto de supuestos (*Tracks*), el dolo²⁷⁵, la actuación de común acuerdo²⁷⁶ y la responsabilidad vicaria²⁷⁷ son siempre excepciones a cualquier regla de fraccionamiento de la responsabilidad. En esos casos, la responsabilidad solidaria está prevista *ex ante* con carácter general.

La distinción *ex ante-ex post* es relevante, pues permite distinguir los casos en que los potenciales responsables han podido ajustar su comportamiento al riesgo de ser condenados de forma solidaria, de aquéllos en que la previsión no es posible por no existir reglas jurídicas previas -legales o jurisprudenciales- que así lo dispongan. Es decir, la distinción entre la responsabilidad solidaria prevista *ex ante* y la solidaridad

²⁷⁵ American Law Institute, *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability*, §12: *Each person who commits a tort that requires intent is jointly and severally liable for any indivisible injury legally caused by the tortious conduct.*

²⁷⁶ American Law Institute, *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability*, §15: *When persons are liable because they acted in concert, all persons are jointly and severally liable for the share of comparative responsibility assigned to each person engaged in concert activity.*

²⁷⁷ American Law Institute, *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability*, §13: *A person whose liability is imputed based on the tortious acts of another is liable for the entire share of comparative responsibility assigned to the other, regardless of whether joint and several liability or several liability is the governing rule for independent tortfeasors who cause an indivisible injury.*

impuesta *ex post* es relevante si tenemos en cuenta los efectos preventivos que puede generar una regla de solidaridad en uno y otro caso.²⁷⁸

La distinción radica en determinar cuándo los potenciales causantes de daños pueden ajustar su comportamiento a una regla previsible y conocida de responsabilidad solidaria y en qué supuestos, por el contrario, esa consecuencia no puede ser anticipada por quienes participan en una actividad generadora de daños. Parece intuitivo afirmar que los efectos preventivos de una regla de responsabilidad solidaria –uno responde por todos, incluso, por los daños que no ha causado– serán diferentes en uno y otro supuesto.²⁷⁹

II. Efectos de la solidaridad prevista ex ante

1. En la relación externa

El daño que en ausencia de responsabilidad solidaria sería imputable a un miembro del grupo supone, en virtud de la previsión legal o jurisprudencial, la responsabilidad de todos.

Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, todos los miembros de la partida de caza, los directores de una obra, el productor, suministrador y, eventualmente, el importador de un producto defectuoso, los socios de una firma de auditoría,... responderán de forma solidaria por el daño causado por uno de sus compañeros.

Que los miembros del grupo sepan esto de antemano sólo puede tener efectos positivos si la solidaridad es capaz de generar prevención mutua, conductas de vigilancia entre miembros de un grupo sujeto a un estándar de responsabilidad solidaria. Dicho de otro modo, la solidaridad puede generar en estos casos normas sociales que vinculan a los miembros del grupo y cuya trasgresión puede ser causa de expulsión. Puede ser que, en virtud del riesgo de la responsabilidad solidaria, el cazador prudente no quiera compartir montería con un compañero descuidado, que el arquitecto diligente no seleccione a malos colaboradores, que el suministrador no

²⁷⁸ William L. LANDES y Richard A. POSNER, „Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis”, 9 *The Journal of Legal Studies* 517 (1980), pág. 520: “The distinction between ex ante and ex post relates not only to the issue of fairness but also to the issue of efficiency or deterrence. If, ex ante, each defendant bears a cost (an expected cost) of liability, each defendant is deterred, even if ex post all but one pay nothing.”

²⁷⁹ “The rationale of the rule of joint and several liability was the belief that, if the several defendants knew in advance that each would be liable for the entire judgment or award, they would be less likely to injure or harm the plaintiff.”, Warren FREDMAN, *Joint and Several Liability. Allocation of Risk and Apportionment of Damages*, Butterworth Legal Publishers, Massachusetts, 1987, pág. 4.

incluya en sus catálogos productos de dudosa calidad y que las firmas de auditoría seleccionen muy bien a su personal.

En estos casos, por lo menos para los corresponsables solidarios que nada tuvieron que ver con el daño que se les imputa, la solidaridad convierte el principio general de negligencia, de responsabilidad por culpa por el incumplimiento de normas de cuidado o deberes de precaución, en un estándar de responsabilidad objetiva, de responsabilidad por la mera causación de daños -causados por otro- en este caso. Así ocurre, por lo menos, en la relación externa: la que une a los responsables con la víctima del daño.

Causado el daño y vigente un mandato legal o jurisprudencial de responsabilidad solidaria, responden todos los miembros del colectivo sujeto a una regla de solidaridad. Pagan justos por pecadores y la víctima cobrará la indemnización íntegra del más solvente de todos ellos.

2. En la relación interna

La Ley o la regla judicial que imponen la solidaridad a los varios responsables de un daño pueden limitarse a establecerla entre éstos y la víctima o, en uso de una técnica legislativa más refinada, establecer alguna solución para la relación entre los corresponsables que nacerá una vez satisfecho el interés de la víctima en la reparación de su daño. Es decir, la regla de solidaridad puede limitarse a la relación externa o puede ir más allá y proveer soluciones para la relación interna. Cuando esto suceda, las reglas de distribución de la responsabilidad pueden seguir alguna de las siguientes pautas.

2.1. La responsabilidad por partes iguales

En primer lugar, la distribución de responsabilidad en la relación interna puede seguir una regla de división por partes iguales. Conforme a ella, el importe de la indemnización cobrada por la víctima se prorrateará entre los responsables. La solución parece, a primera vista, acertada. En ausencia de un criterio mejor, la división a prorrata es la regla que asegura que todos los corresponsables asumirán, al menos, parte de la indemnización debida por los daños que han causado. El codeudor solidario que haya pagado de más o que, en el extremo, se haya hecho cargo de toda la indemnización, podrá regresar de sus compañeros la parte que a cada uno corresponda.

La solución tiene fundamento estadístico. La responsabilidad por partes iguales traslada a todos los responsables la media aritmética del importe de los daños causados. En los casos en que no se conozca la distribución de la responsabilidad, la media es una buena aproximación. La corrección estadística de la media depende, sin embargo, de que todos los datos (las respectivas responsabilidades, en este caso) se

sitúen en un intervalo similar. Dicho de otro modo, la media aritmética reacciona mal cuando existen observaciones atípicas, por exceso o por defecto. Para evitar ese efecto perturbador, la información estadística, además de la media, suele aportar también la 'varianza': la distancia entre cada observación y la media aritmética.

La solución supone que todos han tenido que ver algo con el daño. La regla de responsabilidad por partes iguales puede llevar a situaciones injustas cuando el daño ha sido causado por uno o varios de los miembros del grupo, pero no por todos. Si la regla define e impone *ex ante* la solidaridad y su complemento es una regla de responsabilidad por cuotas iguales, su aplicación puede suponer que el codeudor solidario inocente haya de soportar la parte alícuota de responsabilidad que le corresponde. A la vez supone que el codeudor solidario que causó el daño no ha de soportar el pago de toda la indemnización, sino sólo su parte alícuota. Si alguno de los codeudores solidarios es insolvente, su parte proporcional de responsabilidad es asumida por el resto de codeudores solidarios.

Las consecuencias que puede tener la responsabilidad solidaria prevista *ex ante* en el comportamiento de los potenciales causantes de daños han condicionado en muchas ocasiones las posturas a favor o en contra de la solidaridad de los causantes del daño. La discusión es propia de los sistemas en que la responsabilidad solidaria es prevista *ex ante* para los responsables de un daño y, por lo tanto, nuestra doctrina tradicional ha quedado al margen de los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la solidaridad con base en los efectos que puede tener sobre la prevención de accidentes futuros. La discusión se ha desarrollado durante décadas en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*.

El *Common Law* asumió la regla romana según la cual el codeudor solidario que ha hecho frente al pago de toda la indemnización no dispone de acción de regreso alguna contra el resto de condenados solidarios²⁸⁰. El caso de referencia es *Merryweather v. Nixan* (8 Term Report 186, 101 Eng. Rep. 1337), un caso inglés de 1799, en el que el condenado solidario que había satisfecho la condena por los daños materiales causados al molino de la víctima, reclamaba el pago de 840

²⁸⁰ Como explica Antonio MASI, "Solidarietà", *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, UTET, Torino, 1970, pág. 834, la solidaridad clásica excluía el derecho de regreso entre codeudores. El codeudor solidario que pagaba en exceso debía acudir a alguna de las acciones que le daban derecho a exigir a cada uno de sus compañeros la parte correspondiente, pero no existía un derecho general de regreso reconocido al deudor solidario. El codeudor que pagaba la deuda por entero cumplía con un derecho propio del que respondía plenamente ante el acreedor. Si los codeudores eran socios, el codeudor que había pagado la deuda y liberado a sus compañeros podía ejercer contra ellos la *actio pro socio*. Si se trataba de coherederos, le asistía la *actio familiae erciscundae*. Cuando la solidaridad era reflejo de una situación de condominio, la acción era la *actio comunni dividundo*. Cuando el vínculo entre codeudores era sólo de garantía, les correspondía la *actio mandati*. Véase, sobre las diferentes acciones, Emilio Albertario, *Il Diritto Romano*, cit., págs. 186 y 187.

libras de su compañero, también condenado de forma solidaria²⁸¹. Lord Kenyon, el ponente de la sentencia, desestimó la pretensión por falta de precedente y porque el demandante era un “conscious wrongdoer”. La regla tiene sentido si el responsable que pagó la indemnización a la víctima fue el causante doloso (consciente) del daño. Carece de justificación cuando quien acude a la acción de regreso es el responsable inocente o culpable en menor medida que el que se libró del pago.²⁸²

La decisión influyó decisivamente en las cortes británicas y estadounidenses que, durante casi dos siglos, negaron la acción de regreso entre codeudores solidarios. Al principio, según lo establecido por Lord Kenyon, sólo en los casos de dolo. Después, para todos los supuestos de responsabilidad conjunta de daños²⁸³.

La regla de *no contribution* fue finalmente abandonada en el Reino Unido por la *Section (6)* de la *Law Reform (Married Woman and Tortfeasors) Act* de 1935. La regla actualmente vigente en la materia es la *Section 3* de la *Civil Liability (Contribution) Act* de 1978 ²⁸⁴ que reconoce una acción de regreso *such as may be found by the court to be just and equitable having regard to the extent of that person's responsibility for the damage in question*.

En los Estados Unidos de América, la discusión sobre la conveniencia de abandonar la regla de *no contribution* generó una animada polémica²⁸⁵ entre

²⁸¹ El relato del caso se toma de Francis H. BOHLEN, “Contribution and Indemnity between Tortfeasors”, 21 *Cornell Law Quarterly* 552 (1936), págs. 555 y 556.

²⁸² No están claros los orígenes de la regla instaurada por *Merryweather*. Años después, y en el momento en el que la regla de la *no contribution* estaba en franca decadencia, puede leerse en el caso inglés *Carmathenshire C. C. v. Levis* ((1955) A. C. 549 H. L.): “How some rules of law arose is not always known. For instance, except for the fact that in 1799 Lord Kenyon laid it down in *Merryweather v. Nixan* that there was no contribution between joint tortfeasors, no one has ever discovered, whence the rule came (...)”. Véase, con citas de más casos, Meike WAGENFELD, *Ausgleichansprüche unter solidarisch haftenden Deliktsschuldern im englischen und deutschen Recht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1972, págs. 43 y ss.

²⁸³ W. PAGE KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., pág. 337: “The early American cases applied the rule against contribution to cases of wilful misconduct, but refused to recognize it where the tort committed by the claimant was a matter of negligence or mistake. But once the door was thrown open to joinder in one action of those who had merely caused the same damages, the origin of the rule and the reason for it were lost to sight. The great majority of our courts proceeded to apply it generally, and refused to permit contribution even where independent, although concurrent, negligence had contributed to a single result.”

²⁸⁴ La nueva regla recoge el derecho de todo responsable solidario a recobrar el exceso de sus compañeros que ya previó su predecesora en 1935. Introduce, sin embargo, un plazo de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción de regreso. Véase, W. V. H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, cit., págs. 627 a 631.

²⁸⁵ Vale la pena consultar el monográfico que la *Harvard Law Review* dedicó al tema en su número 54 del año 1941.

defensores y detractores. Los primeros esgrimían el principio clásico de “*Nemo propriam turpitudinem allegans auditur*” y negaban la posibilidad que el negligente y, por supuesto, el doloso, pudieran solicitar el reembolso de una indemnización por daños que, de no haber concurrido otros responsables, le correspondería pagar a él de forma íntegra²⁸⁶. Los segundos, que con los años fueron mayoría, abogaban por los efectos anti-preventivos de la ausencia de una acción de regreso que permitía al causante insolvente quedar impune de los daños que causaba²⁸⁷.

La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*²⁸⁸ propuso en el año 1939 una regla de responsabilidad por partes iguales que se mantuvo en una posterior redacción de 1955 y que encontró serios problemas de aplicación en aquellos estados que aplicaban una regla de *Comparative Negligence* y en los que la solución de ‘todos los demandados por partes iguales’ no pareció correcta. La vigente redacción de la *Uniform Comparative Fault* de 1977 prevé un derecho a favor del responsable solidario que pagó más de lo que debía a exigir la correspondiente *contribution* a cada uno de sus compañeros en función del grado de contribución al daño. Así lo prevé la *Section 4(a): A right of contribution exists between or among two or more persons who are jointly and severally liable upon the same indivisible claim for the same injury, death, or harm, whether or not judgment has been recovered against all or any of them. It may be enforced either in the original action or by a separate action brought for that purpose. The basis for contribution is each person’s equitable share of the obligation (...)*²⁸⁹

El §23.b del ya citado *Restatement Third: Torts, Apportionment of Liability* prevé el reparto de la responsabilidad en la relación interna según la contribución de cada uno de los responsables al daño que sufrió la víctima: *A person entitled to recover*

²⁸⁶ El principal defensor de la regla establecida por *Merryweather v. Nixan* fue Fleming JAMES. Quizá el artículo que mejor resume sus argumentos es “*Contribution Among Joint Tortfeasors: A Pragmatic Criticism*”, 54 *Harvard Law Review* 1156 (1941)

²⁸⁷ El mejor exponente de la postura favorable a la acción de regreso fue Charles O. GREGORY, “*Contribution among Tortfeasors: A Uniform Practice*”, *Wisconsin Law Review* 365 (May 1938).

²⁸⁸ Organización privada fundada en 1892 para promover la unificación del derecho aplicable entre las jurisdicciones de los Estados Unidos. En la actualidad cuenta con financiación del estado federal y de cada estado de la Unión en función de su población. Los estados nombran a sus representantes permanentes que, con la colaboración de juristas de reconocido prestigio, proponen reglas uniformes para ser traspuestas al derecho propio de cada estado. Su página web es www.nccusl.org.

²⁸⁹ En el año 2002 se propusieron algunas reformas a la *Uniform Comparative Fault Act*. La acción de regreso está regulada ahora en la *Section 7* de forma muy similar a como estaba ya en el año 1977: (...) *a party that is jointly and severally liable with one or more other parties under this [act] has a right of contribution from another party jointly liable for any amount the party pays in excess of the several amount for which the party is responsible. A party against which contribution is sought is not liable for more than the monetary amount of the party’s several share of responsibility determined pursuant to Section 5*. La nueva redacción de la *Uniform Comparative Fault Act* no ha sido todavía adoptada por ningún estado de la Unión.

contribution may recover no more than the amount paid to the plaintiff in excess of the person's comparative share of liability. En la actualidad, todos los estados de la Unión que conservan la responsabilidad solidaria cuentan con una regla de *Contribution*²⁹⁰.

El proceso histórico referido demuestra, en primer lugar, la necesidad de evaluar las consecuencias de la responsabilidad solidaria entre los condenados a responder de esa forma ante la víctima y, en segundo, lugar, el progresivo abandono de la regla de responsabilidad por partes iguales por otra de responsabilidad (en la relación interna) en función de la contribución al daño por el que se responde.

2.2. La responsabilidad en función de las respectivas contribuciones al daño

La segunda manera de distribuir la responsabilidad en la relación interna entre los corresponsables solidarios es la de atender al grado de contribución de cada uno al daño por el que todos responden. Parece claro que una regla de reparto de responsabilidad de este tipo sólo puede operar en sistemas que prevean la solidaridad como regla general. Si no es así, si la solidaridad es sólo una regla de defecto, hay que entender que en los supuestos en que sea posible distinguir cuotas de responsabilidad de cada uno de los demandados, la responsabilidad será individual de cada uno por esas cuotas. Si la solidaridad no es la regla y el legislador, los jueces o los tribunales están en condiciones de identificar la responsabilidad de cada potencial causante de daños, la solución es la responsabilidad individual de cada uno por la parte de daño de la que es responsable.

La regla, que parece más justa que la del reparto por partes iguales, atiende a las aportaciones de cada uno de los responsables al daño causado. Una fórmula de este tipo impide los perniciosos efectos que la regla del prorrateo analizada en el epígrafe anterior podía tener sobre el potencial causante de daños. Por otro lado, y aunque el daño causado por uno puede arrastrar a todo el grupo a un proceso de responsabilidad (pues se trata de una regla propia de sistemas que imponen la solidaridad *ex ante*), el reparto interno de responsabilidades es ahora capaz de igualar los pagos a las responsabilidades.

²⁹⁰ Aunque hay quien todavía defiende la regla de *no contribution*. Véase, William LANDES y Richard POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", cit., pág. 529: A rule that permits contribution in any form would add costs in the form of suits among injurers attempting to shift part of the victim's loss away from the defendants on whom the victim has levied judgment. Since suits among defendants have ex post distributive consequences but no impact on incentives for efficient accident avoidance, yet are costly, a legal system concerned with efficiency would discourage these suits. The no contribution rule does this." Al argumento, que carece de sentido jurídico, cabe objetar que los juicios posteriores entre corresponsables solidarios se minimizan si la norma que impone la solidaridad prevé una regla de distribución interna de la responsabilidad.

El sistema permite cumplir el objetivo garantista de la víctima tradicionalmente asociado a la responsabilidad solidaria a la vez que minimiza los incentivos asociados a la regla de contribución por partes iguales. La víctima del daño puede exigir la indemnización al más solvente de los responsables y éste, una vez satisfecha la víctima, puede dirigirse contra sus compañeros o, en el caso de que sólo uno haya sido el causante del daño, contra él y por todo el importe pagado. Cada uno responderá en función de su grado de contribución al daño. El problema está en determinar ese nivel y, por tanto, en decidir conforme a qué reglas deben distribuirse los diferentes grados en que cada uno de los responsables solidarios contribuyó al daño²⁹¹.

El caso más sencillo es aquél en que sólo a uno de los responsables solidarios se debe el daño. En ese caso, la acción de regreso será por el total a que asciende la responsabilidad. Puede que la mayoría de los responsables, que nada tuvieron que ver con el daño que sufre la víctima y a los que ésta no solicitó el pago de indemnización alguna, no intervengan en la acción de regreso. Cuando esto suceda, la relación interna se desarrollará entre quien lo pagó todo (y no debía pagar nada) y quien, por el contrario, no pagó nada (y debía pagarlo todo).

Así sucede, por ejemplo, y en el ordenamiento jurídico español, con la acción de regreso que el artículo 1904 Cc. reconoce al empresario que pagó la indemnización por los daños causados por uno de sus empleados. Lo mismo ocurrirá cuando el titular del centro docente de enseñanza no superior pueda reclamar íntegramente la indemnización pagada por los daños causados por los maestros que actuaron con negligencia grave o dolo en el desempeño de sus funciones, como prevé el segundo párrafo del mismo artículo 1904 Cc.²⁹²

Se trata de los casos que la doctrina del *Common Law* califica de *Indemnity* y que distingue de los meros casos de acción de regreso (*Contribution*)²⁹³. En los

²⁹¹ Sobre las dificultades de determinar los grados respectivos de contribución al daño, Tony WEIR, "The Maddening Effect of Consecutive Torts", 60 *Cambridge Law Journal* 237 (2001). "Anyone tempted to adopt the mantra of 'liability in proportion to contribution to harm' should consider the chaos resulting in the United States from tampering with the doctrine of joint and several liability, a doctrine which is beneficial in protecting victims when one of the tortfeasors is insolvent, and otherwise does no harm to the paying tortfeasor, given that the Contribution Act allows to make a just apportionment (...)", pág. 239.

²⁹² El texto del artículo y su relación con el artículo 1903 Cc. están en el Capítulo cuarto del este trabajo. Allí nos remitimos. Allí se trata también del artículo 145.2 LRJPAC, regla equivalente en el ámbito de la función pública a lo previsto en el artículo 1903 Cc.

²⁹³ La distinción se ha querido basar -sin fundamento alguno- en la necesidad de distinguir los responsables solidarios culpables de los daños de que responden de aquéllos que responden de forma solidaria por hechos atribuibles a terceros. Véase, Gus M. HODGES, "Contribution and Indemnity Among Tortfeasors", 26 *Texas Law Review* 150 (1947), pág. 173: "Where two or more tortfeasors are liable to an injured party, if, as to duties owed to each other, one is blameless and the others are at fault, the

primeros, un acuerdo contractual, una previsión legal o una peculiar relación entre las partes justifica que el condenado de forma solidaria que se hizo cargo del pago total de la indemnización debida a la víctima pueda reclamar la cantidad íntegra del causante del perjuicio²⁹⁴.

El mecanismo de la *Indemnity* convierte a la responsabilidad solidaria en un expediente de protección de la víctima frente a causantes de daños potencialmente insolventes. En los supuestos en que se reconoce, equivalentes a los que la doctrina española ha calificado de 'responsabilidad por hecho ajeno', el objetivo del ordenamiento es proveer incentivos a la evitación de accidentes sobre quien puede influir en el diseño de actividades dañosas y salvaguardar el derecho de la víctima a cobrar una indemnización por el daño sufrido²⁹⁵. Motivos que, como ya hemos tenido ocasión de comentar, pueden conseguirse también con el establecimiento de una responsabilidad directa o subsidiaria²⁹⁶.

blameless tortfeasor is entitled to indemnity from the others. In no other case is indemnity to be allowed unless the doctrine of discovered peril is to be applied as between two co-tortfeasors." W. PAGE KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., pág. 344, manifiestan su opinión en contra a la explicación de la *Indemnity* basada sólo en los diferentes grados de culpa: "(...) Indemnity is a shifting of responsibility from the shoulders of one person to another; and the duty to indemnify has been recognized in cases where equities supported it. A court's view of the equities may have been based on the relation of the parties to one another, and the consequent duty owed; or it may be because of a significant difference in the kind or quality of their conduct."

²⁹⁴ Como bien indica W. PAGE KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., págs. 341 y 342, "(...) it is generally agreed that there may be indemnity in favor of one who is held responsible solely by imputation of law because of a relation to the actual wrongdoer, as where an employer is vicariously liable for the tort of a servant or an independent contractor; or an innocent partner or carrier is held liable for the acts of another, or the owner of an automobile for the conduct of the driver. Likewise one, who is directed or employed by the misrepresentations of the other, is entitled to indemnity for recovery by a third party."

²⁹⁵ La regla propuesta por §22.a del *Restatement Third: Torts, Apportionment of Liability* da buena razón de la discusión en torno a la conveniencia de la *Indemnity* en la doctrina norteamericana de los últimos 30 años. *When two or more persons are may be liable for the same harm and one of hem discharges the liability of another in whole or in part by settlement or discharge of judgment, the person discharging the liability is entitled to recover indemnity in the amount paid to the plaintiff, plus reasonable legal expenses if: 1. The indemnitor has agreed by contract to indemnify the indemnitee, or 2. The indemnitee: Was not liable except vicariously for the tort of the indemnitor, or was not liable except as a seller of a product supplied to the indemnitee by the indemnitor and the indemnitee was not independently culpable.*

²⁹⁶ De hecho, nos atrevemos a afirmar que la insistencia de la doctrina, sobre todo, norteamericana, por distinguir la *Contribution* de la *Indemnity* se debe a la necesidad de huir del rigor de la regla impuesta por *Merryweather v. Nixan* y, por tanto, a la intuición, no siempre manifestada, de que los supuestos en que concurre la excepción de *Indemnity* no son verdaderos supuestos de responsabilidad solidaria. Así lo confirman las conclusiones de William L. LANDES y Richard A. POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors", op. cit. que proponen excluir la *Indemnity* de la responsabilidad solidaria pues ésta debe limitarse a los casos de actuación conjunta (*joint torts*) en que todos los corresponsables han intervenido en la causación del daño.

La situación, sin embargo, se complica conforme aumenta el número de corresponsables solidarios involucrados en el daño que sufrió la víctima, es decir, conforme aumenta la dispersión entre los niveles de contribución al daño de los responsables. En esos casos, y pese a la superioridad teórica de la regla de la responsabilidad interna en función de las respectivas contribuciones sobre la regla de la responsabilidad por partes iguales, los problemas prácticos que plantea pueden llevar a hacer imposible su aplicación.

Tony WEIR propone un caso inglés para ilustrar las dificultades de aplicación de la regla de distribución de la responsabilidad en función de las contribuciones respectivas de los agentes. El caso es *Rahman v. Arearose Ltd.* ((2000) 3 W. L. R. 1184 (C. A.)). Rahman era el dependiente que cubría el turno de atención al público en la barra del 'Burger King' de la londinense calle de King's Cross. Un grupo de desalmados entró en el local y le golpeó causándole lesiones graves. Intencionalmente le lesionaron, además, el ojo izquierdo con un objeto metálico. El ojo necesitó de una especial atención médica que, a pesar de todo, no consiguió que el Sr. Rahman recuperase la vista. No pudo ser identificado ninguno de los agresores. Se condenó finalmente al propietario del establecimiento por no haber protegido de forma adecuada a sus trabajadores y a los médicos que intervinieron a la víctima.²⁹⁷

La primera cuestión es la de decidir con qué criterio se miden las contribuciones al daño. La segunda es determinar qué se hace en los casos en que, con independencia del criterio o los criterios a que se acuda, es imposible distinguir cuotas de contribución.

La regla para medir la participación puede obedecer a criterios naturalísticos o a criterios normativos; al examen de las respectivas contribuciones causales, si se puede hablar así, o al de los grados de culpabilidad, definida como infracción de deberes de cuidado o como dominio sobre la actividad generadora de daños. Los primeros confunden la responsabilidad solidaria con la denominada por la Sala Primera del Tribunal Supremo español 'compensación de culpas' o 'concurencia de causas'. Los segundos fracasan en los casos de actuación independiente. Todos colapsan cuando no es posible distinguir las acciones y omisiones llevadas a cabo por los responsables pero sin todas ellas no se habría producido el daño. Volveremos sobre ello en el capítulo quinto.

3. Cuando la solidaridad funciona como un seguro

3.1. Niveles de solvencia y relación interna.

²⁹⁷ Tony WEIR, "The Maddening Effect of Consecutive Torts", cit, pág. 237.

Ya hemos visto que la explicación tradicional de la solidaridad la asocia a una función de garantía de la víctima. Desde ese punto de vista, ya analizado en el apartado II.2 del capítulo primero de este trabajo, la solidaridad funciona como un seguro, informal, si se quiere calificar así, a favor de las víctimas de daños de determinados accidentes: los imputables a varios agentes. La víctima cobra la indemnización íntegra con cargo a alguno o algunos de los responsables solventes y éstos, en la relación interna recuperan lo pagado. Si alguno de los condenados es insolvente, su cuota se reparte entre todos, por partes iguales o en función de las respectivas contribuciones al daño. La solidaridad, así entendida, protege a la víctima de la insolvencia de alguno de los responsables de los daños que sufre y asegura -o, por lo menos, facilita- que la víctima cobre la indemnización debida.

Las críticas dirigidas a la responsabilidad solidaria por alguno de nuestros autores parten de la que consideran la injusticia de proteger en mayor medida a la víctima de daños causados por varias personas que a la víctima de daños de los que sólo una persona es responsable²⁹⁸. Así esgrimido, el argumento parece intachable. En efecto, la imposición de la responsabilidad solidaria a los varios agentes de un daño deja en mejor posición a su víctima que a las víctimas de daños causados por un solo agente o a los que se aplique un régimen de responsabilidad parciaria entre los causantes.

El argumento, sin embargo, es falaz. En primer lugar, olvida que la eventualidad de la insolvencia del responsable del daño es tenida en cuenta por el ordenamiento también en los supuestos de responsabilidad individual o parciaria. Por este motivo, nuestro derecho de daños está plagado, cada vez más, de obligaciones de aseguramiento, límites máximos de responsabilidad e indemnizaciones tasadas. Mecanismos cuya bondad no toca ahora examinar pero que comparten, en cualquier caso, el objetivo de asegurar que la víctima cobrará la indemnización (o parte de ella)²⁹⁹. En segundo lugar, la crítica parte de una concepción de la responsabilidad civil exclusivamente compensatoria. Desde esa óptica, y salvo que se considere que los daños causados por varios agentes pueden ser potencialmente más graves que los causados sólo por uno -algo que no siempre será cierto-, carece de sentido que unas víctimas gocen de mayor protección que otras cuando ambas pueden sufrir daños equivalentes. Si se tiene en cuenta la eficacia preventiva de toda regla de responsabilidad, habrá que admitir que si fueron varios los causantes, todos deben responder del daño. El incentivo más descabellado a la causación de accidentes es la irresponsabilidad por sus consecuencias. Algo que, como veremos a continuación, también sucede en ocasiones a pesar de la previsión de una regla de responsabilidad solidaria.

²⁹⁸ Así, Ángel CRISTÓBAL MONTÉS en casi todas las obras que dedica al tema. Donde desarrolla la crítica más ampliamente es quizá en *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, cit., pág. 137 y ss.

²⁹⁹ Sobre los efectos de estas medidas en la reparación de daños y sus consecuencias en el funcionamiento del derecho de daños puede consultarse el trabajo de Jesús PINTOS AGER, *Baremos, responsabilidad civil y seguro*, op. cit.

La explicación tradicional de la solidaridad entre responsables de daños y que la entiende como una garantía a favor de la víctima de daños obvia que la solidaridad funciona también como un seguro entre los responsables del daño. Los efectos que ese seguro (informal) puede tener entre los participantes en una actividad sometida a un estándar de responsabilidad solidaria han sido despreciados por la doctrina y la jurisprudencia que aboga por la extensión indiscriminada de la solidaridad a los varios responsables de un daño y por la legislación especial que la impone en muchos sectores de actividad.

Los efectos de una regla de este tipo sólo pueden evaluarse en los sistemas en que la solidaridad es prevista *ex ante*, como regla general, para los responsables por daños causados en todos o determinados sectores. En esos casos, la regla permite a los potenciales responsables prever el riesgo de la insolvencia ajena, pero permite también al más desconsiderado de los potenciales responsables aprovecharse de que otros corresponsables asumirán el riesgo de su solvencia limitada, es decir, que otros se harán cargo de las consecuencias del actuar descuidado de uno que, además, no dispone de fondos suficientes para pagar a la víctima. En ese sentido, la regla de la solidaridad entre los responsables de un daño impone un seguro a favor del más insolvente de todos ellos. Entre los corresponsables la solidaridad prevista *ex ante* funciona, al menos en parte, como un seguro y padece, por tanto, de los defectos que presenta todo sistemas de aseguramiento. El 'efecto seguro' de la solidaridad *ex ante* se explica por los incentivos a la prevención que puede generar el modelo de relación interna que se adopte.

Las opciones de regulación de la relación interna que puede prever una regla que imponga *ex ante* la responsabilidad solidaria entre los causantes del daño son dos³⁰⁰:

- La responsabilidad de cada uno de los responsables frente al resto de corresponsables en función de las respectivas contribuciones al daño. La que la doctrina ha denominado una *proportional share rule*.
- La responsabilidad por partes iguales, también denominada *fixed share rule*.

Si la responsabilidad de los corresponsables solidarios se distribuye, en la relación interna, en función de las respectivas contribuciones al daño finalmente sufrido por la víctima (y no al ligado causalmente a cada uno de los comportamientos considerados individualmente)³⁰¹, la decisión entre responsabilidad parciaria y

³⁰⁰ La denominación de las reglas se toma de Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, "Sharing Damages among Multiple Tortfeasors", 98 *The Yale Law Journal* 831 (1989).

³⁰¹ La salvedad se entenderá cuando tratemos de los casos en que los efectos sinérgicos de los comportamientos de los agentes causan un daño superior al que resultaría de sumar por separado las

responsabilidad solidaria es sólo relevante a los efectos de la solvencia de cada uno de los responsables a que ya se ha hecho referencia. Si todos los potenciales responsables son solventes la decisión entre un régimen de responsabilidad parciaria o uno de responsabilidad solidaria es irrelevante. La víctima demanda a los responsables, el tribunal les condena, y cada uno de ellos paga la indemnización, bien directamente a la víctima, si la responsabilidad era parciaria, bien, si la responsabilidad fue solidaria, a aquel de los corresponsables que pagó más de lo que debía en la relación interna. Si lo más característico de la solidaridad es que los corresponsables asumen entre sí la insolvencia de alguno de ellos la solidaridad es irrelevante cuando todos los condenados pueden asumir las consecuencias de su actuar. Los beneficios de la solidaridad son, en ese caso, simplemente procesales: se permite a la víctima demandar sólo a uno y ejecutar sobre él toda la condena.

Como hemos visto al inicio de este capítulo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos que prevén una regla general de solidaridad para los responsables de un daño disponen la distribución de responsabilidad en la relación interna en función del grado de contribución al daño causado a la víctima. Aunque el sistema plantea los problemas prácticos ya comentados, su previsión es un buen remedio a los efectos negativos de la solidaridad. La regla de la responsabilidad interna según la propia contribución al daño asegura, por lo menos en teoría, que tarde o temprano el causante negligente de daños asumirá las consecuencias de su actuar descuidado.

Sin embargo, en un sistema, como el español, que impone la responsabilidad parciaria, el juzgador que pueda identificar las respectivas contribuciones al daño no está legitimado para imponer la solidaridad entre los responsables del daño.

La solidaridad, por tanto, y como se verá más adelante (vid. *infra* capítulo quinto), debería imponerse sólo cuando es imposible conocer las contribuciones de cada uno de los responsables al daño finalmente causado. La regla que parece más adecuada para solventar en la relación interna la ignorancia que justifica la solidaridad es, entonces, la distribución de la deuda por partes iguales entre los corresponsables solidarios. De todos modos, el reparto por partes iguales no pasa de ser una solución que ni siquiera se basa en una presunción: salvo en los casos de actuación conjunta y dolosa, parece intuitivo suponer que las contribuciones al daño, aunque inobservables, han sido diferentes y algunos agentes han sido más descuidados que otros. La regla es la única solución, pero no la mejor. Cuando la responsabilidad se distribuye por partes iguales en la relación interna, los niveles de solvencia de los responsables son relevantes.

La experiencia demuestra que habitualmente no todos los potenciales causantes de daños disponen de solvencia suficiente para hacer frente a las indemnizaciones

consecuencias de cada uno de esos comportamientos considerado individualmente. Vid. *infra* apartado IV del Capítulo quinto.

asociadas a su comportamiento. Lo habitual es la solvencia limitada. En esa situación, la decisión entre parciariedad y solidaridad es relevante. La primera puede dejar a la víctima sin parte de la indemnización que le corresponde. La segunda traslada a los corresponsables los riesgos de la insolvencia de alguno de ellos (cfr. artículo 1145 Cc.)

A la vez, hay que reconocer que está tan alejado de la realidad el supuesto de máxima solvencia de todos los potenciales responsables como la suposición de que todos dispongan del mismo nivel de solvencia limitada. Lo normal será que algunos responsables sean más solventes que otros. En ese caso, tiene sentido la ventaja que la solidaridad anuda a la reclamación indemnizatoria de la víctima: la posibilidad de acudir al más solvente de todos los responsables y de plantear acciones sucesivas mientras no vea satisfecho su crédito (cfr. artículo 1144 Cc.)

Una vez satisfecha la víctima, los corresponsables solidarios procederán a la nivelación entre lo pagado por uno o varios y lo debido por todos. Si el criterio de distribución de la deuda en la relación interna es entonces el de reparto por partes iguales y la solvencia de unos y otros es limitada puede ser que la parte alícuota sea inasumible para alguno de los corresponsables. En ese caso, el resto se hará cargo proporcionalmente de su insolvencia. Cuando esto suceda, el beneficio asociado a la solidaridad es que la insolvencia de uno de los responsables no pesa sobre la víctima sino sobre el resto de condenados por el daño. En ese supuesto, la insolvencia no modifica los incentivos a la prevención.

Quien es insolvente en un régimen de responsabilidad parciaria lo es también en uno de responsabilidad solidaria. Puede decirse que en estas situaciones la solidaridad funciona como un seguro, aunque sin primas, en el sentido de que otros cubren la falta de solvencia del responsable y asumen, en lugar de la víctima, las reclamaciones posteriores contra el insolvente.

Una norma de este tipo puede provocar un 'efecto dominó'³⁰² de la negligencia de uno de los miembros del grupo sometido a una regla de solidaridad respecto de sus compañeros. Así, es posible que la negligencia de uno arrastre al resto que, en el momento en que saben que han de responder solidariamente de los daños que causó

³⁰² La expresión se toma de Lewis KORNHAUSER y Richard REVESZ, "Apportioning Damages among Potentially Insolvent Actors", 19 *The Journal of Legal Studies* 617 (1990), pág. 640: "When the actors have different solvencies (...) the insolvency of one actor can drive to insolvency an actor who otherwise would be solvent. This domino effect has important implications for the choice among legal rules." Como resume William L. LANDES, "Insolvency and Joint Torts: A Comment", 19 *The Journal of Legal Studies* 679 (1990), "They show that if one of the injurers is insolvent, the efficiency advantage of negligence over strict liability may no longer hold. Moreover, they show that even a potentially solvent defendant -one who could pay the victim's damages if he (the injurer) behaved carefully- may choose to expand his activity level beyond the efficient level and become insolvent. In sum, Kornhauser and Revesz show that one cannot make any strong statements about the relative merits of negligence versus strict liability once insolvency is introduced into the analysis of joint torts.", págs. 679 y 680.

otro, decidan –racionalmente– no sumar sus costes de prevención del daño a los costes de la responsabilidad esperada.

Algunos autores han propuesto superar los problemas de la distribución interna de la responsabilidad mediante la imposición de una regla de responsabilidad solidaria en los casos en que no puedan determinarse las contribuciones respectivas al daño.³⁰³ La regla, que se entiende sólo en el marco de la *Indemnity* del *Common law* que permite que el responsable pueda reclamar toda la indemnización del causante material del daño, no es en realidad una solución. En un régimen de responsabilidad por negligencia, la solidaridad supone que los agentes diligentes asumen la responsabilidad por el daño causado por los negligentes, también responsables. La infracción de la norma de cuidado de uno de los miembros del colectivo sometido a responsabilidad solidaria, arrastra al resto, a pesar de su diligencia, en el proceso que inicie la víctima del daño. En un régimen de responsabilidad objetiva, por la mera causación de daños, la responsabilidad de todos lo será por el daño causado por uno. De todos modos, la responsabilidad objetiva puede definirse como un estándar de negligencia en el que la norma de cuidado es cero y en el que, por tanto, se responde siempre.

El problema de fondo, que excede con mucho los límites del trabajo, es que la práctica ha asimilado ambos estándares de responsabilidad. El responsable por negligencia responde de todos los daños causados: los que se habrían evitado con la observancia de la norma de cuidado y los que pueden imputarse a su infracción.³⁰⁴ En responsabilidad objetiva, el responsable lo es por todos los daños causados, y hay que pensar que, si hubiera observado la norma de cuidado el daño no se habría causado. Si el estándar de negligencia se aplicase correctamente, el responsable sólo debería indemnizar los daños debidos al incremento del riesgo asociado a su actividad y no los daños (inevitables) propios del riesgo permitido. La solución está en responsabilizar a cada actor por el incremento marginal del daño que ha provocado

³⁰³ "(...) in certain cases treating two or more injurers (or possible injurers) as joint tortfeasors will produce inefficient results. The general case is where one of the injurers will not take care to avoid the accident, with the result that the others may not either. This problem is to some extent the inevitable result of the stochastic nature of care, the difficulty of evaluating due care on an individual as distinct from average or group basis, and the possibility of errors in applying the negligence standard in particular cases. An avoidable source of the problem, however, is imposing strict liability in joint tortfeasors cases.", William L. LANDES y Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, cit., pág. 214.

³⁰⁴ "(...) consider the example of accidents in which cricket balls fly over a fence surrounding the playing field and injure passersby. Suppose the proper height of the fence is 10 feet, so that it is negligent to build a fence of less than 10 feet. Under the standard economic models of negligence, a cricket field owner who builds a fence of 9 feet 11 inches rather than 10 feet is negligent and assumed to be liable for all injuries caused by balls that fly over the fence. In particular he is assumed to be liable whether balls fly over at a height of 9 feet 11,5 inches, 11 feet, or even 100 feet.", Marcel KAHAN, "Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule", 18 *The Journal of Legal Studies* 427 (1989), págs. 428 y 429. En el mismo sentido, Lewis A. KORNHAUSER y Richard REVESZ, "Sharing Damages among Multiple Tortfeasors", cit., pág. 838.

su intervención en el accidente.³⁰⁵ De todos modos, con frecuencia, será imposible distinguir las aportaciones marginales.

En el ordenamiento español, la imposición de la responsabilidad solidaria convierte la responsabilidad en objetiva, por lo menos para los responsables que nada tuvieron que ver con la causación del daño pero que responde junto al causante material por mandato legal o decisión judicial. Todos responden de todo el daño causado y, en todo caso, la posibilidad de exoneración se traslada a la relación interna.

Los problemas más graves derivados de una regla de responsabilidad por partes iguales en la relación interna aparecen, en contra de lo que pueda parecer intuitivo, cuando la solvencia del causante de daños es superior a la parte alícuota que le corresponde. En ese caso, la solidaridad incentiva la causación de accidentes pues el agente solvente y desconsiderado sabe que tendrá que responder por menos de lo que le correspondería pagar en un régimen de responsabilidad parciaria. La solidaridad funciona entonces como un seguro que cubre la responsabilidad por comportamientos dañosos. Sin embargo, y al contrario de lo que sucede en los contratos de seguro, la prima que paga el potencial causante de daños (la parte alícuota en la relación interna) es inferior al riesgo asociado a su conducta.³⁰⁶ En estos casos, la regla de la responsabilidad por partes iguales en la relación interna convierte al juez de rey Salomón en Robin Hood, aunque aquí la riqueza de los pobres subvenciona al más rico.

3.2. Selección adversa y riesgo moral: información y externalidades

Un seguro es un instrumento económico que permite a un individuo sustituir un coste incierto y elevado (el riesgo o contingencia que se asegura) por un coste cierto y reducido (la prima)³⁰⁷. En la responsabilidad solidaria, los codeudores solidarios no están especializados en la gestión de riesgos, como lo está una compañía aseguradora, y el codeudor que disfruta de la limitación de responsabilidad que le proporciona la solidaridad no satisface prima alguna, como hace cualquier tomador de un seguro. Los efectos de la solidaridad prevista *ex ante* entre los corresponsables

³⁰⁵ Véase, Thomas J. MICELI y Kathleen SEGERSON, "Joint Liability in Torts: Marginal and Infra-Marginal Efficiency", 11 *International Review of Law and Economics* 235 (1991).

³⁰⁶ "Contribution is a form of liability insurance since it reduces the variance of the ex post outcomes in joint tortfeasor cases. No doubt many joint tortfeasors are effectively risk neutral, either because they are diversified or because they carry other, and adequate, liability insurance. But some may be risk averse, and the would gain from a rule of contribution.", William L. LANDES y Richard A. POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", cit., pág. 531.

³⁰⁷ La definición se toma de Pablo SALVADOR CODERCHI, "Recensión a *Derecho de daños* de Luis Díez-Picazo", *InDret* 01/2000.

solidarios de un daño son, sin embargo y desde el punto de vista analítico, similares a los que se plantean entre una compañía aseguradora y sus asegurados.

La existencia del seguro está asociada a las diferentes actitudes que los individuos manifestamos ante el riesgo. Un individuo es averso al riesgo si valora más un estado de cosas seguro que otro mejor pero sujeto a cierto grado de incertidumbre. Un individuo es neutral al riesgo si le resulta indiferente el estado de cosas actual o el futuro sometido al riesgo de la probabilidad de que no suceda. Se dice, en fin, que un individuo es propenso al riesgo cuando prefiere el proyecto que lleva a un estado de cosas mejor a pesar del riesgo de fracaso que le acompaña.³⁰⁸

En el mundo del seguro los principales problemas provienen de la asimetría informativa existente entre las partes. Es muy costoso para la compañía aseguradora seleccionar a los mejores clientes (es decir, los que causaran menos daños y por menor importe) antes de contratar. Para los clientes supone un doble gasto satisfacer el importe de la prima y, además, invertir en precaución, por lo que, en función de muchas variables –entre otras, el tipo de daño que pueden llegar a sufrir- los asegurados pierden incentivos a ser precavidos³⁰⁹. Algo parecido ocurre con la solidaridad prevista *ex ante*.

El núcleo de verdad de la afirmación anterior es fácilmente comprensible. Piense el lector por un momento si la póliza anual de seguro de daños de su vehículo aumentaría, como seguramente aumenta, si todos los conductores fuésemos máximamente prudentes; y cómo modificaría su comportamiento al volante si no contara con un seguro y hubiera de hacerse cargo de todos los daños –materiales y personales- causados por la conducción de su vehículo.

El primer efecto que puede producir el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria se resume en la expresión ‘selección adversa’ (*adverse selection*)³¹⁰. La selección adversa se produce porque el coste de distinguir entre potenciales responsables diligentes y potenciales responsables descuidados es muy elevado. A los primeros les perjudica una regla de responsabilidad solidaria, pues asumen el riesgo de tener que pagar toda la indemnización a la víctima de un daño que no causaron. Asumen, además, el riesgo de la insolvencia de alguno de sus compañeros. A los segundos, la solidaridad les beneficia porque sólo habrán de

³⁰⁸ Para una explicación matemática, Robert COOTER y Thomas ULEN, *Law and Economics*, cit., págs. 46 a 49.

³⁰⁹ Puede consultarse una explicación general del funcionamiento del seguro y un análisis desde la teoría económica en Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, María CAMÍ CAMPAMÀ y Víctor SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Ciclomotores y seguro. Daños personales causados por ciclomotores y seguro obligatorio”, *InDret* 03/2003.

³¹⁰ “Los problemas de selección adversa se originan cuando alguna o ambas partes pueden aprovechar una ventaja informativa para ofrecer transacciones perjudiciales para las demás partes”, Benito ARRUÑADA SÁNCHEZ, *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 139.

pagar una parte de los daños que causan. Por tanto, los agentes potencialmente más dañosos –los que generarán daños por una cuantía mayor– estarán más interesados en participar en actividades sometidas a una regla de responsabilidad solidaria.

A lo dicho hasta ahora puede objetarse que el riesgo de insolvencia y sus efectos en la prevención de accidentes no son exclusivos de los casos de responsabilidad conjunta. También en el supuesto clásico de responsabilidad individual la solvencia limitada del único responsable es un riesgo y un desincentivo a la prevención. En efecto, el causante insolvente de daños no reaccionará en ningún caso ante la amenaza de una obligación pecuniaria. La diferencia en los efectos que la insolvencia puede tener en uno y otro caso está en que un régimen de responsabilidad solidaria permite al insolvente serlo sólo por una parte alícuota o por la que el juez pueda determinar el proceso contra los corresponsables.

El efecto de la selección adversa es menor en los ordenamientos que disponen de una regla general de responsabilidad solidaria aplicable a todo tipo de daños en que intervengan varios agentes. Una solución de ese tipo supone que todos los responsables potenciales, diligentes y descuidados, asumen o se aprovechan de la misma regla en todo caso. No hay ‘selección’ alguna pues a todos se aplica el mismo régimen. La selección adversa puede ser más grave, sin embargo, en los ordenamientos jurídicos que, como el español, prevén la solidaridad sólo para los responsables por daños en determinados sectores de actividad.

El segundo efecto se resume en la expresión ‘riesgo moral’ (*moral hazard*)³¹¹. En teoría económica, la rúbrica ‘riesgo moral’ refiere los comportamientos ineficientes que aparecen una vez firmado un contrato o instituida una relación duradera como consecuencia de los intereses contrapuestos de las partes y de las dificultades para exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones. En el sector asegurador, que acuñó el término, el riesgo moral se refiere, en concreto, a los cambios de comportamiento (de más a menos diligente) que suele experimentar el asegurado tras la contratación de la póliza de seguro. En la responsabilidad solidaria ocurre algo parecido desde el momento en que uno de los potenciales responsable solidarios puede prever que, en caso de causación de un daño, otros compañeros más solventes cubrirán su responsabilidad y que, en la relación interna, responderá sólo de una porción del daño causado.

El riesgo moral aumenta la probabilidad de que se produzca un siniestro o su gravedad. A diferencia de lo que sucede con la selección adversa, es posible cuantificar el riesgo moral. La magnitud del riesgo moral es la diferencia entre el coste de las precauciones que el individuo asumiría en caso de responder de todo el

³¹¹ “Cuando la asimetría informativa se plantea después de contratar, en el cumplimiento de las obligaciones que integran el intercambio se habla de riesgo moral”, Benito ARRUÑADA SÁNCHEZ, *Teoría contractual de la empresa*, cit., pág. 141.

daño y el de las precauciones que deja de asumir cuando su responsabilidad se limita a una porción del daño final en la relación interna.

Una regla general de responsabilidad solidaria, vigente, como hemos visto, en muchos ordenamientos jurídicos, aumenta los efectos del riesgo moral pues todos los potenciales causantes de daños se aprovechan de los efectos de la solidaridad. En un sistema de parciariedad o de eventual solidaridad *ex post* los efectos del riesgo moral no deberían ser relevantes pues las partes no han tenido ocasión de ajustar sus comportamientos a la expectativa de una condena solidaria.

Lo dicho hasta ahora no es, con todo, un ataque mortal a la solidaridad. Los mismos efectos, y en proporción mayor, padece el seguro y nadie en su sano juicio aboga por su abolición. El seguro es un mecanismo deseable de distribución de responsabilidad. En cualquier caso, la necesidad del seguro viene confirmada por los efectos derivados de su desaparición. En primer lugar, todas aquellas personas –la mayoría de los mortales– que manifiestan grados positivos de aversión al riesgo no podrían participar en alguna de las actividades vitales que, pese a suponer riesgos, son sin duda necesarias (conducir un vehículo, por ejemplo). En segundo lugar, la abolición del seguro dejaría en manos de los individuos con menos aversión al riesgo –neutrales o propensos al mismo–, el desarrollo de esas actividades con lo que es de suponer que aumentaría el número de accidentes y, por tanto, de daños³¹².

En un sistema de responsabilidad objetiva en el que no existiera el mecanismo del seguro, los potenciales causantes, que habrán de responder por todos los daños, actuarán sólo hasta el límite de su solvencia, pues más allá no hay nadie que cubra su responsabilidad. Bajo un estándar de responsabilidad por culpa, los causantes no responderán por los daños que no sean consecuencia de la infracción de una norma de cuidado. En esos casos, serán las víctimas las que, en ausencia de un seguro que cubra sus riesgos, quedarán sin indemnización.

Del mismo modo, los problemas asociados a la solidaridad no justifican su desaparición del panorama de la responsabilidad civil: en ocasiones, los beneficios de la solidaridad son superiores a sus costes. La solidaridad puede ser –como veremos– la única solución en algunos casos. En este apartado sólo hemos querido poner de manifiesto alguno de los efectos que una regla de responsabilidad solidaria puede provocar entre las personas sometidas a ella. Su consideración no es un ataque a la solidaridad, pero sí un llamamiento a la prudencia del legislador y del juez a la hora de prever la solidaridad entre los potenciales causantes de daños y de proveer mecanismos que minimicen sus efectos negativos.

Las compañías de seguro mitigan los dos efectos, la ‘selección adversa’ que se produce en la fase de oferta del contrato de seguro, y el ‘riesgo moral’ tras la

³¹² Sobre los efectos del seguro, su necesidad en un sistema de responsabilidad civil –por culpa u objetiva– y los beneficiosos efectos en la prevención de accidentes, Steven SHAVELL, “On Liability and Insurance”, 13 *The Bell Journal of Economics* 120 (1982).

contratación, mediante la selección previa de sus asegurados y, sobre todo, con el aumento de las primas o, en el extremo, la no renovación cuando el contrato de seguro agota su vigencia o su rescisión anticipada. Las compañías de seguro utilizan técnicas de *signalling* y de selección y agrupación de riesgos para ajustar la oferta de contrato y el importe de las primas a los asegurados que, potencialmente, supondrán menos riesgos para la compañía³¹³.

Algo parecido puede suceder con la responsabilidad solidaria, aunque los corresponsables solidarios de un daño no disponen de mecanismos contractuales que les permitan incorporar los costes asociados a la asimetría informativa que existe entre ellos. La solución vendrá de las actividades de control interno, de vigilancia, condiciones de acceso, etc., que definen a los miembros del grupo sometido a una regla de responsabilidad solidaria y cuya infracción lleva anudada la expulsión o la pérdida de beneficios o derechos. Las normas sociales, las reglas de conducta y los valores morales o culturales pueden ser aquí un buen sustituto del mecanismo de aumento de primas que aplican las compañías aseguradoras, pero eso exige, en primer lugar, que la condena solidaria pueda ser anticipada por las partes antes del inicio de la actividad y, en segundo lugar, que entre corresponsables solidarios exista cierta relación previa, bien porque actúan de forma conjunta bien por que aunque lo hagan de forma independiente desarrollan su actividad en un mismo sector.

III. Efectos de la solidaridad impuesta ex post

1. En la relación externa

Algunos ordenamientos, como por ejemplo el español, establecen una regla general de responsabilidad parciaria entre corresponsables. En ausencia de una previsión expresa en contra procedente de las partes o de la ley la regla de responsabilidad que pueden prever los varios sujetos obligados a una indemnización es la parciariedad. Conforme a ella cada uno responde de su parte de responsabilidad en el daño y las

³¹³ Benito ARRUÑADA SÁNCHEZ, *Teoría contractual de la empresa*, cit., págs. 140: "En la vida real, la gravedad del problema se reduce mediante varias estrategias. Principalmente, se desarrollan mecanismos informativos, que a su vez pueden ser de dos tipos. O bien el asegurador descubre cuál es el gasto promedio de cada individuo o bien éstos se lo señalan de forma inconfundible.; Gary T. SCHWARTZ, "Insurance, deterrence and Liability", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, cit., pág. 336: "The extent of the moral hazard problem of liability insurance depends on the ability of the insurance company to 'monitor' or 'observe' the behavior of the insured. Monitoring permits the insurer to adjust the terms (including the price) of the policy in a way that takes into account the actual risk taking in which the insured engages." Todo depende de la capacidad de la compañía aseguradora por observar los niveles de diligencia de sus asegurados, véase, Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., págs. 261 y ss.

relaciones entre la víctima y los demandados serán tantas como corresponsables haya. Los ordenamientos que prevén una regla de este tipo no han podido evitar que, en determinadas ocasiones, la regla de división de responsabilidades sea de imposible aplicación. Cuando así sucede, es frecuente que el juez o tribunal opten por aplicar la regla general que el ordenamiento jurídico prevé para los varios obligados al cumplimiento de una obligación que es, como se ha expuesto en la primera parte del trabajo, la solidaridad.

En España existe ya una jurisprudencia consolidada que aplica la solidaridad entre los varios responsables de un daño. En Francia, los tribunales crearon la figura de la *obligatio in solidum* para huir de los rigores de la responsabilidad parciaria prevista en el *Code civil*. Ambos supuestos se han comentado ya en el trabajo. (vid. *supra* Capítulo segundo).

Hablamos de solidaridad *ex post* en los casos en que la solidaridad se impone en el fallo de la sentencia que pone fin al proceso instado por la víctima contra los varios responsables del daño que sufre. Se trata de una solidaridad no previsible, en principio, por las partes, pues no cuentan con norma legal alguna que la prevea antes de la producción del evento dañoso. Cuando exista una regla judicial estable que permita a las partes anticipar el fallo que imponga la solidaridad nos encontraremos ante una situación de solidaridad prevista *ex ante* de la que ya se ha tratado en los epígrafes precedentes.

Asumimos que la solidaridad impuesta *ex post* se debe a que el juez o tribunal, en el proceso instado por la víctima, han hallado indicios suficientes para suponer que todos, o una parte de los demandados tuvieron algo que ver en la producción del daño que sufre la víctima y que no es posible distinguir las respectivas responsabilidades.

Suponemos, en fin, que existen motivos suficientes para que los jueces se aparten de la regla de parciariedad prevista como general por el ordenamiento jurídico. El principal de esos motivos, por lo menos para la jurisprudencia española, es que todos los condenados hayan contribuido de alguna forma a la causación del daño por el que la víctima exige una reparación.

Los problemas que la relación externa plantea en los supuestos de solidaridad impuesta *ex post* son previos al proceso: identificación de responsables, prueba de la participación en la actuación dañosa y correcto emplazamiento. Al no existir una regla jurídica previa que delimite el círculo de responsables, su definición compete a la víctima.

Como sólo serán condenados quienes hayan tenido que ver algo con la producción del daño no es posible que la negligencia o el dolo de uno supongan la condena de todos, como ocurría en los casos en que la ley preveía *ex ante* la responsabilidad solidaria. A diferencia de lo que sucede en los casos analizados en los epígrafes

anteriores, el demandado diligente que observó la norma de cuidado debe ser exculpado, al menos en teoría.

2. En la relación interna

La ausencia de un régimen legal específico que prevea la solidaridad entre los varios responsables de un daño presenta problemas de difícil solución cuando, una vez satisfecho el interés de la víctima (que habrá cobrado la indemnización del más solvente de los condenados), quien pagó toda la indemnización quiere recuperar la parte correspondiente a cada uno de sus compañeros. No existe una regla previa que imponga la solidaridad y sus consecuencias. Tampoco existirá siempre una relación previa entre los responsables solidarios, por lo que no se puede confiar en ella como pauta de distribución de responsabilidad.

Puede ser, en primer lugar, que la sentencia de condena prevea una distribución interna de responsabilidades. Cuando esto suceda hay que entender que el mandato judicial es vinculante para las partes y que cada una de ellas debe asumir frente al resto la parte de responsabilidad que consta en el fallo. Habrá que suponer, pues de lo contrario nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad de la Administración de justicia, que el juez o magistrado ha contado con razones suficientes para no decidir en ese caso conforme a la responsabilidad parciaria. Parece que, generalmente, la distribución interna de responsabilidad llevada a cabo por el juez obedecerá a los grados respectivos de contribución al daño finalmente causado.

De todos modos, el juez o tribunal que sea capaz de distribuir la responsabilidad en función del grado de contribución al daño por el que se exige una reparación ha de justificar muy bien por qué motivo no aplicó la regla de responsabilidad parciaria que, por lo menos en España, es de aplicación general. Si pudo distinguir responsabilidades en la relación interna, podría haberlo hecho también en la externa y condenar a cada uno de los demandados culpables por su cuota de responsabilidad, en vez de imponer a todos la responsabilidad solidaria.

Puede ocurrir, en segundo lugar, que la sentencia que condena a los demandados a reparar de forma solidaria los daños sufridos por la víctima no establezca ningún criterio sobre la distribución de responsabilidades en la relación interna. En estos casos, la víctima, en ejercicio de sus derechos como acreedor solidario, puede reclamar de cualquiera de los condenados el pago íntegro de la indemnización. En esos casos, el corresponsable solidario que pagó la indemnización por completo, ¿qué cantidad puede reclamar de cada uno de los codeudores solidarios?

El silencio del juez deberá suplirse con la aplicación de las reglas generales previstas por la ley para las obligaciones con pluralidad de sujetos. En España, del mismo modo que en otros ordenamientos para los que la solidaridad es excepcional, la regla aplicable en estos casos es la división de la deuda por partes iguales entre los responsables. Según esa medida responderán los deudores solidarios entre ellos y según esa medida también asumirán en su relación interna la insolvencia de alguno de ellos.³¹⁴

La responsabilidad por partes iguales en la relación interna supondrá, muy posiblemente, que alguno de los corresponsables pague menos de lo que le correspondería y que algún otro pague en exceso. Ya se han examinado los efectos de una regla de este tipo sobre la prevención, aunque aquí serán necesariamente menores pues las partes no pueden anticipar la solidaridad que les impondrá el juez. Sin embargo, los problemas de incentivos que aquí se ahorran antes del proceso, se pagan después de la sentencia cuando el deudor que satisfizo la indemnización por completo pretende recobrar de cada corresponsable la parte de deuda que le corresponde.

Puede objetarse a la solución propuesta que la norma que le sirve de sustento, el artículo 1138 Cc., se refiere a las obligaciones nacidas de pacto. Efectivamente, el 1138 arranca con *Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior (...)*. De todos modos, los críticos habrán de convenir que no hay otra solución en el vigente texto del Código civil español para delimitar las responsabilidades internas de los condenados solidarios; no la hay, salvo que se admita que en España los pleitos por responsabilidad civil contra varias personas son siempre pleitos dobles: uno para condenarlas y otro para decidir qué parte de la condena asume cada uno. Algo que contradice cualquier racionalidad jurídica.

IV. Problemas de aseguramiento asociados a la responsabilidad solidaria

Los dos supuestos analizados hasta el momento, responsabilidad solidaria prevista *ex ante* y solidaridad impuesta *ex post*, pueden modificar los incentivos a la prevención en todos o algunos de los potenciales responsables. En ambos supuestos,

³¹⁴ En el mismo sentido, Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 91: "Cuando existe sin más una pluralidad de sujetos rige el principio *concursum partes fiunt* en razón del cual el crédito o la deuda se entiende distribuido entre todos ellos. De una manera indirecta formula este principio el artículo 1137 Cc. De él se deriva que cada uno de los deudores habrá de cumplir aquello que parcial o proporcionalmente le corresponda y de igual modo cada uno de los acreedores tendrá derecho a exigir también lo que le corresponda. Para la distribución habrá de estarse a lo pactado. *En caso de duda, la distribución habrá de entenderse hecha por partes iguales con arreglo al artículo 1138 Cc.* (que tiene su equivalente en materia de derechos reales en el artículo 393 Cc.)" La cursiva es nuestra.

sin embargo, el funcionamiento de la solidaridad, una vez decidida, es idéntico: la víctima pueda reclamar el importe total de la indemnización a cualquiera de los condenados solidarios y éste, tras el pago, puede exigir la parte correspondiente a cada uno de los codeudores en la relación interna. La insolvencia de uno de ellos se repartirá entre todos, en función del grado de contribución al daño o por partes iguales.

Es más que probable que alguno de los corresponsables solidarios, si no todos, hayan asegurado la eventualidad de tener que responder de un daño. A la vez, como ya se ha visto, es frecuente que los jueces y tribunales de nuestro país condenen a la aseguradora de algunos o todos de los corresponsables a responder también solidariamente con ellos. Parece correcto pensar que, en un ordenamiento jurídico como el español en el que la solidaridad es cada vez más frecuente, la condena solidaria de alguno de sus asegurados sea un riesgo que han de tener en cuenta las compañías aseguradoras.

El primer párrafo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro define el seguro de responsabilidad civil de la siguiente forma:

Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

De acuerdo con la previsión legal, el responsable condenado al pago de una indemnización puede exigir que su compañía aseguradora se haga cargo, hasta el límite de la cobertura pactada (o prevista legalmente), de la indemnización de la víctima. El responsable asegurado deberá hacerse cargo, en todo caso, del exceso.

La compañía de seguros, una vez satisfecha la prima, se subroga en los derechos que su asegurado tuviera contra terceros. Así lo prevé el primer párrafo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro:

El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

Las *personas responsables* son, en este caso, el resto de corresponsables condenados solidariamente. La subrogación del asegurador es potestativa y su ejercicio dependerá de las condiciones pactadas en la póliza. De todos modos, en la mayoría de los casos, la aseguradora estará interesada en ejercitar esa peculiar cesión legal de acciones³¹⁵ que prevé el artículo 43 LCS. Con el ejercicio de esta acción la aseguradora

³¹⁵ La doctrina tradicional configuraba la subrogación del asegurador como una verdadera y propia subrogación legal, como si el asegurador fuera un tercero que paga una deuda ajena. Vistos los

evita el enriquecimiento injusto del asegurado que, una vez satisfecha la indemnización a la víctima por la compañía, dispondrá de la acción de regreso para recobrar del resto de corresponsables la parte que pagó la aseguradora en su lugar. Se trata, además, de una indudable fuente de ingresos para la aseguradora que le ayuda a equilibrar su partida de gastos.³¹⁶

Cuando el asegurado de una compañía es condenado junto con otros a responder de forma solidaria por un daño puede suceder, en primer lugar, que la víctima le reclame a él toda la indemnización³¹⁷. En ese caso, la compañía aseguradora del codeudor instado al pago por la víctima deberá hacerse cargo de la cantidad exigida hasta el límite previsto en el contrato. La cantidad que exceda de ese límite deberá salir, como ya se ha dicho, de los bolsillos del asegurado. Una vez satisfecha la víctima, concurrirán en la relación interna el asegurado y la compañía aseguradora para cobrar del resto de codeudores las cantidades que les correspondan. La aseguradora exigirá de cada uno la parte proporcional de lo que ya ha satisfecho y el asegurado hará lo propio con el exceso al que haya tenido que hacer frente³¹⁸.

problemas que planteaba esta definición de la subrogación prevista en el artículo 43 LCS, algunos han querido conceptualarla como una acción subrogatoria del artículo 1111 Cc. "La opinión más seguida hoy en día es la que configura la subrogación del asegurador como un supuesto de hecho traslativo de los derechos y acciones o como una modificación subjetiva de la relación obligatoria en su lado activo, análogo a la cesión legal de acciones", Luis Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pág. 196.

³¹⁶ La doctrina añade una tercera justificación a la subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado: evitar que el tercero responsable se vea libre de su obligación de reparar los daños. La víctima asegurada, una vez cobrada la indemnización de la aseguradora, carece de incentivos para demandar al responsable del perjuicio. Véase, Luis Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pág. 195 y, sobre todo, Fernando SÁNCHEZ CALERO y Javier TIRADO SUÁREZ, *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 2, artículos 45 a 79 LCS, Edersa, Madrid, 1985. Sin embargo, en este caso, en que la responsabilidad es solidaria, es impensable que en la relación interna los corresponsables no se exijan mutuamente las respectivas cuotas.

³¹⁷ Fernando SÁNCHEZ CALERO, "Comentario al artículo 76 LCS", *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, cit., págs. 643 y 644, se refiere al supuesto en que el daño causado haya sido por varios agentes, todos ellos asegurados: "(...) La solución de esta cuestión dependerá de cómo se resuelva el problema sobre si existe solidaridad o mancomunidad entre los autores de un daño aquiliano. Si se sigue la tesis mantenida por parte de la doctrina de la mancomunidad, el derecho del perjudicado habrá de dirigirse conjuntamente contra todos los aseguradores o si se dirige sólo contra alguno de ellos, éstos no responderán más que por la parte que corresponde a su asegurado. Por el contrario, si se sigue la tesis del sector doctrinal mayoritario que sigue la propia jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo con mayor decisión, de estimar que los causantes del daño responden solidariamente, parece claro que el perjudicado podrá dirigir su acción, bien contra todos simultáneamente o contra cualquiera de ellos (artículo 1144 del Código civil)."

³¹⁸ La concurrencia de asegurador y asegurado frente al tercero responsables del daño (corresponsables en este caso) está implícitamente solucionada en el artículo 43 LCS. "La Ley resuelve el concurso mediante una distribución proporcional: el recobro se repartirá entre ambos en proporción a su

Puede suceder que la víctima escoja a otro codeudor y que el asegurado no deba pagar más de lo que le toca en la relación interna entre corresponsables. En ese caso, y con el límite de la cobertura, la aseguradora cubrirá el pago de la cuota que corresponde a su asegurado en la relación interna.

Puede ser, y así es con una frecuencia cada vez mayor, que la aseguradora de alguno de los corresponsables sea también condenada de forma solidaria con ellos. En este caso, es más que probable que la víctima del daño presuma que la compañía de seguros es el más solvente de los corresponsables y le exija el pago íntegro de la indemnización y la aseguradora, como responsable solidario, habrá de satisfacerla. Una vez pagada la indemnización a la víctima, la aseguradora deberá accionar en regreso contra los codeudores solidarios. Podrá cobrar de todos la cuota que les corresponde en función del criterio aplicable para distribuir la responsabilidad en la relación interna, salvo de su propio asegurado, de quien sólo podrá exigir, en su caso, la parte que exceda de la cobertura pactada antes del accidente.³¹⁹

La aseguradora de uno de los codeudores solidarios sobre la que recae el pago íntegro de la indemnización asume el riesgo de la insolvencia de alguno de ellos. Es decir, aunque la cuota del insolvente se reparta proporcionalmente, la compañía de seguros, que nada tuvo que ver con el accidente, verá reducidas, también proporcionalmente las posibilidades de recuperar lo pagado.

Las aseguradoras, que son expertas en la gestión de riesgos, trabajan con víctimas estadísticas. Se han especializado en hacer negocio a costa de los temores de los individuos. La teoría económica tradicional explica que las organizaciones empresariales son neutrales al riesgo y las aseguradoras no son una excepción. Compran riesgo a cambio de cubrir las responsabilidades futuras de sus asegurados. La puesta en común de riesgos permite a la compañía de seguros predecir las pérdidas a las que habrá de hacer frente pues sabe que ni todos sus asegurados causarán daños a la vez, ni lo harán en la misma medida y, sin embargo, cobra a todos una prima cercana al valor medio de los accidentes que deben indemnizar. En

respectivo interés. Este interés será para el asegurador la indemnización pagada y para el asegurado el daño restante”, Luis Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pág. 200.

³¹⁹ En los casos en que la aseguradora participe en la acción de regreso, las excepciones que codeudores solidarios y compañía aseguradora pueden oponerse recíprocamente no serán las propias del contrato de seguro, sino las comunes a cualquier obligación solidaria. La compañía no interviene en el proceso como experta en gestión y asunción de riesgos, sino como un deudor solidario más. Las acciones que el asegurador puede ejercitar en virtud de la subrogación prevista en el artículo 43 LCS son las mismas que, como consecuencia del accidente, existieran en el patrimonio del asegurado, “sin que puedan ejercitarse otras distintas”, Luis Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pág. 197. A la vez, el resto de codeudores podrán oponer a la aseguradora las mismas excepciones que podrían haber opuesto al asegurado.

la diferencia entre ambas magnitudes –primas cobradas e indemnizaciones pagadas– está el negocio del seguro.

El seguro, incluso en los sectores en que está impuesto por la ley, es una transacción voluntaria entre asegurado y asegurador y sólo tendrá lugar si uno y otro están persuadidos de que los beneficios del contrato superan sus costes o las sanciones que supone no asegurarse.

La aseguradora ofrecerá pólizas siempre que gane dinero con ellas, es decir, cuando los ingresos por pólizas cobradas sean superiores a las indemnizaciones pagadas (una vez descontados los costes de gestión). Los particulares las contratarán siempre que el importe de la póliza sea inferior o igual a los daños que prevén causar. Ni unos ni otros pueden predecir, en primer lugar, si serán condenados solidariamente en un sistema, como el español, en que la solidaridad no está prevista legalmente. En segundo lugar, -y una vez condenados solidariamente- tampoco podrán predecir a quién reclamará la víctima el pago de la indemnización y si alguno de sus compañeros corresponsables será insolvente. La solidaridad, de este modo, dificulta los cálculos asociados al seguro de responsabilidad civil.

V. Problemas procesales de la responsabilidad solidaria

1. Los problemas durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

En la solidaridad de deudores, varias personas deben toda la deuda al acreedor común. En consecuencia, el acreedor, la víctima del daño en nuestro caso, puede exigir de cualquiera de los responsables solidarios el pago íntegro de la indemnización.

Así lo exige la razón de ser de la solidaridad pasiva, en la que cada uno debe cumplir íntegramente la prestación (*ex artículo 1137 Cc.*) y así lo prevén el artículo 1141 Cc. (segundo párrafo), *Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos y, sobre todo, el artículo 1144 Cc. (primer párrafo), El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.*

Las previsiones del Código implican, por tanto, que el acreedor, hasta que vea satisfecho su crédito, dispone de libertad absoluta para exigir de cualquiera de sus deudores solidarios el cumplimiento de la prestación, judicial o extrajudicialmente y una vez cumplidos los requisitos que hacen exigible el pago.

Parte de la doctrina civil ha buscado limitar el *ius electionis* que el artículo 1444 Cc. reconoce al acreedor solidario en la prohibición del abuso de derecho del artículo 6.4 Cc. y en el principio de buena fe (artículo 7 Cc.) De esta forma, el codeudor solidario interpelado para el pago podría oponer mala fe del acreedor común y negarse a

efectuar el pago por el total, o reconvenir en el proceso, cuando pudiese demostrar que el acreedor le ha escogido a él en detrimento de otros codeudores, para obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o en abuso o con ejercicio antisocial de su derecho.³²⁰

El artículo 1062 del Proyecto de Código civil de 1851 establecía una limitación a la acción del acreedor de una obligación solidaria (*mancomunada* decía el Proyecto). La propuesta de artículo, tras reconocer la capacidad del acreedor de exigir el pago íntegro de cualquiera de sus codeudores solidarios establecía: “En el caso de pedir el todo contra uno de ellos, podrá antes de concluir el juicio, reclamar contra uno de los otros, por la cuota que le corresponda.” La regla, prevista para los supuestos de pendencia de un proceso entre acreedor y uno de los codeudores, establece una limitación más procesal que material como el mismo GARCÍA GOYENA reconoce en los comentarios a los antecedentes del artículo: “(...) parece exorbitante que el acreedor, habiendo demandado en juicio a uno de los deudores por el todo, pueda antes de fenecerse el juicio, entablar la misma demanda contra otro, ú otros deudores, multiplicando recursos y molestias; este inconveniente no se encuentra en que pueda demandarlos por la cuota que les corresponda, pues, al fin habrían de pagarlo al mismo deudor demandado, si pagar el todo.” La limitación, que no pasó al texto definitivo del Código, no se refería ni a la buena fe ni al abuso de derecho y parece que ambas figuras son inoponibles por un codeudor solidario, que ha asumido responder por el todo, ante el acreedor común que ejercita la facultad que le reconoce el artículo 1137 Cc.³²¹

La traducción procesal de los preceptos del Código civil supone que el acreedor de varios deudores solidarios puede demandar a uno, a algunos o a todos y obtener sentencia de condena por todos los conceptos indemnizatorios contemplados en la demanda. La posibilidad de acciones sucesivas de reclamación supone que el deudor solidario no podrá oponer la excepción de litispendencia del artículo 421 LEC.³²²

³²⁰ Así lo proponen Lluís PUIG I FERRIOL, “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, cit., pág. 457 y Jorge CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, cit., pág. 7: “(...) tanto el principio de la buena fe como la prohibición del abuso de derecho deben suponer un serio límite a este *ius variandi* proclamado en el artículo 1144 Cc.” Alberto BALLARÍN MARCIAL, “Titularidad solidaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1962, pág. 207, mantiene que el artículo 1258 Cc. impone al acreedor comunicar su intención de cobro a los codeudores. El aviso previo, afirma, será también la manera de evitar pagos dobles.

³²¹ Tampoco admite la buena fe o el abuso de derecho como límites a la capacidad de elección del acreedor Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, cit., pág. 209: “(...) es difícil de puntualizar de qué modo el principio de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho pueden determinar tal límite. No lo es por sí sola la idea de la buena fe, en la medida en que no puede haberse creado ninguna especial confianza en los deudores que les induzca a creer que no serán demandados. Y tampoco, por el solo hecho de producir nuevas reclamaciones, cabe considerar que el ejercicio del derecho de crédito se produzca con extralimitación y más allá de su verdadera función social.”

³²² “En definitiva, el acreedor solidario está facultado para reclamar la totalidad de la deuda no sólo indistintamente frente a cualquiera de los obligados sino también sucesivamente, sin tener que esperar a

Para los deudores solidarios las facultades que el ordenamiento reconoce al acreedor solidario implican que la acción de reclamación de la deuda que les une puede ser ventilada en un proceso en el que no han sido parte.

Durante la vigencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (Real Decreto de 3 de febrero de 1881) se sumaba a las previsiones del Código civil sobre la solidaridad lo dispuesto en el artículo 1252.3 Cc. que, al regular los efectos de la cosa juzgada, disponía:

Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derechos a exigirlos u obligación de satisfacerlas.

Es decir, no sólo la deuda que unía a varios deudores solidarios podía ser exigida en un proceso en el que muchos de ellos no formaron parte, sino que, además, la resolución del proceso les obligaba con la fuerza de la cosa juzgada.

Buena parte de la doctrina procesal española se opuso a la interpretación literal de los preceptos del Código civil en el proceso de reclamación de una deuda solidaria y propuso una interpretación correctora que asegurase, en todo caso, el principio de audiencia de los deudores solidarios, elevado a rango de derecho fundamental por el artículo 24 CE: nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; y la solidaridad no puede ser –no podía, mejor dicho– una excepción.

La solución a los problemas procesales derivados de la reclamación de una deuda solidaria se vio en la presencia de todos los codeudores en el proceso instado por el acreedor común. La doctrina desarrollada durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 encontró en la teoría del denominado ‘litisconsorcio pasivo necesario’ la solución al problema de audiencia de los codeudores solidarios.

Existe litisconsorcio cuando en las posiciones fundamentales de actor o de demandado (o en ambas a la vez) aparece una pluralidad de personas (físicas o jurídicas)³²³. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ni citaba el término ‘litisconsorcio’ ni contenía regulación alguna al respecto. Doctrina y jurisprudencia, sin embargo, se afanaron por suplir la laguna legal.

la resolución de los pleitos pendientes y con independencia de que su voluntad sea desistir de los mismos o no, pues a ello no obsta legalmente otro condicionamiento que no sea el propio pago o cumplimiento de la obligación: sólo este libera al conjunto de deudores y, consecuentemente, impide la procedencia de una nueva reclamación.”, Marta PÉREZ ESCOLAR, *Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 63.

³²³ Miguel Ángel FERNÁNDEZ en Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Miguel Ángel FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, I, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, págs. 17 y 18.

El artículo 156 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que permitía la acumulación subjetiva de acciones, fue el pretexto normativo:

Podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir.

Además, en algunas ocasiones, el derecho material exige que el actor dirija la demanda simultáneamente contra dos o más personas. Así, por ejemplo, el artículo 1139 Cc. prevé que cuando la obligación sea indivisible *sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores.*

Existen otros supuestos en los que la norma exige la demanda conjunta. En el Código civil, el artículo 1084 Cc. exige al acreedor de la masa demandar a todos los herederos que no hayan aceptado a beneficio de inventario. La Ley de Arrendamientos Urbanos exige demandar conjuntamente a inquilino y cesionario en los casos de cesión incontestada del contrato de alquiler. La antigua Ley de Enjuiciamiento Civil disponía, en el artículo 1539, la demanda conjunta de ejecutante y ejecutado en los procesos de reclamación de tercerías. La interpretación de los supuestos legales se hizo de forma extensiva. Así, también se exigió la demanda conjunta a los cónyuges en la petición de nulidad del matrimonio que prevé el artículo 74 Cc.

La acumulación subjetiva de acciones sirvió para fundamentar el llamado litisconsorcio voluntario³²⁴ en los casos en que la ley exige la demanda conjunta.

Como el artículo 156 de la antigua LEC contemplaba la acumulación de acciones de varios contra uno y de uno contra varios, la doctrina no tuvo inconveniente en admitir también el litisconsorcio activo necesario en los casos en que la pretensión exigiese la actuación procesal conjunta de varios actores. La Sala Primera del Tribunal Supremo también admitió la figura. En la STS, 1ª, 13.7.1995 (RJ. 6004), reconoce que "(...) la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario, pero la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino de forma conjunta con otro sujeto se traducirá en una falta de legitimación activa" (F. J. 1). La STS, 1ª, 28.7.1995 (RJ. 6758) reconoció la vigencia de la figura, aunque no la estimó en el caso que resolvió.

Durante el s. XX, la Sala Primera del Tribunal Supremo y la doctrina dibujaron los contornos del litisconsorcio para aquellos supuestos en que la voluntad del demandante unía a varios demandados en un solo proceso (litisconsorcio voluntario) y, sobre todo, para los supuestos en que la ausencia en el proceso de alguno de los titulares del derecho podía provocar la inutilidad de la sentencia (litisconsorcio necesario).

³²⁴ Aunque hubo quien denunció el cambio de término. Juan MONTERO AROCA, "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", *Revista General de Derecho* 1975, págs. 441 a 453, denuncia la confusión que produce denominar litisconsorcio voluntario a la acumulación de acciones prevista en la Ley.

Los jueces y magistrados civiles en seguida vieron en el litisconsorcio necesario una excepción desprovista de las limitaciones que hubiera supuesto su regulación legal y que permitía dar una solución procesal a los supuestos –frecuentes– de demanda contra varias personas. El Tribunal Supremo justificó la exigencia de litisconsorcio necesario para los casos de pluralidad de personas interesadas en la solución de un proceso en muchas y distintas razones. Las más frecuentes en los pronunciamientos del Tribunal fueron las siguientes:

- El riesgo de decisiones contradictorias de seguirse procesos separados.
- La necesidad de evitar una sentencia inútil, es decir, dictada en un proceso en que no han sido demandados todos los afectados por ella.
- La imposibilidad de dictar sentencia si no han fueron demandados todos aquéllos a quienes pudiera afectar.
- La exigencia del principio de audiencia, que impide que una persona pudiera ser condenada sin ser oída.
- La indivisibilidad de la relación jurídico-material objeto del proceso.

Algunas de las razones son mutuamente excluyentes; por ejemplo, el riesgo de procesos separados que pueden dar lugar a sentencias contradictorias supone que la existencia de procesos y, por tanto, el respeto del principio de audiencia. Sin embargo, con mayor o menor precisión, la jurisprudencia civil acudió a la excepción de litisconsorcio para exigir que la demanda se dirigiese conjuntamente contra todos los que podían verse compelidos o afectados por ella.

La doctrina contemporánea a la formación del concepto jurisprudencial criticó la profusión con la que la jurisprudencia civil acudía al litisconsorcio necesario³²⁵. Con carácter general, el Tribunal Supremo impuso al actor la carga de demandar conjuntamente: a) A todas aquellas personas que pudieran verse afectadas de modos directo por la sentencia que se dicte; b) A quienes tuvieran interés legítimo y evidente en el resultado del pleito o tuvieran interés en impugnar las peticiones del actor; c) A todos los implicados en una relación jurídica que, por ser inescindible, sólo permitiera una declaración unitaria.³²⁶ La sanción por la inobservancia del litisconsorcio necesario era la absolución en la instancia: el archivo del proceso con la sentencia absolutoria de los demandados emplazados por el actor y, por la eficacia de la cosa

³²⁵ Véase, Juan CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 122 y ss., y las citas allí referidas.

³²⁶ Miguel Ángel FERNÁNDEZ en *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 501. Donde puede leerse: “Si el litisconsorcio necesario se limitara a los casos en que la Ley lo exigiera de modo expreso la institución no presentaría demasiados problemas. Pero resulta que el Tribunal Supremo, en un considerable número de sentencias, ha elaborado una doctrina jurisprudencial sobre litisconsorcio necesario que amplía considerablemente el número de supuestos en los que éste es exigible (o, al menos, en los que es exigible algo muy parecido).”

juzgada, de los que el actor no demandó y cuya ausencia provocó la excepción de litisconsorcio necesario.

En las relaciones en que existan vínculos de solidaridad está claro que el proceso tiene por objeto una relación jurídica con pluralidad de titulares y que su desarrollo y decisión en ausencia de alguno de ellos supondría una violación del principio de audiencia. También parece claro que la naturaleza de la relación jurídica que es objeto del proceso supone un pronunciamiento judicial inescindible respecto de todos los titulares de la misma, pues la legitimación es plural y conjunta³²⁷. Sin embargo, el artículo 1144 Cc., que permite demandar a cualquiera de los deudores solidarios mientras la deuda no sea pagada por completo, era un obstáculo demasiado evidente para la exigencia del litisconsorcio necesario. Como lo era el artículo 1141 Cc. que declara la extensión a todos los codeudores solidarios de las acciones ejercitadas contra cualquiera de ellos.

De hecho, salvo algunas excepciones, y a pesar de la aplicación extensiva que la jurisprudencia civil hizo de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, la Sala Primera del Tribunal Supremo no exigió de forma general la demanda conjunta de los codeudores solidarios. Durante la vigencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no pudo afirmarse que la solidaridad de deudores fuera un caso de litisconsorcio necesario y que, por tanto, el acreedor debiera demandar conjuntamente a todos los codeudores solidarios para exigir el cumplimiento de la obligación.³²⁸ La solidaridad era incompatible con el litisconsorcio necesario.

Así, la STS, 1ª, 9.6.1981 (RJ. 2518), que resolvió la demanda de una sociedad contra uno de sus dos deudores solidarios, "(...) no existe una razón de litisconsorcio pasivo necesario que se pueda oponer como excepción eficaz, ya que la solidaridad entre codeudores, tal como la regula el artículo 1137 Cc. permite dirigirse contra alguno de los deudores o contra todos a la vez, a la vez, así lo declara el artículo 1141 Cc."

Es más, durante la vigencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la previsión contenida en el artículo 1144 Cc. y que permitía iniciar el proceso en ausencia de alguno de los codeudores solidarios.

Así lo declaró en la STC 22/1984, de 17 de febrero, con motivo de un recurso de amparo contra la orden de derribo y desalojo de la vivienda de los actores que acordó

³²⁷ Véase, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El Proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 121.

³²⁸ Véase, Juan CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, cit., págs. 132 y ss., y Miguel Ángel FERNÁNDEZ en *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 505 y ss., para quien la no exigencia de litisconsorcio pasivo necesario en las demandas por obligaciones solidarias era "un quiebra en la casi monolítica doctrina del Tribunal Supremo sobre el litisconsorcio necesario".

el Ayuntamiento de Murcia. En un *obiter dictum* el Tribunal declaró: “(...) lo establecido en un procedimiento vincula a los causahabientes de los que fueron parte en él y a los que están unidos a ellos por vínculos de solidaridad, quienes no pueden pretender reabrir el proceso, ejercer la pretensión contradictoria con la ya resuelta y, además, han de soportar la ejecución de la decisión o sentencia dictada en el proceso seguido contra su causante o deudor solidario.”³²⁹

Algunos autores, sin embargo, defendieron la vigencia de la doctrina del litisconsorcio necesario en los casos en que el acreedor dirija la acción contra uno de los deudores solidarios pero haga constar que se trata de una obligación solidaria o bien en los casos en que así lo oponga el codeudor solidario. Cuando esto suceda, y para la minoría doctrinal que defendía la necesidad del litisconsorcio en la solidaridad, el Juez debía llamar al proceso al resto de codeudores o dictar sentencia absolutoria en la instancia.³³⁰

La mayoría de la doctrina defendió la existencia de un *tertium genus* especialmente previsto para las obligaciones solidarias. Se trataba del litisconsorcio pasivo cuasi-necesario o impropio³³¹ que, si bien reconocía que el acreedor que demandaba a uno de los deudores solidarios ejercía un derecho reconocido por la Ley, la protección de los principios procesales, sobre todo del principio de audiencia, exigía la presencia de todos los codeudores solidarios en el proceso en el que se iba a decidir la suerte de la deuda común.³³²

La doctrina del litisconsorcio pasivo cuasi-necesario fue admitida por algunas sentencias. Así, la STS, 1ª, 18.10.1980 (RJ. 3809), en la reclamación por un aval solidario y en la STS, 1ª, 29.3.1980 (RJ. 1232), en la reclamación contra el arquitecto por la ruina del edificio de los actores. En ese caso, la Sala declaró que “no sólo la negligencia imputable al arquitecto aquí recurrente, sino también una notoria imprudencia por parte del dueño de la obra y del constructor.

³²⁹ La sentencia está comentada en Jesús FERNÁNDEZ GABRIEL, “Vicisitudes de las obligaciones en los casos de pluralidad de deudores”, en *Derecho de obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

³³⁰ Así, Fernando J. ALAMILLO SANZ, “La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario”, *La Ley*, núm. 382, 1984-2, págs. 1087 a 1090, quien, sin embargo, asume que “si el acreedor demandante no ha hecho constar que la obligación no es solidaria, ni el unido demandado lo ha puesto de relieve, el Juez, si procede, dictará sentencia de fondo estimando la demanda, y abierta la ejecución, ésta exclusivamente se podrá dirigir contra el deudor demandado.”, pág. 1089.

³³¹ También se emplea en ocasiones el adjetivo ‘jurisprudencial’ para referirse a este subtipo de litisconsorcio. No parece acertado, por lo menos, al referirse a la evolución del instituto durante la vigencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil pues el silencio de la Ley convirtió en jurisprudenciales a todos los tipos de litisconsorcio.

³³² Así, de forma señalada, Miguel Ángel FERNÁNDEZ en Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Miguel Ángel FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., págs. 505 y ss., Víctor FAIRÉN GUILLÉN, “Sobre el litisconsorcio en el proceso civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1954, págs. 859 a 873.

2. *Litisconsorcio pasivo necesario*

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero) introdujo la figura del litisconsorcio en la legislación procesal española y elevó a rango legal la doctrina jurisprudencial que había creado y aplicado la figura. El litisconsorcio está regulado en el vigente artículo 12:

1. *Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.*
2. *Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.*

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil regula el litisconsorcio voluntario, que puede ser activo o pasivo, como una acumulación subjetiva de acciones³³³, de forma muy parecida a como regulara el artículo 156 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil la acumulación de acciones. Como ya hemos visto, esa antigua acumulación de acciones sirvió de fundamento normativo a la Sala Primera para construir la institución del litisconsorcio.

El litisconsorcio voluntario dependerá de la voluntad de quienes entablan el proceso y provocará que todas las acciones se discutan en un solo juicio y se decidan en una sola sentencia. El título o causa de pedir a que se refiere el artículo 12.1 LEC se refiere a la exigencia de un nexo interno recíproco que suponga una misma causa de pedir. La nueva LEC, a diferencia de lo que disponía el artículo 531 de la antigua, no exige que la pluralidad de sujetos comparezca bajo una misma dirección letrada. La nueva previsión legal puede facilitar la transacción en los supuestos de pluralidad de sujetos en alguna de las partes del proceso y la independencia en la interposición de recursos. Ambos efectos pueden ser muy positivos.

El segundo apartado del artículo 12 regula el litisconsorcio necesario pero lo hace sólo en su versión pasiva. La Ley no prevé la posibilidad de la pluralidad de demandantes.³³⁴ El litisconsorcio es una manifestación de la legitimación

³³³ Por lo tanto, son exigibles también los requisitos de los artículos 71 y 72 LEC que regulan, respectivamente, los requisitos objetivos y subjetivos de la acumulación de acciones.

³³⁴ Puede consultarse una acertada crítica en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Víctor MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 106 y ss., y en Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 207 y 208.

plurisubjetiva. Parece que en la definición legal encuentran fundamento normativo los supuestos en que la jurisprudencia civil había exigido la presencia en el proceso como demandados de todos los titulares del derecho u obligación que era motivo de enjuiciamiento.

Como fundamento natural a la exigencia de litisconsorcio en determinados procesos, el artículo 420 LEC prevé un procedimiento específico para resolver, una vez iniciado el proceso, los casos en que alguna de las partes aduzca o se oponga a la existencia del litisconsorcio necesario.

Encuentran también fundamento normativo los supuestos en que la jurisprudencia civil había excluido la necesidad de litisconsorcio, en concreto y a los efectos del presente estudio, la inexistencia de litisconsorcio necesario en las reclamaciones dirigidas contra uno de los codeudores solidarios.

El fundamento del litisconsorcio pasivo necesario hay que buscarlo en la relación jurídica subyacente al proceso. La Ley ha recogido los argumentos de nuestra mejor doctrina procesal que, ya durante la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, vio en el litisconsorcio el reflejo procesal de una concreta distribución de derechos y obligaciones entre los sujetos demandados y no –solamente– una exigencia del principio de audiencia.³³⁵

Que el principio de audiencia podía preservarse en los casos de pluralidad de sujetos demandados por medios diferentes al litisconsorcio lo demostró la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que previó, también en casos de clara necesidad de concurrencia de varios sujetos demandados, que uno de ellos actuase en el proceso en nombre propio y en beneficio del resto.³³⁶

³³⁵ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núms. 2-3, 1971, págs. 573 a 601: "A nuestro entender el centro de gravedad del litisconsorcio necesario hay que encontrarlo fuera del derecho procesal, en el derecho material, que al regular situaciones jurídicas que exigen para la producción de sus efectos la concurrencia de un determinado número de personas, todas ellas interesadas en una única relación, determina la necesidad de que estas personas acudan al proceso para que el derecho material pueda declararse en la sentencia eficazmente", pág. 585. Para el autor citado, además, no había espacio en nuestro ordenamiento para el denominado litisconsorcio pasivo cuasi-necesario. De igual modo, subrayan el fundamento del litisconsorcio en la relación jurídica material, Víctor MORENO CATENA, "Comentario a la STS de 27 de junio de 1983", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, págs. 801 a 809: "Es preciso reconducir el litisconsorcio necesario a sus justos límites y encontrar su fundamento (...) en las exigencias de la propia relación jurídica material traída al proceso.", pág. 805; y Juan CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, cit., pág. 128: "(...) hay que acudir al derecho material, el cual nos dirá cuándo una determinada relación jurídica-sustantiva, por ser única, sólo puede ser deducida por el actor dirigiendo su demanda contra todos los elementos subjetivos que la integran."

³³⁶ Véase Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Víctor MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general*, cit., pág. 107. El autor se pregunta qué aplicación hará la Sala Primera de esa doctrina, que aplicó de forma habitual a las obligaciones indivisibles y a las situaciones de comunidad, tras la aprobación del artículo 12 LEC.

En las obligaciones solidarias no hay litisconsorcio pasivo necesario. El artículo 12.2 LEC prevé la institución del litisconsorcio para los supuestos en que la tutela solicitada, en caso de ser estimada por el juez o tribunal, *sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados*. Algo que no sucede en los supuestos de solidaridad en que todos los codeudores solidarios son deudores principales de la misma deuda y a cualquiera de ellos, por tanto, se puede exigir el cumplimiento íntegro de la obligación.

El mismo motivo (cada uno de los codeudores solidarios responde de la deuda) impide afirmar la existencia de un litisconsorcio pasivo cuasi-necesario en las obligaciones solidarias: si todos responden del todo, carece de sentido sumar sujetos a un proceso que no hará más que decidir la suerte de la obligación de la que todos son deudores principales. El artículo 1137 Cc. deja muy claro que en caso de solidaridad de deudores cada uno de ellos deberá prestar íntegramente el objeto de la obligación.

Nada impide que los varios deudores solidarios acudan al proceso como litisconsortes voluntarios. De todos modos, para acabar demandando a todos los codeudores, no hacía falta acudir a la solidaridad. Si la solución final de una relación solidaria es la demanda conjunta de todos los obligados para obtener una sentencia en la que el juez o tribunal reconozcan el derecho del acreedor a exigir la prestación íntegra de cualquiera de ellos, no se ve qué ventajas representa la solidaridad frente a otras formas de organización de la pluralidad de obligados. Para acabar en un proceso común, no hace falta reconocer al acreedor la facultad de exigir de cualquiera de sus deudores toda la prestación.³³⁷

A la tesis –aquí mantenida– contraria a la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario en las obligaciones solidarias puede objetarse que la solidaridad entre los causantes del daño presenta peculiaridades que obligan a replantear la cuestión. En efecto, las pocas excepciones que admitió la Sala Primera del Tribunal Supremo, vigente la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, a su doctrina de exclusión del litisconsorcio en la solidaridad, fueron pronunciamientos por condenas solidarias de varios responsables de un daño.

³³⁷ “Por lo que respecta a las obligaciones solidarias su característica estriba precisamente en que cada deudor responde del todo, por lo que a tenor del artículo 1144 Cc., puede incluso faltar el litisconsorcio de dirigirse la demanda contra un solo deudor. E incluso en los supuestos de que todos estén presentes, bien por haber sido demandados, bien por haber intervenido voluntariamente, su intervención litisconsorcial no modifica en absoluto las reglas del litisconsorcio simple. La sentencia podrá pronunciarse y tendrá idéntico contenido como si no hubieran intervenido en el proceso. Los únicos efectos procesales de su intervención se derivarán de su conducta y diligencia procesales, pero nunca de su condición de litisconsortes.”, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, “Concepto y regulación positiva del litisconsorcio”, cit., pág. 600.

En efecto, y como ya hemos visto, la Sala Primera del Tribunal Supremo no tuvo inconveniente en admitir en algunos casos de responsabilidad civil extracontractual la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. El caso más destacado, uno de los últimos, además, resueltos con base en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, fue el por la STS, 1ª, 2.6.2000 (RJ. 3998). La Sala Primera estimó el recurso de casación presentado por varios miembros del grupo musical Negu Gorriak y su compañía discográfica contra la sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián que estimaba en parte la demanda del Coronel de la Guardia Civil Enrique Rodríguez Galindo. El grupo había compuesto una canción, titulada “Podredumbre” en la que se afirmaba que el Coronel estaba involucrado en el robo de cocaína de la comisaría de Irán. La sentencia de apelación condenó a los demandados a pagar 90.000 euros al coronel y a eliminar la canción de su repertorio en actuaciones en público y en futuras ediciones de sus discos. Por causas que no explica el relato de la sentencia, la demanda no se dirigió contra uno de los autores de la canción. La Sala Primera afirmó que, como se trataba de una obra colectiva, debían estar todos presentes en el proceso. Estimó la necesidad de litisconsorcio pasivo necesario, revocó la decisión de la Audiencia y dictó sentencia absolutoria de los demandados. El caso no es, con todo, significativo: es una excepción a la doctrina general que el Tribunal no ha seguido en otros casos posteriores.³³⁸

La objeción sólo puede tener razón de ser en los casos que hemos denominado de solidaridad impuesta *ex post* y en aquellos en que la solidaridad prevista *ex ante* hace codeudores solidarios frente a la víctima a un grupo indeterminado de personas, a quienes desarrollaron tal o cual actividad o a quienes eventualmente pudieron hacer algo por evitar el daño. En todos esos casos, los demandados no pueden anticipar la solidaridad y, por tanto, la condena solidaria de tales o cuales agentes será un resultado del proceso y no de la voluntad de las partes o de la Ley.³³⁹

En esos casos, podría afirmarse la necesidad –para la correcta constitución de la litis, como dice la doctrina procesal– que la víctima del daño demandara conjuntamente a

³³⁸ Puede consultarse un resumen del caso y un análisis desde el derecho al honor y la doctrina del Tribunal Supremo en Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Libertad de expresión y conflictos civiles” en Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (directores), *Libertad de expresión y conflictos institucional*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 117 a 133.

³³⁹ Aunque en los sistemas de solidaridad *ex ante* se asume sin problemas que la demanda puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, determinados o indeterminados, sin que exista litisconsorcio pasivo necesario. Así, en Alemania, el paradigma de regulación *ex ante* de la solidaridad, la doctrina civil y procesal excluye el litisconsorcio pasivo necesario en las reclamaciones de deudas solidarias. “Kart LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, cit., pág. 640: “Kein notwendige Streitgenossenschaft ex §62 ZPO”. En el mismo sentido, Hans-Joachim MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*, 7. Auflage, C. H. Beck, München, p. 143: “(...) da die mehrere Gesamtschuldner erhobene Klage nach §425 BGB auch nicht einheitlich entschieden werden muss, handelt es sich dann auch nicht um eine Streitgenossenschaft nach §62 ZPO.”

todos los potenciales responsables del daño. De no ser así, podría dictarse una sentencia que no fuera ejecutable sobre todos los corresponsables o el juez habría de absolver a los demandados por la falta de alguno de sus compañeros corresponsables solidarios.

Quines aboguen por un litisconsorcio motivado por las razones precedentes convendrán, sin embargo, que la nueva LEC facilita mucho las cosas, pues el expediente previsto en el artículo 420 LEC para resolver los supuestos controvertidos de litisconsorcio y, en su caso, emplazar a los litisconsortes no demandados, puede ser una eficaz herramienta para evitar la absolución en la instancia.

Sin embargo, a los argumentos de conveniencia favorables al litisconsorcio en los supuestos de responsabilidad extracontractual de varios agentes pueden oponerse dos razones –pensamos– de peso. La primera se refiere a la función de la solidaridad entre los corresponsables de un daño. Ya hemos tenido ocasión de comprobar, y lo desarrollaremos en la última parte del trabajo, que en la legislación y en la jurisprudencia españolas la solidaridad no es sólo una garantía del crédito prevista a favor de determinados acreedores. La solidaridad cumple también una función de ahorro de costes de identificación. La solidaridad permite a la víctima del daño algo que no precisa el acreedor: identificar a los obligados a la indemnización del daño. Volveremos sobre esto más adelante. De todos modos, basta decir ahora, y en sede del proceso de decisión de la responsabilidad, que parece desorbitado cargar a la víctima con los costes de identificación de todos los corresponsables solidarios. No es esa la finalidad que persiguen las normas que declaran, de forma genérica, la solidaridad de quienes, de común acuerdo o de forma independiente, causen un daño. Si esa fuera la finalidad verdaderamente perseguida por el legislador hubiera sido preferible establecer un régimen de responsabilidad directa o de responsabilidad subsidiaria de aquellos agentes de más fácil identificación.³⁴⁰

Además, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la intervención de terceros en el proceso. Así lo regulan los artículos 13 y 14 LEC. Con la intervención se señalan los supuestos en que un tercero, ajeno a la demanda del actor contra el demandado, entra en el proceso y se integra en alguna de las partes procesales.³⁴¹

El artículo 15 LEC, que cierra el capítulo dedicado a la pluralidad de partes, regula la intervención de víctimas en procesos de protección de intereses difusos de

³⁴⁰ “(...) no parece justo exigir al acreedor que, víctima de una actuación dañosa, realice el ímprobo esfuerzo de determinar las personas que pueden verse afectadas por la resolución que se dicte, atendiendo a su participación en aquel hecho. Sobre todo si tenemos en cuenta que el error en la elección de los demandados tiene consecuencias tan temibles como la de la sentencia absolutoria en la instancia producto de la estimación, de oficio o a instancia de parte, de un litisconsorcio necesario. (...)”, Juan CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, cit., págs. 138 y 139.

³⁴¹ Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Víctor MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general*, cit., págs. 109 y ss., amplían la información del texto.

consumidores y usuarios. La previsión, plausible en todo caso, al margen de las dificultades que pueda plantear su aplicación³⁴², se aleja del problema que ahora nos ocupa.

La intervención puede ser voluntaria o provocada. La primera la regula el artículo 13 LEC y está pensada para los supuestos en que quien interviene lo hace en defensa de un interés propio que puede verse afectado por el proceso. Así la prevé el primer párrafo del artículo 13.1 LEC:

Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o como demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

La intervención provocada, regulada en el artículo 14 LEC, es nueva en nuestro ordenamiento procesal. A diferencia de lo que sucede en la intervención voluntaria, no es el tercero quien solicita intervenir en el proceso, sino que el actor o el demandado solicitan que el tercero se persone y se integre en la parte demandante o demandada. El artículo 14.1 LEC introduce la innovación en términos algo confusos:

En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la Ley concede a las partes.

Los supuestos en que es posible la intervención provocada están tasados por Ley y entre ellos –obviamente– no se encuentra el de las obligaciones solidarias. De todos modos, para quienes no se hayan convencido todavía de la absoluta ausencia de litisconsorcio entre obligados solidarios, la aplicación analógica de la intervención provocada a los supuestos de solidaridad puede ser un buen sustituto a una relación litisconsorcial vedada por el artículo 12.2 LEC y, en cualquier caso, un buen sucedáneo de aquel otro que era el litisconsorcio pasivo cuasi-necesario.

Uno de los supuestos de intervención provocada previsto por nuestras normas es el de la llamada en garantía. La regula el artículo 1475 Cc. cuando prevé que el comprador de un bien que solicita el saneamiento por evicción llame al vendedor a formar parte del proceso. La doctrina no ve inconveniente en ampliar el supuesto de hecho de la previsión a otros casos en que puede plantearse la evicción (en una permuta, por ejemplo) e, incluso, en otros en que concurre una función de garantía en el llamado o en que el tercero puede ser obligado a una futura acción de regreso.³⁴³

³⁴² Juan JOSÉ MARÍN LÓPEZ, “Las acciones de clase en el derecho español”, *InDret* 03/2001.

³⁴³ Véase Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración.*, cit., págs. 219 a 220.

En la legislación especial, la Ley de Ordenación de la Edificación previó en su Disposición Adicional Séptima la llamada al proceso de los responsables (solidarios) por quien de entre ellos haya sido demandado:

Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento [de 1881] concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.

Aprobada la vigente norma procesal civil, la llamada en garantía de los agentes responsables de los daños causados por la edificación habrá de seguir los trámites de la intervención provocada del artículo 14 LEC.

La aplicación de la llamada en garantía, llamada en causa o *litisdenuntiatio* como una solución a los problemas procesales de la solidaridad no es admitida de forma general por la doctrina. Para algunos, el arranque del artículo 14.2 LEC *Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso (...)* impone una aplicación restrictiva de la llamada en garantía que impide que un demandado traiga al proceso a quien considera que ha de compartir su misma suerte si la ley no lo prevé de forma expresa.³⁴⁴ La llamada en garantía ha sido excluida de la reclamación de las deudas solidarias con argumentos basados en la propia dinámica de la solidaridad. Si cada deudor responde por el todo, carece de sentido que sume al proceso al resto de codeudores³⁴⁵

Es verdad que no hay una previsión legal explícita sobre la posible intervención en el proceso de un deudor solidario provocada por el codeudor demandado. También es cierto que la eficacia de la solidaridad excluye la necesidad de la llamada en garantía. En cualquier caso, excluida la necesidad de litisconsorcio pasivo necesario entre codeudores solidarios, la intervención provocada sólo puede tener sentido en casos límite en existan problemas para identificar a los responsables que la ley condena de forma solidaria. En esos casos, análogos al previsto en la Disposición Adicional 7ª LOE, puede entenderse que la misma norma que impone la solidaridad prevé la llamada en garantía. De lo contrario, la víctima podría perder la tutela judicial en los casos en que no pudiera identificar a los causantes cuando, normalmente, los costes de identificación serán menores entre los causantes que para la víctima.

³⁴⁴ Así, Marta PÉREZ ESCOLAR, Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil, cit., págs. 148 y ss.

³⁴⁵ Así, Francisco J. BARBANCHO TOVILLAS, *La reclamación judicial de la deuda solidaria*, Cedecs, Barcelona, 1997, págs. 126 a 128.

De todos modos, el debate sobre la presencia de uno o todos los obligados solidarios, -por contrato, por ley o por daño- olvida que la sentencia de condena siempre será efectiva frente al deudor demandado y condenado. La víctima podrá reclamarle el pago íntegro de la deuda (indemnización en nuestro caso) y corresponderá al codeudor demandado y condenado o suplir su propia insolvencia con la colaboración del resto de codeudores o, una vez satisfecha la víctima, ejercer la oportuna acción de regreso contra los codeudores solidarios no demandados. El problema procesal que plantean las obligaciones solidarias no está, por tanto, en la supuesta violación del principio de audiencia que supondría la demanda contra sólo uno de los codeudores. El problema está en la eficacia de la cosa juzgada: en la extensión de la condena obtenida por el demandante contra uno a varios codeudores solidarios frente a los codeudores que no participaron en el proceso. De la cosa juzgada nos ocupamos a continuación.

3. Eficacia de la cosa juzgada

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha introducido en la legislación procesal la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material que la doctrina había acuñado para suplir la parca regulación que la anterior norma procesal dedicaba a la cosa juzgada.

La cosa juzgada formal está regulada en el artículo 207 LEC. Los cuatro apartados del artículo se refieren a la vinculación jurídica que para el órgano jurisdiccional y para las partes produce lo dispuesto en cualquier resolución firme dentro del proceso en que se haya dictado³⁴⁶.

La cosa juzgada material es el estado jurídico de una concreta materia o cuestión cuando sobre ella se ha dictado una resolución con fuerza o autoridad de cosa juzgada formal.³⁴⁷ El 222.1 LEC precisa que:

La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

La distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material es hasta cierto punto erudita, pues ambas se refieren a la vinculación que supone para el órgano judicial y

³⁴⁶ Andrés DE LA OLIVA SANTOS en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 536.

³⁴⁷ De nuevo, Andrés DE LA OLIVA SANTOS en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 538.

para las partes del proceso lo decidido en un proceso anterior. La cuestión relevante en relación con la cosa juzgada es el de su ámbito.³⁴⁸

También es tradicional en nuestra doctrina procesal distinguir el efecto negativo y el efecto positivo de la cosa juzgada material. La manifestación negativa de la cosa juzgada material se resume en el brocardo *non bis in idem* que impide procesos idénticos al ya resuelto. La vinculación positiva de la cosa juzgada no tiene un efecto preclusivo sino de precedente. Los jueces y tribunales que hayan de resolver en el futuro cuestiones relacionadas con la ya decidida con firmeza de cosa juzgada habrán de asumirla, ateniéndose al contenido de la resolución anterior.

Hasta la aprobación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil la cosa juzgada estaba regulada en parte en el Código civil. En concreto, el artículo 1252.3 Cc. (al que ya nos hemos referido) entendía que había identidad de personas cuando los litigantes de un segundo pleito estuvieran ligados por vínculos de solidaridad con los de otro anterior. La identidad de personas permitía al artículo citado imponer al segundo pleito la eficacia de la cosa juzgada por el primero.³⁴⁹

La doctrina procesal, que contaba con esta limitación legal, veía los peligros asociados de un proceso contra uno de los deudores solidarios que impedía los ulteriores procesos que pudieran iniciar el resto de codeudores no demandados. La solución que se propuso fue la de exigir el litisconsorcio pasivo necesario o, en su lugar, un litisconsorcio cuasi-necesario al que ya hemos hecho referencia.³⁵⁰

El razonamiento es circular y a los argumentos ya dados en el epígrafe anterior hay que sumar que, incluso con la vigencia de la regulación anterior a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (que deroga, entre otros, el artículo 1252 Cc.), donde hay extensión de cosa juzgada, se excluye la necesidad de litisconsorcio. Carece de

³⁴⁸ En el mismo sentido, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Víctor MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general*, cit., pág. 331. El autor citado propone, incluso, cambiar la denominación de la llamada 'cosa juzgada formal' por el término 'preclusión' "pues hace referencia a la imposibilidad de recurrir o impugnar una resolución cuando han transcurrido los plazos establecidos en la ley para ello" y reservar para la cosa juzgada material el término (ahora único) de cosa juzgada.

³⁴⁹ Aunque, vigente el 1252 Cc. buena parte de la doctrina, también civil, interpretó el artículo en un sentido restrictivo. Así, Lluís PUIG I FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad pasiva", cit., pág. 474: "Pese a lo dispuesto en el artículo 1252 Cc. es evidente que esta sentencia no produce los efectos de la cosa juzgada material en relación con los demás deudores solidarios que no hayan sido parte en el litigio, y ello por la razón fundamental de que en las obligaciones solidarias uno de sus principios cardinales es el que el acreedor puede dirigirse sucesivamente contra todos los deudores en tanto no haya recibido íntegramente la prestación."

³⁵⁰ Puede consultarse el resumen de los argumentos y del razonamiento que llevó a exigir el litisconsorcio para solucionar los problemas de la extensión de la cosa juzgada que elabora Andrés DE LA OLIVA SANTOS en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., págs. 549 y ss.

sentido exigir la presencia de todos cuando a todos, por mandato de la ley, se les aplicará lo dispuesto en la sentencia.³⁵¹

Derogado el artículo 1252 Cc., muchas de las dudas que planteó la eficacia de la cosa juzgada entre codeudores solidarios se desvanecen³⁵². Puede aplicarse ahora la teoría general. La cosa juzgada será eficaz en los procesos en que exista una identidad de sujetos, objeto y causa de pedir. La sentencia conseguida contra uno de los codeudores sólo será oponible frente a éste.³⁵³ Así lo dispone, además, el artículo 542.1 LEC:

Las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos solo frente a uno o varios de los deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso.

El acreedor común no podrá ejecutar la sentencia de condena en el patrimonio de un codeudor solidario no demandado³⁵⁴, pero los pronunciamientos de la sentencia obtenida contra uno de los codeudores sobre la existencia de la obligación, su ámbito y contenido, afectarán por igual a todos los codeudores, pues todos están unidos por la misma obligación.³⁵⁵

³⁵¹ En este sentido, Juan CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, cit., pág. 168 y, sobre todo, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Procesal*, 1976, págs. 390 y ss.

³⁵² El artículo 222 LEC, al regular los límites subjetivos de la cosa juzgada, no menciona a los codeudores solidarios.

³⁵³ De hecho, durante la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, "El litisconsorcio necesario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", cit., ya había destacado que el presunto problema del litisconsorcio en las obligaciones solidarias se debía "a la confusión sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada", pág. 391.

³⁵⁴ La cosa juzgada limita sus efectos a las partes en el proceso. Andrés DE LA OLIVA SANTOS en Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 133: "Partes del proceso civil no son todos los sujetos que en él intervienen o pueden intervenir y que sean distintos de los miembros del órgano jurisdiccional. Sólo son partes, en principio, el sujeto o los sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquél o aquéllos respecto de los cuales o frente a los cuales se pide esta tutela. Pero más precisamente aún, partes son, únicamente, los sujetos a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal, ya conceda o deniegue la tutela pedida, ya establezca que no puede pronunciarse sobre ella en ningún sentido."

³⁵⁵ Se trata de lo que Juan CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, op. cit., denominó 'eficacia refleja de la cosa juzgada': "La función positiva de la cosa juzgada puede operar también de modo reflejo, pero no porque este efecto lo produzca la sentencia en cuando hecho, sino porque vincula al segundo Juez a no fallar de modo distinto a como lo hizo el primero: para ello es necesario que, desde un punto de vista objetivo, el primer juez se haya pronunciado sobre un punto que constituye después uno de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos de la acción ejercitada en el segundo proceso.", pág. 178. En el mismo sentido, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, para quien el artículo 1252 Cc. se refería sólo a la cosa juzgada material, "Comentario al artículo 1252

De esta forma, se conjuga la indivisible unidad de la obligación que une a los codeudores solidarios y que les impone una suerte común, con la posibilidad de acciones sucesivas prevista en el artículo 1144 Cc. Las excepciones personales de cada deudor que el artículo 1148 Cc. permite oponer a la reclamación del acreedor deberán resolverse, en su caso, en procesos separados que, en aquello que sea común a todos los codeudores y propio de la obligación solidaria, deberán respetar los pronunciamientos judiciales precedentes.

Cc.” en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 425: “La extensión de la cosa juzgada a los acreedores y deudores solidarios tiene lugar siempre en cuanto a la eficacia positiva o prejudicialidad”. Plantea dudas sobre esa eficacia refleja de la cosa juzgada Marta PÉREZ ESCOLAR, *Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*, cit., págs. 108 y ss.

Capítulo cuarto

La responsabilidad del garante en derecho español de daños

Los remedios a la insolvencia del causante del daño

SUMARIO: I. Responsabilidad directa. 1. La acción directa. 1.1. La acción directa y el dolo del asegurado; 1.2. Las excepciones oponibles por la compañía aseguradora. 2. La responsabilidad por hecho ajeno. 2.1. La dependencia familiar; 2.2. La dependencia profesional. 3. Otros supuestos de responsabilidad directa. II. La responsabilidad subsidiaria.

El derecho español de daños es, cada vez más, un derecho de responsabilidades civiles solidarias. El estrecho margen de actuación que prevé el Código civil para las obligaciones conjuntas y el silencio de la norma civil sobre las consecuencias jurídicas de la actuación múltiple no han sido obstáculo para que la jurisprudencia civil, el legislador sectorial y buena parte de la doctrina impongan y defiendan la solidaridad de quienes, en mayor o menor medida, tuvieron algo que ver con el daño que sufre la víctima.

La justificación tradicional de la solidaridad la fundamenta en el riesgo de insolvencia de alguno de los obligados frente al deudor. Mediante la solidaridad, la víctima puede reclamar de cualquiera de los corresponsables solidarios el pago íntegro de la indemnización. La solidaridad, así entendida, es un mecanismo jurídico que facilita, mejor dicho asegura, el cumplimiento de las obligaciones procedentes, en nuestro caso, de la causación de daños y perjuicios. La justificación, procedente del derecho de contratos, se traslada a la obligación de reparar las consecuencias dañosas del comportamiento de varios agentes.

Se piensa, en parte con razón, que cuantas más personas respondan del daño (el causante y otros responsables: el causante y su aseguradora, el causante y el Estado, por ejemplo), más fácil será que la víctima cobre la indemnización debida por el daño que ha sufrido. La insolvencia parece justificar la que podemos denominar ‘ampliación del círculo de responsables’. Mediante la técnica de sumar patrimonios a la responsabilidad por el daño, la ley, el juez o el tribunal, aseguran que la víctima cobrará la indemnización debida por el daño.³⁵⁶

Cuando el objetivo de la solución a un pleito de responsabilidad civil o a la regulación de un sector de actividad arriesgado es compensar de la manera más completa posible a la víctima, cualquier técnica que sume responsables por el daño será aplaudida. Desde esa óptica, puramente garantista, las diferencias entre los mecanismos de reparación (responde el causante, responden varios, responde el más solvente) se limitan al procedimiento para hacerlas efectivas. Algunas, como la responsabilidad civil de varios, habrán de resolverse en un proceso; en otras, como el seguro, bastará una reclamación; en unas terceras, como los subsidios y las ayudas públicas, bastará con rellenar unos impresos ante una ventanilla pública. La visión

³⁵⁶ Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Respondeat Superior (II). De la responsabilidad por hecho propio a la responsabilidad de la organización”, *InDret* 03/2002, pág. 5: “A la ampliación del círculo de responsables se ha llegado en España por las vías de la responsabilidad solidaria, de la responsabilidad vicaria y por la de ambas a la vez. Cuantas más personas respondan por un mismo daño más probable será que la víctima cobre la indemnización a la que tiene derecho. A la vez, si todos los responsables lo son de forma solidaria, unos cubrirán la insolvencia de los otros y se ahorrarán a la víctima los costes de prueba del diferente grado de responsabilidad de cada uno de los corresponsables.”

estrictamente compensatoria de la responsabilidad civil extracontractual la disuelve entre los mecanismos públicos y privados de compensación³⁵⁷.

La misma dinámica de la solidaridad, que permite a la víctima reclamar de cualquiera de los responsables el pago íntegro de la indemnización, lleva a la objetivación de la responsabilidad de los condenados de forma solidaria.

Sin embargo, vistos los efectos sobre la prevención que puede tener la solidaridad, vale la pena preguntarse si la protección de la insolvencia no podría conseguirse por otros medios, como señaladamente la contratación de un seguro. La solidaridad no es el único medio de ampliación de la cobertura de un crédito.

Cuando el responsable es insolvente, el ordenamiento jurídico dispone de fórmulas para evitar que la insolvencia del culpable sea asumida por una víctima inocente. Así, y al margen de los mecanismos procesales de ejecución de sentencias de condena, el ordenamiento puede exigir la contratación de un seguro previo, una limitación legal de responsabilidad o, como veremos a continuación, la concurrencia de personas que se suman al causante para compensar a la víctima.

Como demuestra la experiencia española, cuando el daño es consecuencia -directa o indirecta-, de la actuación de varias personas el problema de la insolvencia parece menor, pues la tentación próxima de quien ha de decidir la responsabilidad es hacer responder a todos por igual imponiéndoles un régimen de responsabilidad solidaria. La práctica ha demostrado, también, que la solidaridad se ha convertido en la responsabilidad del más solvente de los condenados. Si el objetivo es la compensación parece mejor opción escoger mecanismos de responsabilidad que no incidan en la prevención o lo hagan, por lo menos, de forma menos peligrosa que la solidaridad.

Por otro lado, y como se ha podido comprobar en los apartados anteriores del trabajo, la justificación de la solidaridad en la garantía del pago de las indemnizaciones explica sólo en parte los supuestos en que el actual derecho español de daños la impone. Muchos de los ejemplos normativos analizados en la primera parte del trabajo demuestran que la solidaridad no supone la insolvencia del

³⁵⁷ Nos resistimos a admitir como válida la justificación del fenómeno de la ampliación de responsables que hizo Jesús RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad del empresario*, discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 11 de enero de 1971, quien se refiere a los mecanismos de imposición de responsabilidad a personas diferentes al causante material del daño en los siguientes términos: "Son todos ellos supuestos que la doctrina, e incluso el legislador, se afana por justificar declarando, a través del sistema de presunciones relativas y absolutas, culpable al tercero a sabiendas de que en la casi totalidad de las ocasiones ni lo es ni tiene por qué serlo. Lo que el ordenamiento en definitiva hace es escoger, con arreglo a la escala de valores en cada tiempo y lugar prevaleciente y entre los patrimonios de quienes intervienen en el proceso dañoso, aquél que debe soportar los perjuicios. Entre la situación del responsable civil y la de la víctima se inclina por favorecer el interés de esta última, que estima normalmente menos implicada, menos próxima a las circunstancias causales del daño.", pág. 36.

causante material del perjuicio. Cuando la ley impone la solidaridad del fabricante y del importador de un producto defectuoso (artículo 7 LRCF) o la solidaridad de quien transmite y adquiere una patente de forma fraudulenta (artículo 78.1 LP) no parece que persiga cubrir la insolvencia de unos o de otros. En ocasiones, la solidaridad se impone al titular de la organización que causó el daño o a la que pertenece el causante o por cuenta de la cual lo causó. Así, el artículo 62.2 LM impone la responsabilidad solidaria a los titulares y encargados del laboratorio que llevó a cabo un ensayo médico que causó daños, o la Ley de Auditoría de Cuentas hace responder al socio de la sociedad auditora junto a auditor que realizó el informe (artículo 11 LA).

En esos supuestos la solidaridad se impone a quienes deberían haber evitado el daño y no lo hicieron: a quienes detentaban funciones de control, de dirección o de supervisión. Es inevitable observar en esos casos cierta idea de sanción por el incumplimiento de deberes impuestos por el cargo, el contrato o la ley que se suma a la justificación tradicional de la solidaridad como garantía de la solvencia del responsable.

Este tipo de solidaridad está asociada sin duda a la idea de garantía, pero no ya a una garantía del cumplimiento de la obligación de indemnizar, sino a la garantía de la indemnidad de la víctima: a la garantía de la evitación del daño, no, por lo menos primariamente, de sus consecuencias. Aquí el responsable solidario garantiza que su empleado, colega o socio observará las normas de cuidado previstas para evitar el daño y responde con él cuando no haya sido así. La idea tradicional que funda en la garantía la razón de ser de la solidaridad ha ido más allá de la insolvencia y se ha convertido, en algunos casos, en una garantía de la diligencia ajena. La solidaridad es también la responsabilidad del garante, de quien ocupa una posición de control o de supervisión del comportamiento de personas potencialmente causantes de daños. La solidaridad, sin embargo, no es el único medio para asegurar el correcto cumplimiento de los deberes de control.

Los deberes de comunes de prevención pueden tener su origen en relaciones de agencia (en el sentido que el *Common law* otorga al término), de dependencia (familiar o profesional) y de titularidad o propiedad de actividades o instalaciones. En esos casos, se asocia responsabilidad al incumplimiento de los deberes de control y de supervisión. El agente, el propietario y la persona de quien dependen otras se convierte en responsable de mantener dentro de los niveles del riesgo permitido las actividades que caen en su ámbito de control. Se trata de lo que parte de la doctrina penal denomina 'posición de garante'.

El término se acuñó en la doctrina penal, atormentada por la responsabilidad derivada de actos omisivos. En esos casos, no era posible hablar de conexión causal alguna entre la falta de acción del agente y el daño causado. Sin embargo, la ley penal impone a determinadas personas la obligación de actuar en algunos casos. Se forjó así la expresión contrafáctica de 'comisión por omisión' y se responsabilizó a las

personas que, por ocupar una posición de garantía de la protección de ciertos bienes jurídicos era titulares de una posición de garante.³⁵⁸

La doctrina penal más moderna ha puesto en duda, también para los casos de comportamientos activos, que la existencia de una conexión causal sea suficiente para imponer la responsabilidad. Parece, y tendremos ocasión de volver sobre el tema en el último capítulo del trabajo, que lo relevante a efectos jurídicos es el incumplimiento de deberes.³⁵⁹ De allí que, superadas las restricciones del denominado 'dogma causal', algunos autores extiendan el ámbito de la posición de garante de los comportamientos omisivos a los activos. Lo determinante de la responsabilidad ya no es el sentido activo o positivo del propio actuar, sino el incumplimiento de deberes negativos o positivos puestos por el ordenamiento jurídico a cargo de quien ocupa determinadas posiciones en el tráfico.

Las relaciones de agencia, de dependencia y de propiedad generan, en derecho civil, posiciones de garante. Su titular responde no sólo de lo que hizo, sino también de lo debía evitar. De todos modos, la aceptación de lo anterior no implica que la responsabilidad del garante deba ser en todos los casos solidaria. Algo que pretendemos recordar en este capítulo del trabajo.

En estos casos, la solidaridad se justifica en el interés en que el garante asuma, junto al causante material del perjuicio, la responsabilidad por el incumplimiento de los deberes que le son propios. La responsabilidad solidaria es la palanca con la que el ordenamiento jurídico quiere forzar al garante a asumir sus obligaciones.

La expansión de la responsabilidad solidaria en el actual derecho español de daños la ha convertido en una herramienta que cumple dos funciones: una función de garantía de solvencia del responsable y otra de garantía del cumplimiento de la norma de cuidado del potencial causante material del daño. En el cumplimiento de

³⁵⁸ Así, el artículo 11 CP:

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*

Sobre el tema, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1995.

³⁵⁹ Sobre la extensión de la posición de garante a los comportamientos activos, véase, Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 11, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1996; y, el mismo, *Acción y omisión en derecho penal*, Cuadernos de conferencias y debates, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2000.

esos objetivos la solidaridad desplaza a otras instituciones ya previstas en el derecho de daños: la responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria.

El origen del solapamiento entre la responsabilidad directa, la responsabilidad subsidiaria y la responsabilidad directa puede estar en el carácter equívoco con el que se emplea el término 'responsabilidad'. El término se emplea en ocasiones en un sentido jurídico y en otras en un sentido económico. Así la responsabilidad es la consecuencia asociada a la comisión, propia o ajena, de daños, pero también significa sometimiento del patrimonio del responsable al poder de agresión del acreedor.³⁶⁰ "En un tercer sentido, cuando hablamos de responsabilidad directa o principal y de responsabilidad subsidiaria o solidaria y de responsabilidad mancomunada, empleamos responder como otro modo de decir estar obligado"³⁶¹. Nos referimos a la responsabilidad por la manera de organizar sus efectos y no por sus causas.

A la vez, cuando nos referimos a la responsabilidad por daños, no queda siempre claro si el origen de la responsabilidad está en una modificación de la realidad, -una alteración del estado de cosas, no querida por quien la sufre-, una disminución en el patrimonio de la víctima o si la responsabilidad se refiere al incumplimiento de una norma.³⁶²

En realidad, el ordenamiento trabaja con diferentes tipos de responsabilidades. Se asocia la responsabilidad al incumplimiento de un rol, o de funciones impuestas por el tráfico, a la vinculación causal entre la conducta y el daño que sufre la víctima, o, en fin, a quien manifiesta mayor capacidad para hacerse cargo de las consecuencias del daño. Esos diferentes tipos de responsabilidad pueden organizarse de muchas y variadas formas. La solidaridad es sólo una de ellas.³⁶³

En este apartado del trabajo intentaremos identificar los ámbitos de aplicación de la responsabilidad directa y subsidiaria. El vigente derecho español de daños no justifica la confusión entre esas instituciones y la solidaridad. Aunque la práctica

³⁶⁰ Kart LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, cit., pág. 22: „Der Ausdruck ‚Haftung‘ wird in der Rechtssprache freilich in mehrfacher Bedeutung gebraucht. Wir sprechen etwa von ‚Verschuldenshaftung‘ und ‚Gefährdungshaftung‘ (...) In allen diesen Fällen meinen wir, dass jemand für ein bestimmtes eigenes Verhalten oder für das anderer Personen oder für bestimmten Gefahren in der Weise verantwortlich ist (...) Anders, wenn von einer beschränkten oder unbeschränkten Vermögenshaftung sprechen. Dann meinen wir mit dem Wort ‚Haftung‘ nicht die Verantwortlichkeit der Person für Schädigungen und noch weniger die Schuld, sondern das *Unterworfensein ihres Vermögens unter den Zugriff der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung*.“ *Cursivas en el original.*

³⁶¹ Fernando PANTALEÓN PRIETO, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, cit., págs. 16 a 21. La cita es de la página 20.

³⁶² Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, Giuffrè, 1998, pág. 40

³⁶³ Véase, H. L. A. HART, "Varieties of Responsibility", 83 *Law Quarterly Review* 346 (1967): "A wide range of different though connected ideas is covered by the expression 'responsibility', 'responsible' and 'responsible for', as these are standardly used in and out of the law.", pág. 346.

haya difuminado sus contornos, hay elementos suficientes para distinguir las responsabilidades directa y subsidiaria de la solidaria. Existen elementos suficientes para suponer que si el legislador hubiera querido imponer la responsabilidad solidaria en casos en que ha optado por la directa o la subsidiaria, podría haberlo hecho.

La aplicación diferenciada de las responsabilidades directa, subsidiaria y solidaria puede ser un buen freno a la expansión de la responsabilidad solidaria y a la vigencia del principio de responsabilidad individual por culpa que gobierna el derecho español de daños. La reparación de los daños causados y la garantía del desarrollo de actividades de supervisión y control pueden conseguirse por medios diferentes a la solidaridad.

En esta parte del trabajo, vamos a ver cómo los efectos que legislador y jurisprudencia buscan con la imposición de la solidaridad (garantía del crédito y garantía del cumplimiento de deberes de control) pueden conseguirse de igual (o mejor) forma mediante otros mecanismos puestos por el ordenamiento a disposición de los operadores jurídicos. Los sustitutos a la solidaridad que aquí proponemos permiten agotar las posibilidades de búsqueda de responsables solventes sin necesidad de modificar los inventivos a la prevención. A la solidaridad sólo se llega por ley o contrato, hemos escrito. Ahora afirmamos que, en atención a los problemas prácticos que plantea la solidaridad, sería deseable que antes de llegar a ella se atendiese a otras soluciones alternativas.

La responsabilidad directa permite poner a cargo del titular de una organización o sobre quien recaen deberes de control y supervisión la responsabilidad por los daños causados por las personas que de él dependen. Cuando el juez o tribunal consideren que el daño se debe al incumplimiento de funciones de supervisión y control puede imponer directamente la responsabilidad sobre quien las tenía encomendadas.

El ejemplo clásico en nuestro derecho de daños es la responsabilidad del artículo 1903 Cc. que responsabiliza a padres, tutores, empresarios y titulares de centros docentes de enseñanza no superior de los daños causados, respectivamente, por sus hijos, tutelados, empleados y alumnos. La misma regla se aplica a la Administración pública titular de un servicio público por los daños que causan sus funcionarios.

Otro ejemplo, procedente esta vez del mundo del seguro, es la acción directa de la víctima contra la aseguradora del causante del daño que prevé al artículo 76 LCS.³⁶⁴

³⁶⁴ Los frágiles criterios de distribución de competencia entre órdenes jurisdiccionales han provocado en los últimos años un nuevo desajuste en la aplicación judicial del derecho de daños. Se trata de las sudas planteadas sobre la posibilidad del ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública y la jurisdicción –civil o contencioso administrativa– que habrá de conocer los pleitos entre víctima y compañías por los daños causados por un servicio público. No podemos detenernos a analizar la cuestión. Remitimos al lector a los trabajos de Alejandro HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, cit., págs. 160 a 179; Eduardo Gomero Casado,

También es directa la responsabilidad prevista en el artículo 1905 Cc. por las cosas *que cayeren o se arrojaren* desde un inmueble. El Código no hace responsable solidarios a todos los inquilinos del inmueble sino sólo a su cabeza de familia. De haber querido proteger a la víctima de la insolvencia del responsable hubiera sido más sensato mantener la regla histórica que preveía la responsabilidad solidaria de quienes habitaban la casa de la que se arrojó el objeto que causó daños.

La responsabilidad subsidiaria asegura que la víctima cobrará la indemnización: si el causante y responsable principal del daño es insolvente, la persona que responde por él pagará la indemnización a la víctima. Los supuestos contemplados por la Ley, presentes entre las normas de derecho de daños que contiene el Código penal, imponen la responsabilidad subsidiaria a personas ligadas con el causante de daños por relaciones de dependencia y que, por tanto, algo pudieron hacer por evitar el daño o, por lo menos, han de responder de él de alguna forma. La responsabilidad subsidiaria responde, claramente, a la necesidad de evitar que la insolvencia del causante del daño deje a la víctima sin indemnización.

La expansión de la solidaridad ha venido a confundir las fronteras existentes entre ésta y las responsabilidades directa y subsidiaria. Si bien es cierto que la insolvencia del potencial causante de daños es un argumento estándar en el discurso legal para imponer el seguro obligatorio, la responsabilidad por hecho ajeno, la responsabilidad subsidiaria y la responsabilidad solidaria. Instituciones que, agrupadas con frecuencia bajo el equívoco concepto de 'distribución del riesgo', tiene efectos diferentes en la prevención y en el proceso.³⁶⁵ También es cierto que la necesidad de control o supervisión de fuentes de peligro es también un argumento habitual para justificar la responsabilidad directa o la subsidiaria de quien es titular de la actividad peligrosa o recibe, por ley o por contrato, el encargo de controlarla.

De todos modos, si las tres instituciones responden a las mismas necesidades, comparten los mismos requisitos e imponen los mismos deberes, es mejor fundirlas en una sola y dejar de emplearlas de forma diferenciada en el discurso legal. Nos

Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción, cit., págs. 169 a 173; María Jesús MONTORO CHINER y María Concepción HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002; y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, "Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública", *InDret 03/2001* ; y, el mismo, "Paso a nivel", *InDret 03/2003*.

³⁶⁵ Guido CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, cit., págs. 38 y ss.: "La expresión 'distribución del riesgo' puede utilizarse para designar tres ideas bastante distintas. El primer significado de esa noción es la realización del mayor fraccionamiento posible de las pérdidas, tanto entre las personas como en el tiempo (fraccionamiento del riesgo). El segundo es la imputación de las pérdidas a aquellas categorías de sujetos o actividades que pueden pagar con mayor facilidad (*deep pocket*). El tercero es la atribución de las pérdidas a aquellas actividades que de un modo algo impreciso se puede afirmar que las engendran. (...) La reducción del coste secundario de los accidentes puede alcanzarse mediante el método de fraccionar el riesgo y el método *deep pocket*."

resistimos a creer que eso sea así. Procuraremos mostrar cómo muchos de los casos que se deciden mediante la imposición de responsabilidad solidaria podrían haberse resuelto sin merma de protección para la víctima y de forma menos traumática para los responsables mediante el recurso a la responsabilidad directa o la subsidiaria. *Breve iudicat qui breve distinguit* y eso es, por desgracia, lo que está sucediendo en nuestro derecho de daños.³⁶⁶

La responsabilidad directa evita costes de identificación a la víctima y, por tanto, le facilita la correcta constitución del proceso y la labor de cobro de la indemnización. Una vez satisfecha la víctima, el responsable directo que pagó la indemnización puede reclamarla íntegramente del causante material del perjuicio. Se trata de la *Indemnity* del *Common law*, que traduce situaciones de actuación conjunta en el tráfico entre personas ligadas por vínculos contractuales o daños causados por personas que dependen –familiar o profesionalmente– del responsable directo. En cualquier caso, la posibilidad de reclamar el importe íntegro de la indemnización soluciona los problemas que la solidaridad plantea en la relación interna.

La responsabilidad subsidiaria responde a una evidente función de garantía de la víctima. La ley pone a cargo de otro patrimonio la obligación de indemnizar cuando el del causante es insuficiente para responder de los daños causados. Cuando se imponga la responsabilidad subsidiaria, el causante material del daño responde en primer lugar con todo su patrimonio. En la parte no satisfecha, y una vez hecha excusión de los bienes del causante, el responsable subsidiario satisfará el crédito de la víctima.

La responsabilidad solidaria, en buena técnica jurídica, debería imponerse sólo cuando no es posible aplicar las dos anteriores: cuando no pueda distinguirse entre responsable principal y responsables secundarios. Pero de eso trataremos en la última parte del trabajo. Vayamos ahora con las responsabilidades directa y subsidiaria.

La responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria son, en muchos casos, alternativas válidas a la condena solidaria.

La responsabilidad por hecho ajeno, a la que se dedica buena parte del capítulo, es uno de los ámbitos más complicados del actual derecho de daños. La confusión

³⁶⁶ La siguiente afirmación es buena muestra de ello. FRANCISCO SOTO NIETO, *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 301: “A la víctima o perjudicado se le ofrecen tres opciones para la satisfacción de su pretensión indemnizatoria: a) Encaminar su acción contra el responsable delictual o contra el responsable civil por hecho ajeno o bien contra ambos en un frente solidario de responsabilidad; b) Dirigirse contra la compañía de seguros, siempre contando con la carga del acreditamiento de cuantos requisitos dan vida a la responsabilidad por culpa del causante material del siniestro o, en su caso, a la responsabilidad por hecho ajeno; c) Aunar sus acciones provocando la traída conjunta al proceso del agente material del daño culposo (...) y al asegurador voluntario respecto del cual ostenta la acción directa, simultaneidad declamatoria esclarecedora al máximo de toda problemática que la provocación de un hecho siniestral suscite, vinculación personal de los reclamados que en nuestro derecho ostenta rano solidario.”

procede, en buena medida, de la confusión de herramientas para hacerla efectiva. La responsabilidad por hechos ajenos puede ser subsidiaria, directa o solidaria. El derecho español impone la primera en el Código civil, la segunda en el Código penal y, mientras tanto, la jurisprudencia civil decide conforme a criterios de solidaridad.³⁶⁷

³⁶⁷ Jean-Pierre LE GALL, "Liability under Supervision", en André TUNC (coord.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, págs. 7 y ss. describe las soluciones del derecho comparado.

I. Responsabilidad directa

1. La acción directa

La acción directa permite a determinados acreedores reclamar -en nombre propio- del deudor de su deudor la cantidad que satisface su crédito. La acción directa se produce entre personas no vinculadas contractualmente. Su titular puede ejercer un derecho de crédito frente al deudor de su deudor sin necesidad de ejercerlo previamente frente a este último ni de sustituirlo de una u otra forma³⁶⁸.

El ordenamiento jurídico español no reconoce la acción directa con carácter general. Es un beneficio previsto legalmente para los acreedores de determinadas prestaciones. Así, entre otras, el Código civil reconoce al arrendador una acción directa contra el subarrendatario (artículo 1551 Cc.), a los que ponen materiales en una obra ajustada alzado por el contratista contra el dueño de la obra (artículo 1597 Cc.) y al mandante contra el sustituto del mandatario (artículo 1722 Cc.)³⁶⁹

La legislación civil especial también cuenta con ejemplos de acciones directas reconocidas a favor de quien está interesado en el cumplimiento de un contrato al que es, en principio, ajeno. De todas ellas, la más relevante, por la discusión doctrinal y jurisprudencial que ha generado y por sus repercusiones en el derecho de daños, es la acción directa de la víctima contra el asegurador de la responsabilidad del causante del daño que reconoce el artículo 76 LCS:

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las

³⁶⁸ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en la presentación al libro de Miguel PASCUA LIAÑO, *La acción directa en el derecho español*, Editora General de Derecho, Madrid, 1989. Como señala José Luis LACRUZ BERDEJO, et alii, *Elementos de derecho civil*, II, volumen primero, cit., pág. 329, señala que “Esta actuación *proprio nomine* confiere a la acción directa la ventaja, sobre la subrogatoria, de simplificar la materia y de permitir al acreedor apropiarse el valor obtenido hasta el límite de su crédito sin necesidad de compartirlo con los demás acreedores.”

³⁶⁹ Suelen citarse también como supuestos de acción directa los previstos en los artículos 1512 Cc. (retracto convencional ejercitado por los acreedores del vendedor), 1650 Cc. (redención del censo por los acreedores del enfiteuta) y el 1937 Cc. (renuncia a la prescripción del deudor opuesta por los acreedores), véase, José Luis LACRUZ BERDEJO, et alii, *Elementos de derecho civil*, II, cit., pág. 329. Sin embargo, los dos primeros supuestos supeditan la acción de los acreedores a determinados comportamientos del deudor y el tercero se asemeja más a una acción revocatoria que a una verdadera acción directa.

excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

La misma regla fue introducida por el legislador en el Código penal con motivo de la reforma de 1995. El vigente artículo 117 CP, que no tiene un precedente en el anterior Código, dispone que:

Los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

Mediante la acción directa, la víctima de un accidente puede exigir del asegurador del causante la indemnización del daño sufrido con los límites, claro está, de la cobertura pactada en la póliza. La previsión legal evita a la víctima la vía indirecta: demandar al causante del daño y, en caso de impago o insolvencia, hacer lo propio con su compañía aseguradora. La acción directa evita a la víctima los riesgos y las molestias de pleitos dobles.³⁷⁰ La acción directa es, sin embargo, algo más que un simple remedio procesal: puede ejercitarse fuera del proceso y, tal y como la configura la Ley, se trata de un derecho propio de la víctima³⁷¹.

³⁷⁰ A la vez que cumple, además, otras funciones como la de protección del crédito de la víctima frente al concurso del causante o su falta de colaboración, como destaca Fernando SÁNCHEZ CALERO, "Comentario al artículo 76 LCS", en *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), XXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985, págs. 619 a 676. "(...) En el artículo 76 como se ha apuntado aflora esa protección a los perjudicados, con le propósito no ya simplemente de un resarcimiento más rápido mediante la inmediata participación de un asegurador, que por profesión está normalmente más preparado para liquidar siniestros que el causante del daño, sino, de modo especial, para eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, con el inconveniente de que, en los supuestos de insolvencia del asegurado, su crédito contra el asegurador se confundiera dentro de toso su patrimonio, haciendo, por consiguiente, ilusorias las esperanzas del perjudicado de obtener la indemnización. Situación que, en definitiva, podría producirse también en aquellos casos en los que el asegurado, percibida la indemnización del asegurador, le diera otro destino diverso que hacerla llegar al tercero perjudicado.", pág. 621. En relación con el riesgo de concurso del causante y en ausencia de un mecanismo como el de la acción directa, Manuel F. CLAVERO TERNERO, *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*", Tecnos, Madrid, 1995, destaca que "(...) la disfunción sería aún mayor si se repara en el hecho de que el resto de los acreedores del asegurado incrementarían el cobro de sus créditos a costa de la disminución del de la víctima. Es decir, que si el asegurado no hubiera incurrido en responsabilidad, la masa de la quiebra no se habría visto incrementada con la indemnización del seguro", pág. 13.

³⁷¹ "Se trata, en realidad, de un derecho propio, que la Ley reconoce a la víctima de un daño del que sea responsable el asegurado. Este principio es la expresión de un concepto del seguro de responsabilidad

Hasta el año 1980, el ordenamiento jurídico español carecía de una regla general que previera la posición de la víctima en el contrato de seguro. La acción directa apareció por primera vez en nuestro derecho de seguros en el artículo 42 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor³⁷² y, pocos años después, en los artículos 52.5 y 52.6 del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza (BOE núms. 75 y 76, de 30 y 31 de marzo)³⁷³.

El reconocimiento a la víctima de un derecho a reclamar de la compañía aseguradora la indemnización debida por el daño causado por uno de sus asegurados planteó desde el primer momento problemas de calificación legal de una acción que, denominada directa por la Ley, carece de regulación general. Así, desde las primeras previsiones normativas de la acción directa, se asumió que la acción directa era una excepción al principio de relatividad de los contratos previsto en el artículo 1257 Cc. y al de *par conditio creditoris* del artículo 1925 Cc. Según esa interpretación, que todavía puede considerarse mayoritaria, la acción directa debía tratarse como una excepción y, como tal, aplicarse de forma restrictiva. Así, y para salvar los obstáculos que planteaba la acción directa de la víctima del daño contra la compañía aseguradora del causante, se propuso calificarla como un supuesto de fianza solidaria entre asegurado causante del daño y su asegurador³⁷⁴, o como un privilegio a favor de determinados créditos, de una delegación de deuda, de una subrogación del asegurador en las

civil cuya naturaleza no se configura ya como un instrumento de protección exclusiva del asegurado, sino de protección del tercero perjudicado.", Manuel OLIVENCIA RUIZ, "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles", en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994, págs. 189 a 209, la cita procede de la página 203. Más adelante el mismo autor afirma que "el derecho propio del tercero no tiene origen en el contrato de seguro, pero la existencia de éste determina la identidad del asegurador obligado y su contenido al régimen de la obligación de indemnizar", pág. 204. En el mismo sentido, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 513 y 514, aunque el autor considera conveniente que la víctima demande conjuntamente a asegurado y aseguradora.

³⁷² Puede consultarse el estado de la regulación del sector asegurador en el momento en que aparece la norma en Rodrigo URÍA, "Orientaciones modernas sobre el concepto de seguro", *Revista de Derecho Mercantil*, 1962, págs. 263 a 293.

³⁷³ Artículo 52.5: *El asegurador, hasta el límite del seguro, habrá de satisfacer a las personas dañadas en accidente de caza con armas o a sus derechohabientes, el importe de los daños sufridos, sin que en ningún caso pueda oponerles las excepciones que le asistan contra el asegurado o contra un tercero.*

Artículo 52.6: *La víctima o sus derechohabientes tendrán acción directa contra el asegurador hasta el mencionado límite, sin perjuicio de las acciones legales que les correspondan.*

³⁷⁴ Justino F. DUQUE, "Acción directa del tercero y solidaridad de las obligaciones del asegurador responsable", *Revista de Derecho de la Circulación*, 1967, págs. 589 a 602, sobre todo, pág. 597.

obligaciones del asegurado³⁷⁵ y, en fin, como un supuesto de solidaridad pasiva previsto legalmente.

La interpretación doctrinal que exigía una aplicación excepcional de la acción directa no fue seguida por el Tribunal Supremo que, a partir de las previsiones de la Ley de Circulación y el Reglamento de la Ley de Caza, aplicó de forma generalizada la acción directa, también a supuestos de seguro voluntario.

El artículo 76 LCS solucionó las dudas sobre la admisión general de la acción directa, confirmó la doctrina de las Salas Primera y Segunda³⁷⁶ del Tribunal Supremo, claramente favorables a su admisión, y clarificó el régimen legal de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil. La solución, sin embargo, no fue definitiva. La redacción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro en seguida planteó dudas a sus intérpretes sobre la inoponibilidad del dolo del asegurado a la víctima del daño y sobre las excepciones que la compañía podía oponer a ésta.

1.1. La acción directa y el dolo del asegurado

La exclusión de cobertura del dolo ha sido desde siempre una cláusula habitual en los contratos de seguro. La práctica viene aconsejada por los incentivos que su ausencia podría generar. Asegurar el dolo del causante de daños es un claro incentivo a su causación³⁷⁷. Por este motivo, el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro reconoce con carácter general que:

El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.

³⁷⁵ Un repaso de las teorías y la doctrina en Miguel PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el derecho español*, cit., págs. 100 y ss.

³⁷⁶ La Sala Segunda admitió en varias ocasiones la acción directa aunque el artículo 784.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, niega la cualidad de parte a los aseguradores en el proceso penal:

(...) La entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte en el proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con su obligación de afianzar, a cuyo efecto, se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en el pieza correspondiente.

³⁷⁷ La prohibición de aseguramiento del dolo “surge histórica y conceptualmente en el ámbito tradicional del seguro de daños (por ejemplo, el de incendios), donde es más necesario. Allí desempeña un evidente y positivo papel: reducir los incentivos del asegurado para asegurar el bien por más de lo que vale, destruirlo y embolsarse la indemnización que ha de pagar la compañía. (...) En definitiva, sirve como instrumento de control de incentivos perversos de riesgo moral (como los mencionados) y de selección adversa: si quedaran cubiertos por las pólizas de seguro los siniestros dolosos, subiría enormemente el precio de las primas, lo que expulsaría a los mejores riesgos (esto es, aquéllos menos susceptibles de producir daños dolosos) del mercado.”, Fernando GÓMEZ POMAR y Begoña ARQUILLO COLET, “Daños dolosos y seguro”, *InDret* 03/2000, pág. 2.

El artículo 76 de la misma Ley, sin embargo, establece una acción de regreso contra el asegurado doloso en los casos en que la compañía haya satisfecho la prima a la víctima que ejerció la acción directa. Es decir, para el ejercicio de esa acción, y según el artículo 76, el dolo no es una excepción válida que la compañía de seguros pueda oponer a la víctima.

La lectura de los artículos 19 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro suministra argumentos para quienes mantienen que la Ley ha optado decididamente por la exclusión de cobertura del dolo³⁷⁸ y para quienes asumen lo anterior pero reconocen la excepcionalidad de la acción directa en la materia³⁷⁹. El Tribunal Supremo ha seguido la segunda interpretación y ha afirmado la posibilidad de acción directa en los casos en que el daño por el que la víctima reclama el pago de la prima ha sido causado con dolo del asegurado.

Así lo ha recordado la Sala Primera, en la STS, 1ª, 24.10.1997 (RJ. 7768), en un caso en que las graves lesiones que sufrió uno de los demandantes fueron causadas por uno de los cooperadores de un ladrón que, por proteger a uno de sus compañeros, atropelló a quienes intentaban evitar el robo. También lo ha afirmado la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que forjó la doctrina de la inmunidad de la acción directa en los casos de mala fe del asegurado, en la polémica STS, 2ª, 29.5.1997 (RJ. 3637)³⁸⁰, en la que el condenado había utilizado su vehículo para atropellar a dos personas.

Las dudas parecen resueltas a favor de la posibilidad de ejercicio de la acción directa, también en los casos de dolo. Así se ha reconocido en el ámbito del seguro obligatorio de vehículos a motor donde, sin duda, la discusión sobre la viabilidad de la acción directa en los casos de dolo del asegurado es especialmente relevante. El artículo 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (BOE núm. 267, de 5 de noviembre) –en adelante, LRCS–, dispone que³⁸¹:

El asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización a la víctima, podrá repetir:

³⁷⁸ Véase, Francisco SOTO NIETO, "El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un conflicto", *Revista Española de Seguros*, octubre-diciembre 1997 y, del mismo autor, "Daños dolosamente causados con vehículos de motor", *La Ley*, 1997-3, págs. 1300 y ss.

³⁷⁹ Por todos, Fernando SÁNCHEZ CALERO, "Comentario al artículo 19 LCS", *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, cit., pág. 121.

³⁸⁰ Con votos particulares de los magistrados Francisco Soto Nieto y José Luis Manzanares Samaniego.

³⁸¹ La nueva versión de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro reduce la dispersión normativa que padecía el sector en nuestro país. El artículo transcrito reproduce literalmente lo que ya disponía el artículo 7 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor en la redacción que le había dado la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

a) Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

(...)

Parece claro que, si, además del artículo 76 LCS, la ley especial del sector en que el seguro de responsabilidad civil, además de obligatorio es más relevante, reconoce la acción de regreso contra su asegurado incluso en los casos en que el daño ha sido causado de forma dolosa, se disipan las dudas sobre la posibilidad de ejercitar la acción directa en los daños causados de forma dolosa.

Aunque el artículo 1.4 LRCS incorpora la previsión del artículo 3.3 del Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE núm. 12, de 13 de enero)³⁸². Según esa disposición, ahora legal, (...) *no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes*, algo que, en el ámbito del seguro obligatorio de automóviles puede tener una enorme trascendencia en el ejercicio de la acción directa.³⁸³

La acción de regreso prevalece, en el ámbito de la acción directa, sobre la exclusión de cobertura: “una vez efectuado el pago de la indemnización a la víctima” dispone el artículo más reciente en la materia.³⁸⁴

³⁸² Que hay que entender derogado (aunque no se establezca expresamente en la disposición derogatoria de la Ley), en las materias antes reguladas en él y que ahora han sido incorporadas a la Ley.

³⁸³ Fernando GÓMEZ POMAR y Begoña ARQUILLO COLET, “Anotaciones al Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, *InDret 1/2001*, mantienen que “(...) la única interpretación conciliadora de ambas previsiones es la que entiende que cuando hay delito doloso no hay cobertura del seguro obligatorio pero sí la hay (aunque con derecho de repetición) cuando el daño, aun intencionado, no es considerado delito por los Tribunales penales.”, pág. 2.

³⁸⁴ El artículo 10 LRCS va más allá de lo previsto en el artículo 76 LCS y amplía la posibilidad de acción de regreso a conductas arriesgadas que aumentan la probabilidad de causación de un daño como la conducción en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas tóxicas. El precepto recoge, de esta forma, las observaciones que había hecho al respecto nuestra mejor doctrina abogando por esa ampliación de supuestos. Véase, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Notas sobre la nueva Ley de Contrato de Seguro”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Evelio VERDERA TUELLS (dir.), Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, págs. 929 a 941.

Aunque el artículo hace referencia al seguro obligatorio de automóviles, ya hemos tenido ocasión de constatar cómo la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia, han ampliado tradicionalmente la inoponibilidad del dolo, también, al seguro voluntario. El artículo 76 LCS, por su parte, no distingue entre seguros voluntarios y obligatorios. La inclusión del seguro voluntario no tiene porqué tener efectos positivos en todos los casos pues puede traducirse en un aumento de las primas medias. “Sería un error que, en el afán de proteger al perjudicado, se negara al asegurado la posibilidad de acceder a

El artículo 11.3 LRCS reconoce el ejercicio de la acción directa del perjudicado contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos en que responda de los daños causados:

El perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo, y éste podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquél.

Aunque su relevancia práctica es más limitada y el tomador del seguro no será en la mayoría de los casos el menor causante del daño sino sus padres o representantes legales, resulta clarificador lo dispuesto en el artículo 63 LORPM:

Los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda.

Otro ejemplo, en fin, de reconocimiento de la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora del causante en un supuesto –la causación de delitos y faltas– en el que concurrirá con frecuencia el dolo del causante.

El reconocimiento de la acción directa, incluso en los supuestos en que el daño por el que se ejercita ha sido causado con dolo, refuerza la concepción de la acción directa como un derecho propio de la víctima y no una extensión de los derechos que el contrato de seguro reconoce a su tomador. Un derecho propio de la víctima, reconocido por la Ley, que se asemeja más a una acción de cumplimiento del contrato que a una acción indemnizatoria reconocida en aquél.³⁸⁵ Así lo demuestra la vigencia de la acción directa en los casos de mala fe del asegurado y a pesar de la cláusula general de prohibición de aseguramiento del dolo (artículo 19 de la Ley), la transmisión de la acción a los herederos de la víctima y la inmunidad de la acción a

pólizas más baratas que no aseguren los riesgos que está dispuesto a evitar. Además, los límites a la libertad contractual en materia de seguro deberían encauzarse a través de la figura del seguro obligatorio, concebido precisamente para limitar la autonomía de la voluntad en la materia”, Xabier BASOZABAL ARRUE, “El artículo 76 LCS: una invitación a legislar”, *Revista Española de Seguros*, núms. 113-114, 2003, pág. 105. El único alivio es que en el ámbito del seguro voluntario ya se encargarán las partes de excluir de la cobertura los riesgos que no consideren necesarios y de ajustar el precio de la póliza a sus necesidades. Para los efectos que la acción de regreso contra el asegurado puede tener en los seguros obligatorios y en los voluntarios, véase, Fernando GÓMEZ POMAR y Begoña ARQUILLO COLET, “Daños dolosos y seguro”, *op. cit.*

³⁸⁵ Xavier BASOZABAL ARRUE, “El artículo 76 LCS: una invitación a legislar”, *cit.*, pág. 103: “(...) parece lógico entender que la acción directa no es otra cosa que una pretensión de cumplimiento concedida a quien, no siendo parte del contrato, *debe* (por decisión del legislador) poder beneficiarse del mismo, incluso más allá de los límites del mismo (dolo); de aquí que no tengan por qué perjudicarle las perturbaciones de la relación contractual mientras ésta subsista (principio de inmunidad)”, *cursiva en el original.*

las excepciones que la compañía aseguradora tuviera contra su asegurado, como veremos a continuación.

Cuando se ejercite la acción directa, los problemas que la compañía tenga con su asegurado no deberían afectar a la víctima del daño. Se comprenden, con todo, las reticencias de las compañías aseguradoras a admitir la acción directa en los casos de daños causados con dolo. En esos supuestos, posiblemente lo más grave para la compañía a la que se dirige la víctima no es el pago de la indemnización pues en ningún caso la responsabilidad de la aseguradora será superior a la cobertura de la póliza firmada con el causante del daño. En ese sentido, la eventualidad de la acción directa es previsible actuarialmente para la compañía. El problema para la compañía asociado a la acción de regreso en los casos de acción directa por daños dolosos es que la aseguradora, una vez satisfecha la víctima, asume el riesgo de insolvencia de su asegurado. Algo que la aseguradora no puede prever y que a estas alturas del trabajo ya suena, digámoslo así, a solidaridad. La cuestión, conecta con el segundo de los problemas que ha planteado tradicionalmente la admisión de la acción directa: las excepciones que la compañía aseguradora puede oponer al perjudicado que ejercita la acción directa.

1.2. Las excepciones oponibles por la compañía aseguradora

El artículo 76 LCS reconoce que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (la inoponibilidad del dolo es quizá el mejor ejemplo de ello). El mismo artículo prevé que la aseguradora podrá oponer al perjudicado *no obstante* su culpa exclusiva y las excepciones personales que tenga contra éste³⁸⁶.

³⁸⁶ Muchos han parado mientes en lo que el artículo deja en el tintero. Si sólo puede oponerse la culpa exclusiva de la víctima, significa que no pueden oponerse otras excepciones, frecuentes en los procesos de reclamación por daños, como, por ejemplo, la concurrencia simple de culpas de una víctima, el caso fortuito o la fuerza mayor. Parece que la Ley ha querido establecer un principio general de inoponibilidad de excepciones a favor del perjudicado, con la única limitación –por motivos evidentes– de su culpa exclusiva. “La conclusión es muy clara: A partir de la ley de 8 de octubre de 1980, el seguro de responsabilidad civil es, frente a terceros y dentro claro está del ámbito objetivo de la póliza, un criterio, exquisitamente objetivo, de nacimiento de la responsabilidad por daños. (...) Por la mera existencia del seguro de responsabilidad civil, siempre dentro del ámbito objetivo de la póliza, la Compañía aseguradora es responsable frente al perjudicado por el daño sufrido por éste. Y lo es aunque, por falta de culpa o negligencia, el propio asegurado no lo sea y no quepa, por ende, repetición alguna contra él (...)”, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Notas sobre la nueva Ley del Contrato de Seguro”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pág. 938. En contra, y en la misma obra colectiva, José A. CARRO DEL CASTILLO, “La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pág. 969: “(...) el asegurador puede oponer al perjudicado tanto la compensación de culpas con éste, como la concurrencia de culpas o culpa exclusiva de terceros, el caso fortuito, la fuerza mayor y cualquier otra

Parece que no son muchas las excepciones personales que puede oponer la compañía aseguradora con la víctima del daño. Además de la culpa exclusiva del perjudicado, el elenco de excepciones debe limitarse a la inexistencia de los hechos o del daño por los que la víctima reclama una indemnización, a que el riesgo no está asegurado por la compañía en la póliza que le une con el causante del daño y a la inexistencia del contrato de seguro³⁸⁷. No existe, en principio, relación jurídica alguna entre víctima y asegurador (por ese motivo existe la acción directa) y, por tanto, las posibilidades de oposición de la aseguradora deben limitarse a circunstancias objetivas del hecho y su cobertura³⁸⁸.

Sin embargo, la eficacia de esas innominadas excepciones personales a que se refiere la Ley ha significado para la mayoría de la doctrina de nuestro país la confirmación legal, esbozada en la doctrina y jurisprudencia anteriores a la Ley de Contrato de Seguro, del fundamento de la acción directa en el carácter solidario de la responsabilidad entre compañía aseguradora y asegurado por los daños que causa este último³⁸⁹. Así, y supuesto el vínculo solidario, la compañía, que nada tiene que ver con la víctima, puede sin embargo oponerle las excepciones que sean propias de su asegurado. La transmisión de excepciones se produciría, de esta manera, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1148 Cc. que, como ya hemos visto, prevé que el codeudor solidario demandado por la víctima podrá hacer uso de las excepciones personales que correspondan a los demás codeudores solidarios en la *parte de deuda de que éstos fueren responsables*. De esta forma, y en virtud de la solidaridad existente

excepción que pudiera derivarse de la obligación del asegurado de resarcir los daños causados." En contra, también, Fernando SÁNCHEZ CALERO, "Comentario al artículo 76 LCS", *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, cit., pág. 660.

³⁸⁷ El asegurador sólo puede oponer una pérdida de vigencia del contrato que tenga carácter fehaciente y el límite de responsabilidad fijado en la póliza", Luis Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pág. 201. En el mismo sentido. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., págs. 205 y 206.

³⁸⁸ Desde luego, nada impediría que, en el supuesto en que la víctima hubiera asegurado riesgos propios en la misma compañía contra la que ejerce la acción directa y estuviera, por ejemplo, pendiente de pago una parte de la prima o una acción de regreso por un accidente causado dolosamente, podría compensarse la deuda existente entre ambas partes en la cantidad concurrente. No parece, sin embargo, que el legislador pensara exclusivamente en este supuesto cuando aprobó el artículo 76 LCS.

³⁸⁹ Es todavía mayoritaria la opinión que, antes de la aprobación de la Ley de Contrato de Seguro, manifestara Luis Román PUERTA LUIS, *La solidaridad del responsable civil y de su compañía aseguradora frente al perjudicado*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 193: "(...) si admitimos con carácter general la acción directa del perjudicado frente a la compañía aseguradora y, en consecuencia, la posibilidad de dirigirse aquél frente a ambos deudores para exigirles una misma prestación indemnizatoria o hasta el límite de la póliza, parece indudable que la atribución del carácter solidario a las obligaciones del responsable asegurado y de su compañía aseguradora, aparte de las evidentes ventajas que para los implicados representa, constituye una solución jurídicamente correcta a este problema. En nuestra opinión, no cabe duda de que procede hablar de solidaridad en este caso."

entre aseguradora y asegurado, la compañía puede oponer a la víctima que ejerce la acción directa todas las excepciones que su asegurado tuviera contra el perjudicado.³⁹⁰

La opinión es mayoritaria en la doctrina³⁹¹ y la jurisprudencia de nuestro país. Además de los casos ya citados en el apartado 3.2 de este capítulo, así lo afirma, entre muchas otras, la STS, 1ª, de 7.6.1993 (RJ. 3464): "(...) existe solidaridad impropia en los casos de responsabilidad extracontractual entre copartícipes del hecho ilícito o entre ellos y sus aseguradoras; y esta última solidaridad deriva de la unidad de prestación con objetivo único de resarcir al perjudicado, incluso sin necesidad de demandar al asegurado, por darse una acción directa contra el asegurador en virtud del artículo 76 LCS." (F. J. 2).

Para quienes el artículo 76 LCS suministra otro ejemplo de solidaridad impuesta por la ley en el ordenamiento jurídico español, hay que distinguir las condiciones de ejercicio del derecho del tercero perjudicado (referidas a la existencia del contrato o a su vigencia y, por supuesto, a la realidad de la producción del daño), de las que denominan 'excepciones en sentido estricto oponibles por el asegurador' y que son las que, en virtud del artículo 1148 Cc., éste tendría en común con su asegurado y las que el asegurado tendría en común con la víctima por razón del daño causado. De acuerdo con esta división, el asegurador puede oponer al perjudicado, la concurrencia de culpas con el asegurado, la culpa concurrente de un tercero, la existencia de una causa de exoneración de la responsabilidad y, también las excepciones derivadas del contrato, la falta de pago de la prima por parte del

³⁹⁰ Xavier BASOZABAL ARRUE, "El artículo 76 LCS: una invitación a legislar", cit., pág. 111: "La solidaridad de deudores resulta atractiva, porque en ausencia de una solución legal clara, proporciona algunas soluciones que han parecido adecuadas al supuesto de hecho contemplado por la acción directa. Así, parece claro que la jurisprudencia acudió a la solidaridad para conseguir que el perjudicado pudiera dirigirse contra el asegurado y el asegurador por el todo y sin litisconsorcio pasivo necesario. A su vez, el artículo 1148 Cc. ha servido de solución parcial al problema de las excepciones, dando respaldo normativo a la oposición de excepciones comunes y personales del otro codeudor." El autor citado, se manifiesta en contra de la asimilación: Otro factor que ha contribuido a oscurecer el panorama es la consideración del asegurador y del asegurado como deudores solidarios, porque la solidaridad, aunque se trate de una solidaridad asimétrica, ayuda a promover la tesis que el artículo 76 LCS convierte al asegurador en deudor *ex lege* de una deuda indemnizatoria.", también pág. 111.

³⁹¹ Así, además de las obras, ya citadas, de Luis Román Puerta Luis y del profesor Fernando Sánchez Calero, en el comentario ya citado al artículo 76 LCS, véanse, entre otros, Eduardo FONT SERRA, "La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro", *Revista General de Derecho*, septiembre 1990, núm. 552, págs. 6309 a 6345; María Concepción HILL PRADOS, "Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil", *Estudios jurídicos de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1729 a 1758.; Ignacio ARROYO, Elena BOET, Jorge MIQUEL y Ramón MORRAL, *Ley de contrato de seguro con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, Tecnos, 2003; parece que admite también la solidaridad, Vicente BOQUERA OLIVER, "Notas al artículo 76 de la nueva Ley de Contrato de Seguro", *Revista General de Derecho*, 1982, págs. 863 a 879.

asegurado causante del daño o la prescripción del seguro. El exponente más autorizado de esta doctrina reconoce, sin embargo, que “la distinción entre excepciones comunes y personales del asegurado frente al tercero, no resulta siempre clara”³⁹².

En contra de la opinión mayoritaria, pensamos que la concesión al perjudicado de una acción directa contra la aseguradora no significa necesariamente que haya de existir una relación de solidaridad entre asegurado y compañía aseguradora. De hecho, tras analizar el régimen de la acción directa prevista en la Ley de Contrato de Seguro, no se entienden los beneficios que promete la doctrina favorable a entenderla como la manifestación de una obligación solidaria. La solidaridad no añade nada a la inoponibilidad del dolo y da una visión equivocada de la inmunidad de la eficacia de las excepciones oponibles. Pensamos que, si se entiende que el objetivo del contrato de seguro es cubrir la responsabilidad del asegurado, no surgen tantos problemas de la lectura del artículo 76 LCS y, además, supuesto ese objetivo en la acción directa, carece de sentido afirmar la solidaridad de asegurador y asegurado ante la víctima: la garantía ya viene impuesta por el contrato de aseguramiento y la responsabilidad directa contra la compañía aseguradora -hasta el límite de la cobertura- que se reconoce a la víctima.

Además, generalmente, la acción directa del perjudicado contra la aseguradora del causante del daño se resolverá entre las compañías de seguro de uno y otro. Cada vez más sectores de actividad y, señaladamente en el automovilístico, funcionan ‘Convenios de indemnización directa’, por los que el asegurador de la responsabilidad civil abona directamente a su propio cliente el importe de los daños y se asume la reclamación al asegurador del causante del daño. Mediante un sistema de liquidación se compensan las reclamaciones entre las compañías. Los convenios prevén una cláusula arbitral entre compañías. La eficacia de estos convenios puede explicar, en parte, el descenso de litigios en la materia durante los últimos años.³⁹³

³⁹² Fernando SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al artículo 76 LCS”, *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, cit., pág. 661. Quien, sin embargo, admite la inoponibilidad de las que denomina ‘excepciones basadas en la conducta del asegurado’: el incumplimiento del deber de declaración del riesgo, la suspensión de cobertura por impago de primas, el incumplimiento del deber de comunicar el siniestro, el incumplimiento del deber de salvamento o el referente a la defensa jurídica y la falta de comunicación de la existencia de varios seguros, vid., op. cit., págs. 665 y 666. Si la acción directa es independiente, como ha querido el legislador, de las vicisitudes de la relación entre asegurador y asegurado, no se comprende por qué motivo es oponible la falta de pago de la prima pero no la suspensión de su vigencia por causas imputables al asegurado.

³⁹³ Véase, Federico ARNAU MOYA, *Acción directa y vinculación contractual*, tesis doctoral inédita dirigida por el profesor Juan Manuel Badenas Carpio y defendida el 31 de mayo de 2002 en la Universitat Jaume I de Castellón de la Plana. Puede consultarse la versión en formato electrónico disponible en www.tdcat.cbuc.es. Sobre los efectos de estos Convenios, véase el trabajo ya citado de Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, María CAMÍ CAMPAMÀ y Víctor SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Ciclomotores y seguro. Daños personales causados por ciclomotores y seguro obligatorio”.

No existe responsabilidad solidaria entre la compañía aseguradora y el causante del daño por dos razones que se complementan. En primer lugar, la aseguradora que ha satisfecho la indemnización a la víctima no tiene, salvo en los casos de daños causados con dolo, una acción de regreso contra su asegurado. No existe, por tanto, relación interna alguna, ni recuperación de lo pagado en función de las respectivas contribuciones al daño causado, ni nada que se le parezca. Salvo en los casos de dolo del asegurado, de los que ya nos hemos ocupado, la compañía no puede repetir lo pagado a la víctima del causante del daño. La aseguradora cumple así, con una obligación propia, en ningún caso compartida con el titular de la póliza.

Así lo reconoció hace muchos años la STS, 1ª, 25.11.1969, en la que se afirmaba "(...) la obligación de resarcimiento del asegurador no puede calificarse de solidaria con el asegurado, pues aunque haya pagado la indemnización, la entidad aseguradora no puede repetir después contra el asegurado; ni tampoco puede estimarse como subsidiaria, por cuanto tampoco es preciso justificar la insolvencia del asegurado para que se haga efectiva la indemnización del siniestro, sino que es una obligación de naturaleza especial, y mucho más onerosa que la subsidiaria, e incluso que la solidaria.". Una doctrina que no ha seguido, por desgracia, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo.

Podría contra objetarse que el aumento de primas es el *Ersatz* de la relación interna en las relaciones entre asegurado y aseguradora. La experiencia demuestra, sin embargo, que los aumentos en las primas se producen de forma generalizada en sectores con una elevada siniestralidad y que los sufren todos los asegurados, hayan o no causado daños y cuyas víctimas hayan o no ejercido la acción directa.

En segundo lugar, la acción directa que el perjudicado puede dirigir contra el asegurador no extingue la que puede dirigir también, simultánea o sucesivamente, contra el causante material del perjuicio. Así sucederá en todos los casos en que la indemnización debida por el daño sea superior a la cubierta por la póliza en los que el causante del daño habrá de hacerse cargo del exceso. Si la vinculación entre asegurador y asegurado fuera solidaria no tendría sentido esa doble acción pues el exceso debería suplirse en la relación interna. En la acción directa, y a diferencia de lo que sucede en la solidaridad, la víctima no puede reclamar el pago íntegro de la indemnización a cualquiera de los codeudores.

2. La responsabilidad por hecho ajeno

La presentación clásica de la responsabilidad civil extracontractual distingue los supuestos de responsabilidad por hecho propio, regulados en el artículo 1902 Cc., de la responsabilidad por hecho ajeno, prevista en el artículo 1903 Cc. Según esta concepción, el Código, que reconoce una regla general de responsabilidad por culpa

por hecho propio, la exceptúa en determinadas ocasiones en que el responsable no ha causado el daño pero debe cargar con sus consecuencias.³⁹⁴

En esos casos, la responsabilidad es por hecho ajeno y, en principio, directa. La víctima del daño puede demandar directamente a la persona responsable sin necesidad de hacerlo también contra el causante material del perjuicio, contra ambos a la vez o primero contra uno después contra el otro.

La jurisprudencia civil española, sin embargo, declara con frecuencia, como hemos visto, que la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes es solidaria. El legislador, por su parte, ha aplicado el mismo régimen a la responsabilidad penal de los menores de edad (cfr. artículo 61.3 LORPM, ya transcrito). Los dos son casos de responsabilidad por hecho ajeno, según la denominación más clásica en nuestra doctrina. Aunque ahora a la responsabilidad de la persona que asume las consecuencias de los daños causados por otra, se suma la del propio causante material del perjuicio que, tras las nuevas previsiones jurisprudenciales y normativas a las que acabamos de referirnos, también devendrá responsable. Además de esta regla de solidaridad recientemente impuesta por la jurisprudencia y alguna legislación especial, el ordenamiento jurídico español presenta en materia de responsabilidad por hecho ajeno algunas peculiaridades importantes.

En primer lugar, no es un sistema único. En España coexisten tres regulaciones – similares pero no idénticas– de la responsabilidad por hecho ajeno: una civil, otra administrativa y una tercera que, aunque civil, puede ser aplicada por los jueces y tribunales penales.

La regla principal en derecho civil es la del artículo 1903 Cc.³⁹⁵ que se aplica por igual a padres, tutores, empresarios y titulares de centros docentes de enseñanza no superior³⁹⁶:

³⁹⁴ Así se explica en los tratados y manuales que han formado a las últimas generaciones de juristas. Véase, José Luis LACRUZ BERDEJO, et alii, *Elementos de derecho civil*, cit., págs. 563 y ss.; Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, cit., págs. 481 y ss.; y Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, II, cit., págs. 566 y ss. La división, que sin duda es pedagógica, ha sido abandonada por los trabajos más recientes. Véase, por ejemplo, el acierto en la estructura que Luis Díez-PICAZO da a su *Derecho de daños*, op. cit., que prescinde de la distinción habitual entre responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno para ordenar el contenido del tratado.

³⁹⁵ El artículo 1903 es la norma de responsabilidad civil extracontractual del Código civil que más veces ha sido modificada. Así, la redacción actual del párrafo 2º (responsabilidad de los padres) procede de la modificación llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Diez años después, la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado, suprimió el antiguo párrafo 5º, que regulaba la responsabilidad del Estado y redactó la

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común previó en el año 1992 un régimen propio de responsabilidad para los daños causados por el funcionamiento de las Administraciones públicas. La mencionada Ley, reformada en 1999, instauró un régimen propio de responsabilidad según el cual la Administración titular de un servicio público responde por los daños causados por sus funcionarios o agentes. Así lo dispone la actual redacción del artículo 145.1 LRJPAC:

Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

actual fórmula del párrafo 6º (responsabilidad de los titulares de centros docentes de enseñanza no superior).

³⁹⁶ La equiparación es más que discutible. „Eltern haften für ihren Kinder“ y la regla civil aplica a padres y tutores el régimen de responsabilidad previsto para las organizaciones empresariales. “(...) en responsabilidad civil es muy difícil de justificar que el Código civil trate mejor a quien puede escoger a sus empleados y ajustar con ellos el sueldo, las condiciones de trabajo y las características del servicio que van a prestar que a quien trae hijos al mundo o resuelve aceptar el cargo de tutor”, Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Respondeat Superior (II). De la responsabilidad por hecho propio a la responsabilidad por organización”, *InDret* 03/2002, pág. 11.

Por su parte, el Código penal de 1995 contiene reglas sobre la materia en los artículos 120 y 121 de las que nos ocuparemos en el epígrafe del trabajo correspondiente a la responsabilidad subsidiaria.

En segundo lugar, y como consecuencia de la dispersión normativa, el sistema español de responsabilidad por hecho ajeno no es uniforme. Los regímenes de responsabilidad a que están sometidos los responsables por hecho ajeno son diferentes. No todos responden a las mismas reglas y no rige en todos el mismo estándar de responsabilidad: el Código civil aplica un régimen de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, el penal uno de culpa y el administrativo un régimen de responsabilidad objetiva. Así, mientras los responsables del artículo 1903 Cc. pueden exonerarse si demuestran que adoptaron la diligencia adecuada, que el artículo concreta en la de un buen padre de familia, no hay escapatoria legal posible para la Administración pública demandada por el daño causado por uno de sus funcionarios, pues responde de forma objetiva.

Podrían añadirse, en tercer lugar, los problemas de competencia de jurisdicción. La convivencia de tres sistemas de responsabilidad diferentes cada uno con su propia jurisdicción competente plantea frecuentes problemas de atribución de la competencia de jurisdicción en los supuestos en que un accidente, por el relato de sus hechos o por las personas en él implicadas cumple los requisitos exigidos por más de una jurisdicción.³⁹⁷

Ninguno de los tres sistemas prevé en sus reglas generales, a pesar de las diferencias en la regulación, la responsabilidad solidaria entre el obligado a responder por otro y el causante del daño. Sin embargo, la extensión de la solidaridad a la que nos hemos referido en varias ocasiones a lo largo de este trabajo ha llegado también a los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. Vayamos por partes.

El único criterio común a supuestos tan dispares regulados además de forma tan diversa en diferentes sectores del ordenamiento parece ser el de la dependencia entre causante material del daño y responsable de la indemnización. Esa relación de dependencia es, con todo, un criterio muy débil de ordenación pues la ley prevé resultados muy dispares para situaciones muy similares. Así, sólo con el criterio de la relación de dependencia es muy difícil justificar por qué, por ejemplo, la responsabilidad de los centros públicos de enseñanza no superior es objetiva pero que la de los centros privados es por culpa³⁹⁸ y que los padres responden de forma directa por los daños de sus hijos en la jurisdicción civil pero que, si el daño fue

³⁹⁷ Sobre el tema, pueden consultarse los trabajos citados en la introducción al Capítulo segundo.

³⁹⁸ De igual modo, y desde que el artículo 239 Cc. establece que la Administración pública asume la tutela de los menores desamparados (cfr. artículo 164 del *Codi de Família de Catalunya*), quienes ejerzan funciones de tutela estarán sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por culpa, en función de su naturaleza pública o privada.

calificado como delito o falta por un juez o tribunal penal, responderán de forma solidaria con el menor.

Razones de espacio y la necesidad de no dispersar el objeto de estudio nos impiden tratar todas cuestiones relacionadas con la responsabilidad por hecho ajeno en el derecho español de daños. Aunque la complejidad del tema lo merece. Procuraremos centrarnos aquí en criticar los argumentos que han llevado a algunos a ver en la responsabilidad por hecho ajeno un supuesto de solidaridad legal.

La confusión jurisprudencial es notable. Así, por ejemplo, la STS, 1ª, 13.2.2001 (RJ. 852), en un caso en el que un peatón falleció al caerle encima una rama de los árboles que podaban los empleados del demandado, afirma que “La responsabilidad del gerente de la serrería es directa y personal y no subsidiaria de los operarios que actuaban bajo sus órdenes”. Sin embargo, les condena a todos como responsables solidarios.

El criterio de la dependencia (fundada en el derecho de familia, del derecho laboral o del derecho de contratos, públicos o privados) permite ordenar un poco la regulación y sistematizar los grupos de casos. Distinguiremos, así, los supuestos legales según las funciones asociadas a cada uno de los responsables. Conforme a este criterio, trataremos de las situaciones de dependencia familiar para referirnos a la responsabilidad de padres y tutores por los daños causados por, respectivamente, sus hijos y tutelados, y de relaciones de dependencia empresarial, en relación con la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes, del titular del centro docente de enseñanza no superior (empresario también, al fin y al cabo) por los daños causados por sus alumnos y de la Administración pública por daños causados por sus funcionarios durante la prestación de un servicio público³⁹⁹.

2.1. La dependencia familiar

En las situaciones de dependencia familiar quien, a juicio del ordenamiento, debería asumir las funciones de educación y control del menor de edad o del mayor incapaz responde de los daños causados por las personas a su cargo. Así, los padres que ejerzan la guarda del menor y los tutores (y, por extensión, otras figuras jurídicas que complementen la capacidad de obrar)⁴⁰⁰ responden de los daños causados por,

³⁹⁹ Seguimos aquí el criterio seguido en Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, Antoni RUBÍ PUIG y José PIÑEIRO SALGUERO, “Respondeat Superior (I)”, *InDret* 02/2002.

⁴⁰⁰ Véanse las presentaciones del tema de Esther GÓMEZ CALLE, *la responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992 y Juan Manuel ABRIL CAMPOY, “La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, págs. 11 a 54.

respectivamente, sus hijos y por los menores o incapacitados que tengan encomendados y habiten en su compañía.

En estos supuestos, la responsabilidad es claramente directa. El ordenamiento presume la situación de inferioridad en que se encuentran los sometidos a la patria potestad o a tutela y hace responder en su lugar a sus padres o tutores. La regla es sabia, pues a ninguna víctima se le ocurriría demandar al menor o incapaz causante de daños y dejar de hacer lo propio con sus responsables legales. El ordenamiento permite demandar directamente a los encargados del menor o incapaz para evitar complicaciones procesales y para asegurar que será condenado quien puede hacer frente a la indemnización.

La solidaridad no está establecida por la ley; no existe acción de regreso alguna a favor del padre o tutor contra el sometido a patria potestad o incapaz (y una acción de este tipo plantearía problemas en nuestro ordenamiento) y, además, se permite la exoneración del padre o tutor que pruebe que actuó con la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño (1903 *in fine* Cc.)

La Sala Primera del Tribunal Supremo sólo ha admitido en contadas ocasiones la prueba de exoneración de la culpa de padres o tutores. La responsabilidad de ambos es, en la práctica, objetiva, por la mera causación de daños. De todos modos, los estrechos límites en que el Tribunal Supremo está dispuesto a aceptar la exoneración de los padres y tutores subrayan la concepción de su responsabilidad como una responsabilidad por hecho propio y no como una responsabilidad solidaria con el menor o incapaz por el que responden.

La responsabilidad de padres y tutores es, por tanto, una responsabilidad propia, impuesta por ley, asociada al desempeño de las funciones propias de quien se encarga de la educación y sostenimiento de un menor o incapaz y, por tanto, exigible directamente por la víctima del daño.⁴⁰¹

La extensión de la regla de la solidaridad en materia de responsabilidad de padres y tutores ha venido de la mano del legislador penal. En efecto, el artículo 61.3 LORPM contiene una sorprendente regla según la cual responden solidariamente de los daños el menor que cometió el delio o falta y los *padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden*. Que la solución no es acertada lo demuestra el volumen de problemas que genera su aplicación⁴⁰².

⁴⁰¹ En contra, Esther GÓMEZ CALLE, "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, cit., págs. 424 y 425.

⁴⁰² La cantidad de trabajos doctrinales dedicados a la solidaridad de los responsables civiles de los delitos o faltas cometidos por un menor de edad. Así, entre los más recientes, vale la pena destacar Salvador DURANY I PICH, "Responsabilidad civil y derecho penal de menores", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, Civitas, 2004, págs. 1749 a 1764, y allí las citas de todos los trabajos publicados hasta la fecha.

La regla se aparta del precedente del artículo 1903 Cc. y hace responder al menor de edad de forma solidaria con quien ejerza las funciones de protección. La peculiaridad legal deja sin resolver, en primer lugar, qué tipo de responsabilidad, directa o solidaria, se aplicará al menor y a quienes con él deben responder si la víctima se reserva las acciones civiles para ejercerlas, una vez finalizado el proceso contra el menor de edad delincuente, ante un juez de esa jurisdicción⁴⁰³.

Aún cuando el artículo se aplique en el proceso penal que decida la responsabilidad penal del menor, quedan sin resolver algunas cuestiones que afectan al funcionamiento de la solidaridad entre los responsables de la indemnización derivada del delito o falta.

La primera cuestión es la relativa al *por este orden* que emplea la Ley para, una vez declarada la responsabilidad del menor sumarle la de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho. Parece que si la responsabilidad de todos los citados por la Ley es solidaria, es decir, que todos responden indistintamente, carece de sentido establecer un orden. De todos modos, como es legalmente imposible que sobre un mismo menor varias personas ejerzan simultáneamente la patria potestad, la tutela, el acogimiento y la guarda, podría pensarse que ese orden, primero el menor y después el resto de corresponsables solidarios, se refiere a la relación interna que nacerá entre ellos una vez satisfecha la indemnización a la víctima. Como parece extraño pensar que la Ley haya querido establecer reglas al respecto (en el mismo artículo en que regula la relación externa), la interpretación del orden legal como una regla que disciplina la acción de regreso debe abandonarse.

La única posibilidad que parece viable es admitir que la Ley prevé que sobre un menor que comete un delito o falta concurren la patria potestad, de la que todavía no se ha privado a los padres de tan poco ejemplar criatura, o la tutela y alguna de las figuras de acogimiento y guarda previstas por la Ley. Aunque si la responsabilidad es solidaria, sigue sin entenderse la necesidad de establecer orden entre corresponsables a los que la víctima puede dirigirse indistintamente.

La segunda se refiere a la posibilidad de moderación de la responsabilidad de padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho que prevé la última frase del artículo 61.3 LORPM: *Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*. Si el mismo artículo acaba de declarar la responsabilidad solidaria de todos no

⁴⁰³ Sobre los problemas que plantea la reserva de acciones civiles en el proceso penal, véase Pablo SALVADOR CODERCH y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, "Problemas actuales del derecho español de daños", *Europa e Diritto Privato*, cit., y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, "Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil", *InDret* 02/2001; y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE y Francesc MUNTANER BATLE, "¿Quién da más? Un estudio comparativo de las indemnizaciones por daños personales en las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo (1996-2003)", *InDret* 04/2004.

se comprenden los motivos que permiten moderar la responsabilidad de sólo algunos de los obligados solidarios.⁴⁰⁴

En relación con lo anterior y como otra manifestación del difícil encaje de la solidaridad en la responsabilidad prevista en la Ley, no se justifica que la responsabilidad del menor sea por culpa, como toda responsabilidad penal, y que, sin embargo sus corresponsables solidarios estén sometidos a un estándar de responsabilidad mucho más exigente pues, con independencia de su grado diligencia, sólo se prevé la moderación de su responsabilidad y, en ningún caso, la exoneración. Como prevé, al menos en teoría, el último párrafo del artículo 1903 Cc.

El intérprete ha de tener en cuenta, además, que la solución a estas cuestiones sólo será válida para la responsabilidad penal de los menores entre 14 y 18 años de edad⁴⁰⁵. Lo que aumenta el desconcierto generado por una regla de solidaridad que no atiende a la gravedad de los daños sufridos por la víctima sino a la edad de su causante.

En fin, no se entiende por qué la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor se ha preocupado por establecer una regla de responsabilidad solidaria tan curiosa entre menor y quienes con él responden y no ha previsto una solución para los casos en que el delito o falta haya sido cometido por varios menores de edad. En esos supuestos, y como prevé con carácter general la Disposición final primera de la Ley, habrá que acudir al Código penal que, en materia de autoría múltiple prevé, como se ha visto, una regla que combina la responsabilidad solidaria y la subsidiaria entre autores y cómplices, pero en ningún caso la solidaridad de los causantes con la de quienes por ellos deben responder ante la víctima. Tampoco parece razonable que la responsabilidad de quienes han de velar por el menor admita ser moderada en función el grado de diligencia cuando, es supuestos análogos, el artículo 120 CP no prevé exoneración alguna.

2.2. La dependencia profesional

⁴⁰⁴ Juan Manuel ABRIL CAMPOY, "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", cit., pág. 18: "(...) llama cuando menos la atención que la responsabilidad solidaria pueda ser moderada (¿quizá fijando cuotas de responsabilidad distintas?), puesto que, en ese caso, si es posible delimitar la diferente intervención no se está ante un supuesto de responsabilidad solidaria (...)"

⁴⁰⁵ Así lo prevé el artículo 1.1 de la Ley: *Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. Aunque el artículo 4 prevé que (...) la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto. Deberán cumplirse, además, los requisitos que establece a continuación el artículo 4 de la Ley Orgánica.*

Las responsabilidades del empresario, del titular del centro docente de enseñanza no superior y de la Administración pública por daños causados por sus empleados, sus alumnos y sus funcionarios, respectivamente, plantean más litigiosidad que la responsabilidad de padres y tutores. La responsabilidad derivada de la dependencia empresarial cuenta, por tanto, con un desarrollo jurisprudencial y doctrinal mayor que atiende a la creciente complejidad de las relaciones existentes entre quien delega una función y quien debe ejecutarla.

Las razones por las que un empresario (en el sentido más amplio del término) debe hacerse cargo de las consecuencias del actuar de sus dependientes (también en el sentido más amplio) no son claras⁴⁰⁶. Para algunos la justificación de la regla está en la mayor solvencia del empresario. Para otros, el empresario, que se beneficia de la actividad de sus dependientes, debe correr con los riesgos de la actividad de que es titular y, por tanto, cargar con la responsabilidad por los daños causados a las víctimas. En ocasiones se entiende, por último, que los riesgos característicos de la organización que lidera el empresario deben formar parte de sus costes⁴⁰⁷.

Un conocido tratado inglés resume así los criterios que han llevado tradicionalmente a justificar la regla de la *Vicarious liability*: “There has been some discussion about the nature of the doctrine of vicarious liability, as well as of the reason for it. The orthodox view assumes that the master is vicariously liable for the servant only when the servant himself would be liable. (...) But four exceptional cases have caused difficulties, and given rise to an unorthodox theory: (1) The employer may be liable even if the conduct of no single employee is tortious if the conduct of a number of the employees can be regarded as a composite tort. (2) Sometimes the servant is not committed a tort but the master is still responsible. (3) If the tort in question is solely the breach of a duty imposed directly upon the servant himself either by common law or statute the master is not vicariously liable for it: he will be liable, it is said, only if he has committed a breach of some duty laid upon him personally, or has intervened in the matter with express orders to the servant. (4) Sometimes an injured person will be in the position of being able to allege that the defendant is liable to him on two

⁴⁰⁶ Parece que lo único que la prudencia permite afirmar en la materia que nos ocupa es que “The theoretical basis of the rule that the master is liable for the torts of his servants committed in the course of their employment for long caused controversy”, W. V. H. ROGERS, *Winfield&Jolowicz on Tort*, cit., pág. 620.

⁴⁰⁷ W. PAGE KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., págs. 504 y ss., y Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., págs. 908 y ss., resumen los criterios utilizados por las jurisdicciones del *Common Law*. Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, véase Javier BARCELÓ DOMÉNECH, *La responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw Hill, Madrid, 1995, y Pedro ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

distinct grounds: first as vicariously responsible for the tort of his servant; secondly, as personally responsible for a breach of some obligation laid directly on him.”⁴⁰⁸

En nuestro país se ha impuesto de forma mayoritaria en la jurisprudencia civil la concepción de la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes como un supuesto de responsabilidad solidaria.

La conclusión es coherente con la visión tradicional de la solidaridad como un mecanismo de refuerzo del crédito. Parece sensato suponer que el empresario será más solvente que sus empleados por lo que se permite a la víctima que le exija a él, que no ha participado en la causación del perjuicio, el pago íntegro de la indemnización.⁴⁰⁹ El mecanismo que permite imputar la responsabilidad del empleado a su empresario es la solidaridad y la excusa para anclar al empresario al daño causado por su dependiente es la tradicional *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando* que la jurisprudencia civil imputa al titular de la organización.⁴¹⁰

A la misma conclusión han llegado buena parte de los ordenamientos vecinos, señaladamente el alemán, para los que la responsabilidad por hechos del dependiente es un supuesto de responsabilidad solidaria.

Así, el §840.2 BGB impone la solución de la solidaridad a los supuestos de *Verrichtungsgehilfe* del §831:

Ist neben demjenigen, welcher nach den §§831, 832 zum Ersatz des von einem anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der andere allein, im Falle des §829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet.

⁴⁰⁸ R. F. V. HEUSTON y R. A. BUCKLEY, *Saldmond&Heuston on the Law of Torts*, 20th edition, Sweet&Maxwell, London, 1992, págs. 445 y ss.

⁴⁰⁹ K. M. STANTON, *The Modern Law of Torts*, Sweet&Maxwell, London, 1994, pág. 129: “Various justifications, which reflect the debate on the purposes of tort, may be made for the imposition of vicarious liability. The most important is the financial one. The rule, and the ways in which it has been developed, is an embodiment of the compensatory and loss distribution aims of tort. Liability insures or distributes the risk. It is to the plaintiff’s advantage to be given an additional defendant to sue, particularly if that defendant is likely to be able to meet any award of damages which is made.

⁴¹⁰ La responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes es uno de los ejemplos usados por la doctrina favorable a la admisión de las obligaciones *in solidum* para justificar la necesidad de la categoría. Así, Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, cit., págs. 303 y ss.; y, el mismo, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966, págs. 527 a 554, con cita de jurisprudencia que impone la solidaridad en casos de responsabilidad por hecho ajeno.

La solidaridad es también el régimen que el *Common law* asocia a las situaciones de *Vicarious liability* y de *Agency*⁴¹¹, asimilables al supuesto de hecho del artículo 1903 Cc.

De todos modos, también es cierto que en esos países son cada vez más las voces que sugieren replantear la cuestión y ponen en duda la bondad de la regla que solidariza al empresario con los daños causados por sus dependientes.⁴¹² Las jurisdicciones del *Common law* asocian a la responsabilidad por hecho ajeno a posibilidad de que el empresario pueda ejercer contra su empleado la *Contribution* o la *Indemnity*⁴¹³. En el primer caso, la indemnización por el daño causado se reparte entre los obligados solidarios en función de las respectivas contribuciones al daño. En el segundo, uno de los obligados se hace cargo de toda la indemnización. No faltan voces que sugieren que el carácter solidario de la responsabilidad de empresario y empleado es débil y, por ello, sugieren someter esos casos a una regla de *Indemnity*.⁴¹⁴

La solución al problema no es fácil y excede con mucho de los límites del trabajo. La complejidad deriva, en gran medida de la diversidad de situaciones que pueden dar lugar a la responsabilidad por hecho ajeno. Así, una regla inicialmente prevista para una sociedad agrícola que apenas iniciaba su proceso de industrialización ha tenido que responder al crecimiento y ocaso del sector primario y a la generalización de la economía de servicios. En la actualidad, la regla conforme a la cual el empresario responde de los daños causados por sus empleados ha de dar respuesta a supuestos en que ni el responsable es un empresario ni el causante de daños un empleado⁴¹⁵.

⁴¹¹ G. H. FRIDMAN, *The Law of Agency*, 7th edition, Butterworths, London, 1996, pág. 11: "Agency is the relationship that exists between two persons when one, called the agent, is considered in law to represent the other, called, the principal, in such a way as to be able to affect the principal's legal position in respect of strangers to the relationship by the making of contracts or the disposition of property."

⁴¹² Para la discusión en derecho alemán y las propuestas de reforma, Harmut WICKE, *Respondeat Superior. Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, Duncker&Humblot, Berlin, 2000.

⁴¹³ W. V. H. ROGERS, *Winfield&Jolowicz on Tort*, cit., pág. 611: "Vicarious liability being a form of joint liability, the provisions of the Civil Liability (Contribution) Act 1978 may enable the master to recover from his servant some or all of the damages he has had to pay on account of the servant's tort. Additionally, however, the master can in some cases recover damages from his servant at common law, and so, in effect recoup himself for the damages he has had to pay."

⁴¹⁴ William L. LANDES y Richard A. POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", cit., págs. 529 y ss.

⁴¹⁵ "La regla de la responsabilidad vicaria, asociada históricamente en el *Common Law* y en el *Civil Law*, con las relaciones entre amo y criado y con las de dependencia familiar, aborda en la actualidad los problemas derivados del funcionamiento y gestión de organizaciones mucho más complejas que la casa y la familia en una economía caracterizada por el desarrollo progresivo de la división del trabajo.", Pablo SALVADOR CODERCH, et alii, "Respondeat Superior (I)", *InDret* 02/2002, pág. 5.

El artículo 1903 Cc. es insuficiente para dar respuesta a los daños causados en muchas de las situaciones en que articulan la división del trabajo y la descentralización productiva en una economía de servicios. La relación de dependencia, que el artículo erige en criterio de imputación, no está siempre presente, o lo está de modo muy difuso o se refiere sólo a cuestiones formales o presupuestarias, muy alejadas de las técnicas empleadas para la ejecución del encargo.

Además, cuando la relación de dependencia es más evidente la regla del artículo 1903 Cc. entra en conflicto con el derecho de contratos o con el derecho laboral.⁴¹⁶

Por otro lado, si, en primer lugar, todos los potenciales causantes de daños, los dependientes o empleados en este caso, dispusieran de solvencia suficiente para hacer frente a las responsabilidades derivadas de sus propios actos y, en segundo lugar, la víctima del accidente no tuviera problemas para identificar al causante del daño, es decir, no fuera más fácil identificar al empleador que al empleado, una regla de responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes carecería de sentido.

En efecto, en los supuestos de máxima solvencia y ausencia de costes de identificación, no parece que haya motivos suficientes para que el ordenamiento impute a otro los daños que su causante puede y debe asumir⁴¹⁷. Pero como esos supuestos son irreales, es necesario un mecanismo que ayude a suplir la presunta insolvencia del causante material del perjuicio que actúa por cuenta ajena y que ahorre costes de identificación a la víctima. Los elementos del problema son, por tanto, la garantía de la víctima, la relación de dependencia y los problemas de identificación del responsable. La solidaridad es, sin duda, una solución posible; aunque no la única.

Imponer responsabilidad solidaria a dependiente y a empresario supone asumir que el empresario es también culpable del daño que sufre la víctima. La doctrina, a partir de la doctrina de la *culpa in eligendo* o de la *culpa in vigilando* ha subrayado el

⁴¹⁶ Véanse los trabajos de José María MIQUEL GONZÁLEZ, "Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 1501 a 1514; y de Isabel SIERRA PÉREZ, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Montecorvo, Madrid, 1997.

⁴¹⁷ Alan O SYKES, "The Economics of Vicarious Liability", 93 *Yale Law Journal* 1231 (1984) y, del mismo autor, "Vicarious Liability", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, cit., págs. 673 a 677. Para quien la regla de la responsabilidad vicaria es la mejor solución para reducir los costes de transacción entre empresario y dependiente. Véase también, Fernando Gómez Pomar, "Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1ª, 19.6.2003", *InDret* 01/2004.

fundamento de la responsabilidad en hechos propios del empresario⁴¹⁸. El titular de la organización responde por el incumplimiento de deberes de supervisión o control y su responsabilidad se fundamenta en el negligente o doloso desarrollo de los deberes anejos a su condición de empresario (en sentido amplio).

Por tanto, en aquellos supuestos en que no existan deberes de supervisión o control no puede acudir al artículo 1903 Cc., pues no existirá una auténtica relación de dependencia. El ejemplo más habitual es el del contratista o agente independientes⁴¹⁹. Así, el artículo 6:102 de los *Principles of European Tort Law* establece un acertado criterio de división:

(1) *A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct.*

(2) *An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article.*

El razonamiento, que aceptamos como verdadero, plantea entonces dudas acerca del fundamento de la responsabilidad del empleado pues, si toda la culpa del daño es del empresario, lo que no se entiende entonces es por qué motivo el empleado ha de responder de forma solidaria con él cuando, además, el artículo 1903 Cc. no responsabiliza en ningún momento a los dependientes.

Parece que el criterio relevante será entonces la existencia de una efectiva relación de dependencia entre el causante del daño y el empresario que permita afirmar que los daños causados por uno pueden ser imputados al otro en virtud de los deberes de supervisión y control que se complementan con los de dejarse supervisar y dejarse controlar. En definitiva, que nos hallamos ante una organización, más o menos compleja, que actúa en el tráfico con criterios de unidad organizativa.

Puede ser, de todos modos, que no todos los daños causados por la actividad de la organización se deban a defectos organizativos imputables al empresario. Por ese motivo el artículo 1903 *in fine* CC., permite que cese la responsabilidad del titular de la organización si prueba que empleó *toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*. Aunque extraña el uso de ese estándar de responsabilidad para una actividad empresarial está claro que en la mente del legislador estaba la posibilidad

⁴¹⁸ Así, Glanville WILLIAMS, "Vicarious Liability: Tort of the Master or Tort of the Servant?", 72 *The Law Quarterly Review* 523 (1956). Hein KÖTZ y Konrad ZWEIGERT, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., pág. 633: „Im deutschen Rechtskreis hängt die Haftung des Geschäftsherrn für den durch seinen Leute angerichteten Schaden überall davon ab, dass den Geschäftsherrn eine eigenes Verschulden an der Herbeiführung des Schadens trifft.“

⁴¹⁹ "It has been argued that agents are a distinct class of those persons who act for others, and that servants and independent contractors, while also persons who act for others must be considered as subject to different rules of law, in so far as the relationships of master and servant and employer and independent contractor have different effects in law from the agency relationship", G. H. L. FRIDMAN, *The Law of Agency*, cit., pág. 303. En un sentido similar, Oliver Wendell HOLMES, "Agency", 8 *Harvard Law Review* 345 (1891).

de que el daño se debiese sólo a la actuación negligente o dolosa del empleado. Aunque, a favor de la víctima, se invierta la carga de la prueba.

Si el empresario es capaz de probar su diligencia, hay que entender que el empleado responde a título persona conforme al artículo 1902 Cc. Cuando el empresario no sea capaz de probar que su comportamiento fue irreprochable –algo que en el desarrollo de una actividad organizada será casi imposible– su responsabilidad es directa conforme a lo dispuesto en el artículo 1903 Cc.

Pues bien, en ese caso, no hay motivos para modificar la regla de la responsabilidad directa y tornarla en solidaria. La víctima puede dirigirse a él directamente y reclamarle el importe íntegro debido por los daños que sufra. El empresario, una vez satisfecha la víctima puede, como reconoce el artículo 1904 Cc. reclamar de su empleado las cantidades pagadas como indemnización por el daño causado:

El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.

Cuando se trate de Centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño.

La regla es sabia. Asegura un patrimonio solvente que responda de la indemnización ante la víctima y permite al empresario no culpable, pero que no ha sido capaz de probar su inocencia, repetir del empleado poco dócil que desobedeció las normas de organización y causó el daño.⁴²⁰ Parece claro que en los supuestos en que concurra una efectiva culpa del empresario, el empleado podrá oponerse a la acción de repetición o ajustarla a la medida de las culpas respectivas.

El seguro, los mecanismos contractuales y la consideración habitual de la responsabilidad de empresario y empleado como solidaria han relegado la acción de regreso del artículo 1904 Cc. Existen, con todo, algunos casos en que se ejercita. Así, la STS, 1ª, 26.10.2002 (RJ. 9183), resolvió la demanda de una empresa constructora contra dos de sus empleados que habían sido condenados solidariamente en la vía penal como autores de un delito de imprudencia. La sentencia penal no declaró ninguna distribución de responsabilidades en la relación interna. Fueron declarados insolventes y la empresa se hizo cargo subsidiariamente de las indemnizaciones. Satisfecha la indemnización a la víctima (60.000 euros), la empresa insta un proceso civil de repetición contra sus empleados. La Sala Primera condenó a los empleados a pagar por partes iguales la indemnización que satisfizo por ellos la empresa.

⁴²⁰ Pablo SALVADOR CODERCH, et alii, “Respondeat Superior, (I)”, *InDret* 02/2002, pág. 5: “La responsabilidad vicaria y exclusiva de una organización compleja –con posibilidad de accionar en regreso contra el causante directo del daño– constituye probablemente el mejor sistema para dar respuesta a los retos de la responsabilidad individual. Sin embargo, el sistema legal español no ha llegado a esta solución de manera uniforme.”

Llama la atención, con todo, que la acción de regreso responda a criterios diferentes cuando el titular que la ejercita es el director de un centro docente de enseñanza no superior o la Administración titular del servicio público en cuya prestación se causaron los daños, como dispone, tras la reforma de 1999, el artículo 145.2 LRJPAC:

La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

De nuevo la falta de unidad –dos regímenes jurídicos para situaciones similares- y de uniformidad –la acción de regreso se reconoce en todo caso, pero no en la misma medida-. Así, aunque se reconoce a todos los titulares de una organización el regreso contra sus dependientes causantes de daños, para las organizaciones privadas el ejercicio de la acción es potestativo pero para la Administración es obligatorio⁴²¹. El reconocimiento tampoco es uniforme entre los operadores privados. Los empresarios privados podrán hacerlo en todo caso, pero los titulares de centros docentes de enseñanza no superior y las Administraciones públicas sólo cuando concurran dolo o culpa grave del maestro o funcionario.

Puede pensarse que la distinción de trato entre organizaciones públicas y privadas viene motivada por los rígidos esquemas del derecho de la función pública, que, a diferencia de lo que sucede con el derecho laboral o mercantil, dificulta el control y la correcta distribución de incentivos del gestor público frente al empresario privado. Así, y siguiendo el razonamiento, la vía potestativa que el ordenamiento ofrece al empresario privado se justificaría por las posibilidades que los derechos laboral o mercantil reconocen al contrato que une a empresario y dependiente. Desde ese punto de vista, estaría, incluso, justificada la limitación de la acción de regreso a los supuestos de dolo y culpa grave que las leyes prevén para funcionarios y maestros: ambos responden de igual forma en un país en que la mayoría de profesionales de la educación son funcionarios.

Se trata de explicaciones parciales. En primer lugar, porque no parece que haya de ser la responsabilidad civil la válvula de escape de las deficiencias del derecho de la función pública, del laboral o del aplicable a los arrendamientos de servicios. En segundo lugar, la regla que protege a funcionarios y maestros de la responsabilidad

⁴²¹ El ejercicio de la acción de regreso de la Administración responsable contra el funcionario causante de daños era potestativo hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que introdujo la obligatoriedad de la acción. De todos modos, el aseguramiento generalizado de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de nuestro país ha convertido la previsión legal en una mera cláusula de estilo.

por culpa simple, olvida que quien responde es el titular de la Administración o del centro docente que no tendrá manera humana de incentivar a sus dependientes para evitar la causa más común de daños: el descuido.

En resumen, los supuestos que regula el artículo 1903 Cc. no son verdaderas excepciones al principio general de responsabilidad por los daños debidos a las propias acciones u omisiones y que, por ese motivo, carece de justificación la imposición indiscriminada de responsabilidad solidaria en los supuestos en que se demanda conjuntamente al causante material del perjuicio y a quien debe responder por él. El único responsable es el así declarado por la Ley a quien la víctima puede exigir directamente la indemnización debida por el daño.

3. Otros supuestos de responsabilidad directa

El derecho español de daños dispone de otros ejemplos de responsabilidad directa. Supuestos en que, causado el daño es imposible determinar quién fue el causante o en los que el daño es consecuencia de la actuación de varias personas, el ordenamiento jurídico pone a cargo de una sola –en quien se suponen mayor responsabilidad, funciones de control o deberes de supervisión– la obligación de indemnizar.

Así sucede en el supuesto previsto en el artículo 1910 Cc.

El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma.

El texto del artículo prevé que el responsable lo sea por las acciones de otras personas. *Las cosas que se arrojen* exigen que alguno de los habitantes del inmueble las haya lanzado (sinónimos de arrojar) al vacío.

El artículo no prevé causa de exoneración alguna del causante que no podrá librarse de su responsabilidad ante la víctima por mucha y costosa que haya sido su diligencia. En este caso, la responsabilidad directa es además, objetiva.⁴²²

La regla de la responsabilidad solidaria del cabeza de familia por los daños que causen las cosas arrojadas o caídas del inmueble procede del derecho romano. La solidaridad fue la regla en nuestro derecho histórico y así se proponía en el artículo

⁴²² Para Manuel ALBALADEJO GARCÍA, “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004, págs. 4761 a 4782, la responsabilidad no es objetiva sino presunta, pues el cabeza de familia responde “si no se prueba que la causa del daño fue otra o que ésta procedió de caso fortuito o fuerza mayor o, en definitiva, es ajeno por completo al imputado.”, pág. 4773.

1904 del Proyecto de Código civil de 1851. Sin embargo, el texto definitivo del vigente artículo 1910 Cc. adoptó una regla de responsabilidad directa.⁴²³

La regla de responsabilidad directa del artículo 1910 Cc. sirvió de fundamento legal a uno de los casos más célebres de nuestro derecho de daños. Se trata del caso resuelto por la STS, 4ª, 12.3.1975, que confirmó la decisión de la Audiencia provincial (entonces territorial) de Granada que condenaba a la Diputación de aquella provincia a indemnizar los daños producidos a una pareja de novios sobre la que cayó un demente que, en un intento de suicidio, se arrojó desde la ventana de su habitación en el Hospital Provincial San Juan de Dios de Granada. El enfermo cayó encima de la pareja que paseaba por la calle. Mató al novio y causó graves lesiones a la novia. El Supremo desestimó el recurso de casación de la Diputación provincial. La recurrente era la propietaria del centro sanitario y debía responder de los daños causados. Aunque hay que suponer que hoy el caso se hubiera resuelto por otra jurisdicción y con base en otros fundamentos legales, se trata, sin duda, de la decisión más célebre que aplica el artículo 1910 Cc.

En un ámbito concreto de actividad, el de la circulación de vehículos a motor, el artículo 1.1 *in fine* LRCS ha incorporado, con motivo de su reciente promulgación como texto refundido, la siguiente regla:

El propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1903 del Código civil y 120.5 del Código penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Otro supuesto en el que el legislador, pudiendo hacerlo, no declara la responsabilidad solidaria entre conductor y propietario, sino la responsabilidad directa del segundo por los daños causados por el primero.

II. La responsabilidad subsidiaria

Las únicas normas del derecho español de daños que prevén la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la indemnización debida por el causante material del daño están en la regulación que contiene el Código penal sobre la responsabilidad civil derivada de delito.

⁴²³ Para un análisis histórico del precepto, véase, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, "La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil", op. cit.

El Código civil no dispone de una regulación general de la responsabilidad subsidiaria. Existen, sin embargo, ejemplos en que la prevé, como, de forma señalada, en los artículos 1822 Cc. y ss., cuando regula la fianza. La ausencia de regulación civil general y la presencia de la subsidiariedad en el Código penal pueden justificar la escasa frecuencia con la que nuestros jueces y tribunales acuden a la solución de la subsidiariedad.

La subsidiariedad implica que el declarado responsable subsidiario responde ante la víctima en defecto del causante material del perjuicio. La condena se circunscribe, pues, al ámbito pecuniario. No es necesario probar descuido alguno imputable al responsable subsidiario. Tan sólo que entre el causante del daño y el responsable subsidiario existe una relación que permite poner a cargo del segundo toda o parte de la indemnización del daño causado por el primero. Mediante el mecanismo de la subsidiariedad se cubre la insolvencia del causante y se aumentan las posibilidades de la víctima de cobrar la indemnización. Se amplía el círculo de responsables sin necesidad de modificar el principio de responsabilidad individual.

El responsable subsidiario dispone del denominado beneficio de excusión o garantía de que su propio patrimonio sólo se verá afectado en caso de insolvencia del responsable principal. La necesidad de acudir en primer lugar a los bienes del causante del perjuicio puede paliar muchos de los incentivos perversos asociados al mecanismo de la solidaridad. La subsidiariedad asegura que el responsable se verá, por lo menos, compelido al pago y que habrá de demostrar la insuficiencia de su patrimonio. Por otro lado, conviene entender el beneficio de excusión en sus justos términos. No se trata de una carga para la víctima, que debe perseguir los bienes del responsable principal y, constatada su insuficiencia, acudir al patrimonio del responsable subsidiario. El beneficio de excusión es una carga del responsable subsidiario que, por la cuenta que le trae, procurará agotar las posibilidades del patrimonio del causante material del daño.

Una vez satisfecha la víctima, la propia lógica de la responsabilidad subsidiaria supone la inexistencia de una acción de regreso o de reembolso contra el causante insolvente. Por lo que se ahorran al sistema los problemas derivados de la distribución de responsabilidad entre codeudores solidarios.

La subsidiariedad puede ser, por tanto, un buen sustituto a la solidaridad entre los responsables del daño cuando esa solidaridad se justifica únicamente en la garantía del crédito de la víctima.

Puede objetarse que una responsabilidad de este tipo precisa de un soporte legal. A continuación se analizarán los supuestos en que la Ley prevé la responsabilidad subsidiaria entre causante material del daño y otras personas que asumen su eventual insolvencia. Se trata de supuestos similares a otros en que la ley ha optado por la solidaridad. De todos modos, en un país en el que la jurisprudencia civil ha generado una doctrina sobre la solidaridad manifiestamente contraria a la letra de la Ley, no

parece que haya inconveniente en que esa misma jurisprudencia opte por la subsidiariedad. En la mayoría de los casos, en concreto, en todos los que se pretende evitar los efectos de la insolvencia del responsable, la subsidiariedad parece una solución más acertada.

El derecho español de daños prevé la responsabilidad subsidiaria en defecto de los civilmente responsables por la comisión de un delito o falta. Así lo hace en el artículo 120 CP:

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código.

3º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

Hay que entender que el encabezado del artículo impone la responsabilidad subsidiaria de las personas y entidades que cita y que responden en defecto de los responsables criminales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 CP son los primeros responsables civiles de los daños derivados de los delitos o faltas que cometan.

De nuevo, el derecho español de daños vuelve a unificar, con el criterio de la dependencia, realidades muy dispares: los padres de delincuentes mayores de edad, propietarios de medios de comunicación y de establecimientos en que se cometan delitos o faltas, el empresario por los delitos o faltas de sus empleados y los propietarios de vehículos.⁴²⁴ La regla es complementaria de las del artículo 1903 Cc.,

⁴²⁴ “En este artículo encontramos una serie de supuestos bien conocidos caracterizados todos ellos, del mismo modo que encontramos en el artículo 1903 Cc., por la relación de dependencia existente entre

pero sólo en parte, pues hay algunas diferencias de nota.⁴²⁵ La primera es que el artículo 120 CP asocia la responsabilidad, en este caso subsidiaria, a situaciones de dominio o titularidad, además de hacerlo con las situaciones de dependencia familiar o profesional. Los titulares de medios de comunicación y los de establecimientos cuyos dependientes infrinjan reglas de policía responden de forma subsidiaria. La dependencia y la titularidad son fuentes de deberes de prevención cuyo incumplimiento no ha de desembocar siempre en la responsabilidad solidaria.

La segunda diferencia, quizá más destacable que la anterior, entre el artículo 120 CP y el artículo 1903 Cc. es la ausencia de cláusula alguna que permita la exoneración por diligencia. La responsabilidad subsidiaria del artículo 120 CP es, por tanto, objetiva. La única justificación de la diferencia es que el legislador ha querido someter a un régimen más estricto al delincuente. Habrá de responder con todos sus bienes. A la vez, y como el legislador no ha querido que la víctima asuma el riesgo de la insolvencia del causante material de los daños, se prevé la responsabilidad subsidiaria de patrimonios presumiblemente más solventes que el del delincuente.

La segunda regla de responsabilidad subsidiaria es la del artículo 121 CP, que prevé la responsabilidad subsidiaria de la Administración pública cuando los daños que causó uno de sus funcionarios motiven una condena penal:

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Al poco tiempo de la entrada en vigor de la norma, la Sala Segunda del Tribunal Supremo hubo de corregir su tenor literal. La Administración pública también es subsidiariamente responsable de las faltas cometidas por los funcionarios públicos a su servicio, aunque el artículo 121 CP se refiere solo a los *delitos dolosos o culposos*.

quien puede ser declarado responsable civil subsidiario y el causante material del daño o quien puede haber facilitado la realización (artículo 120.3 CP).”, Marc Roger LLOVERAS I FERRER, “Responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un arma en el marco del artículo 120.3 y .5 CP”, *InDret* 01/2004, pág. 4

⁴²⁵ Para un análisis más detallado del artículo, véase Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Respondeat Superior (II)”, *InDret* 03/2002.

Así lo declaró la STS, 2ª, 11.1.1997 (RJ. 1128), por las lesiones causadas por los policías que detuvieron al demandante. La STS, 2ª, 24.10.1997 (RJ. 7290), aplicó la misma corrección a los policías que detuvieron ilegalmente y lesionaron al actor y en la que el Tribunal Supremo afirma que “el vocablo ‘delito’ ha de entenderse como sinónimo de infracción penal” (F. J. 4). La extensión de la responsabilidad subsidiaria de la Administración por las faltas cometidas por sus funcionarios permitió la condena del Estado en el caso de la Colza, STS, 2ª, 26.9.1996 (RJ. 6366).

El artículo 121 CP responsabiliza de forma más estricta al funcionario delincuente que al que causa daños que no pueden ser tipificados como delito o falta. En el primer caso, la Administración de la que depende sólo responderá de forma subsidiaria. En el segundo, lo hace de forma directa, como prevé el artículo 145 LRJPAC.

En la legislación especial tampoco abundan los ejemplos de responsabilidad subsidiaria por daños. Dos ejemplos, uno civil y otro administrativo, asocian la subsidiariedad a situaciones de dominio o titularidad.

Así, el artículo 33.1 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza:

Los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6 de esta Ley, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios del los terrenos.

La propiedad es también el fundamento de imputación de la responsabilidad en el artículo 27.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Normas Regulatorias de los Residuos (BOE, núm. 96, de 22 de abril):

La declaración de un suelo como contaminado obligará a realizar las actuaciones necesarias para proceder a su limpieza y recuperación, en la forma y plazos en que determinen las respectivas Comunidades autónomas.

Estarán obligados a realizar las operaciones de limpieza y recuperación reguladas en el párrafo anterior, previo requerimiento de las Comunidades autónomas, los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36.3.

Capítulo quinto

Solidaridad y costes de información

Supuestos en que debe imponerse la solidaridad entre los responsables de un daño

SUMARIO: I. La denominada 'compensación de culpas'. Un precedente de la responsabilidad solidaria en derecho de daños. 1. La aproximación del *Common law*. 2. La situación en la legislación y jurisprudencia españolas. 3. Accidente unilateral y accidente bilateral. II. Solidaridad y concurrencia causal. 1. Daño distinto o divisible y daño indistinto o indivisible. 2. La prohibición de regreso. III. Solidaridad y actuación conjunta. 1. La participación en una actividad común. 2. Un ejemplo normativo: la responsabilidad de los administradores sociales. IV. Solidaridad y actuación independiente. 1. Incumplimiento de deberes de prevención. 2. El veneno está en la dosis. 3. Un ejemplo normativo: la responsabilidad por daños al medio ambiente. V. El problema de la distribución de responsabilidad en la relación interna.

La solidaridad en el derecho español de daños responde a la necesidad, sentida por jueces y legisladores especiales, de ampliar el círculo de responsables. La técnica empleada para ampliar los efectos de la responsabilidad por el daño es la de reconocer a la víctima el derecho a reclamar de cada uno de los corresponsables solidarios toda la indemnización debida.

La ampliación de responsabilidad obedece a tres finalidades básicas: conceder a la víctima una mayor garantía de su crédito indemnizatorio, solventar problemas de identificación de los causantes del daño y sancionar el incumplimiento de deberes cuya observancia habría evitado o reducido el daño final.

La ampliación se justifica en los vínculos que unen a los corresponsables solidarios entre sí. Como hemos visto, en la legislación y jurisprudencia civiles españolas son motivo de condena solidaria, entre otras causas, la relación de cobertura del seguro de daños, la dependencia profesional, la titularidad de organizaciones o la concesión de permisos administrativos de la actividad.

En las páginas anteriores se han analizado los efectos que supone esa política de ampliación de la responsabilidad y se ha puesto de manifiesto que los efectos que se pretenden conseguir con la suma de responsables solidarios pueden conseguirse también (y pensamos que mejor) mediante la aplicación de las técnicas (ya previstas en los tipos legales) de la responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria: ambos tipos de responsabilidad aumentan la garantía de la víctima, pues hacen responsable a un patrimonio más solvente que el del causante directo; solucionan los problemas de identificación del causante, pues la ley ya identifica al responsable directo o subsidiario; y, en fin, incentivan conductas de control y supervisión en quien sabe que habrá de responder, directa o subsidiariamente, del daño que cause alguno de sus dependientes, colaboradores o asistentes.

La aplicación casi generalizada de la responsabilidad solidaria como solución a los casos de pluralidad de demandados ha desenfocado la función que, a nuestro entender, ha de cumplir la solidaridad en un régimen legal que, como el español, prevé un principio de responsabilidad individual: la solución a los casos en que no es posible individualizar la responsabilidad entre los causantes del daño.

Así, el artículo 3:102 de los *Principles of European Tort Law*⁴²⁶ dispone que en caso de causalidad concurrente la responsabilidad de los agentes será solidaria, pues cada uno será considerado causa del daño:

In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage.

⁴²⁶ European Group on Tort Law (www.egtl.org).

En un sentido general, se dice que alguien ha causado el daño si el evento dañoso no se hubiera producido sin su intervención. En ese sentido general, el artículo 1902 Cc. (*el que causa un daño a otro*) asocia la responsabilidad a la causalidad. El nexo causal se convierte así en uno de los requisitos de la responsabilidad y la existencia de una relación de causalidad se concibe, en un principio, como necesaria para concluir la responsabilidad del agente.

La causalidad cumple, en general, dos funciones básicas:

- Es, en primer lugar, una herramienta de predicción que permite prever resultados asociados a determinadas condiciones.
- En segundo lugar, la causalidad es una herramienta de explicación de procesos naturales. Sucedido un acontecimiento, la causalidad suministra información sobre las condiciones, generales o excepcionales, que lo hicieron posible.

Afirmar que alguien o algo es causa del daño supone asumir que pudo preverlo y que su comportamiento explica el daño sufrido por la víctima. En todo caso, la causalidad debe hacer referencia a conexiones constantes, unívocas y uniformes.⁴²⁷ La causalidad a que se refiere el artículo 1902 Cc. es la causalidad natural o lógica, el vínculo material entre dos acontecimientos que une antecedentes a consecuentes. Desde ese punto de vista natural o lógico, 'causa' es todo aquello de lo que depende el ser o el obrar de otra cosa, que se denomina 'efecto' y, por tanto, cualquier condición del resultado final debe ser tenida en cuenta.

Así, hay que entender que el concepto de causa que es propio de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual es el que aporta la denominada 'teoría de la equivalencia de las condiciones': causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las leyes de experiencia científica, de que el resultado haya sucedido.⁴²⁸ Es causa del resultado toda condición

⁴²⁷ Ted HONDERICH (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, cit., voz 'Causality': "Many theories of causation involve a principle calls the 'nomological character of causality': where there is causality, there is a causal law. However, some philosophers believe that there are species of causality independent of causal law", no todos niegan la constancia asociada a la causalidad, por ejemplo para Mario BUNGE, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, 3ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 1972, la causalidad es una de las formas de lo que denomina 'determinación científica' que implica "(...) un principio genético o principio de productividad, según el cual nada [ningún fenómeno científico] puede surgir de la nada ni convertirse en nada, y el principio de legalidad, según el cual nada sucede de forma incondicional ni completamente irregular, o sea, de modo ilegal o arbitrario.", págs. 37 y ss.

⁴²⁸ Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1981. Aunque, "The majority of courts and writers, however, do not support this theory, at least for civil law. The tend to distinguish from among the conditions of harm certain which are dignified by the name 'cause', while others are treated as 'mere

de la que ha dependido su producción, con independencia de su mayor proximidad o importancia.

La misma regla que introduce la causalidad en el juicio sobre la responsabilidad limita su eficacia⁴²⁹:

- a) La responsabilidad puede proceder de omisiones, en cuyo caso no puede hablarse propiamente de causalidad alguna pues *ex nihilo, nihil fit*. No sólo se responde, por tanto, por haber causado un daño. En ocasiones, la responsabilidad se impone por no haberlo evitado y en ausencia de nexo causal.

La frontera entre los conceptos de acción y omisión no es clara. El concepto de acción supone la causación de efectos y el de omisión la ausencia de los mismos. Una acción es una interferencia consciente y voluntaria en el normal decurso de las cosas, que sin su interferencia habrían seguido un camino distinto del que a causa de ella han seguido. Sin embargo, siempre que hacemos algo, evitamos algo. Evitamos precisamente aquello que habría ocurrido si no hubiéramos hecho lo que hemos hecho⁴³⁰. A la vez, siempre que hacemos algo evitamos muchas otras cosas que podríamos haber hecho. De todos modos, parece claro que, en principio, quien nada hace a nadie perjudica, salvo, claro está, que tuviera el deber de hacer algo. Pero en ese caso, el problema a resolver ya no es de causalidad sino de infracción de una norma.⁴³¹ En cualquier caso, la exigencia de una relación de causalidad no puede

conditions'.", Tony HONORÉ, "Causation and Remoteness of Damages", en André TUNC (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1983, pág. 9.

⁴²⁹ De hecho, en muchos casos la causalidad no será ni condición necesaria ni condición suficiente. Tony HONORÉ, "Causation in the Law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu>): "As regards the grounds of responsibility it is important to grasp that for a person to cause harm or loss to another is in law neither necessary nor a sufficient condition of being legally responsible for the harm. (...) in legal contexts people are often made responsible for harm caused by other person, animals, inanimate objects or processes. In these instances the ground of responsibility is, from the point of view of the person held responsible, not that he, she or it has caused harm but that they bear the risk that some other person, animal, thing or process may cause harm. The risk may be voluntarily assumed, as in insurance contracts, or may be imposed by law, as in the case of employer's liability for wrongs committed by employees in the course of their employment."

⁴³⁰ Jesús MOSTERÍN, *Racionalidad y acción humana*, Madrid, 2ª edición, Alianza Universidad, 1987, págs. 141 y 166. "Siempre que hacemos algo, evitamos algo (lo que hubiera ocurrido si no hubiéramos hecho nada) y omitimos algo (lo que hubiéramos podido hacer pero no hemos hecho)." Para el autor una omisión no es más que una acción posible que no llegó a realizarse.

⁴³¹ "Como es claro, en una sociedad compleja las personas persiguen sus objetivos de tal modo que continuamente hacen algo u omiten algo de forma alternativa (...) Ante esta situación se impone la sospecha de que toda la diferenciación entre acción y omisión hoy ya no sea especialmente importante", Günther JAKOBS, *Acción y omisión en derecho penal*, Cuadernos de conferencias y artículos núm. 23, Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Santa

llevarse hasta sus últimas consecuencias: podríamos impedir la responsabilidad por la omisión y lo más propio del derecho de daños –el deber general de no dañar al prójimo– es un deber de omisión.

- b) En muchos casos, el propio ordenamiento impone responsabilidades a personas que no han causado el daño pero que guardan una especial vinculación con el causante material del perjuicio. El mejor ejemplo en el derecho español de daños es el de la responsabilidad por hecho ajeno prevista en el artículo 1903 Cc., (que, además, justifica, como se ha visto, buena parte de las condenas solidarias en la jurisprudencia civil).
- c) El modelo legal exige que el proceso causal haya sido puesto en marcha por un comportamiento humano (*el que por acción u omisión*) y distingue la causa de la culpa (*interviniendo culpa o negligencia*, sigue el artículo 1902 Cc.) La causación de un daño no implica, por sí sola y en todo caso, la responsabilidad. No siempre que se ha causado un daño, se responde.⁴³²
- d) La experiencia demuestra, además, que en muchas ocasiones no es posible establecer una conexión causal entre el comportamiento del agente y el daño sufrido por la víctima.⁴³³

Así sucedió, por ejemplo, en el tristemente célebre caso de la Colza. La STS, 2ª, 23.4.1992 (RJ. 6783) que decidió la responsabilidad penal de los autores de la desnaturalización del aceite y la STS, 2ª, 26.9.1997 (RJ. 6366), que impuso la responsabilidad civil subsidiaria del Estado derivada de la imprudencia de los funcionarios que autorizaron la desnaturalización, se decidieron sin que pudiera probarse la relación de causalidad entre el proceso químico llevado a cabo por los autores del delito y los graves daños físicos sufridos por las víctimas.

Fe de Bogotá, 2000, pág. 7. Lo relevante es pues el incumplimiento de deberes de cuidado. El artículo 1902 Cc., con buen criterio, no distingue entre acción y omisión.

⁴³² Tony HONORÉ, "Causation and Remoteness of Damages", en André TUNC (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, cit., pág. 4: "The question whether the alleged tortfeasor is at fault is distinct from the question whether he has caused the harm. He may cause harm by some act which does not amount to fault (...) Nevertheless there is arguably a close connection between these questions in two respects. The first is where harm is said to be caused by a failure to take the appropriate precautions against it. (...) The same fact may lead to the conclusion that the failure to take precautions was the cause of the harm, should it occur."

⁴³³ Para Mario BUNGE, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, op. cit., la limitación de las leyes causales explica que no son la única explicación posible entre fenómenos. La causalidad sería así una de las posibles formas de lo que el autor denomina categorías de determinación. Desde ese punto de vista, hasta el azar, que parece la oposición absoluta a la causalidad, obedece a ciertas reglas. "Así, la aparición de una 'cara' al arrojar una moneda, lejos de ser un acontecimiento ilegal y lejos también de haber surgido de la nada, es el resultado determinado de una determinada operación. Sólo que no se trata del único resultado posible; no es una consecuencia única de un proceso dado, no es un resultado bien definido.", pág. 25.

Sin embargo, la causalidad, que según lo dicho debería representar un papel más bien auxiliar en el juicio sobre la responsabilidad, ha ocupado la atención (excesiva, entendemos) de la doctrina y la jurisprudencia en mayor medida que el resto de los requisitos de la responsabilidad por daños.⁴³⁴

La explicación se encuentra en la que podríamos denominar ‘función atributiva’ reconocida a la causalidad en el derecho de daños o capacidad de definir la responsabilidad del causante por el daño causado. Así, se ha entendido, tradicionalmente, que la causalidad permite atribuir la responsabilidad. La afirmación es cierta. La causalidad –que predice y explica- define el ámbito del deber de evitar daños, pero lo hace sólo de forma general, -siempre y para todos los casos-, no concreta –para un caso determinado-. La doctrina tradicional ha entendido la causalidad como una conexión material entre el comportamiento llevado a cabo por el agente y el daño sufrido por la víctima, todo referido al caso concreto. Esa concepción de la causalidad ha olvidado que la exigencia de una relación causal supone una referencia obligada a las leyes causales, indisponibles para los mortales, y que la conexión buscada en cada caso concreto entre comportamiento del agente y daño de la víctima si no es manifestación de una ley causal general, no es causalidad. Producción de un daño concreto no es lo mismo que causación.

Así, el juicio sobre la causalidad, que debería ser objetivo y cuya existencia es una cuestión fáctica sustraída del ámbito de decisión del juzgador, se ha convertido en una herramienta al servicio del operador jurídico para discriminar las acciones que generan responsabilidad de las que deben quedar impunes. Algo así como si la ley de la gravedad fuera materia de recurso de casación y nuestros jueces y tribunales pudieran fallar a favor de quien negase su existencia.

El origen de la confusión puede estar en que el término ‘causalidad’ se emplea para designar dos cosas diferentes: la categoría correspondiente a la existencia de un vínculo causal y el principio general asociado a toda ley causal⁴³⁵. Los dos posibles significados encajan en la fórmula *Si C, entonces siempre E* o *Para todo C, si C entonces E*

⁴³⁴ “Causation has plagued courts and scholars more than any other topic in the law of torts. Some of the perplexity that has been experienced is due to the undifferentiated use of the word ‘cause’ accompanied by such adjectives as ‘legal, proximate or remote in dealing with two rather distinct inquiries. The first involves the factual question whether the relation between the defendant’s breach of duty and the plaintiff’s injury is one of an effect in accordance with scientific or objective notions of physical sequence. (...) The second problem involves the question whether, or to what extent, the defendant should have to answer for the consequences which his conduct has actually helped to produce.”, John G. FLEMING, *The Law of Torts*, cit., págs. 172 y 173.

⁴³⁵ Mario BUNGE, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, cit., añade un tercer sentido al término ‘causalidad: una doctrina que sostiene la validez universal del principio causal excluyendo los demás principios de determinación, op. cit., págs. 15 a 17.

que explica la vigencia de la causalidad en un caso concreto y como manifestación de la existencia de una ley causal general.

El principal problema asociado a la causalidad como herramienta de definición o atribución de la responsabilidad al concreto causante del daño que sufre la víctima es su amplitud. La causalidad es un juicio de imputación excesivamente amplio. Ya se ha dicho que el concepto de partida es el de la denominada teoría de la equivalencia de las condiciones para la que es impensable que un efecto sea consecuencia de una sola causa. Cualquier condición previa al resultado y que ha modificado su producción es causa del mismo. Un resultado perfectamente lógico para las leyes de la naturaleza pero inviable para quien pretende usarlo como fundamento de la responsabilidad de un agente demandado por el daño que sufre la víctima. Los problemas con la causalidad empiezan cuando el operador jurídico comprueba la amplitud del juicio causal.

La relación entre causalidad (entendida según la doctrina tradicional) y responsabilidad es compleja. La complejidad deriva de querer sustraer casos concretos de la vigencia de leyes causales generales.⁴³⁶

El resultado, bien conocido para el lector habitual de la jurisprudencia y de buena parte de la doctrina civil es que cuando se habla de causalidad en el derecho de daños no se sabe exactamente si la expresión se refiere a la conexión conforme a reglas científicas entre el comportamiento del agente y el daño de la víctima; a la identificación del agente o los agentes; o a la posibilidad de que un comportamiento alternativo hubiera evitado el daño.

La amplitud del juicio causal se ha querido limitar por dos vías alternativas que tienen en común el esfuerzo por enunciar un principio específico de causalidad jurídica, diferente al empleado por la lógica o las ciencias de la naturaleza. La primera ha sido la selección de causas para acotar la relevancia de las leyes causales a los daños concretos por lo que se exige una reparación. La segunda, ha consistido en el intento de sustituir la teoría de la equivalencia de las condiciones por una teoría causal alternativa: la causalidad adecuada o teoría de la adecuación.⁴³⁷

En todos ellos, la causalidad se solapa con el resto de requisitos de la responsabilidad por daños, señaladamente, con la culpabilidad del causante. La causalidad (y la necesidad de limitarla) es, en el tiempo, el último de los requisitos de la acción de responsabilidad. Su incorporación se asocia al reconocimiento general de la responsabilidad por negligencia. Conforme el derecho de daños se aleja del concepto romano de 'delito civil' otros daños, además de los causados por dolo, merecen la

⁴³⁶ "La causalidad es tomada en vano" como afirma Pablo SALVADOR CODERCH, "Causalidad", *InDret* 03/2002, que recomendamos al lector interesado en el tema.

⁴³⁷ El proceso de formulación, la definición de las teorías y los autores que las enunciaron pueden consultarse en Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 213 y ss.

protección del ordenamiento jurídico. La ampliación de la responsabilidad a los daños imprudentes (y no sólo dolosos) implica como protección necesaria del agente, que la responsabilidad se limite a los daños efectivamente causados, y no a todos los que sean consecuencia de la infracción de una norma de cuidado.⁴³⁸

Como consecuencia del primer intento de definición de un concepto de causalidad jurídica, nacieron las denominadas ‘teorías individualizadoras de la causalidad’. Este grupo de teorías reconoce que el relato de cualquier accidente es la explicación de la interacción de causas y efectos cuya combinación ha dado lugar al daño que sufre la víctima pero, ante la imposibilidad de responsabilizar a todos quienes hayan aportado alguna de esas causas (algunas quizá muy alejadas del daño o para las que el daño era imprevisible) imponen al operador jurídico la obligación de seleccionar como causa del daño que sufre la víctima aquella que haya desplegado una eficacia causal mayor. Se formulan así las teorías de la causa formal, eficiente o final, de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza y la teoría de la interrupción del nexo causal cuando son varios los sujetos potencialmente responsables. Habremos de hacer referencia a ellas en este capítulo.

La fórmula individualizadora de la responsabilidad que ha influido en mayor medida en la doctrina, nacional y extranjera, es la teoría de la *condicio sin qua non* o *but-for test*. Según esta concepción de la causalidad, que limita la amplitud de la teoría de la equivalencia de las condiciones, una conducta es causa del resultado (*rectius* una concreta condición es causal) si suprimida mentalmente esa conducta desaparece el resultado final. Como la fórmula trabaja con la hipótesis de que la condición no hubiera sucedido, algunos autores la califican de hipotético-negativa.⁴³⁹

⁴³⁸ El desarrollo de la responsabilidad por dolo precedió al reconocimiento de la responsabilidad por culpa. “Das alte Recht unterscheidet nur zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Tat. (...) Indem die Schuld aus der *iniuria* der *lex Aquilia* ausgegliedert wird, bedeutet *iniuria* in diesem Bereich nur noch die Rechtswidrigkeit. Die Verletzung fremder Rechte ist immer rechtswidrig, sofern nicht ausnahmsweise ein Rechtfertigungsgrund.”, Max KASER y Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, cit., págs. 222 y 223; G. Edward WHITE, *Tort Law in America. An Intellectual History*, Oxford University Press, New York, 2003: “The comparative lateness of causation as an issue at the heart of tort cases was a function of the recognition that actions in negligence constituted the vast majority of torts cases. In intentional torts cases or cases where act-at-peril standard of liability governed, issues of causation, although present, were typically confined to what came to be called ‘factual causation’ questions. (...) To make out the requisite ‘intent’ in an intentional torts cases, the plaintiff typically had to show that by acting in a certain way toward the plaintiff, the defendant either had evidenced a desire to harm the plaintiff or had had substantial knowledge that the plaintiff might be harmed. (...) Thus questions focusing on the scope of the defendant’s liability for his or her acts were not typically central to the action: the defendant had injured this plaintiff, not some more remote person.”, págs. 314 y 315.

⁴³⁹ Así, Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 218 y 219. La fórmula es generalmente reconocida y aplicada en las jurisdicciones del *Common law* que, con menos reparos que las europeas, la utilizan para determinar la extensión de la responsabilidad del agente. Véase, Harvey McGregor, *McGregor on Damages*, 17th edition, Sweet&Maxwell, London, 2003.

La admiten expresamente como la fórmula que decide la causalidad los *Principles of European Tort Law* en el artículo 3:101:

An activity or conduct is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred.

De todos modos, y pese a su aceptación general en la doctrina y jurisprudencia, la fórmula de la *condicio sine qua non* es una restricción sólo aparente a la amplitud de la teoría de la equivalencia de las condiciones.⁴⁴⁰

- En primer lugar, porque si todas las condiciones son equivalentes, la supresión de cualquiera de ellas supone la desaparición o la modificación del resultado final. La selección de condiciones no es inocua y prejuzga la responsabilidad del factor que llevó a cabo la condición eliminada. La aplicación de la fórmula de la *condicio* presupone la causalidad.
- En segundo lugar, la fórmula es incapaz de detectar los supuestos en que el comportamiento imprudente no representa un riesgo mayor para la producción del resultado que la alternativa prudente, porque el resultado se hubiera producido igual y en el mismo momento por otra causa.
- En tercer lugar, la fórmula de la *condicio* fracasa en los casos de causalidad concurrente en los que varios cursos causales diferentes podrían haber causado el mismo daño o se suman para producir el desastre. Volveremos en seguida sobre los problemas asociados a la causación múltiple.

Los problemas asociados a la identificación de la *condicio sine qua non* se han solucionado en algunas jurisdicciones norteamericanas mediante un juicio de probabilidades. De acuerdo con esta corrección a la fórmula el demandado será declarado responsable del daño causado si la probabilidad de que su comportamiento sea la causa del daño supera el 50%: la víctima debe probar con ese umbral de probabilidad que la ausencia de la acción del demandado supondría la desaparición del perjuicio. Algunas jurisdicciones, sin embargo, han rebajado el umbral de probabilidad en casos de negligencias médicas (*Falcon v. Memorial Hospital*, 462 N. W. 2d 44 (Mich. 1990))⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Otra crítica usual es la ausencia de elementos en la fórmula de la *condicio* para delimitar su ámbito de aplicación. La supresión mental de cualquier antecedente al resultado lo modificará: "The failure of a doctor to prescribe an effective contraceptive cannot be held to be responsible for the death of the victim of a murder committed by the child conceived as a result of the doctor's negligence. Some consequences are too remote. But what are the appropriate criteria of limitation?", Tony HONORÉ, "Causation in the Law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, op. cit.

⁴⁴¹ Véase, G. Edward WHITE, *Tort Law in America. An intellectual history*, cit., págs. 250 y ss. A favor del criterio, por todos, Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., aunque el mismo autor advierte de los peligros de una regla de ese tipo: "Yet the disadvantage of the proportional approach is that it could lead to a substantial increase in the volume, complexity, and cost of litigation, for under the proportional approach any party for whom the probability of having caused a loss can be sued and may

El juicio de probabilidades como solución a los problemas causales ha sido siempre especialmente aplaudido por la doctrina del *Law and Economics* que no ha concedido a la exigencia de una relación de causalidad la importancia dada por el análisis legal tradicional. El análisis económico del derecho considera la causalidad como dada y su relevancia no es decisiva en la decisión sobre la distribución óptima de los costes de los accidentes.⁴⁴²

Los problemas de la selección de una de las condiciones del resultado en función de su eficacia causal han llevado a muchas de las jurisdicciones europeas a formalizar una alternativa a la teoría de la equivalencia de las condiciones para limitar la amplitud del juicio causal. La teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada que selecciona aquellas de las condiciones que *ex ante* se presentaba como más adecuada para causar el daño finalmente producido. También nos habremos de referir a ella en este capítulo del trabajo.

El principal efecto de la teoría de la adecuación ha sido la dilución de la culpabilidad en la causalidad. “Como adecuación y previsibilidad objetiva son conceptos que tienen un contenido idéntico, escapan del reproche de la culpabilidad todas las acciones inadecuadas, a pesar de haber sido causales para el resultado.”⁴⁴³ El problema estriba en querer juzgar con leyes universales, como las de la causalidad,

have to pay damages. Hence, the proportional approach should be employed only if the incentive advantage of so doing is sufficiently strong.”, pág. 256.

⁴⁴² “(...) issues of causation are often central to the actual assignment of liability in tort law, yet the economic model of accidents to this point has not explicitly raised the issue of causation. (...) this is because the economic model implicitly embodies a mathematical notion of causation through the functional relationship between precaution and expected damages. As a result, additional notions of causation are unnecessary to achieve efficient incentives for care.”, Thomas J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, cit., pág. 59. Así lo demuestran los mejores trabajos del *Law and Economics* sobre la material. Véase, Steven SHAVELL, “Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability”, 28 *Journal of Law and Economics* 587 (1985).

⁴⁴³ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990 (reimpresión del original de 1966), pág. 55; refiriéndose a la doctrina y jurisprudencia penales, el mismo, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pág. 175: “Cualquier intento de construir teorías de la acción o de la causalidad típicas conduce a la formulación de conceptos heterogéneos ontológico-normativos cuya aplicación lleva a pronunciar juicios de atipicidad en los que al final no se sabe muy bien si se basan en que el hecho no es acción, o en que es una acción pero no es causal, o en que es una acción causal pero que no es típica.” En el mismo sentido y referido a la jurisprudencia civil, Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona 1987, pág. 128: “El Tribunal Supremo elude la definición de la culpa amparándose en conceptos indeterminados (como el de la previsibilidad), en valoraciones casuísticas, en presunciones legales que restringen la labor de calificación y en obstáculos a la contraprueba que eliminan talmente esta tarea calificadora. De ello se derivan dos consecuencias: la de no poderse formar una doctrina jurisprudencial sobre el contenido de la culpa como norma de conducta y la de producirse una enorme inseguridad ante la imprevisibilidad del fallo, que en estos instrumentos de indefinición tanto puede encontrar argumentos para la condena como para la absolución.”

las consecuencias jurídicas de sucesos que dependen de comportamientos humanos que, por libres y voluntarios no están sometidos a leyes universales que los determinen.

La adecuación, en lo que nos interesa para este trabajo, supera los problemas que plantea la *condicio sine qua non* en los casos de multiplicidad de las causas. Así, el bloqueo que sufrían las fórmulas de individualización de la causa cuando el daño era consecuencia de la existencia de varias y distintas, necesarias o complementarias para la causación del daño, se supera en la adecuación con la afirmación de que todas ellas son causa del resultado y, por tanto, todas ellas deben responder.

La teoría de la adecuación, sin embargo, no se limita a seleccionar causas sino que imputa resultados. En ese sentido, y pese a formularse como una alternativa a la teoría de la equivalencia de las condiciones (que en realidad presupone)⁴⁴⁴ sirve de fundamento para la imputación de resultados a conductas concretas llevadas a cabo por individuos que pueden asumir las consecuencias de sus actos. Así, ha facilitado que muchas de las jurisdicciones que adoptaron el criterio de la adecuación hayan entendido la necesidad de separar el juicio causal del juicio de imputación, los hechos del derecho, y distingan la existencia de una relación de causalidad de la necesidad o conveniencia de declarar la responsabilidad de un agente concreto por unos daños determinados.⁴⁴⁵

De allí que en la mayoría de ordenamientos sea ya un lugar común la distinción entre la prueba de la causalidad (una cuestión de hecho sometida a las leyes científicas) y la denominada imputación objetiva del resultado: la atribución, con base en una relación normativa, de todas o parte de las consecuencias del acontecer causal a la conducta llevada a cabo por el agente.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ “Las teorías que han pretendido limitar la expansión de la responsabilidad originada por la doctrina de la equivalencia de las condiciones, realmente la presuponen”, Ángel TORÍO LÓPEZ, “Cursos causales no verificables en derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, pág. 223.

⁴⁴⁵ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., pág. 60, resume el proceso experimentado por la doctrina penal: “El nuevo empuje que toma el concepto hegeliano de acción, junto con la aparición del finalismo, forzaron a un cambio en la fundamentación: la adecuación se convierte de característica de la antijuricidad en elemento de la acción: esto condujo a la teoría de la imputación objetiva o de la acción social. La realización de una acción peligrosa no es siempre algo prohibido. Cuanto más imprescindible sea una acción en sentido jurídico, mayor será el peligro que estará permitido correr sin desaprobación jurídica. Sin embargo, el agente sólo puede beneficiarse de este motivo de justificación del riesgo permitido cuando han sido tomadas todas las medidas de cuidado para proteger los bienes jurídicos amenazados por las actividades peligrosas, es decir, cuando se ha observado la diligencia exigible en el tráfico.”

⁴⁴⁶ “El problema de la existencia o no de relación de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso no debe ser confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso causalmente ligado a la conducta en cuestión puede o no ser puesto a cargo de aquella conducta como obra de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el

Es muy interesante comprobar la evolución de las reglas contenidas en los *Restatement of the Law: Torts* propuestos por el American Law Institute. La primera versión, de 1934, reconocía la vigencia de la fórmula del *but-for test* o *substantial factor* (equivalentes a la *condicio sine qua non*) para declarar la existencia de un vínculo material entre la conducta del agente y el daño de la víctima y cuya eficacia definía el ámbito de la responsabilidad del agente. En la segunda versión del *Restatement*, de 1965, se incluyó la distinción entre la *Causation in fact*, que mantenía, sin embargo, el criterio del *but-for* como elemento de decisión sobre la causalidad y la *Proximate causation* o *legal cause* cuya función era la de decidir el ámbito de responsabilidad del agente por los daños sufridos por la víctima. La actual versión del *Restatement of the Law, Third: Torts, Liability for Physical Harm (Basic Principles), Tentative Draft No. 1* del 2001 abandona la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, asume como dadas las primeras y decide las segundas en función de lo que denomina el ámbito de la responsabilidad (*Scope of Liability*).⁴⁴⁷

La doctrina según la cual es preciso distinguir las cuestiones causales de las de imputación de la responsabilidad es hoy mayoritariamente asumida por la jurisprudencia penal de nuestro país y por la jurisprudencia civil de muchos de los sistemas de nuestro entorno⁴⁴⁸. La jurisprudencia civil española, sin embargo, sigue anclada en la teoría de la adecuación.

De acuerdo con los denominados criterios de imputación objetiva, y pese a la existencia de una relación causal, el agente no responderá si el daño es consecuencia

legislador o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes”, Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, Editorial Fundación Ramón Areces, 1990, pág. 1561.

⁴⁴⁷ Véase la descripción del proceso que relata G. Edward WHITE, *Tort Law in America. An intellectual history*, cit., págs. 319 y ss. La superación de la distinción puede deberse a las duras críticas a las reglas del *Restatement* de 1965 procedentes de autores norteamericanos que, como se mantiene en este trabajo, defendían el criterio de la causalidad propio de la equivalencia de las condiciones. Véase, por todos, Richard W. WRIGHT, “Causation in Tort Law” *73 California Law Review* 1735 (1985); el mismo, “The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics”, *63 Chicago-Kent Law Review* 533 (1987); el mismo, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts”, *73 Iowa Law Review* 1001 (1988).

⁴⁴⁸ Así, por ejemplo, Konrad ZWIGERT y Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., pág. 603: „In die neueren deutschen Rechtsprechung hat sich zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Frage des rechtlich relevanten Kausalzusammenhangs nicht nach rein logisch-abstrakten Maßstäben beantwortet werden kann, sondern dass es dabei wesentlich auf eine wertende Betrachtung ankommt. Damit steht es im Zusammenhang, dass eine schon von Rabel entwickelte, auf normative Gesichtspunkt Bedacht nehmende Lehre neuerdings auch in der die Ersatzpflicht begründenden Norm ab: hat der Schädiger ein bestimmtes Verhaltensgebot nicht beachtet, so sind die daraus sich ergebenden Schadensfolgen ihm insoweit zuzurechnen, las das vom Schädiger mißachtete Verhaltensgebot nach seinem Sinn und Zweck den Eintritt gerade dieser Schadensfolgen verhindern wollte.“

de los riesgos generales de la vida, o es el resultado de una situación provocada, asumida o consentida por la propia víctima, o el daño no es el resultado de la infracción de una norma de cuidado o la que se infringió no tenía por objeto evitar la producción de daños como el sufrido por la víctima.⁴⁴⁹ La imputación objetiva permite distinguir el hecho propio del acontecer fortuito y de los hechos de otros agentes.

El denominador común de los criterios de imputación objetiva se hallaría conformado por el principio del riesgo conforme al cual lo relevante es saber si la conducta que causó el daño creó o no un riesgo superior al jurídicamente permitido para el bien finalmente lesionado.⁴⁵⁰

El proceso explicado (de la causalidad como fundamento de responsabilidad a la admisión de la imputación objetiva) es especialmente relevante en los casos que son objeto del presente estudio: los daños causados por varios sujetos. Cuando los agentes son varios, la selección de causas que proponen las teorías individualizadoras de la causalidad y la teoría de la adecuación fracasan en su intento de ajustar la responsabilidad a las aportaciones causales pues, con frecuencia, el daño será el resultado de la interacción de todas las causas. La distribución de la responsabilidad debe llevarse a cabo en sede de imputación objetiva.

Ya se ha visto como la regla de la *condicio* y demás teorías individualizadoras de la causalidad fracasaban cuando el daño era consecuencia de varios cursos causales: eliminada mentalmente cualquiera de las condiciones, el daño acaecía de igual forma. La teoría de la adecuación superó la objeción pero al exigir que el agente considere el daño como un resultado previsible de su comportamiento no funciona en los casos en que el daño final es el resultado de la suma de cursos causales independientes y, por tanto, previsibles *ex ante* para cada uno de los agentes.

La responsabilidad debida por los daños producidos en situaciones de causalidad concurrente, de los que nos ocuparemos en este capítulo del trabajo, son casos imposibles de resolver con base en los criterios de la causalidad. La causalidad concurrente reclama, más que ningún otro supuesto, la necesidad de la imputación objetiva. En casos en que es imposible individualizar las causas la única manera de evitar la exculpación de agentes que son, a todas luces, responsables del daño causado, es acudir a criterios normativos. La imputación, sin embargo, no puede llevarse a cabo de forma indiscriminada. Así, veremos cómo algunos ordenamientos

⁴⁴⁹ Véase, por todos, Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., págs. 1985 y ss.; y el mismo, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", op. cit.

⁴⁵⁰ "El principio fundamental de la teoría de la imputación objetiva es el siguiente: el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto.", Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., pág. 11.

han solventado el problema de la causalidad concurrente mediante la imposición de la responsabilidad solidaria entre los causantes de 'un mismo daño'. El fundamento es débil. No todo supuesto causación de un mismo daño implica la imposibilidad de distribuirlo entre sus causantes:

- En los supuestos de compensación de culpas o de concurrencia de causas, la víctima es causa concurrente del daño que sufre que, además, es el mismo que el causado por el agente y, sin embargo, todos los ordenamientos prevén reglas de distribución del daño.⁴⁵¹
- Muchos de los supuestos de causación de un mismo daño por varias causas permiten distribuir la responsabilidad. Así lo prevén, por ejemplo, todas las disposiciones legales que imponen la solidaridad sólo cuando no sea posible identificar las contribuciones causales (*rectius* cuando no sea posible imputar por separado las consecuencias de cada uno de los partícipes en una actividad).

El criterio de imputación objetiva que permite atribuir de forma individual la responsabilidad a cada uno de los varios causantes de un daño es el denominado criterio de la prohibición de regreso, del que trataremos en los epígrafes de este capítulo.

Desde los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones de la que se ha partido, todo relato causal es, en el fondo, un caso de causalidad concurrente ya que no se explica sin la interacción de todas las condiciones precedentes. Como un concepto de causalidad concurrente tan amplio no sirve a los objetivos del trabajo, limitamos el concepto a tres supuestos. Todos parten del concepto básico de causalidad concurrente: el daño es consecuencia de la unión de varios cursos causales ya todos es de aplicación, en principio, la distribución de responsabilidad que resulta de aplicar el criterio de la prohibición de regreso. La diferencia entre ellos está en la eficacia causal, si se puede hablar así, de cada uno de los cursos causales.⁴⁵²

- Causalidad contributiva o cumulativa: el daño final exige las contribuciones de cursos causales diferentes que, unidos, explican el perjuicio que sufre la víctima.
- Causalidad adicional o múltiple: el daño causado a la víctima es el resultado de la suma de comportamientos independientes. La diferencia con los casos de causalidad contributiva o cumulativa está en que el daño finalmente causado es superior a la suma de las contribuciones individuales.

⁴⁵¹ En el mismo sentido, Ignacio DE CUEVILLAS MATOZZI, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁴⁵² Adoptamos la terminología propuesta por H. L. A. HART y Tony HONORÉ, *Causation in the Law*, cit., págs. 205 y ss. "Concurrent is a generic term and covers three distinct types of case: contributory, additional and alternative causes."

- Suelen tratarse como un supuesto de causalidad concurrente los casos de la llamada causalidad alternativa o hipotética⁴⁵³. Se trata de los casos en que puede demostrarse que el daño causado por el agente habría sido causado de la misma forma y en el mismo tiempo y lugar por otro curso causal, puesto en marcha por otro agente o por las fuerzas de la naturaleza. El ejemplo académico es el del incendio provocado por el autor al que se suma otro imprudente⁴⁵⁴ o dolosamente provocado por un tercero o el del autor material de la muerte de un condenado a muerte que se adelanta al verdugo. No se trata propiamente de casos de concurrencia causal, sino de casos en que una causa 'adelantada' provoca el resultado antes que otra causa que se denomina 'de reserva'. Esos casos pueden ser tratados como supuestos de causalidad contributiva o cumulativa pues cuando se unan dos causas, cada una de ellas suficiente para causar el resultado, las dos habrán influido en el resultado final que, o no hubiera ocurrido de forma tan segura o no hubiera sido tan grave o tan rápido o tan inevitable.

Plantean más dificultades los casos de pura causalidad hipotética. El ejemplo académico es del autor material de la muerte de un condenado a pena capital que se adelanta al verdugo⁴⁵⁵. En esos casos, es dudoso que pueda afirmarse en todo caso que la causa de reserva hubiera causado el mismo daño. Cuando exista un acuerdo previo entre los autores de cada curso causal el supuesto será, de nuevo, uno más de causalidad cumulativa o contributiva y la actuación conjunta justificará la imputación común. Cuando no haya acuerdo previo, parece aventurado afirmar que el daño hubiera ocurrido de igual forma con base en hechos que no llegaron a ocurrir. Aunque el Tribunal Supremo las ha hecho en ocasiones. En la STS, 1ª, 19.6.1998 (RJ. 5068), la Sala estimó el recurso de casación contra las sentencias de las instancias que condenaron a dos cirujanos del Servicio Andaluz de la Salud demandados por la madre de una menor que falleció en el servicio de urgencias. La niña acudió al hospital aquejada de fuertes dolores en el pecho. La causa era una espina de pescado que había tragado. El equipo médico decidió practicar una endoscopia esofágica. El aparato empleado empujó la

⁴⁵³ Mario BUNGE, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, cit., pág. 136: "La causación múltiple puede ser conjuntiva (concurrente) o disyuntiva (hipotética)."

⁴⁵⁴ Véase, Pietro TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, págs. 165 y ss.

⁴⁵⁵ El ejemplo se toma de Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1985 quien afirma, en general para todos los supuestos en que una causa concurrente impide la eficacia de otro curso causal que podría haber producido el daño: "(...) de ser así, los autores de los cursos causales concurrentes responderán solidariamente, dado que, si cualquiera de ellos no hubiera puesto en marcha el curso causal de que es autor, habría nacido a cargo del otro una obligación de indemnizar al perjudicado por el evento dañoso en cuestión. Y el autor de la causa real responderá por haber impedido con su conducta que, del evento dañoso en cuestión naciera un crédito indemnizatorio a favor del dañado frente al autor de la causa hipotética." La tesis mantenida en el texto limita esa solución a los casos en que exista actuación conjunta entre los autores de los cursos causales.

espina, que perforó la aorta y causó la muerte de la niña. La Sala Primera declara que el asunto es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y allí reenvía las actuaciones. Sin embargo, en el razonamiento jurídico, llega a afirmar que la responsabilidad de los facultativos es dudosa pues muy probablemente la muerte de hubiera producido de todas formas.

Nos parece más correcto limitar la responsabilidad solidaria a los casos en que exista actuación conjunta o en los que ambos agentes han incumplido deberes de prevención⁴⁵⁶ y, en el resto de supuestos, hacer responder individualmente al autor de la causa material del daño con independencia de cursos causales alternativos o hipotéticos que habrían producido el mismo resultado. Si se estima la eficacia de las causas alternativas que hubieran causado el mismo daño, debería estimarse también las que lo hubieran evitado y eso convertiría los pleitos de responsabilidad civil en una locura.

Sin embargo, hay dos supuestos en que el daño no puede ser imputado de forma individual a cada uno de sus causantes y en función de los criterios que permiten atribuir a cada uno de ellos la porción del daño de la que es responsable. Así sucederá cuando el daño ha sido causado por uno o por todos los miembros de un grupo y cuando la suma de los daños causados es superior a los daños que podrían imputarse individualmente. En el primer caso hablaremos de actuación conjunta y en el segundo de actuación independiente. De acuerdo con la primacía del principio de responsabilidad individual en el derecho español, la solidaridad entre los causantes del daño debería limitarse a los supuestos en que el principio es de imposible aplicación: aquellos en que las responsabilidades no pueden individualizarse conforme al criterio de la prohibición de regreso.

Así sucede en los casos que contemplaremos a continuación –que se sistematizan bajo las rúbricas de actuación conjunta y actuación independiente– y para los que se propone la solución de la solidaridad.⁴⁵⁷

El denominador común de ambas categorías es la participación de varias personas en la causación del daño que sufre la víctima. De todos modos, según la tesis mantenida en este trabajo, la mera presencia de varios demandados en un mismo proceso no

⁴⁵⁶ Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., págs. 189 y 190: “Los errores hipotéticos no explican cursos causales: de ahí que la explicación haya de buscarse en que el autor actuó en una situación en la que no se habían adoptado las medidas de seguridad necesarias, siendo además estas medidas idóneas de haberse comportado todos de manera diligente.”

⁴⁵⁷ William Lloyd PROSSER, “Joint Torts and Several Liability”, cit., pág. 443: “The conclusion to be drawn would seem to be that a tort is joint (...) when no logical basis can be found for apportionment of the damages between the defendants. The question is whether, upon the facts, it is possible to say that each defendant is responsible for a separate portion of the loss sustained. The distinction is one between injuries which are capable of being divided, and injuries which are not. (...) Entire liability is imposed only where there is no reasonable alternative.”

justifica por sí sola apartarse del principio de responsabilidad individual. La solidaridad se justifica en el incumplimiento de deberes de precaución impuestos de forma conjunta o de forma alternativa a los varios participantes en una actividad. Como en esos casos el deber habrá sido incumplido por todos o por algunos de los responsables pero, en cualquier caso, todos los participantes en la actividad que causó el daño pudieron hacer algo por evitarlo, la solidaridad ahorra que los problemas de prueba de la responsabilidad individual colapsen en juicio de imputación de los daños.

La solidaridad es así el remedio a los problemas de información sobre el ámbito del deber y la conducta llevada a cabo por cada uno de los corresponsables. Un único agente o varios que actúan simultánea o sucesivamente pueden causar los mismos tipos de daños –personales, materiales o morales– a las víctimas potenciales. El criterio de discriminación entre la responsabilidad individual y la responsabilidad conjunta no pues estar basado, por tanto, en las características o atributos del daño finalmente producido, sino en la imposibilidad de distribuir sus consecuencias entre sus responsables. Ésta es una cuestión que no puede resolverse con base en criterios puramente naturalísticos, exige la intervención de criterios jurídicos, pues jurídicas son sus consecuencias. De hecho, los daños que propondremos imputar de forma conjunta se imputarían individualmente de ser uno solo el causante o, siendo varios, si se pudieran individualizar las cuotas de responsabilidad por el daño final. La solidaridad en derecho de daños es la solución a los problemas de identificación de la responsabilidad individual.

La responsabilidad solidaria no es, con todo, la única solución a los problemas de imputación individual del daño entre varios causantes. Otra, muy destacada, compite con la solidaridad. Se trata de la responsabilidad por cuota de mercado o *Market share liability*. En los casos en que el daño haya sido causado por todos los miembros de un grupo pero no pueda determinarse la proporción en que cada uno de ellos contribuyó al desastre, la responsabilidad por cuota de mercado sugiere imputar daños en virtud de la aparente o presunta relación de causalidad que pueda existir entre el comportamiento de cada uno de los agentes y los daños causados.⁴⁵⁸ La regla, que no es más que una concreción del cálculo de la causalidad por probabilidades que ya se ha visto entre los remedios a los fallos de la fórmula de la *condicio sine qua non*, fue elaborada por la Corte Suprema de California en el caso *Sindell v. Abbot Laboratories* (607 P2d 924 (1980)). El caso resolvió la acción colectiva planteada contra cinco de los 300 laboratorios farmacéuticos que habían comercializado el Diethylsilbestrol (DES), un genérico que tomaron casi 2 millones mujeres embarazadas norteamericanas convencidas de los efectos beneficiosos que su publicidad atribuía al proceso de formación del feto. Veinte años después se descubrió que las hijas de las mujeres que

⁴⁵⁸ En realidad, la *Marketshare liability rule* es una alternativa a la causalidad. Véase, Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., pág. 255; y, Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., pág. 430 y ss.

habían tomado DES generaban carcinoma en una proporción muy superior a la de la población normal.⁴⁵⁹

En el proceso no pudo probarse qué laboratorio había fabricado y comercializado el medicamento que había tomado cada una de las demandantes. Sin embargo, era obvio que en todos los casos el medicamento había sido producido por alguno de ellos. La Corte de California desatendió la petición de condena solidaria de todos los laboratorios pues, como argumentó el Tribunal, una decisión de ese tipo permitiría que las víctimas se dirigieran al laboratorio más solvente, que quizá no comercializó la mayor parte del medicamento. Para evitar la solidaridad, la Corte aplicó una peculiar versión de la causalidad por probabilidades: cada laboratorio debía responder en función de su cuota de mercado.⁴⁶⁰ Faltaba, por otro lado, un precedente. Ya se ha visto que el *Common law* acude a la *joint and several liability* en los casos de *concerted action*, *vicarious liability* y *agency*. El caso planteado por Sindell no encajaba en ninguna de esas figuras. Aunque se apartó de una decisión de la Corte de Nueva York que le podría haber servido de modelo. En el caso *Hall v. E. I Du Pont de Nemours & Co.* (345 F. Supp. 353 N. Y. 1972), que condenó solidariamente a todos los fabricantes de un petardo defectuoso que causó daños a menores en trece accidentes independientes.

El análisis de la responsabilidad por cuota de mercado supera los límites de este trabajo. No se trata, además, de un caso en el que varios agentes causan un daño a la víctima. Basta decir que es una alternativa a la solidaridad. Así lo reconoce el propio *Restatement Third: Torts, Apportionment of Liability*: “Joint and several liability may be inconsistent with the rationale of market share liability if the goal is to match an individual defendant’s total liability to its market share. To prevent a manufacturer with a small market share from being liable for damages of an insolvent manufacturer with a large market share, defendants are only severally liable for damages under most versions of market share liability.”⁴⁶¹ En el fondo, la solución

⁴⁵⁹ Para más detalles sobre el caso y la doctrina de la *Market Share Liability*, Albert RUDA GONZÁLEZ, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *InDret* 03/2003.

⁴⁶⁰ John G. FLEMING, “Probabilistic Causation in Tort Law”, 68 *The Canadian Law Review* 661 (1989), pág. 668: “The decision may be defensible in terms of economic efficiency. It satisfies what Guido Calabresi has called ‘causal linkage’ or elsewhere is called ‘probabilistic linkage’. A specific act is probabilistically linked to a specific injury whether or not it contributed to it, if the occurrence of the act is believed to increase the chances that the injury will also occur.” En el mismo sentido, William L. LANDES y Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, cit., págs. 212 y ss.

⁴⁶¹ “When market-share liability is used, questions arise about apportioning liability. Whether the damages can be divided by causation depends on the particular theory of market-share liability. When a plaintiff has a claim against each defendant for the portion of the injury equivalent to that defendant’s market share, the plaintiff has separate claims against each defendant and there is no issue about apportioning liability. On the other hand, when a plaintiff has a claim against a single defendant to recover full damages, there may be a need to apportion liability among the defendants.”, American Law Institute, *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability, Comment n.* págs. 327 y 328. En el mismo sentido, Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, “Sharing Damages Among Multiple Tortfeasors”, 98 *The Yale Law Journal* 831 (1989), en particular, nota 81.

imputa la responsabilidad en función de los niveles de actividad de cada demandado, una solución que no dista de la propia de los sectores regidos por un estándar de responsabilidad objetiva.⁴⁶²

⁴⁶² Sobre el efecto de la decisión del Tribunal en otros casos y, sobre todo, en la industria norteamericana, Glen O. ROBINSON, "Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases", 68 *Virginia Law Review* 713 (1982).

I. La denominada 'compensación de culpas'. Un precedente de la responsabilidad solidaria en derecho de daños.

1. La aproximación del *Common law*

La regla tradicional en el *Common law* era que la víctima perdía todo derecho a reclamar una indemnización si había contribuido, aunque fuera en una proporción ínfima, al daño que sufrió⁴⁶³. En su origen, la regla contó con muchas y variadas fundamentaciones que pretendían justificar su aparente injusticia: desde el principio de *nemo propria turpitudinem allegans auditur* o *ex turpi causa non oritur actio* –que, en su versión inglesa, se resumen en el principio que exige en el demandante *clean hands*– hasta la búsqueda de una correcta distribución de incentivos que asegure que las potenciales víctimas serán máximamente diligentes⁴⁶⁴. Lo que está claro es que, al margen de los razonamientos que la justificaron, la regla de la *Contributory negligence*, como la denominan los juristas anglosajones, ahorra al juez y al jurado la tarea de distribuir responsabilidades entre causante y víctima. Observado un comportamiento incorrecto del reclamante, la acción se archivaba: la víctima quedaba sin reparación y el causante del daño libre de culpa.

La doctrina de la *Contributory negligence* tuvo su origen en un caso inglés de principios del s. XIX que, aunque no cita expresamente la doctrina, ha sido reconocido unánimemente como su origen. Se trata de *Butterfield v. Forrester* ((1809) 11 East. 60). Una tarde del mes de agosto de 1809, el demandado dejó en la calzada de una de las calles de Derby (U. K.), cercana a Nottingham y capital del condado del mismo nombre, un poste que obstruía el paso de vehículos. El demandante pasó por la calle montado en su caballo. El animal tropezó con el poste inopinadamente dejado en la calle y su jinete rodó. En el proceso, Butterfield demandaba la reparación de los daños personales sufridos. El juez denegó la reclamación. El accidente se produjo “at eight o'clock in the evening of August, when they were just beginning to light candles” y el demandante debía haberse percatado del peligro al que se acercaba.

Su aplicación, sin embargo, nunca fue general. Dos sectores importantes –cuantitativa y cualitativamente– en el derecho de daños del *Common Law* estuvieron siempre al margen de la aplicación de la negligencia contributiva. Se trataba de los daños

⁴⁶³ W. V. H. ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, cit., “If the plaintiff's injuries have been caused partly by the negligence of the defendant and partly by his own negligence, then, at common law, the plaintiff can recover nothing.”, pág. 175.

⁴⁶⁴ “The prevailing view is to ascribe the contributory negligence to the maxim *in iure non remota sed proxima causa spectatur*. The plaintiff cannot recover because he is himself the proximate cause of the injury; and conversely, a plaintiff's negligence in order to defeat his action must be a proximate cause”, William SCHOFIELD, “Davies v. Mann: Theory of Contributory Negligence”, 3 *Harvard Law Review* 263 (1890), la cita es de la página 267. Véase, también Peter S. ATIYAH, “Causation, Contributory Negligence and *Volenti non fit Iniuria*”, 43 *Canadian Bar Review* 609 (1965).

causados por la colisión entre buques y de los accidentes de trabajo en los que las jurisdicciones del *Common law* aplicaron siempre una regla de distribución proporcional de daños en función de las respectivas culpas. La regla fue incluso promulgada con carácter general en la *Second Federal Employer's Liability Act* de 1908 y en la *Maritime Convention Act* inglesa de 1911.⁴⁶⁵

Son fáciles de imaginar las críticas que la solución de la *Contributory negligence* motivó entre sus contemporáneos⁴⁶⁶ y en pocos años otro caso inglés modificó la aplicación de la regla en términos más benignos para la víctima⁴⁶⁷.

El caso fue *Davies v. Mann* ((1842) 10 M. & W. 546) que introdujo la doctrina de la *Last clear chance*. Treinta y tres años después de *Butterfield v. Forrester*, un jurado inglés hubo de resolver un caso muy parecido aunque lo hizo de forma diferente y cambió el estado de la cuestión. El demandante, Mann, había atado de forma poco precavida a su asno a uno de los márgenes de calzada. Davies, que conducía su carro a gran velocidad, colisionó con el animal y lo mató. En contra de la doctrina imperante en el momento, el dueño del asno decidió demandar al conductor y, en contra de la doctrina precedente, el jurado le dio la razón. La última oportunidad de evitar el accidente la tuvo el conductor del carro y debe responder por no haberla aprovechado. "Where this not so, a man might justify the driving over goods left on a public highway, or even over a man lying asleep there, or the purposely running against a carriage going on the wrong side of the road."

Un caso de nuestra jurisprudencia recuerda a *Davies v. Mann*. Se trata del finalmente resuelto por la STS, 1ª, 21.10.2002 (RJ. 8770). El demandado realizaba obras en una finca de su propiedad situada en la carretera entre Ginés y Valencia. Una tarde del mes de mayo uno de los proveedores de material para la obra dejó a la entrada de la finca un montículo de grava y arena. El material ocupaba parte de la calzada. A las 23:00 h. del mismo día, el demandante volvía a su casa en un ciclomotor que conducía sin casco y a una velocidad superior a la permitida. Chocó con el montón de material y sufrió graves lesiones. En la demanda solicitaba una indemnización de 362.880

⁴⁶⁵ Véase, A. Chalmers MOLE y Lyman P. WILSON, "A study of Comparative Negligence", 17 *Cornell Law Quarterly* 333 (1932), para la evolución de las reglas en derecho marítimo (págs. 339 a 359) y las excepciones a la negligencia contributiva en el derecho laboral (págs. 359 a 366).

⁴⁶⁶ Aunque el cambio de paradigma no fue inmediato en la jurisprudencia del *Common law* que, durante años siguió aplicando, de hecho, la doctrina de la *Contributory negligence*: "The case of *Davies v. Mann* being thus approved and established in England, and also in Ireland, is generally stated to be law in the United States; but a very brief examination of cases will show that *Davies v. Mann*, although cited without criticism by our courts as an authority for the proposition that if the plaintiff is guilty of any negligence contributing directly, or as a proximate cause, to the injury complained of, he cannot recover: the rule has been misunderstood and misapplied", William SCHOFIELD, "Davies v. Mann: Theory of Contributory Negligence", cit., pág. 266.

⁴⁶⁷ "The law of last opportunity was introduced as a palliative for the crude common law rule allowing a wrongdoer's loss to lie where it fell", Glanville WILLIAMS, *Joint Torts and Contributory Negligence*, Stevens & Sons Limited, London, 1951, pág. 647.

euros del propietario de la obra, de la empresa proveedora del material y del Ayuntamiento de Ginés. La Sala Primera no aplicó la doctrina de la última oportunidad clara. Se limitó a apreciar la concurrencia de culpa de la víctima, absolvió a la empresa que había suministrado el material y condenó solidariamente al ayuntamiento y al propietario de la finca a pagar a la víctima una indemnización de 38.333,15 euros, el 10%, aproximadamente, de lo pedido en la demanda.⁴⁶⁸

Según la *Last clear chance doctrine*, *Last opportunity* o *Last clear opportunity*⁴⁶⁹, la regla de la negligencia contributiva sólo debía aplicarse en los casos en que la víctima hubiera tenido la 'última oportunidad' de evitar el daño. Dicho de otra forma, que la víctima podría haber evitado el daño que sufrió de manera mucho más sencilla (a menor coste y con menos esfuerzo) que el causante del daño. La regla generó mayor discrepancia que la primera: su aplicación estricta sólo permitía cobrar una indemnización a la víctima de accidentes causados por agentes dolosos. En negligencia es difícil concebir un caso en que la víctima no haya podido evitar de alguna forma (y casi siempre en último lugar) el daño que sufrió. Las víctimas de accidentes negligentes son casi siempre quienes pueden evitar los daños que sufren a menor coste⁴⁷⁰. Quien actúa en segundo lugar está siempre en desventaja cuando los

⁴⁶⁸ Véase el comentario a la sentencia de Víctor SÁNCHEZ ÁLVAREZ y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, "Negligencia multilateral en accidentes de motocicleta, ¿cuál es el estándar óptimo de responsabilidad?", *Indret* 3/2003. Un caso posterior, reproduce la solución. La STS, 1ª, 7.4.2003 (RJ. 2800), condenó solidariamente al Ministerio de Obras Públicas y a la constructora a la que se habían adjudicado obras de reforma en una carretera. La víctima, que conduje un ciclomotor sin casco y a velocidad excesiva, chocó de noche contra el material negligentemente dejado sobre la calzada por los operarios.

⁴⁶⁹ El término, que no aparece citado en ninguno de los casos en que se aplica el principio, fue acuñado por John SALMOND en la tercera edición, del año 1917, de su tratado sobre *Torts*. Como explican los continuadores de su obra, cuando Sir John Salmond explicó la regla de *Davies v. Mann* lo hizo en los siguientes términos: "*Ex hypothesis* in all cases of contributory negligence the defendant has been guilty of negligence which caused the accident: therefore in all cases he could by the exercise of reasonable care have avoided the accident; and therefore (...) he is liable notwithstanding the contributory negligence of the plaintiff. Clearly, therefore, reasonable care is required in order to bring the rule in *Davies v. Mann* into operation (...) Subject to certain qualifications, it would seem that the true is the existence of the last opportunity of avoiding the accident (...)", R. F. V. HEUSTON y R. A. BUCKLEY, *Salmond & Heuston on the Law of Torts*, cit., págs. 500 y 501. El término, sin duda, fue bien acogido por los contemporáneos del tratado.

⁴⁷⁰ Los efectos de una regla que responsabiliza al *Last cost avoider* aplicada estrictamente por jueces y tribunales pueden ser desastrosos para las víctimas. Como bien señaló, además, Guido CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, cit., pág. 245 y ss., en la mayoría de las ocasiones el *Least cost avoider* es también el *Cheapest cost avoider*. No puede exigirse a la víctima que se ponga tapones si le molesta el ruido de la fábrica o que no hubiera salido de casa aquella mañana, "el objetivo de la decisión *ex post*, en un sistema de responsabilidad por culpa, no es hallar al sujeto que puede evitar los costes de la forma más económica, sino a aquél que puede hacerlo del mejor modo (*the best cost avoider*)."

tribunales aplican la doctrina de la *Last clear chance*, pues una persona razonablemente prudente sabe o debe saber de la negligencia del primero y, precisamente por ello, tiene un deber de evitar el daño: las personas prudentes deben contar con el descuido de las imprudentes.⁴⁷¹

En un sistema de negligencia contributiva con el matiz de la doctrina de la última oportunidad clara, las únicas posibilidades de éxito de la víctima que pretendía una reparación de los daños sufridos se limitaban a: 1. Demostrar que el agente actuó de forma dolosa; 2. Demostrar que el causante del daño tuvo la última oportunidad clara de evitarlo (como sucedió en *Davies v. Mann*); y 3. Que pesaba sobre el causante del daño un deber legal o contractual de proteger a la víctima del daño que sufrió.⁴⁷²

La solución a la distribución de la responsabilidad entre causante y víctima llegó por vía legislativa. La *Law Reform (Contributory Negligence)* de 1945 hizo suyas algunas decisiones previas de los tribunales y, aunque mantuvo el nombre de la institución, impuso con carácter general la solución, prevista sólo por algunas regulaciones sectoriales: la responsabilidad por el daño, en los casos en que hayan participado en su causación agente y víctima, se distribuirá entre ambos en función de las respectivas contribuciones.⁴⁷³ Así lo dispone en la Section 1(1):

Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any person or persons, a claim in respect of this damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage.

La regla fue adoptada por la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos de América⁴⁷⁴ que para distinguir la solución de la anterior, adoptaron el término

⁴⁷¹ Así lo reconocen, Simon DEAKIN, Angus JOHNSTON y Basil MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, cit., pág. 745 y W. Page KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., pág. 462. También se ha criticado la falta de coherencia causal de la doctrina: "This rule or doctrine is often traced to the decision in *Davies v. Mann* and is stated as if it were a principle or at least a test of causal connection: it is often said that the act of the party who failed to take the last clear chance of avoiding the harm is the proximate cause or the cause of the harm (...) It is important to realize that the last clear chance doctrine, though often masquerading as an application of common-sense principles of causation, is in fact a distortion of them; for the notion of failing to take the last clear chance of avoiding harm to the plaintiff is very different from the notion of causing the harm to the plaintiff by a fully voluntary act.", H. L. A. Hart y Tony Honoré, *Causation in the Law*, cit., pág. 219.

⁴⁷² Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., pág. 498.

⁴⁷³ Para Glanville WILLIAMS, *Joint Tort and Contributory Negligence*, cit., "The history of the various Contributory Negligence Acts of the British Commonwealth (...) affords a rare example of the influence of civil law systems upon common law of tort", pág. 256.

⁴⁷⁴ En julio de 2004, mantenían vigente, sin embargo, una regla de *Contributory negligence*, los estados de Alabama, District of Columbia, Maryland, North Carolina y Virginia. De acuerdo con la previsión del

Comparative negligence. La adopción de la regla en aquel país no ha sido, sin embargo, uniforme. Entre los estados que han adoptado la regla de la *Comparative negligence* deben distinguirse los que han seguido la regla de la *Law Reform* inglesa de 1945 (distribución en función de las respectivas contribuciones al daño) de aquellos que han supeditado o han limitado su aplicación a un determinado umbral de culpa para repartir las responsabilidades. La doctrina norteamericana distingue, de este modo, dos grandes sistemas de negligencia comparativa:

- a) Los sistemas de aplicación completa de la regla (*Pure or Complete systems*) que aplican la regla de la negligencia comparativa en todos los supuestos de negligencia conjunta.
- b) Los sistemas de aplicación incompleta de la regla (*Incomplete systems*) que aplican la regla de minoración de la responsabilidad en función del respectivo grado de culpa cuando la culpa del demandante supera un determinado umbral. En función del umbral se distinguen los estados que aplican la *Comparative negligence* sólo cuando la culpa del demandado es superior a la del demandante (regla *greater than*) y aquellos que para aplicar la comparación de culpas exigen que, por lo menos, la culpa del demandado sea igual a la del demandante (regla *equal to*). Cuando no se llegue a estos umbrales, el sistema es la negligencia contributiva: la culpa de la víctima le impide reclamar una indemnización por el daño que sufre⁴⁷⁵.

Así, de forma general y tras casi un siglo de titubeos, el *Common law* distribuye la responsabilidad entre causante y víctima en función de las respectivas contribuciones al daño finalmente causado.

La pregunta del analista clásico es si la distribución de responsabilidades se calcula en función de las culpas de agente y víctima o en función de las respectivas contribuciones causales⁴⁷⁶. Es decir, si responderá en mayor medida quien, de

§463 del Restatement of the Law, Second: Torts, en esos estados *Contributory negligence is conduct on the part of a plaintiff that is contributing cause to her own injuries, and that falls below the standard to which she is required to conform for her own protection*. Esos estados, sin embargo, excepcionan la regla de la *Contributory negligence* en los casos de responsabilidad por hecho ajeno y en los de actuación conjunta de los responsables.

⁴⁷⁵ El sistema de las jurisdicciones norteamericanas todavía se complica más cuando la responsabilidad es imputable a varios agentes o varias víctimas. En esos casos, algunos de los estados que han asumido un sistema de *Incomplete comparative negligence* suman las contribuciones de los demandados y aplican el umbral que tengan como propio (más o menos del 50% de la culpa del demandado). En otras jurisdicciones que siguen el sistema de umbral, el porcentaje mayor o igual de la culpa del demandado se exige de cada uno de los responsables por separado.

⁴⁷⁶ La misma expresión 'culpa de la víctima' conduce a equívocos. Como bien explica Josep SOLÉ FELIU, "La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 865 a 902, "(...) si por culpa se entiende la infracción de un deber jurídico

acuerdo con las reglas de determinación de la negligencia, incumplió la norma de cuidado más relevante, disponía de más conocimientos o pudo prever mejor el daño o, según un criterio causal, quien puso en marcha un curso causal que demostró mayor eficacia en el daño final que el puesto en marcha por la otra parte. La cuestión, por un lado, no tiene solución y por el otro –y afortunadamente- carece de relevancia⁴⁷⁷. La distinción real –no meramente teórica- entre negligencia y causalidad es más tenue conforme nos alejamos del fuero interno del responsable. Desechada la conveniencia de modular la responsabilidad civil extracontractual en función de criterios de imputación subjetiva, el problema de la negligencia y la causalidad en la distribución de responsabilidad entre agente y víctima se simplifica. El ordenamiento compara los comportamientos de ambos y distingue los daños que pueden ser puestos a cargo del agente de aquéllos que deben ser soportados por quien los sufrió. El mecanismo no es distinto al que funciona en ausencia de participación de la víctima en el daño que sufrió. Se trata, una vez más, de un problema de imputación objetiva.⁴⁷⁸

La evolución de la distribución de la responsabilidad entre agente y víctima en el *Common law* es inseparable de la evolución de la doctrina de la *joint and several liability*. Así, la regla de la *No contribution* entre corresponsables solidarios no es más que una aplicación concreta de la *Contributory negligence*. Como veremos al final de este apartado, los casos de accidente bilateral difuminan las diferencias entre los

respecto a un tercero (...) no puede hablarse estrictamente de culpa en los supuestos en que el perjudicado contribuye a la causación de su propio daño. No existe un deber jurídico que imponga al perjudicado no dañarse a sí mismo, del mismo modo que tampoco puede hablarse de un deber jurídico de la víctima frente al agente, en cuya virtud esté obligado el primero a prevenir o reducir el daño tanto como le sea posible. Puede hablarse, en cambio, de una prohibición de actuar despreocupadamente en la gestión de los propios asuntos. Pero la infracción de dicha prohibición no impone su cumplimiento forzoso, ni determina el nacimiento de una indemnización por daños. Como mucho obliga al perjudicado a soportar las consecuencias negativas que se concretan en tener que tolerar la reducción de a indemnización que puede reclamar al causante del daño. La cuestión se desvincula de la esfera de los deberes jurídicos para situarse en el terreno de las cargas.”, pág. 868. En el mismo sentido, Miquel MARTÍN CASALS, “A través del espejo: concurrencia de culpa de la víctima y culpa del causante del daño”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004, pág. 2479.

⁴⁷⁷ W. Page KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., pág. 474: “There is some debate over what is to be compared under comparative negligence, negligence or causation. The problem in certain respects is one of terminology. Causation in fact is an absolute concept, which by its nature is incapable of being divided into comparative degrees –it either exists or it does not. The adoption of comparative negligence, therefore, should not affect this preliminary determination.

Once causation in fact has been established, however, the determination of proximate or legal cause remains a question of policy that may be susceptible to proportionate division.”

⁴⁷⁸ Desde un punto de vista complementario, William LANDES y Richard POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1987, pág.39: “(...) the law compares the injurer’s and victim’s cost of avoidance implicitly and excuses the injurer’s negligence only when the victim’s conduct falls below what would have been due care if the injurer had been careful.”

problemas de distribución de responsabilidad entre agente y víctima y los que aparecen cuando son varios los agentes. El *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability* propone tratar los problemas de distribución (*apportionment*) de responsabilidad de forma unificada. Utiliza la rúbrica común de *Comparative responsibility* para referirse a la asignación de responsabilidad entre varios agentes y entre agente y víctima.

“Comparative responsibility has a potential impact on almost all areas of tort law. Sometimes comparative responsibility directly affects apportionment, such as when it determines the effect of a plaintiff’s negligence on his or her recovery. At other times, comparative responsibility can affect rules of apportionment, which in turn can affect other rules of tort law. (...) Comparative responsibility requires courts to coordinate liability rules and defences in ways that transcend the traditional boundaries between various torts.”

La consecuencia práctica de esta consideración conjunta de la distribución de responsabilidad en, como veremos en el último epígrafe de este apartado, accidentes unilaterales y bilaterales, es que las reglas de *Joint and several liability* y de *Contributory* o *Comparative Negligence* deben ser análogas. En el derecho de daños de los Estados Unidos de América plantean muchos y variados problemas prácticos las jurisdicciones en que ambas instituciones son aplicadas de forma diferente.⁴⁷⁹

La doctrina y jurisprudencia españolas no han considerado la responsabilidad solidaria como un supuesto de concurrencia de responsabilidades equivalente a la, denominada en nuestro país, compensación de culpas.

2. La situación en la legislación y jurisprudencia españolas

El Código civil español de 1889 no cuenta con una regla general que prevea la concurrencia de culpa de la víctima en el daño que sufre. Los artículos 1902 Cc. y ss. Se refieren sólo al causante y resulta muy forzado interpretarlos en clave de víctima negligente.

⁴⁷⁹ Un análisis de cada jurisdicción norteamericana y de los problemas que suponen las divergencias entre las reglas de negligencia comparativa y responsabilidad solidaria en, Henry WOODS, *Comparative Fault*, 2nd edition, The Lawyer Cooperative Publishing Co., San Francisco, 1987, (*Cumulative Supplement* de 1989), págs. 242 y ss.; y Victor E. SCHWARTZ, *Comparative Negligence*, 3rd edition, The Michie Company, Charlottesville, 1994, (*Cumulative Supplement* de 1994), págs. 299 y ss.

Existe una regla, incorporada a nuestro derecho de daños con la reforma del Código penal de 1995, que prevé una distribución de la responsabilidad entre causante y víctima en los casos de culpa concurrente. Se trata del artículo 114 CP⁴⁸⁰:

Si la víctima hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

Su consideración como una regla de carácter general y, sobre todo, su aplicación por la jurisprudencia civil se encuentra con los problemas a que ya hemos hecho referencia al tratar del artículo 116 CP (vid. *supra* apartado I del Capítulo segundo).

Existen, sin embargo, previsiones sectoriales. Así, el artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación del Vehículos de Motor:

(...) Si concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al reparto de la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes.

(...)

En la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración de justicia por la actividad de jueces y magistrados existe otra previsión sobre la conducta de la víctima que, sorprendentemente, prevé una regla de negligencia contributiva⁴⁸¹. Si concurre la culpa o el dolo de la víctima en el error judicial desaparece el derecho a la reclamación. La redacción actual de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio) así lo prevé en su artículo 295:

En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuvieran por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado.

El silencio de la ley no ha impedido que la jurisprudencia civil haya elaborado una doctrina al respecto. Con la denominación de ‘compensación de culpas’⁴⁸² nuestros

⁴⁸⁰ En el momento de escribir estas líneas no existe todavía ninguna decisión del Tribunal Supremo (Salas Primera y Segunda) que haya aplicado la compensación de culpas entre responsables civiles prevista en el artículo 114 CP.

⁴⁸¹ La jurisprudencia civil española cuenta con una doctrina propia que, en cierta manera, se inspira en los principios de la negligencia contributiva. Se trata de la exclusión de toda indemnización en los casos en que la víctima consintió o asumió el riesgo de la actividad que causó daños. Véase, Josep SOLÉ FELIU, “Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado”, *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004, págs. 3097 a 3123.

⁴⁸² Aunque también se emplea el término ‘conurrencia de causas’, véase FRANCISCO SOTO NIETO, “La llamada compensación de culpas”, *Revista de Derecho Privado*, 1968, págs. 409 a 427, para los diferentes términos empleados en la jurisprudencia y la doctrina. El término más adecuado parece el de ‘conurrencia de culpa de la víctima’. Como explica Miquel MARTÍN CASALS, “A través del espejo: conurrencia de culpa de la víctima y culpa del causante del daño”, cit., pág. 2473: “Teóricamente, la

jueces y magistrados han venido concretando la responsabilidad del agente y la indemnización a que cada uno tiene derecho en función de las respectivas contribuciones al daño⁴⁸³.

Los jueces y magistrados de nuestro país han encontrado el anclaje normativo de la doctrina de la compensación de culpas en el artículo 1103 Cc. Previsto para los supuestos de responsabilidad contractual, en los que tiene sentido que la responsabilidad prevea una regla de equidad para partes recíprocamente unidas por derechos y obligaciones, el citado artículo ha servido de base para construir la reducción de la indemnización de la víctima en función de su culpa. El artículo 1103 Cc. prevé que:

La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

El artículo, fuera del contexto de su precedente, que declara la exigencia incondicional de la responsabilidad por dolo (cfr. artículo 1102 Cc.) y de un sistema de responsabilidad contractual que cuenta con un artículo como el 1107 Cc., carece de sentido. Ha sido, con todo, el pretexto utilizado por los tribunales para cubrir la deficiencia del Código y encontrar un fundamento normativo a la compensación de culpas.⁴⁸⁴

conurrencia de culpa de la víctima puede diferenciarse del incumplimiento de mitigar los daños. En la primera, la actuación de la víctima contribuye a la producción del evento que causa el daño, con lo que la culpa concurre en el momento de la causación. El incumplimiento del deber de mitigar el daño, en cambio, se produce una vez ya ha sido causado y, por lo tanto, no puede afectar a su producción sino a su extensión". En el trabajo del profesor Martín puede consultarse, además, un estado de la cuestión en los países de la Unión Europea. Aunque, como explica Vicente L. MONTÉS PENADÉS, "Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004, págs. 2591 a 2627, la 'culpa' que se exige a la víctima no está exenta del proceso de objetivación que inició hace décadas la Sala Primera.

⁴⁸³ Como explica Joaquim BISBAL I MÉNDEZ, "La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso", *Revista de Derecho Mercantil*, 1983, págs. 75 a 124, "(...) la forma tradicional de hacer relevante el comportamiento de la víctima es a través del principio de la compensación de culpas. Este principio se puede aplicar de dos modos: como criterio estricto y como criterio moderador. En el primer sentido significa que la culpa de la víctima es motivo suficiente para exonerar de responsabilidad al causante; en el segundo significa que la culpa de la víctima es sólo un elemento que sirve para distribuir el coste del resarcimiento entre ésta y el causante.", pág. 103.

⁴⁸⁴ Las críticas de la doctrina son numerosas. Destacamos la de Josep SOLÉ FELIU, "La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", cit., pág. 902, "(...) la reducción de la indemnización responde fundamentalmente al grado de contribución al resultado y no a otras de carácter subjetivo. Por eso es desaconsejable acudir al artículo 1103 Cc. para fundamentar la deducción de la cuantía indemnizatoria, si dicha reducción quiere ampararse en la culpa concurrente de la propia víctima."; y la de Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 Cc.", cit., págs. 1977 y ss.

Con todo, y una vez denunciada la laguna legal, la principal crítica que puede dirigirse a la doctrina jurisprudencial no es la del fundamento normativo de la compensación de culpas en el derecho español. El problema más grave asociado a la compensación de culpas en nuestro sistema está en la falta de criterios jurisprudenciales sobre la repercusión económica que la culpa de la víctima puede tener en la reparación a que tiene derecho.⁴⁸⁵

Es de justicia reconocer que no es tarea fácil, que cada caso es un mundo y que cada víctima requiere un tratamiento individualizado. Sin embargo, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo según la cual la cuantificación del daño y, por tanto, la reducción de la indemnización llevada a cabo por la instancia, no son materia de casación ha convertido a la jurisprudencia española en la materia en una tómbola.

El Tribunal Supremo acude con frecuencia a la no revisión de las cuantías en casación. Así lo hizo, por ejemplo, con motivo de una reclamación por la negligencia profesional de un procurador, en el Fundamento Jurídico 3 de la STS, 1ª, 10.5.1996 (RJ. 3793): "(...) Respecto a la determinación del *quantum* indemnizatorio la jurisprudencia ha afirmado que el tema de las indemnizaciones producidas como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 1101, 1103 y 1902 Cc. no tiene acceso a la casación a menos que su determinación por el Tribunal *a quo* resulte manifiestamente errónea o ilógica."

3. *Accidente unilateral y accidente bilateral*

La intervención de la víctima obliga a modificar el funcionamiento de las reglas tradicionales del derecho de daños. En efecto, pensadas para el supuesto de responsabilidad individual (un agente - una víctima), las reglas de los Códigos europeos y las máximas de solución de casos del *Common law* funcionan mal cuando ambas partes del proceso son, a la vez, causantes y víctimas o cuando en alguna de ellas concurren varias personas⁴⁸⁶. Los problemas para encajar la responsabilidad solidaria de los causantes y los derivados de la compensación de culpas o

⁴⁸⁵ No sirve, en este caso, el remedio habitual a los elevados costes de observación del nivel de diligencia del causante de daños que es la responsabilidad objetiva: se responde por la causación del daño y no es necesario evaluar los comportamientos anteriores, posteriores o alternativos. Aquí el problema no está en el origen de la responsabilidad, sino en la distribución de sus consecuencias. Sobre los problemas de determinación del nivel de cuidado, véase, Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, cit., págs. 217 y ss.

⁴⁸⁶ Véase, Luis DíEZ-PICAZO, "La responsabilidad civil hoy", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pág. 728 y Génévieve VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuell*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965.

Comparative negligene dan buena razón de la insuficiencia de las normas del derecho de daños para resolver muchos de los conflictos que se les plantean.

Parece aconsejable, por tanto, distinguir los supuestos de causación unilateral de daños y de los de causación bilateral. En los primeros sólo los potenciales causantes pueden hacer algo por evitar el daño y sólo las potenciales víctimas pueden sufrirlo. Asimilamos a la causación unilateral los supuestos en que las medidas de precaución que puede adoptar la víctima son minúsculas en comparación con las que competen al causante. En los segundos, los bilaterales, tanto los potenciales causantes como las potenciales víctimas pueden evitar, en mayor o menor medida y de forma equivalente, el daño causado.

La distinción puede resultar discutible en algunos casos. Por lo menos desde un punto de vista causal, todos los accidentes son bilaterales pues si el agente o la víctima desaparecen de la historia se esfuma el evento lesivo. Por este motivo, hablaremos de accidentes unilaterales y de accidentes bilaterales para obviar el refinamiento causal.

Pese a las posibles críticas, la distinción permite tratar por separado los casos de responsabilidad conjunta de causantes y víctimas de aquéllos otros en que un solo agente causa daños a una o varias víctimas. Esperamos que lo escrito hasta ahora en el trabajo justifique la adopción de un diferente punto de vista para ambas situaciones. Las reglas tradicionales del derecho de daños conviven mal con la pluralidad.

La distinción es relevante cuando se analiza junto al funcionamiento de las reglas de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva. No cabe duda que, por ejemplo, un principio de responsabilidad por culpa provocará efectos muy diferentes entre los potenciales causantes de daños, que saben que no responderán si observan la norma de cuidado, y las potenciales víctimas, que saben que asumirán los daños por los que no responderán los causantes diligentes. En un régimen de responsabilidad objetiva, el comportamiento de las víctimas que saben que serán indemnizadas en todo caso complica la gestión de los accidentes bilaterales.⁴⁸⁷

En un accidente unilateral uno o varios causantes causan un daño a una o varias víctimas. Lo relevante no es el número de agentes o de dañados, sino que sólo los primeros podían evitar el daño, *rectius* adoptar las medidas de precaución previstas para evitarlo. Cuando todas las posibles medidas de precaución correspondían a la víctima que no las adoptó, se habla de 'culpa exclusiva de la víctima' y se le niega todo derecho a una indemnización por los daños que sufre. El esquema es el mismo: sólo una de las partes de la relación que une a causante y a víctima pudo evitar el accidente.

⁴⁸⁷ La explicación de referencia sobre los efectos sobre la prevención de accidentes de las reglas de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva en accidentes unilaterales y bilaterales es Steven SHAVELL, *Foundation of Economic Analysis of Law*, cit., págs. 177 y ss.

El ejemplo clásico de accidente unilateral es el del daño causado por negligencias médicas. La víctima que yace anestesiada en la mesa de operaciones no puede influir en la actividad del equipo médico que la atiende: como reconoce el lenguaje coloquial el paciente está, en esos casos, “en manos del médico”.

La STS, 1ª, 26.9.1997 (RJ. 6458) desestimó el recurso del Instituto Nacional de Salud contra la sentencia que le condenó por la negligencia de uno de los médicos de su plantilla. La actora se había sometido, a principios de año 1984, a una operación de extirpación de un quiste ovárico en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza. Un pequeño tornillo (4x3 mm.) se soltó de uno de los aparatos empleados durante la intervención y fue a parar al abdomen de la actora sin que el cirujano ni sus ayudantes se percataran. Tiempo después, unas radiografías realizadas con motivo de un accidente doméstico delataron la presencia del tornillo. En junio de 1987, operaron de nuevo a la actora para retirárselo. La intervención no fue sencilla: tras más de tres años en el interior de la víctima, el tornillo se había adherido al útero de la demandante y fue preciso practicar una histerectomía. La víctima demandó al cirujano de la primera intervención y al Instituto Nacional de Salud. En la demanda solicitaba una indemnización de 60.000 euros que le concedió la primera instancia y confirmó la Audiencia Provincial de Zaragoza.

En la segunda categoría, la de los accidentes bilaterales, todos pudieron hacer algo para evitar el daño causado y, por lo tanto, todos pueden ser, al menos en parte, agentes del accidente; no es preciso, sin embargo, que todos hayan sufrido daños. Son típicamente bilaterales los casos en que la víctima actúa de forma negligente.

El caso de la STS, 1ª, 18.12.1997 (RJ. 9101) es un ejemplo de negligencia de la persona que acabó sufriendo el daño, en este caso la muerte. La víctima, electricista profesional, falleció mientras reparaba el problema eléctrico de un restaurante. La instalación eléctrica era muy deficiente: carecía de toma de tierra y de aislantes de seguridad y el electricista murió electrocutado. La esposa y el hijo del fallecido demandaron al propietario del local y titular de la línea eléctrica. Solicitaban una indemnización de 60.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia redujo la indemnización a la mitad. La víctima era un profesional y debió haber tomado las medidas de precaución necesarias, que él debía conocer, para evitar el daño que finalmente sufrió. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron la decisión de la primera instancia.

La distinción es teórica y, por lo tanto, expuesta a los embates de la vida real que, en lo jurídico, no siempre atiende a formulaciones teóricas. Algunos accidentes que encajarían en la definición de unilaterales son convertidos en bilaterales por la jurisprudencia, que descubre deberes de diligencia en causantes y víctimas.

El caso extremo en el derecho español de daños es el de las víctimas arrolladas por un tren, aunque el Tribunal Supremo tiende a reconocer en todos los casos cierto nivel de

negligencia en RENFE⁴⁸⁸. Un buen ejemplo es la STS, 1ª, 22.9.1997: la víctima, que solía pasar por el lugar del accidente cuatro veces al día, cruzó en una ocasión fatal el paso a nivel con las barreras bajadas y las señales luminosas y acústicas en funcionamiento. En el pleito que siguió, su viuda consiguió 43.750 euros, una indemnización reducida, pero que da razón de la doctrina de la negligencia comparativa. La construcción de un paso elevado, dijo el Tribunal, “hubiera agotado la diligencia exigible” (F. J. 2): muchos pasos están descuidados, mal señalizados o situados en tramos de pésima visibilidad, pero por encima de todo, en España los pasos a nivel se consideran intrínsecamente peligrosos y por imprudente que hubiera sido el comportamiento de la víctima, casi siempre ha lugar a condenar al ferrocarril.

Lo que nos interesa destacar, de todos modos, es que, por definición, sólo podemos hablar de compensación de culpas o *Comparative negligence* en los accidentes bilaterales. En accidentes unilaterales no puede haber intervención alguna de la víctima.

En accidentes bilaterales, el comportamiento una de las partes, dependerá, normalmente, del comportamiento de la otra. La posible interdependencia de las acciones de las partes implica que debe existir un equilibrio en el que ninguna de las partes quiere cambiar su comportamiento dado el de la otra.⁴⁸⁹ En los accidentes bilaterales no hay un único *least cost avoider* que pudiera evitar el accidente pues, de nuevo por definición, ambas partes tuvieron una última oportunidad de evitar el accidente.

Bajo esta regla, si agente y víctima actuaron por debajo del nivel de cuidado, cada parte carga con la fracción de coste del accidente que corresponda a su imprudencia. La víctima, por tanto, asume parte del daño que sufre y el agente no debe indemnizar todo el que causó.

La compensación de culpas implica la distribución de la responsabilidad. Igual que la responsabilidad solidaria. La primera entre agente y víctima; la segunda entre los varios responsables del daño. En ambas situaciones, varias personas son responsables del daño y en ambas hay que distribuir la reparación del daño entre ellas. Las dos instituciones, compensación de culpas y solidaridad, son supuestos de responsabilidad conjunta.

⁴⁸⁸ Véase, Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Trenes”, *InDret* 1/00, del que se toma el resumen del caso.

⁴⁸⁹ Para un desarrollo matemático del equilibrio pueden consultarse, Daniel RUBINFELD, “The Efficiency of Comparative Negligence”, 16 *The Journal of Legal Studies* 375 (1987); Avon K. LEONG, “Liability Rules when Injurers as well as Victims Suffer Losses”, 9 *International Review of Law and Economics* 105 (1989); Robert COOTER y Thomas ULEN, “An Economic Case for Comparative Negligence”, 81 *New York University Law Review* 1067 (1986); y, Tai-Yeong CHUNG, “Efficiency of Comparative Negligence: A Game Theoretic Analysis”, 22 *The Journal of Legal Studies* 395 (1993).

La principal consecuencia de la doctrina iniciada por *Davies v Mann* fue la introducir a la víctima en el ámbito de responsables del daño que sufre y abrir la puerta, por tanto, a futuras ampliaciones de ese ámbito como, de forma señalada, la responsabilidad solidaria. *Davies v. Mann* indica el inicio del cambio de modelo de la responsabilidad civil: de unilateral a bilateral.

Así se explica que la doctrina norteamericana haya analizado, con frecuencia, ambas figuras a la vez. De hecho, no se puede entender el desarrollo de la doctrina de la *joint and several liability* sin analizar su paralelismo con la formación de la doctrina de la *Comparative Negligence*⁴⁹⁰. De hecho, analíticamente son idénticas⁴⁹¹: en los dos supuestos hay que distribuir el daño entre varios agentes responsables y hacer responder a cada uno de una parte; tendencialmente, de la parte que más se ajuste a su contribución.

No todos los supuestos de responsabilidad solidaria son accidentes bilaterales. Cabe que un accidente unilateral sea atribuible a un grupo. Así, por ejemplo, el accidente de caza que se imputa a toda la partida (suponiendo, claro está, que la víctima no contribuyó a su causación), o el accidente causado por un equipo médico que se atribuye solidariamente a sus miembros. Sin embargo, en algunos casos es difícil distinguir accidente bilateral y responsabilidad solidaria. Así, sucede, por ejemplo, en el caso de colisión entre dos vehículos en marcha que causan, además, daño a un tercero. Las fronteras entre la compensación de culpas y la responsabilidad solidaria son difusas cuando, en un accidente bilateral, varias personas componen una de las partes que podría haber evitado el daño, o parte de él. Entonces, solidaridad y compensación de culpas, *joint and several liability* y *comparative negligence*, se solapan.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Marc A. FRANKLIN y Robert L. RABIN, *Tort Law and Alternatives*, 7th edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, resumen bien el proceso: "The advent of comparative negligence was meant to modify the perceived harshness to plaintiffs of the all-or-nothing aspect of contributory negligence. But once comparisons were permitted between plaintiff and defendant, the argument was put forward that if was as appropriate to make similar comparisons among defendants - and then to have each party to the accident bear only the share attributable to his or her fault." , pág. 370; y Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., "With the advent of comparative fault, responsibility can be allocated in different percentages to each defendant. And where joint and several liability is deemed offensive, each defendant can be held liable for his share of the total fault and no more." , pág. 494.

⁴⁹¹ William L. LANDES y Richard A. POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", cit., pág. 518.

⁴⁹² Por este motivo algunos autores, por ejemplo, Glanville WILLIAMS, *Joint Tortfeasors and Contributory Negligence*, op. cit., proponen el término de *Comparative fault* para referirse a estos supuestos. El *Restatement of the Law, Third: Torts. Apportionment of Responsibility*, sugiere el término *Comparative responsibility* que deberá sustituir, así, al clásico de *Comparative negligence*.

Cuando esto suceda, los criterios empleados por el juez para distribuir la responsabilidad entre agentes y víctima deberán ser los mismos que los utilizados para decidir la cuota de responsabilidad de cada agente solidario.⁴⁹³

Así se entiende, por ejemplo, que una de las cinco soluciones que propone el *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability* sea la de aplicar la responsabilidad solidaria a los varios causantes de un daño pero, cuando la insolvencia de alguno de ellos deba distribuirse en función de las respectivas contribuciones al daño, sumar a la víctima en el reparto (*Track C*). Se supone que, en el fondo, la víctima es un responsable solidario más.

Como la compensación de culpas debe realizarse necesariamente *ex post facto*, pues antes de causado el accidente no tiene sentido una regla que prevea con carácter general cómo deberá distribuirse el daño en los accidentes bilaterales, las reglas de solidaridad *ex ante* que dispongan una distribución por partes iguales entre responsables pueden generar problemas de aplicación.

Hay que aplaudir las decisiones del Tribunal Supremo español, que, en casos de concurrencia de varios agentes en un accidente bilateral distribuyen la responsabilidad de cada uno –causantes y víctimas– en función de las respectivas contribuciones al daño causado. Por el mismo motivo, hay que criticar la jurisprudencia que, descontada la parte de daño que corresponde a la víctima, impone la responsabilidad solidaria al resto de agentes sin determinar las respectivas cuotas de responsabilidad.⁴⁹⁴

II. Solidaridad y concurrencia causal

1. Daño distinto o divisible y daño indistinto o indivisible

En los accidentes bilaterales, la reparación debida por el daño se reparte entre agente y víctima en función de los respectivos niveles de contribución al desastre. La distribución se realiza en el momento de decidir la indemnización: la sentencia determina qué parte del daño puede ser puesta a cargo del agente o agentes y la

⁴⁹³ Durante años se defendió en el *Common law* la distinción de ambas figuras. Así, por ejemplo, Glanville WILLIAMS, *Joint Torts and Contributory Negligence*, cit., pág. 398: "(...) Joint judgments were invented for the benefit of innocent plaintiffs suing joint tortfeasors, and are not suitable where the plaintiff is himself a tortfeasor to actions by his fellow tortfeasors."

⁴⁹⁴ Josep SOLÉ FELIU, "La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", cit., pág. 898: "Cuando en la causación del daño, junto a la conducta negligente de la víctima, concurren diversos coagentes, la jurisprudencia española reduce la parte correspondiente a la participación de la víctima del *quantum* total de los daños y, en lo que respecta a la porción restante, impone una responsabilidad solidaria entre todos los coagentes."

indemnización que corresponde a esa porción del daño. La víctima, de acuerdo con el nivel de su contribución, ve reducidas, en mayor o menor medida, sus expectativas de reparación integral del daño que ha sufrido. Las operaciones no pueden discurrir de otra forma, pues se trata de un mismo daño, el que sufre la víctima, que ha de repartirse entre sus causantes: demandante y demandado cuando, como en el supuesto que ahora analizamos, se puede apreciar la concurrencia de culpas de ambos.

El razonamiento no es exclusivo de la *Comparative negligence* o de la concurrencia de culpas. Es una manifestación más del principio general del derecho de daños conforme al cual debe existir una equivalencia entre el comportamiento del responsable y su responsabilidad. La solidaridad, en cuanto que supone la responsabilidad de cada uno de los agentes por todo el daño causado, vendría a ser una excepción a ese principio de responsabilidad individual.

La justificación de la solidaridad se ha buscado en la imposibilidad de identificar las contribuciones individuales de los responsables al daño que sufre la víctima. La solidaridad vendría a ser, así, la solución a los casos en que no pueden establecerse las culpas respectivas o los cursos causales puestos en marcha por cada uno de los agentes y su repercusión en el daño finalmente causado⁴⁹⁵. La afirmación tiene un sentido especial, normativo, si se puede hablar así, en un sistema, como el español, que impone el principio general de división de la deuda entre los deudores. Cuando no puedan individualizarse las responsabilidades, la solución de defecto es la solidaridad.

Hasta aquí el argumento es, a nuestro parecer, intachable. La responsabilidad individual, ya lo hemos dicho en otros apartados del trabajo, debe prevalecer. Desechada la idea de que la solidaridad se justifica por la mayor garantía que concede a la víctima (pues esa función la cumple mejor el seguro), o que ha de cumplir funciones cercanas a la sanción o al incumplimiento de deberes de control (pues eso

⁴⁹⁵ Así, por todos, Simon DEAKIN, Angus JOHNSTON y Basil MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, cit., págs. 850 y 851: "Where different tortfeasors cause different damage to one claimant, the torts are independent and each person is liable for the damage he inflicts. Where tortfeasors cause the *same* damage they may either be *joint tortfeasors* or *several concurrent tortfeasors*. Tortfeasors are 'joint' in cases of express authorisation or instigation: principal and agent; vicarious liability; the liability of an employer and an independent contractor; the liability of tortfeasors who act in breach of a joint duty; and tortfeasors who act in pursuance of a common design. (...) In joint liability each tortfeasor is liable for the full amount of the claimant's loss but there is only one tort and so the cause of action against each one is the same and is supported by the same evidence." Cursivas en el original. En la doctrina española es frecuente la referencia a la solidaridad como la regla de responsabilidad propia de los supuestos en que varios sean responsables de un mismo daño. Así, y además de las referencias legales ya transcritas en el trabajo, entre las referencias doctrinales más recientes, Esther GÓMEZ CALLE, "Los sujetos de la responsabilidad. La responsabilidad por hecho ajeno", en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pág. 409.

lo hacen mejor las responsabilidades subsidiaria y directa), queda a la solidaridad dar una respuesta a los daños que no pueden atribuirse de forma individual, de forma directa o de forma subsidiaria.

Así sucederá, se afirma, cuando varios agentes hayan causado el mismo daño. Hemos comprobado en el apartado III.1 del capítulo segundo de este trabajo que algunas reglas legales prevén la solidaridad por la causación del mismo daño (así, el artículo 7 LRCF), el resto, aunque no hagan mención explícita a la responsabilidad por el mismo daño, presuponen ese carácter en el perjuicio que sufre la víctima. El supuesto de hecho de todas esas normas es el de un daño (el mismo) causado por varios agentes.

La jurisprudencia civil española, como se ha visto, ha partido del concepto de 'causación del mismo daño' para construir la figura de las obligaciones *in solidum* o solidaridad impropia: la imposibilidad de división de la responsabilidad entre los causantes justifica para el juez o tribunal la imposición de un régimen similar al de la responsabilidad solidaria. En ocasiones aplica sin más, como se ha visto, la responsabilidad solidaria. En ambos casos, el razonamiento que subyace a la decisión del juez o tribunal es el mismo: si varios agentes concurren en la causación de un daño pero no puede precisarse la proporción en que lo hace cada uno, todos ellos responderán solidariamente.

La expresión 'el mismo daño' significa que el daño es "idéntico, no otro; exactamente igual" y, por tanto, indistinto, es decir, "que no se distingue de otra cosa; que no se percibe clara y distintamente". El mismo daño será, por tanto, un daño indiviso: "no separado o dividido en partes" y en el que existe, por tanto, unidad de sus elementos, "no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere".⁴⁹⁶

El adjetivo demostrativo 'lo mismo' (*idem*) designa la relación existente entre dos o más realidades o conceptos que siendo diferentes bajo ciertos aspectos se unifican, sin embargo, según otros. 'Lo mismo' designa aquello que es idéntico, pero que no es la misma cosa o realidad. Se relaciona, por tanto, con la tensión que existe entre la unidad y la multiplicidad, la semejanza y la desemejanza. Como explicó Wittgenstein, decir que dos cosas son idénticas (lo mismo) no tiene ningún sentido, pues si son lo mismo se trata de la misma cosa; y decir que algo es igual a sí mismo es una tautología. La solución está en definir el criterio de identidad que relaciona a dos objetos: la identidad puede ser cuantitativa, en cuyo caso 'lo mismo' indica un criterio de identidad numérica, o puede ser cualitativa, pero en ese caso hay que justificar por qué motivo dos objetos o realidades que son 'lo mismo' no son 'el mismo' objeto o realidad.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ Las definiciones son de la Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Madrid, Espasa, 2001.

⁴⁹⁷ Véanse las voces "Identity", "Identity, criterion of", "Identity, the paradox of", y "Identity of indiscernibles" de Ted HONDERICH (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, op.cit.

Identidad es lo mismo que unidad, y ésta es la negación de la división. Cuando nos referimos 'a responsabilidad por el mismo daño' queremos decir que se ha causado un único daño que no puede ser dividido. De todos modos, como en seguida veremos, quienes acuden a la teoría del 'mismo' daño no especifican si la imposibilidad de división se refiere al daño, a sus consecuencias o a las causas que lo produjeron.

La identidad o unidad del daño está explícitamente presente en muchas de las regulaciones de la solidaridad entre los responsables del daño que se han analizado hasta ahora. En todas ellas es común el razonamiento que asocia la solidaridad a la causación de un mismo daño por varias personas.

Así lo declara, de forma general, la *Section 1 (1)* de la *Civil Liability (Contribution) Act* de 1978 cuando define su ámbito de aplicación:

Subject to the following provisions of this section, any person liable in respect of any damage suffered by another person may recover contribution from any other person liable in respect of the same damage.

La *Section 3* de la *Civil Liability (Contribution) Act* prevé una regla procesal que supone la unidad del daño por el que varios agentes responden de forma solidaria:

Judgment against any one person shall not be a bar to an action or its continuance, against any other person jointly liable in respect of the same damage.

El artículo 10:102 de los *Principles of European Contract Law*⁴⁹⁸ prevé la solidaridad de los responsables del daño cuando hayan causado el mismo daño en su apartado segundo:

1. *If several debtors are bound to render one and the same performance to a creditor under the same contract, they are solidarily liable, unless the contract or the law provides otherwise.*
2. *Solidary obligations also arise where several persons are liable for the same damage.*
3. *The fact that the debtors are not liable on the same terms does not prevent their obligations from being solidarily.*

Parece, en las regulaciones europeas, que la identidad o unidad del daño en las obligaciones extracontractuales es el equivalente de la unidad o identidad de la prestación en la solidaridad de las obligaciones negociales.

Al otro lado del Atlántico, el *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability* dedica su §26 a los criterios de divisibilidad del daño. El título del párrafo es *Apportionment of liability when damages can be divided by causation*:

⁴⁹⁸ Hugh BEALE, Ole LANDO, Reinhard ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law*, op. cit.

a) *When damages for an injury can be divided by causation, the factfinder first divides them into their indivisible component parts and separately apportions liability for each indivisible component part under Topics 1 through 4.*

b) *Damages can be divided by causation when the evidence provides a reasonable basis for the factfinder to determine:*

(1) that any legally culpable conduct of a party or other relevant person to whom the factfinder assigns a percentage of responsibility was a legal cause of less than the entire damages for which the plaintiff seeks recovery and,

(2) the amount of damages separately caused by that conduct.

Otherwise, the damages are indivisible and thus the injury is indivisible. Liability for an indivisible injury is apportioned under Topics 1 through 4.

Los *Topics 1 through 4* contienen, entre otras, las cinco propuestas de regulación de la responsabilidad conjunta que ya hemos comentado *supra* en el apartado I.2 del capítulo tercero.⁴⁹⁹

La interpretación de la regla, la última del *Restatement*, no es sencilla. El §26 no especifica si la regla de la divisibilidad se aplica a la relación interna entre codeudores solidarios o a la externa entre éstos y la víctima. Si se trata de una regla de responsabilidad interna, la regla de la división propone soluciones a la distribución de la responsabilidad entre corresponsables. En ese caso, entraría en conflicto con alguna de las propuestas de regulación de la solidaridad, que ya prevén su propio sistema de distribución interna de la responsabilidad, y a las que el propio §26 se remite. Parece que se trata, por tanto, de una regla de responsabilidad solidaria, de relación externa, que impone al operador jurídico, en primer lugar, la descomposición del daño divisible en unidades irreductibles y, en segundo lugar, y en caso de que sean varios los responsables de alguna de esas unidades, aplicar entonces las reglas de responsabilidad conjunta que haya adoptado cada estado. Así lo explica el *Comment a*: “Divisible damages are first divided by causation into indivisible parts, and then each indivisible part is apportioned by responsibility”⁵⁰⁰. El párrafo final del artículo remite directamente a aquella de las cinco reglas de solidaridad que sea aplicable al supuesto de responsabilidad conjunta en el estado en que se juzgue el caso.

El *Comment f* define lo que debe entenderse por daño divisible y por daño indivisible a los efectos del §26: “Whether damages can be divided is a question of fact. The fact that the magnitude of each indivisible component part cannot be determined with precision does not mean that the damages are indivisible. All that is required is a

⁴⁹⁹ Las enunciamos a continuación. Track A: Joint and Several Liability; Track B: Several Liability; Track C: Joint and Several Liability with Reallocation; Track D: Hybrid Liability Based on Threshold Percentage of Comparative Responsibility; Track E: Hybrid Liability Based on Type of Damages. (vid. *supra* Capítulo tercero).

⁵⁰⁰ American Law Institute, *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability* §26, pág. 320.

reasonable basis for dividing the damages. Divisible damages can occur in a variety of circumstances. They can occur when one person caused all of the damages and another person caused only part of the damages. They can occur when the parties caused one part of the damages and nontortious conduct caused another part. They can occur when the nontortious conduct occurred before or after the parties' tortious conduct. They can occur in cases involving serial injuries, regardless of the length of time between the injuries. They can occur when the plaintiff's own conduct caused part of the damages.

Dividing damages by causation among different tortious acts by the same person may be required. When a person commits two or more tortious acts that cause different parts of the damages, each tortious act is treated separately."⁵⁰¹

El *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability* §26 tiene su precedente el §433A del *Restatement of the Law, Second: Torts* de 1965. La regla disponía, en términos parecidos a la vigente:

1. *Damages for harm are to be apportioned among two or more causes where:*

(a) *there are distinct harms, or*

(b) *there is a reasonable basis for determining the contribution of each cause to a single harm.*

2. *Damages for any other harm cannot be apportioned among two or more causes.*

La solidaridad es, por tanto, la solución para los casos en que los comportamientos de varias personas hayan causado un (mismo) daño por el que la víctima exige una reparación. Así, parece que el mundo de los daños que pueden sufrir las víctimas potenciales de accidentes se divide en daños divisibles (distintos) y en daños indivisibles (indistintos). Los primeros deberían resolverse conforme a las reglas de la responsabilidad individual y los segundos, a falta de otra solución, mediante el recurso a la responsabilidad solidaria. El criterio de la pluralidad de causantes o de responsables pasa entonces a un segundo plano pues, aun concurriendo varios agentes, si el daño que causan puede dividirse entre ellos, no deberían aplicarse las reglas de la responsabilidad solidaria. Quienes causen daños distintos (pese a su

⁵⁰¹ American Law Institute, *Restatement Third: Torts, Apportionment of Liability* §26, págs. 323 y 324. Sin embargo, el mismo *Restatement* admite la dificultad práctica de las reglas que propone: "Problems can arise when the evidence of who caused what part of the damages is uncertain or the number of component parts is in dispute". Traslada la solución de los problemas al jurado, aunque reconoce que tampoco es una solución definitiva: "These administrative difficulties could be avoided by asking the jury to find the plaintiff's aggregate damages and then assigning a single set of percentages to all persons who caused at least part of the damages, taking into account evidence of causation and comparative responsibility. However this solution can create problems of its own." , pág. 322.

origen común) responderán individualizadamente y quienes causen daños que no puedan individualizarse, responderán de forma solidaria.⁵⁰²

La cuestión que se plantea entonces es la de decidir en qué casos la reclamación contra varios responsables habrá de decidirse mediante la suma de responsabilidades individuales y en qué casos será de aplicación la responsabilidad solidaria. Los *Principles of European Tort Law*⁵⁰³ disponen una regla que intuye los problemas de determinación de la indivisibilidad del daño. Se presume tal condición en todos los daños causados por varias personas, salvo que alguna de las partes en el proceso pruebe que todo o una parte del daño puede atribuirse de forma exclusiva a algunos responsables. Así lo prevén las reglas del artículo 9:101:

1. *Liability is solidary where the whole or a distinct part of the damage suffered by the victim is attributable to two or more persons. Liability is solidary where:*

a) *a person knowingly participates in or instigates or encourages wrongdoing by others which causes damage to the victim; or*

b) *one person's independent behaviour or activity causes damage to the victim and the same damage is also attributable to another person.*

c) *a person is responsible for damage caused by an auxiliary in circumstances where the auxiliary is also liable.*

(...)

3. *Damage is the same damage for the purposes of paragraph (1)(b) above when there is no reasonable basis for attributing only part of it to each of a number of persons liable to the victim. For this purpose it is for the person asserting that the damage is not the same to show that is not. Where there is such a basis, liability is several, that is to say, each person is liable to the victim only for the part of the damage attributable to him.*

El carácter indistinto o indivisible ('el mismo', dicen las reglas transcritas) del daño como punto de partida de la responsabilidad solidaria tiene un incuestionable núcleo de verdad: la responsabilidad solidaria carece de sentido cuando personas diferentes, en el desarrollo de actividades distintas, causan daños diferentes. En ese caso,

⁵⁰² Aunque esa conclusión no está exenta de costes como demuestra la experiencia del derecho comparado. Véase, Tony WEIR, "All or nothing?", cit., pág. 523: "If there was one rule firmly established not only in the common law but in civilian systems as well, it was that any tortfeasor whose tort contributed to the occurrence of a single indivisible harm was liable for the whole of such harm, subject only to rules of remoteness or proximate cause. The rule that one was liable for the whole even if one's contribution was only partial was justifiable technically, since if two people kill a third, it is not the case that each has half-killed him, and it was proper in terms of policy in that it helped to procure the victim actually received compensation by saving him from the risk of the bankruptcy or unavailability of any of those liable. This aim unfortunately had the effect that the courts were increasingly tempted to render partial liabilities when their only fault was failure to prevent."

⁵⁰³ European Group on Tort Law, op.cit.

aunque todos los daños recaigan sobre la misma víctima no hay razón que justifique la responsabilidad solidaria.

Como hemos visto en el epígrafe anterior, la divisibilidad o indivisibilidad del daño se erige como criterio discriminador de la aplicación de la solidaridad, sobre todo, en los sistemas del *Common law*. No es de extrañar que sea así. Los ordenamientos del *Common law* han contado con la limitación histórica de una regla de *no contribution* (vid. *supra* apartado II.2 del capítulo tercero) que ha impedido tradicionalmente al corresponsable solidario que pagó toda la indemnización cobrar la parte que correspondía a sus compañeros. Se comprenden los esfuerzos legislativos por huir de la responsabilidad solidaria (*joint and several liability*).⁵⁰⁴

De todos modos, hay que replantearse el contenido de la expresión ‘responsabilidad solidaria por la causación del mismo daño’, pues su aceptación acrítica ha provocado y provoca la expansión de la solidaridad que padece el actual derecho de daños tanto en los sistemas continentales como en los del *Common law*. El mismo daño puede ser imputado a varios agentes que actúan de común acuerdo y de forma dolosa para causar el daño que sufre la víctima, pero el mismo daño es también el que se causa en situaciones de dependencia profesional o el que causa el asegurado y por el responde la aseguradora y ya hemos visto que la aplicación de la solidaridad no está justificada en todos los casos. La causación del mismo daño es un fundamento demasiado frágil para justificar la responsabilidad solidaria: explica muy poco sobre la conveniencia de que varias personas asuman, frente a la víctima, el deber de reparar el daño por completo:

- En primer lugar, porque la relevancia de la calificación de la responsabilidad de varios agentes como parciaria o como solidaria está en los derechos que se reconocen a la víctima que exige la indemnización. En la primera, la víctima habrá de demandar a cada responsable y exigir de cada uno el pago de la indemnización. En la segunda, es suficiente con que dirija su reclamación a uno solo y por toda la indemnización. En ambos casos, la indemnización debida por el daño sufrido por la víctima es siempre divisible y, por tanto, con independencia del carácter del daño, la prestación dineraria que lo repara siempre es susceptible de ser distribuida entre los corresponsables. Por este motivo, pese a la unidad del daño en los casos de concurrencia de culpas, nadie habla de responsabilidad solidaria entre causante y víctima.

⁵⁰⁴ También prevé la solidaridad para los supuestos en que se cause ‘el mismo daño’ la *Section 7* de la *Uniform Apportionment of Responsibility Act* propuesta por la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws* que hemos visto en el apartado II.2 del Capítulo tercero con motivo de las reglas de distribución de la responsabilidad e la relación interna. Véase, también, W. Page KEETON, et alii, *Proseer and Keeton on Torts*, cit., págs. 337 y ss.

- En segundo lugar, porque si las expresiones 'daño indivisible', 'mismo daño' o 'daño indistinto' quieren decir que el perjuicio sufrido por la víctima no es susceptible de división, por ejemplo, una lesión personal o la muerte, el ámbito de la solidaridad se amplía hasta el infinito: todos los potenciales causantes de daños de ese tipo lo serán siempre de forma solidaria, aunque las respectivas contribuciones sean perfectamente identificables.

Así sucede en la jurisprudencia española que, como hemos visto, aplica indiscriminadamente la responsabilidad solidaria cuando varias personas son demandadas a la vez por un mismo daño. Responden así de forma solidaria con el causante material del perjuicio, la compañía de seguros y la persona de quien depende.

- En tercer lugar, si el criterio de distinción entre daños divisibles y daños indivisibles hay que buscarlo en las respectivas contribuciones causales tenemos un problema pues, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, cualquier contribución causal al daño debe considerarse causa del mismo. Las teorías de la causalidad no aportan criterios para distinguir la eficacia de cada comportamiento en el resultado final. Si la solidaridad depende de la posibilidad de individualizar contribuciones causales habrá que concluir que, siempre, todos los potenciales responsables de un daño son solidarios, pues todos fueron causa del daño que sufre la víctima.⁵⁰⁵

Por otro lado, hay que preguntar a los defensores de la existencia de daños indivisibles si con ello se refieren al daño que ha sufrido la víctima o a la distribución de la responsabilidad entre sus causantes. Lo que está claro es que un daño no puede ser indivisible en un caso y divisible en el otro. Si el carácter indivisible del daño impide que la víctima pueda demandar por separado a cada uno de los causantes, habrá que admitir la solidaridad como regla general del derecho de daños pues todos los daños son 'el mismo' para quien los sufre. Si la indivisibilidad se refiere a la explicación causal: no puede dividirse la responsabilidad por los daños que sólo se

⁵⁰⁵ "Causation itself is difficult enough; degrees of causation would really be a nightmare", CHAPMAN, 64 *Law Quarterly Review* 26 (1948). Reconocen la dificultad de dividir la causalidad en grados H. L. A. HART y Tony HONORÉ, *Causation in the Law*, cit., pág. 233: "Can meaning be attached to 'degrees of causation'? There are some indications in ordinary speech that it can. An event is often, outside the law, said to be caused partly by one factor and partly by another, or more by one thing than another, or mostly by a particular factor. (...) This involves an assessment of the chances of harm, in normal circumstances, given a particular act and also of the probable gravity of the harm if it occurs. How the gravity of harm is to be measured is fortunately not a causal problem, but, assuming that common sense provides ways of making the assessment, it is easy to see that degrees of causation can be given a factual, though inescapably vague, interpretation in terms of the more or less dangerous character of particular factors. If, then, 'degrees' of responsibility are to be interpreted in causal terms the most rational basis for apportionment becomes the relatively dangerous character of the acts of the various tortfeasors or of plaintiff and defendant."

explican por la intervención de todos sus agentes, habrá que negar la posibilidad de distribuir la responsabilidad entre agente y víctima cuando la última sea responsable de parte del daño que sufre. Si la indivisibilidad del daño es eficaz sólo en las relaciones entre agentes y víctima no se comprende el razonamiento que hace posible su división entre los primeros una vez satisfecha la indemnización.⁵⁰⁶

El lector puede compartir nuestras dudas tras leer uno de los ejemplos que el *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability* del año 2000 propone para ilustrar su concepto de daño divisible:⁵⁰⁷

A negligently parks his automobile in a dangerous location. B negligently crashes his automobile into A's automobile, damaging it. When B is standing in the road inspecting the damage, B is hit by C, causing personal injury to B. B sues A and C for personal injury and property damage.

El propio *Restatement* propone la solución del caso. "B's negligent driving and A's negligent parking caused damage to B's automobile. A's negligent parking, B's negligent driving, B's negligent standing in the road, and C's negligent driving caused B's personal injuries. The factfinder determines damages separately for B's automobile and B's person. The factfinder assigns separate percentages of responsibility to A and B for damage to B's automobile, considering A's parking and B's driving. A's and B's percentage add to 100 percent. The factfinder assigns a separate percentage of responsibility to A, B, and C for B's personal injury, considering A's parking, B's driving, B's standing in the road and C's percentages add 100 percent. After applying the rules in Topics 1-4 to each component injury, the court determines A's and C's liability to B by adding each party's liability for each component injury." Sobran comentarios.

Hasta este momento, el trabajo ha soslayado la referencia a la responsabilidad solidaria como consecuencia de la causación de un mismo daño por varios agentes. Se ha hablado de la responsabilidad por el daño que sufre la víctima, en general. La

⁵⁰⁶ Los intentos de definir la divisibilidad del daño desde la causalidad no son satisfactorios y llevan a las situaciones descritas en el texto. H. L. HART y Tony HONORÉ, *Causation in the Law*, cit., págs. 225 y 226 definen el daño divisible en los siguientes términos: "Harm may be divisible in two ways. First, it may consist in damaged things separately identifiable or measurable by number, quantity, weight, length, etc., so many items. Here the total harm is either plainly divisible into separate items or has extensive magnitude. When this is so, some identified part of the harm may be found to have been caused by one act alone and such part is accident then termed 'severable' (...) Secondly, the total harm may be an intensive magnitude, e. g. we speak of more or less pain, suffering, or disturbance of plaintiff's comfort and enjoyment of land, but since there are no units of measurement we cannot say by exactly how much a particular factor has increased the pain, etc." Los autores, han de acabar reconociendo que "The prime difficulty in most of these cases is simply one of evidence.", pág. 227.

⁵⁰⁷ American Law Institute, *Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability* §26, *Comment a*, págs. 321 y 322.

prudencia deriva de los diferentes sentidos que puede tener la expresión 'el mismo daño' en circunstancias en que concurren varios agentes:

- En un primer sentido, 'el mismo daño' puede referirse a los bienes a los que afectó el comportamiento de los agentes. Así, habrá que entender que cuando el comportamiento afecte a bienes distintos, identificables e individualizables el daño causado no será el mismo sino que habrá tantos daños como bienes afectados.
- En un segundo sentido, la expresión 'el mismo daño' puede referirse a la posibilidad de identificar los cursos causales puestos en marcha por cada uno de los responsables. En ese caso, serían daños distintos los que se debieran a causas identificables y separables. Serían, por el contrario, el mismo daño los que fueran consecuencia del mismo curso causal, aunque haya sido puesto en marcha por varios agentes y haya afectado a bienes diferentes de la víctima.
- En un tercer sentido, 'el mismo daño' puede referirse a las consecuencias del comportamiento de los agentes. Serían el mismo daño las consecuencias que no pudieran distribuirse entre ellos y serían daños distintos aquellos cuyas consecuencias fueran divisibles. Cuesta imaginar casos en que el daño pueda ser 'el mismo' en atención a sus consecuencias pues, como se ha dicho, éstas se traducirán normalmente en una indemnización pecuniaria que, por definición, es siempre divisible. En este tercer sentido referido a las consecuencias, el daño será, casi siempre, divisible y se podrá hablar, pues, de tantas reparaciones del daño como obligaciones indemnizatorias haya.

Aparecen ejemplos de consecuencias indivisibles conforme nos alejamos de la reparación de daños y nos adentramos en las medidas restitutorias del bien afectado. Allí sí que es posible encontrar ejemplos que obligan a todos los causantes a actuar de forma conjunta pues el bien afectado y que ha de restituirse es el mismo. Así, el artículo 111.1 CP (ya citado, vid. *supra* apartado II.2 del Capítulo segundo), dispone una obligación de restitución *in natura* que, en caso de recaer sobre varias personas, será indivisible.

Los tres posibles sentidos de la expresión 'el mismo daño' anudada a la responsabilidad solidaria se confunden con frecuencia. Así, el *Restatement of the Law, Second: Torts* del año 1965 proponía el siguiente ejemplo como un caso de daño divisible⁵⁰⁸:

If two defendants independently shoot the plaintiff at the same time, and one wounds him in the arm and the other in the leg, the ultimate result may be a badly damaged plaintiff in the hospital, but it is still possible, as a logical, reasonable, and practical

⁵⁰⁸ American Law Institute, *Restatement Second, Torts* §433 A, *Comment b*, pág. 435.

matter, to regard the two wounds. The mere coincidence in time does not make the two wounds a single harm, or the conduct of the two defendants one tort.⁵⁰⁹

El ejemplo ha desaparecido en la actual versión del *Restatement*, que propone, como se ha visto, un caso de actuación de dos agentes independientes y no un daño causado por una acción simultánea. Veremos en seguida la diferencia. En el ejemplo de 1965 no queda claro si la base de la división del daño entre ambos causantes ha de buscarse en los bienes a los que afectaron las acciones de cada uno de los agentes, en la posibilidad de identificar los respectivos cursos causales o, por último, en las consecuencias seguidas al accidente.

Procede, por tanto, replantear el concepto de 'causación de un mismo daño' como requisito de la responsabilidad solidaria. Para ello aprovecharemos el núcleo de verdad del que parte la necesidad de que los responsables solidarios lo sean por un mismo daño: la responsabilidad conjunta no deriva de la mera coincidencia temporal de acciones u omisiones de varios agentes, ni de la coincidencia en una misma víctima de daños procedentes de cursos causales diferentes. Así, carece de sentido, como hemos visto en la introducción a este capítulo, hacer responder al causante o causantes del daño de consecuencias imprevisibles, alejadas y desconectadas de su comportamiento. Debe existir cierta unidad lógica entre los cursos causales puestos en marcha por los agentes y el daño que sufre la víctima y esa unidad justifica la responsabilidad solidaria.

Pero esa unidad no viene dada por criterios de causalidad o de indivisibilidad objetiva del daño. La responsabilidad solidaria por un 'mismo daño' no puede resolverse con base en criterios naturalísticos, de contribuciones causales. Late, sin embargo, un fondo de verdad en la exigencia de un origen común del daño por el que varios agentes deben responder de forma solidaria, pero el origen de la responsabilidad no hay que buscarlo en susceptibilidad del daño para ser dividido (pues siempre lo será la obligación indemnizatoria que de él nace). La decisión entre parciariedad y solidaridad exige acudir a los comportamientos y no a sus consecuencias.

Desde este punto de vista, hay que abandonar las características del daño como requisito diferenciador y atender a los comportamientos de los agentes. Si el problema es decidir cuándo varios agentes deben responder de forma solidaria

⁵⁰⁹ El propio *Restatement Second, Torts* §433 A, *Comment b*, reconocía las dificultades de la solución que proponía: "There may be difficulty in the apportionment of some elements of damages, such as the pain and suffering resulting from the two wounds, or the medical expenses, but this does not mean that one defendant must be liable for the distinct harm inflicted by the other. It is possible to make a rough estimate which will fairly apportion such subsidiary elements of damages.", pág. 435. El mismo caso es un ejemplo de daño divisible para Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., pág. 1091; y para Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, "Sharing Damages among Multiple Tortfeasors", cit., págs. 853 y 854.

parece preferible atender al comportamiento que han llevado a cabo antes que a sus consecuencias.

De hecho, los problemas que se plantean en sede de distribución de la responsabilidad son idénticos, desde el punto de vista analítico, en los supuestos de accidentes bilaterales y en los casos de causación múltiple del daño por varios agentes. Los mismos daños que sufre la víctima de varios agentes puede sufrirlos el perjudicado por el comportamiento de un solo causante de daños. La distinción no se encuentra entonces en el carácter indistinto del daño causado. También es indistinto o indivisible (el mismo) el daño que es imputable en parte a la víctima que lo sufre y nadie se plantea, repetimos, la solidaridad entre agente y víctima en los casos de concurrencia de causas de uno y otro. No parece, por tanto, necesario elaborar una doctrina propia del daño divisible o indivisible como una escapatoria o una justificación de la solidaridad. Las consecuencias del daño son siempre divisibles; para la causalidad todas las condiciones son igualmente causa del daño; y la reparación de los bienes que son afectados por varios cursos causales no siempre podrá dividirse entre causantes.

Los criterios naturalísticos, causales o de divisibilidad objetiva del daño, impiden distinguir la parciariedad de la solidaridad. Los primeros, causales, hacen responsables a agentes que no tienen por qué asumir el pago de la indemnización a la víctima. Los segundos son inoperantes pues la solidaridad no reparte el daño, sino sus consecuencias y éstas –el pago de una cantidad de dinero– son siempre divisibles⁵¹⁰. A la vez, y volvemos al núcleo de verdad de la noción ‘daño indistinto o indivisible’, es preciso limitar de alguna manera la responsabilidad del agente cuando su contribución puede ser individualizada.

La cuestión a resolver es, por tanto, cuándo la causación múltiple de un daño puede justificar su imputación de forma conjunta mediante la imposición de un régimen de responsabilidad solidaria a todos sus causantes. En el intento de resolver esta cuestión hay que abandonar los criterios causales y de descripción naturalística del daño. La causalidad no sirve: ya hemos visto en la introducción al capítulo que siempre que intervengan varias causas, todas serán causa del daño pues, desde el punto de vista científico-natural, ese daño concreto no se explica sin la intervención de todas ellas.⁵¹¹

⁵¹⁰ Ya hemos tenido ocasión de comentar que el principio de reparación integral del daño se traducirá. Las más de las veces, en la reparación por equivalente dinerario. Las dificultades de la reparación *in natura* serán a menudo insalvables. Los *Principles of European Tort Law* prevén, sin embargo, en el artículo 10:104 que:

Instead of damages, restoration in kind can be claimed by the injured party as far as it is possible and not too burdensome to the other party.

⁵¹¹ Cuando se pretenda dividir *ex post* el daño ya causado será imposible abstraer la influencia de unas causas sobre otras pues, repetimos, el daño finalmente causado no se explicaría sin la intervención de todos los responsables a los que se quiere responsabilizar por separado y que, por tanto, en ausencia de

La imposición de responsabilidad, en nuestro caso conjunta, no puede fundamentarse en meras consideraciones naturales. El juicio sobre la responsabilidad exige atender a la significación jurídica de los comportamientos de personas y, en virtud de esa significación jurídica, absolver, condenar de forma individual o de forma conjunta a los causantes del daño.

Así, correctamente, los §840 BGB y el artículo 1294 del Código civil italiano no exigen la identidad del daño, sino la actuación en común de los que responderán conforme al régimen de la solidaridad. (Vid. *supra* apartado I del capítulo tercero)

Atendiendo pues al comportamiento llevado a cabo por los potenciales responsables del daño distinguiremos los supuestos de actuación conjunta de los de actuación independiente.

En los apartados III y IV de este capítulo veremos que la imputación del daño a todos y cada uno de los responsables (en eso consiste la responsabilidad solidaria) tendrá lugar cuando el daño pueda ser puesto a cargo a todos ellos bien porque es el resultado de una actuación conjunta, bien porque el incumplimiento de los deberes de precaución ha favorecido la causación final del daño, bien, en fin, porque el riesgo asociado a la actividad que ha generado el daño impone la responsabilidad solidaria como única forma de reparar los daños causados.⁵¹²

Pero antes de analizar los supuestos en que la causación múltiple justifica la responsabilidad solidaria, y para definir los contornos de la solidaridad de los varios responsables de un daño en los supuestos de concurrencia causal, vamos a analizar a continuación el criterio que permite distinguir los daños imputables a todos de los daños que debe soportar cada uno de los causantes de (parte) del daño. Ese criterio ha sido denominado por la doctrina española con el término 'prohibición de regreso'. La 'prohibición de regreso' nos permitirá distinguir los casos en que 'el mismo' daño ha de dividirse entre sus causantes de aquellos en que 'el mismo' daño justifica la responsabilidad solidaria.

alguno de ellos a lo mejor no se habría producido el mismo daño. "While causation is employed to apportion responsibility among joint tortfeasors, its impact is not felt until a court measures the extent of the harm.", Mario J. RIZZO y Franck S. ARNOLD, "Causal Apportionment in the Law of Torts: An Economic Theory", 80 *Columbia Law Review* 1399 (1980). En el artículo citado, los autores demuestran mediante cálculo de probabilidades la afirmación contenida en el texto y en la nota.

⁵¹² Seguiremos buena parte de los resultados obtenidos por Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, "Sharing Damages Among Multiple Tortfeasors", 98 *The Yale Law Journal* 831 (1989), "We believe that the terms 'distinct', 'divisible', and 'indivisible' should be reinterpreted in light of the efficiency properties of apportionment rules. Joint and several liability should attach, at least presumptively, when fractional rules would not guarantee an efficient outcome", aunque, en contra de lo dicho en el texto de este trabajo, los autores citados admiten en ese artículo que el ejemplo del *Restatement* de 1965 (dos disparos simultáneos de dos agentes que dañan uno a la pierna y otro al brazo de la víctima) es un caso de daño divisible y distinto.

2. *La prohibición de regreso*

El comportamiento del demandante sólo es relevante si está conectado con el daño. A estas alturas del trabajo ya se han visto las limitaciones del juicio causal y podemos afirmar que esa conexión irá en muchos casos algo más allá de lo previsto por las reglas de la causalidad. El juicio causal es, en ocasiones, insuficiente pues exculpa a agentes que son responsables de los daños sufridos por la víctima. Así sucede, por ejemplo, con la responsabilidad derivada de la omisión de deberes de cuidado. En otras ocasiones, por el contrario, el juicio causal es demasiado amplio y responsabiliza del daño que sufre la víctima a personas muy remotamente ligadas con él. Como para la teoría de la equivalencia de las condiciones cualquier intervención en el proceso del daño es causa del mismo, la aplicación de las reglas causales al relato del daño justificaría responsabilizar por él a un número ilimitado de personas.

La pregunta relevante del juicio de imputación es, por tanto, cuándo el daño sufrido por la víctima puede ser imputado al comportamiento del agente. La intervención de varios agentes no modifica esa cuestión pero complica su respuesta pues cada nuevo agente que interviene en el proceso es un nuevo sujeto potencialmente responsable del daño que sufre la víctima. Si, en el juicio sobre la responsabilidad de un agente hemos visto que es necesario limitar los resultados de la teoría de la equivalencia de las condiciones, parece sensato suponer que lo mismo habrá que hacer cuando sean varios los agentes que han intervenido en el evento dañoso. En ese caso, puesto que tratamos de agentes que actúan libre y voluntariamente, será preciso distinguir los supuestos en que han decidido actuar de común acuerdo, como si de un solo hombre (o mujer) se tratase, de aquellos en que han actuado de forma independiente, sin previo acuerdo.

Cuando exista un acuerdo previo entre los agentes, el análisis de la imputación de daños no dista mucho del propio de los accidentes causados por una única persona. Las diferencias se manifestarán en la responsabilidad que les une (que, ya lo adelantamos, habrá de ser solidaria), no en el juicio de imputación.

En los casos en que no exista acuerdo previo entre los varios agentes de un mismo daño habrá que ser especialmente cautos a la hora de determinar la responsabilidad conjunta de todos ellos pues, en principio, el caso debería resolverse mediante la suma de responsabilidades individuales.⁵¹³ Para resolver esos supuestos el operador jurídico tiene a su disposición el criterio de la prohibición de regreso.

⁵¹³ "To be contrasted with concerted action are independent acts of negligence accidentally resulting in one damage. Here, the only nexus between the defendants is that the damage would not have occurred

Con la denominación 'prohibición de regreso' (*Regressverbot*) se conoce el criterio de imputación objetiva que permite distinguir los daños que pueden imputarse a sujetos distintos de aquéllos que, por el contrario, deben ser puestos a cargo de todos los causantes. El criterio de la prohibición de regreso tiene su ámbito de aplicación natural en los daños causados por múltiples causantes. La prohibición de regreso trata de responder a la pregunta sobre la responsabilidad del primer sujeto que coopera en el daño que sufre la víctima cuando la conducta de un tercero ha agravado el daño causado.

Cuando la conducta que sucede a la del primer causante es la de la propia víctima del daño nos encontramos ante la doctrina, ya tratada, de la compensación de culpas o de la concurrencia de causas. En esos casos, tan injusto parece que el agente haya de cargar con todo el daño (como sucedería de no existir la mencionada doctrina) como que la víctima pierda todo derecho a una indemnización, aunque sea parcial (como sucede con la negligencia contributiva). Con la prohibición de regreso se trata de encontrar la solución más ajustada a derecho teniendo en cuenta las contribuciones causales de cada uno de los agentes, las normas de cuidado infringidas y el daño causado.

El criterio de prohibición de regreso, como otros criterios de imputación objetiva ha sido desarrollado fundamentalmente por la doctrina y jurisprudencia penales. Acaso porque los jueces y tribunales de esa jurisdicción no podían acudir al cómodo expediente de la solidaridad y, estando en juego penas personales, se han visto obligados a perfilar los contornos de la responsabilidad individual y adecuar a ella la pena debida en cada caso. La doctrina y jurisprudencia penales no han acudido, obviamente, al difuso criterio de la divisibilidad o indivisibilidad del daño.

Aunque se trate de casos diferentes: lesión de bienes jurídicos tipificados en el Código penal y simple reparación de daños con base en la cláusula general del artículo 1902 Cc., las diferencias no impiden, en general, intentar traer al razonamiento civil los progresos alcanzados por la dogmática penal. En ambos casos se trata de imputar resultados a conductas, sólo cambian las consecuencias jurídicas de la imputación.

El problema que pretende solucionar el criterio de la prohibición de regreso, tanto en los casos civiles como en los casos penales, es el de la amplitud del juicio causal. Causalmente todas las conductas, la inicial y las sobrevenidas, son causa del daño y, por tanto, todas deberían responder. Sin embargo, puede haber conductas principales, otras simplemente incidentales, algunas pueden ser dolosas o llevadas a cabo por personas que tenían un deber concreto de evitar el daño causado. Parece, en fin, que el rasero de la causalidad deja pasar casos cuya solución se aleja de los

without the negligence of both of them. This, however, is not sufficient to make them joint tortfeasors.", John G. FLEMING, *The Law of Torts*, cit., pág. 290.

principios más elementales de justicia: hacer responder a todos no siempre es la mejor solución.

Nadie duda que quien disparó dolosamente contra un órgano vital de la víctima quiso acabar con su vida, aunque después un magnífico cirujano sea capaz de salvar la vida del paciente en la mesa de operaciones. Por la misma regla de tres, no parece correcto hacer responder por homicidio a quien sólo causó lesiones que se agravaron, hasta producir la muerte, por la intervención dolosa o negligente de terceros o de la propia víctima.

En una primera fase⁵¹⁴, dominada por lo que se ha venido denominando el 'dogma causal', la doctrina y la jurisprudencia (sobre todo, penales) procuraron resolver los casos de intervenciones sucesivas en el daño que sufre la víctima. Nacieron así las que hemos denominado en la introducción del trabajo 'teorías individualizadoras de la causalidad'. Conforme a estas teorías, de todas las causas que intervinieron en la producción del daño debe escogerse aquella que haya desplegado mayor eficacia, que haya intervenido en mayor medida en el daño finalmente sufrido por la víctima. Se habla de este modo, de causas eficientes o finales o decisivas o de mayor eficacia o de factores sustanciales y se imputa a su autor la responsabilidad del daño sufrido por la víctima.

En la Sala Primera del Tribunal Supremo la selección de causas no es infrecuente. Así la STS, 1ª, 20.10.1997 (RJ. 7274) resolvió la reclamación del propietario de una nave industrial que sufrió daños causados por un reventón de una tubería de la nave vecina al que siguió el reventón de la tubería municipal. Aunque el Tribunal, que confirmó la sentencia de apelación, acabó condenando solidariamente a los demandados en el razonamiento de la sentencia pueden leerse cosas como la siguiente: "se produjo la rotura de una tubería de una nave vecina -causa originaria eficiente- y seguidamente reventó la tubería municipal -causa eficiente derivada y relacionada-, por consecuencia de la deficiente reparación del socavón que produjo en la vía pública la primera rotura, facilitándose de esta manera la salida abundante y continuada de aguas que invadieron la nave del actor (...)al producirse concurrencia de ilícitos culposos, procede la solidaridad en el pago de las indemnizaciones como protección a los perjudicados, cuando no resulta determinable la concreta responsabilidad de los plurales causantes del daño." (F. J. 4)

Pueden dirigirse a estas teorías las críticas que, según se ha visto en la introducción, recibió la teoría de la *condicio sine qua non*. De hecho, cualquier selección de causas no es más que una variante del principio *sine qua non* y supone, por tanto, una selección *ex post* de causas que, ni sus causantes, ni nadie antes de la producción del daño, pueden calificar como más o menos causales. Las teorías individualizadoras de la

⁵¹⁴ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 227 y ss., resume el proceso con cita de la doctrina y las sentencias más relevantes.

causalidad deciden la imputación al margen de la causalidad y lo hacen de forma no previsible, así que nadie puede adecuar su comportamiento a ellas.

La influencia de las teorías individualizadoras de la causalidad junto al convencimiento de que no todos los partícipes en un proceso causal debían ser declarados responsables del daño motivó la formulación de la teoría de la interrupción del nexo causal. Así, se entiende que el curso causal puesto en marcha por el primer agente se interrumpe cuando sobreviene un nuevo curso causal extraño al primero y que, por ese motivo, interrumpe las consecuencias que hubieran estado causalmente ligadas al primer agente. Con la teoría de la interrupción del nexo causal se salvan así dos obstáculos: se mantiene la vigencia (teórica) de la equivalencia de las condiciones y no se imputan al primer agente consecuencias extrañas al curso causal que puso en marcha.

Los ejemplos académicos son los de la lesión que acaba en muerte por el accidente de la ambulancia que conducía a la víctima al hospital o por una negligencia médica o por el mal estado de alguno de los utensilios quirúrgicos empleados en la intervención. La teoría ha gozado de cierto predicamento en las jurisdicciones civil y penal que la han aplicado para resolver casos como los referidos.

Hay, con todo, excepciones de nota, propias de una teoría que no parte de la realidad y que carece de fundamentación teórica. Así, la más destacada de las excepciones de la Sala Segunda es la del caso resuelto por la STS, 2ª, 29.1.1983 (RJ. 702) que resolvió el recurso del periodista Javier Vinader y "Ediciones Zeta, S. A." contra la sentencia de la Audiencia Nacional que condenó al primero como autor de un delito de imprudencia temeraria profesional a la pena de 7 años de prisión y al pago de indemnizaciones por un importe total de 120.000 euros por la noticia publicada en una de las revistas del grupo condenado como responsable civil subsidiario en la que se daban informaciones que después utilizó la banda terrorista ETA para cometer dos atentados. La intervención dolosa de los terroristas no fue motivo suficiente para considerar interrumpido el nexo causal.

Las críticas a la interrupción del nexo causal, procedentes de la doctrina penal, han motivado el progresivo abandono de la teoría de la interrupción de la causalidad por nuestros jueces y tribunales. En efecto, con una expresión que ya es tan razonable como célebre, "los cursos causales existen o no existen, pero no se interrumpen"⁵¹⁵.

⁵¹⁵ "La teoría de la interrupción del nexo causal, además de operar con criterios confusos y contradictorios, no tiene nada que ver con el problema causal", Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, cit., pág. 95. El autor cita como sentencia que inauguró doctrina la STS, 2ª, 5.6.1928 en la que puede leerse: "La persona que realiza consciente y voluntariamente un acto cualquiera de los que la ley penal califica como delito responde criminalmente de todas sus naturales consecuencias con la sola excepción de aquellas que se originen en accidentes extraños, que no tengan relación con el realizado por el delincuente.", op. cit., pág. 93. El autor concluye que "una regla tan abstracta es capaz de justificar aparentemente las soluciones más diversas y es capaz de adaptarse a los casos más dispares."

La interrupción del nexo causal en los casos de causación múltiple era incompatible, además, con la doctrina mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en casos de causación individual, afirmaba que quien es causa de la causa es causa del daño causado (*qui est causa causae est causa causati*). La jurisprudencia, civil y penal, no supo justificar los motivos que le llevaban a no aplicar el principio de la equivalencia de las condiciones en los casos de causación múltiple.

En una segunda fase, los problemas que plantea la teoría de la equivalencia de las condiciones en los casos de participación de varios agentes se solucionan mediante la sustitución de la equivalencia por la denominada doctrina de la causalidad adecuada⁵¹⁶. Según esta nueva concepción de la causalidad, sólo son causa del daño finalmente sufrido por la víctima aquellos cursos causales que, para el espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (*ex ante*), con todos los conocimientos de la situación de que disponía el autor al actuar, además de aquéllos que hubiera tenido el observador, apareciese como adecuadas para producir el resultado. No serán causa cuando apareciese como muy improbable que produjesen el resultado y no pudiese contarse con su causación.⁵¹⁷ En definitiva, que para que una causa pueda ser considerada como causa del daño (y su autor, por tanto, como responsable) se exige que ese curso causal aparezca a todas luces como adecuado, suficiente, para causar el daño finalmente sufrido por la víctima. Así, la intervención de un tercero exonerará al agente que puso en marcha en primer curso causal sólo si esa intervención o sus consecuencias eran inadecuadas, imprevisibles para la

⁵¹⁶ “Cabe distinguir dos tipos de fundamentaciones dogmáticas entre dos tipos de fundamentaciones dogmáticas: el primero sigue manteniendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones y formula a favor de la prohibición de regreso una excepción a esa teoría. En ese sentido, se habla de la prohibición de recurrir a condiciones previas, de los principios de la interrupción del nexo causal o de la consunción de la causalidad, y ello, respectivamente, con la finalidad de explicar que el primer actuante no ha causado el resultado producido por el segundo actuante. El segundo tipo de fundamentación dogmática rechaza la teoría de la equivalencia de las condiciones y pone en su lugar a la teoría de la adecuación. Lo que aquellos partidarios de la teoría de de la equivalencia de las condiciones que desean mantener una prohibición de regreso denominan ‘interrupción del nexo causal’, para aquellos defensores de la teoría de la adecuación que defienden la prohibición de regreso se llama inadecuación, irrelevancia, incalculabilidad del nexo causal.”, Wolfgang NAUCKE, “Sobre la prohibición de regreso en derecho penal”, en Wolfgang NAUCKE, Harro OTTO, Günther JAKOBS y Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1998, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti.

⁵¹⁷ La definición es de Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 229 y 230. Fernando Pantaleón Prieto, “Comentario al artículo 1902 Cc.”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1987, define el criterio de la adecuación del siguiente modo: “No cabe imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso cuya imputación se trata.”

producción del daño final. La teoría de la causalidad adecuada exige que el daño fuera previsible para el hombre normal que llevó a cabo el comportamiento del agente.

La causalidad adecuada ha sido el criterio tradicionalmente aplicado por la Sala Primera del Tribunal Supremo y, entre otras cosas, es la culpable de la confusión que existe en la Sala Civil entre causalidad y culpabilidad. En el momento en que se hace depender la existencia de la relación causal del criterio subjetivo de la previsibilidad, las fronteras entre culpa y causa se difuminan.

Así, entre muchas otras, la STS, 1ª, 29.5.1999 (RJ. 4382), que confirmó la sentencia desestimatoria de la Audiencia Provincial de Bilbao en el proceso contra el Ayuntamiento de Erandio y el responsable de su Guardia Urbana por los daños que sufrió el actor, menor de edad, a quien explotó en las manos una bengala de señalización que había sustraído de los almacenes de la guardia del puerto. En el Fundamento Jurídico Segundo, la Sala resume su doctrina sobre la causalidad: "(...) para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción y la omisión y el daño o perjuicio resultante, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada que exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que, si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad (...)"

Sin embargo, ni los esfuerzos de las teorías individualizadoras de la causalidad (con la doctrina de la interrupción del nexo causal) ni la sustitución de la equivalencia de las condiciones por la teoría de la adecuación han dado resultados satisfactorios en la práctica: no han sido capaces de suministrar criterios que permitan a los potenciales responsables prever las consecuencias (civiles o penales) de sus actos. Ambas fundamentaciones utilizan el mismo procedimiento: se parte de la conclusión que se va a obtener, es decir, de la impunidad del primer causante y se intenta presentar esta conclusión como consecuencia de un determinado concepto causal.⁵¹⁸

En la doctrina penal alemana se probó una vía alternativa a la limitación de la responsabilidad en casos de causación múltiple. El Código penal de aquel país (*Strafgesetzbuch*) no castiga la participación imprudente. La decisión del legislador ha sido tradicionalmente interpretada por parte de la doctrina penal alemana como una limitación a la imputación de los daños causados por intervenciones simplemente

⁵¹⁸ Wolfgang NAUCKE "La prohibición de regreso en derecho penal", en Wolfgang NAUCKE, et alii, *La prohibición de regreso en derecho penal*, cit., pág. 38. En el mismo sentido, Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, cit., pág. 71: "El fallo de la teoría de la adecuación reside en que para alcanzar resultados admisibles y que responsan a nuestro sentido de la justicia, quiere limitar la teoría de la condición precisamente en la causalidad. Contradice la naturaleza de las cosas hacer depender la existencia o no existencia de la relación causal de la previsibilidad del resultado". El derecho, dirá el mismo autor, se dirige a hombre, no a adivinos.

imprudentes posteriores a la del primer agente. Así, sólo pueden modificar la imputación del daño al primer causante las intervenciones posteriores realizadas con dolo. Las imprudentes agravan la responsabilidad del agente que las facilitó al poner en marcha el curso causal que concluyó en el daño a la víctima. Las segundas acciones imprudentes son impunes.⁵¹⁹

Los problemas asociados al enjuiciamiento de resultados provocados por la actividad causal de varios agentes y la progresiva aceptación de la doctrina de la imputación objetiva llevaron, correctamente, los problemas de la causación múltiple de la causalidad a la imputación. Se configura así el criterio de la prohibición de regreso para decidir, en los casos de participación, qué daños pueden ponerse a cargo del primer sujeto cuando a su comportamiento han seguido otros que han condicionado el daño finalmente sufrido por la víctima.⁵²⁰

Llegados a este punto, la doctrina penal que admite de forma generalizada que la prohibición de regreso impide la imputación a un primer sujeto que obra imprudentemente cuando entre éste y el resultado se halla interpuesta la conducta dolosa de un segundo sujeto, se pregunta si la misma conclusión puede aplicarse a las intervenciones imprudentes. Acaso por influencia de la doctrina alemana (motivada, como hemos dicho, por la peculiar regulación en ese país de la participación imprudente), la doctrina española discute también si son típicas en el derecho español la participación imprudente y la participación en un delito imprudente. La cuestión se aleja de la vocación de este trabajo. En derecho de daños la calificación de la conducta como dolosa o imprudente no justifica, como sucede en el Código penal, repercusiones diferentes. Tanto el causante imprudente como el causante doloso de daños deben reparar los perjuicios causados a la víctima. La discusión penal, sin embargo, ha enturbiado la explicación doctrinal del criterio de la imputación objetiva.⁵²¹ Muchos penalistas han salido del fuego de la causalidad para caer en las

⁵¹⁹ Véase, Claus ROXIN, "Observaciones sobre la prohibición de regreso", en Wolfgang NAUCKE, et alii, *La prohibición de regreso en derecho penal*, cit., pág. 152, y allí citas (legales y doctrinales) y la crítica al argumento.

⁵²⁰ Véase la doctrina que introduce en la discusión civil los criterios de imputación objetiva y que se ha citado en la introducción del trabajo. Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 231 y ss., y allí citas de la doctrina penal española. Carolina BOLEA BORDÓN, "Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. (A propósito de la STS, 2ª, 19.5.1994)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, págs. 375 a 394, concluye que estos casos "no se puede[n] resolver en el terreno de la causalidad, sino que debe[n] plantearse como un problema de interrupción de la imputación objetiva.", pág. 393.

⁵²¹ Sobre la materia, el excelente trabajo de Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003. Especialmente páginas 80 y ss. En la introducción al tema, el autor citado reconoce que "Uno de los aspectos más oscuros y de mayor actualidad de la relación entre la teoría de la participación y la imputación objetiva es la denominada teoría de la prohibición de regreso." Opinamos, con el autor referido, que "la teoría de la prohibición de regreso no sólo alude a la problemática de la participación imprudente en los delitos dolosos, sino que supone un intento de solución global a la pregunta de cuándo y bajo qué condiciones puede imputarse el resultado

brasas de la culpabilidad; y han olvidado que la auténtica imputación *objetiva* es independiente de una y de otra. De todas las explicaciones a la prohibición de regreso, la que nos parece más aceptable y, sobre todo, más compatible con los principios de la imputación civil es la elaborada por Günther JAKOBS.⁵²²

La cuestión a resolver en sede de imputación objetiva es, por tanto, en qué casos el daño final (*rectius*, sus consecuencias) puede ser puesto a cargo de todos sus causantes y en qué otros, por el contrario, el daño final correrá sólo por cuenta de algunos de ellos. “El criterio de la prohibición de regreso propone negar la imputación del evento dañoso cuando, en el proceso causal que desembocó en aquél, puesto en marcha por el posible responsable, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero; salvo que dicha conducta se haya visto decisivamente favorecida por la imprudencia del responsable o, con más claridad, sea una de aquéllas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir.”⁵²³

Lo que se quiere evitar es que respondan solidariamente agentes que no han actuado de forma conjunta, entre los que no existe relación alguna. Eso es mejor decirlo en sede de imputación objetiva: responderán solidariamente los agentes que causen un daño a la víctima si entre ellos un fundamento normativo que justifique que cada uno de ellos debe asumir la reparación por completo. El supuesto no es diferente al de la responsabilidad individual, tampoco el causante único del daño que sufre la víctima ha de responder de todas las consecuencias de su comportamiento, sino sólo de aquéllas que, según criterios normativos puedan ponerse a su cargo. No hay razón para cambiar el discurso de la responsabilidad cuando hay varios agentes potencialmente responsables: también habrán de responder de los daños que, normativamente, deban ser puestos a su cargo, atribuidos a su comportamiento.

a un primer sujeto que posibilita o facilita a un segundo la comisión de un delito, ya sea éste doloso o imprudente” (...) “En definitiva, la existencia de una prohibición de regreso no puede derivarse del mero dato subjetivo de que el primer interviniente obre dolosa o imprudentemente. (...) Si existe alguna prohibición de regreso a la conducta de quien ha intervenido antes de un sujeto autorresponsable, ella no dependerá de cómo obre este último.”, págs. 80 y 91.

⁵²² “Probablemente, la institución más original de la imputación objetiva tal y como la concibe Jakobs es la de la prohibición de regreso (...) lo que esta institución pretende es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva”, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá en Estudio preliminar a Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 72.

⁵²³ Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario al artículo 1902 Cc.” en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1985; el mismo, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, tomo II, Madrid, Editorial Fundación Ramón Areces, 1990, págs. 1561 a 1592; Miquel MARTÍN CASALS, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, *Centenario del Código civil*, II, op. cit.; y Luis DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, págs. 340 y ss., op. cit.

En sede de imputación objetiva habrá que restringir los resultados de la causalidad (entendida conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones). El objetivo es que nadie responda por más (ni por menos) de los daños que sean objetivamente imputables a su conducta y ello dependerá de la existencia o de la ausencia de una relación normativa que justifique la imputación del daño a cada uno de los causantes o a todos ellos a la vez. En todo caso, de acuerdo con los postulados de la doctrina de la imputación objetiva, deberá existir alguna relación normativa que justifique la imputación. Así, hay que partir de la consideración de que casi todas las conductas pueden ser utilizadas para la posterior comisión de un daño⁵²⁴ y que, por lo tanto, la concurrencia, simultánea o sucesiva, de causas no aporta nada al juicio de la responsabilidad. La prohibición de regreso nos ha de servir para distinguir la autoría múltiple (o la participación, dirían los penalistas) de la mera coincidencia temporal o geográfica de causas.⁵²⁵

Por este motivo, y con las salvedades que haremos en los epígrafes siguientes del capítulo, resulta especialmente criticable la legislación y la jurisprudencia civiles que responsabilizan de forma solidaria (¡cada uno por el todo!) a demandados que nada pudieron hacer por evitar el daño causado: administraciones públicas, titulares de instalaciones, compañías aseguradoras, salvo, claro ésta que, como veremos, hayan incumplido deberes propios de control que permitieron a un tercero la causación del daño.

De hecho, la mayoría –por no decir todos– de los daños sufridos por una víctima pueden ser explicados en clave de concurrencia de causas. Empezando por que el daño no se habría causado de no encontrarse la víctima en el lugar y momento en que se encontró cuando sufrió el daño y siguiendo por el entramado de condiciones que explica el daño finalmente causado. En una sociedad dominada por la división del trabajo el supuesto de causante único del daño es, casi, de laboratorio. Por eso, y de acuerdo con la doctrina de la imputación objetiva, hay que admitir que existe:

- a) Un riesgo permitido asociado a todas las actividades y que limita el umbral de la responsabilidad. Las actividades (cursos causales) que no superen ese riesgo permitido no deben justificar la imposición de responsabilidad, aunque sin ellos el daño no se hubiera causado.
- b) Un principio de confianza por el que el sujeto puede confiar, en el momento de determinar su nivel de cuidado, que los otros observarán sus propios deberes de cuidado. Por tanto, las aportaciones causales que tengan su origen

⁵²⁴ En el mismo sentido, aunque se refiere a comportamientos delictivos, Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación: fundamento y límites*, cit., pág. 277.

⁵²⁵ En la terminología empleada por Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., pág. 165: “Un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso.”

en el principio de confianza no deben ser fundamento de responsabilidad alguna.

En los epígrafes siguientes matizaremos este principio, que no puede aplicarse por igual a todo tipo de agentes. Así, es claro que el encargado de supervisar un trabajo en equipo no puede escudarse en la confianza de que todos los miembros del equipo han cumplido correctamente para exonerarse de su propia responsabilidad. Volveremos sobre ello en el epígrafe IV.

- c) Una finalidad protectora o ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad según el cual no cabe imputar objetivamente al posible responsable de un resultado dañoso que se produzca fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretende fundamentarse la responsabilidad.⁵²⁶ El criterio, que complementa los anteriores, propone negar la imputación cuando uno de los cursos causales es producto de la infracción de una norma cuya finalidad no es proteger a la víctima del daño que sufrió. La única norma cuya infracción justifica la responsabilidad es la norma de cuidado cuya observancia hubiera mantenido el riesgo en los niveles de lo permitido.

La STS 8.10.1998 (RJ. 7559), aunque no se refiere expresamente a la finalidad protectora de la norma fundamentadora de la responsabilidad, la aplica. La Sala declaró la irrelevancia de que el conductor del camión que en una maniobra de carga y descarga en una mina atropelló y mató a la víctima careciera del certificado de aptitud para el manejo de maquinaria móvil que exige el artículo 117 del Reglamento de Normas Básicas de Seguridad Minera. El fallecido, en un alto estado de embriaguez, se situó detrás del camión cuando éste realizaba una maniobra de marcha atrás. La ausencia del permiso especial no tiene por finalidad evitar accidentes como el acaecido.

Por tanto, y en contra de las consecuencias del juicio causal, habrá que negar la responsabilidad de las causas que se sumen al curso causal puesto en marcha por el autor del daño cuando esas causas posteriores se mantengan en los niveles de riesgo permitido, respeten los límites del principio de confianza y no infrinjan la norma de cuidado. En eso consiste el criterio de imputación objetiva de la prohibición de regreso.⁵²⁷

⁵²⁶ Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et alii, *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1986.

⁵²⁷ "El carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral y arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo con constituye participación en una organización no permitida.", Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., págs. 106 y 107.

La STS 21.11.1998 (RJ. 8817) desestimó el recurso de la actora contra la sentencia de la Audiencia de Almería que absolvió a la comunidad de propietarios del edificio que su marido estaba pintando cuando falleció. El esposo de la actora, de 32 años de edad y padre de dos niñas menores de edad, se cayó de la guindola en la que trabajaba desde un sexto piso. Falleció a las pocas horas a causa de las lesiones sufridas. No se habían facilitado al trabajador las más elementales medidas de seguridad en el trabajo, como un cinturón de seguridad, y la empresa para la que trabajaba carecía de licencia fiscal, de libro matrícula de la empresa, alta en la Seguridad Social y póliza de seguro. En la demanda se solicitaba una indemnización 150.253 euros y la condena solidaria de la empresa para la que trabajaba el fallecido y la comunidad propietaria del edificio que contrató sus servicios. La Primera Instancia condenó solidariamente a los demandados a pagar una indemnización de 90.152 euros. La Audiencia confirmó la cuantía indemnizatoria pero absolvió a la comunidad de propietarios. El Tribunal Supremo no estimó el recurso de la demandante que pretendía, de nuevo, la condena solidaria de la propietaria del edificio: la falta de permisos administrativos es extraña a la producción del accidente y la comunidad no estaba obligada, además, a controlar el cumplimiento de estas previsiones reglamentarias.

Los cursos causales concurrentes pueden ser simultáneos o sucesivos. De todos modos, nos interesa es indagar en la relación normativa que existe entre el comportamiento de los agentes que la mera descripción del devenir de los hechos. La relación normativa puede ser la misma para todos los causantes, diferente para cada uno de ellos o existir para algunos y estar ausente para otros.

En los casos en que la relación normativa sea diferente, carece de sentido, pese a la causación común, que todos respondan del mismo daño, pues ese daño no puede atribuirse a todos ni en la misma medida ni por el mismo título de imputación. Se trata entonces del correcto sentido de las expresiones 'daño distintos' o 'daños divisibles'. La mera coincidencia temporal o geográfica no es suficiente para hacer responder a cada uno de los causantes por todo el daño causado. Tampoco es base suficiente para ello que exista entre responsable y causante material una relación de dependencia o de cobertura del pago de una eventual indemnización. Esas relaciones, no sólo nada tienen que ver con el proceso causal que ha desembocado en el daño que sufre la víctima, sino que responden a criterios normativos -de imputación- diferentes.

Cuando la relación normativa, el criterio de imputación objetiva, sea el mismo para todos, todos los causantes deberán responder de todo el daño causado y, como la

La doctrina laboral española, aunque no cita literalmente el criterio de la 'prohibición de regreso', tiene muy asumidas las limitaciones del juicio causal y la necesidad de fundamentar la responsabilidad en el incumplimiento de deberes, generales o específicos, de prevención. Véase, Manuel LUQUE PARRA, *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, op. cit.; y Salvador DEL REY GUANTER y Manuel LUQUE PARRA, "Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral", *Relaciones laborales*, núm. 20, 2000, págs. 530 a 569.

responsabilidad se basa en el mismo criterio de imputación, lo más correcto será que cada uno de ellos responda por el daño total, pues a cada uno de ellos se debe el perjuicio total que sufre la víctima.

Como explica muy bien Ricardo ROBLES PLANAS, aunque refiriéndose a los supuestos de participación en el delito: “En primer lugar, puede analizarse la responsabilidad de una pluralidad de sujetos que concurren en un mismo delito desde el punto de vista de la *interacción vertical*. Ello procede cuando la conducta de los intervinientes se inserta en niveles o esferas de actuación con relevancia diversa (reparto de competencias) en el seno de una misma estructura organizada jerárquicamente (empresa, sociedades, Administraciones públicas, etc.) En estos casos, existen serias dificultades para concretar los criterios y títulos de imputación a los sujetos que intervienen en la organización de la actividad: problemas como la determinación de la responsabilidad en supuestos de delegación de funciones, de adopción colectiva de acuerdos, de no evitación de hechos punibles de subordinados ponen de manifiesto que (...) las instituciones y figuras clásicas de la imputación para los casos de concurrencia de aportaciones son en parte demasiado rígidas y en parte insuficientes con vistas a un tratamiento adecuado de la problemática en toda su dimensión. (...) En segundo lugar, desde la perspectiva de la *interacción horizontal* entre los intervinientes surge también un numeroso grupo de cuestiones aún no resueltas por la dogmática tradicional. Efectivamente, la estructuración de la sociedad sobre la base de la división del trabajo no sólo provoca nuevos fenómenos de interacción en el nivel vertical, sino que ya su propia proliferación comporta que se multipliquen los fenómenos asociativos de sujetos que actúan al mismo nivel.”⁵²⁸

Para tratar cada una de esas posibilidades por separado distinguiremos los supuestos en que los agentes actúan de común acuerdo de aquéllos en que lo hacen de forma independiente. En el primer caso hablaremos de actuación conjunta (epígrafe III de este capítulo), y en el segundo de actuación independiente (epígrafe IV).

III. Solidaridad y actuación conjunta

1. La participación en una actividad común

Quienes actúan de forma conjunta en una actividad que causa daños a terceros responden solidariamente. La regla, de acuerdo con la tesis mantenida en este trabajo, sólo cesa cuando las características de la actividad llevada a cabo o el relato de los hechos permitan individualizar las responsabilidades.

⁵²⁸ Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, cit., págs. 27 y 29. Cursivas en el original.

Será frecuente, sin embargo, que en actividades realizadas conjuntamente pueda hablarse de culpa común y que la única solución a la demanda presentada por la víctima sea la responsabilidad solidaria. El supuesto de hecho exige que la actuación se lleve a cabo por varias personas que trabajan en equipo, actúan en común en la realización de un proyecto o son cotitulares de la actividad que causó el daño. Lo característico, en cualquier caso, del supuesto analizado es que varias personas colaboran y ponen en común recursos, personales o materiales, y que no existe entre ellos una relación de dependencia o de jerarquía. Ninguno cumple órdenes del otro.

El *Common law* recurre a la *joint and several liability* en este tipo de situaciones. Se trata de los casos de *concerted action* y de los de *partnership* o *joint enterprises*, empresas o iniciativas conjuntas que, si bien en su origen estuvieron asociadas al desarrollo de actividades empresariales, en la actualidad son la calificación legal que permiten tratar de la misma forma a quienes decidieron actuar de forma conjunta en el tráfico o desarrollar una actividad en común. La imputación de daños no exige dolo. El acuerdo de actuación en común es suficiente para que todos respondan del daño causado en la actuación que sólo fue posible con la colaboración de todos.⁵²⁹

Cuando el daño es el resultado de una actividad realizada de forma conjunta por varias personas no es posible aplicar otra regla de responsabilidad que no sea la solidaridad. La responsabilidad directa no tiene sentido pues no hay relación de dependencia. La subsidiaria carece de sujeto que haya asumido las responsabilidades derivadas de la actividad del grupo y que pueda hacerse cargo de la indemnización en defecto de los causantes.

La actuación conjunta exige un acuerdo previo, formal o informal. Una decisión de formar parte del grupo o de la actividad que finalmente causó el daño y que permita identificar a los miembros del grupo. El acuerdo que fundamenta la responsabilidad común no ha de referirse a la causación dolosa del daño. Es suficiente con la participación consciente en la actividad que lo causó.⁵³⁰

⁵²⁹ John G. FLEMING, *The Law of Torts*, cit., pág. 288: "Broadly speaking, 'concerted action' means a conspiracy with all participants acting in furtherance of the wrong, through it is not necessary that they should realise they are committing a tort. All persons acting in pursuance of a common end, being thus identified with each other, are accordingly responsible for the entire result. Although conspiracy is mostly associated with intended harm, it can also occur, if more rarely, in the context of negligent torts."

⁵³⁰ W. Page KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., pág. 323: "Express agreement is not necessary, and all that is required is that there be a tacit understanding. (...) There are even occasional statements that mere knowledge by each party of what the other is doing is sufficient concert to make each liable for the acts of the other." Aunque el tratado critica la amplitud de la regla: "Such knowledge may very well be important evidence that a tacit understanding exists; but since there is ordinarily no duty to take affirmative steps to interfere, mere presence at the commission of the wrong, or failure to object to it, is not enough to charge one with responsibility.", págs. 323 y 324.

El carácter común de la actividad que causa daños puede responder a muchas y diversas causas. En general, a todas las que pueden dar lugar a un trabajo en equipo o al desarrollo conjunto de una actividad. Se enuncian, entre otros, como posibles orígenes de la actuación conjunta el contrato, el propósito común en la realización de un proyecto y la existencia de una comunidad de intereses.⁵³¹

El *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability* regula el supuesto en la §15. *Persons acting in concert*:

When persons are liable because they acted in concert, all persons are jointly and severally liable for the share of comparative responsibility assigned to each person engaged in concerted activity.

La regla, asociada históricamente a los casos de actuación dolosa y de responsabilidad por hecho ajeno, es en la actualidad aplicable a todas las situaciones de participación en una actividad que causa daños. Así lo reconocen los comentarios a la §15: “A number of other situations similar to concerted activity or vicarious liability may be sufficient to impose joint and several liability on tortfeasors who engage in certain conduct or have a specific relationship.”⁵³²

La regla es complementaria de la que prevé la §12 del mismo *Restatement* y que impone la responsabilidad solidaria en los casos de dolo:

Each person who commits a tort that requires intent is jointly and severally liable for any indivisible injury legally caused by the tortious conduct.

En el *Common law* la actuación dolosa del grupo tiene un nombre específico: *concerted action*.⁵³³ La regla tuvo su origen histórico en los casos de responsabilidad conjunta de quienes invadían de consuno una propiedad privada (*trespass*)⁵³⁴. La regla en seguida

⁵³¹ W. Page KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., pág. 518, con cita de los casos de la jurisprudencia norteamericana. En el mismo sentido, Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., págs. 932 y ss.: “Liability for general partners is joint and several”. La responsabilidad solidaria viene también propuesta por la *Section 306* de la *Uniform Partnership Act* redactada en 1996 por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws:

(a) *Except as otherwise provided in subsections (b) and (c), all partners are liable jointly and severally for all obligations of the partnership unless otherwise agreed by claimant or provided by law.*

(b) *A person admitted as a partner into an existing partnership is not personally liable for any partnership obligation incurred before the person’s admissions as a partner. (...)*

⁵³² American Law Institute, *Restatement Third: Torts, Apportionment of Liability* §15, *Comment b*, pág. 130.

⁵³³ “Those who cooperate, tacitly or expressly, in particular conduct to pursue a common illegal design (or a legal design by illegal acts) are said to be acting in concert. Each of those acting in concert is liable jointly and severally for all the intended or foreseeable resulting harm. The classic examples are cases of intentional and illegal harm”, Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., pág. 936.

⁵³⁴ “All persons who acted in concert to commit a trespass, in pursuance of a common design, were held liable for the entire result. In such a case there was a common purpose, with mutual aid in carrying it out; in short there was a joint enterprise, so that all coming to do an unlawful act, and of one party, the

se aplicó a todos los supuestos de actuación conjunta, en general, hasta llegar a confundirse con la responsabilidad vicaria y la agencia. De hecho, la actual doctrina del *Common law* fundamenta la responsabilidad solidaria de los miembros de una unión, formal o informal, que causa daños en la existencia de una relación de agencia entre ellos y tratan el supuesto como un subtipo de la responsabilidad vicaria (*vicarious liability*).⁵³⁵ Ya se ha visto que, para el *Common law*, tanto la agencia como la responsabilidad vicaria son supuestos típicos de responsabilidad solidaria. La *partnership* o *joint enterprise* vendría a ser un subtipo de las anteriores. La equiparación, sin embargo causa problemas a los juristas de aquella cultura. El mismo *Restatement* reconoce que *When the liability of one party in the relationship is entirely vicarious, the rule stated in Section 15 overlaps with the rule stated in §13 (vicarious liability)*.⁵³⁶

El derecho español de daños carece de una regla general equivalente. Aunque existen ejemplos en algunas de las leyes especiales que hemos visto en los primeros capítulos del trabajo.

En algunos casos, la responsabilidad solidaria es la consecuencia asociada a la figura jurídica empleada para regular la actividad común de los sujetos. Así, señaladamente, en las sociedades o en las asociaciones.⁵³⁷ En esos casos, la norma legal que impone la responsabilidad solidaria en caso de actuación conjunta preverá también las causas de exoneración de ese régimen de alguno de los miembros del grupo. Así lo prevé la LSA para los administradores sociales en el artículo 133.3 *in fine*. Todos responden solidariamente del daño causado *menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél*.

En otros casos, la solidaridad será la solución de defecto a la responsabilidad individual de cada uno de los miembros del grupo. Cuando no puedan identificarse las contribuciones respectivas al daño y sea imposible, por tanto, determinar las responsabilidades individuales, todos responden solidariamente. Así lo dispone, por

act of one is the act of all of the same party being present.”, W. Page KEETON, et alii, *Prosser and Keeton on Torts*, cit., págs. 322 y 323.

⁵³⁵ “When a joint enterprise exists, each member is an agent for all others.”, Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., pág. 933.

⁵³⁶ American Law Institute, *Restatement Third: Torts, Apportionment of Liability* §15, *Comment b*, pág. 130. Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, cit., pág. 937: “(...) the Restatement of Apportionment has recognized that the concert of action rule may be appropriately expanded in the light of contemporary developments in joint and several liability and in comparative responsibility.”

⁵³⁷ El artículo 15.5 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación (BOE núm. 73 de 26 de marzo), prevé que:

Cuando la responsabilidad no pueda ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de gobierno y representación, responderán todos solidariamente por los actos y omisiones a que se refieren los apartados 3 y 4 de este artículo, a menos que puedan acreditar que no han participado en su aprobación y ejecución o que expresamente se opusieron a ellas.

ejemplo, el artículo 33.5 LC que prevé la solidaridad *si no consta el autor del daño causado a las personas*.

La ausencia de una regla general que declare la responsabilidad solidaria de las personas que actúan en común no ha sido un obstáculo para que la jurisprudencia civil española aplique esa solución cuando:

- a) Son varios los titulares de la actividad o de las instalaciones en que se produjo el daño.

Así, en la STS, 1ª, 31.1.2002 (RJ. 2839), la víctima que resbaló en el suelo recién fregado de un bar obtuvo una condena solidaria de sus dos propietarios (además de su aseguradora). Los conductores de dos vehículos que colisionaron fueron condenados en la STS, 1ª, 18.7.2002 (RJ. 6257), por los daños que sufrió el copiloto que acompañaba a uno de ellos. En la STS, 1ª, 10.10.2002 (RJ. 9978), los dos propietarios de un rebaño de ovejas que invadió las vías e hizo descarrilar a un tren de mercancías respondieron solidariamente.⁵³⁸ Los varios propietarios de la finca y de los perros que atacaron e hirieron gravemente a unos menores respondieron de forma solidaria en la STS, 1ª, 12.4.2002 (RJ. 2972).

- b) Varias personas son declaradas responsables directos del causante material del perjuicio.

Los casos típicos en la jurisprudencia civil son los de la condena solidaria a los padres por los daños causados por sus hijos. La STS, 1ª, 12.5.1999 (RJ. 4576), todos los padres de un grupo de menores que se turnaban una escopeta de balines respondieron solidariamente porque uno de los proyectiles alcanzó y mató a una menor de edad. La STS, 1ª, 11.4.2000 (RJ. 2148), llega a la misma solución, responsabilidad solidaria de los padres de todos los niños del grupo, en un caso con hechos similares (los menores disparaban la escopeta de balines desde un balcón), aunque esta vez sólo se causaron lesiones. La STS, 1ª, 28.7.1997 (RJ. 5810), afirmó que la responsabilidad de los padres que declara el artículo 1903 Cc. supone la solidaridad entre ambos progenitores por los daños que causa su hijo; en el caso, la muerte de otro menor.⁵³⁹

- c) El daño es el resultado de una actividad dolosa llevada a cabo por varias personas.

Hemos tenido ocasión de resumir los casos más relevantes del período que se toma en consideración en este trabajo en el epígrafe III.2.2 del capítulo segundo del trabajo. La actuación conjunta y dolosa no es un supuesto frecuente en la jurisprudencia civil. Ordinariamente, la causación dolosa de daños estará tipificada como delito y, como

⁵³⁸ Sobre la decisión del Tribunal véase el comentario de Maria CAMÍ CAMPAMÀ y Maitane DE LA PEÑA PEREA, "Ovejas descarriadas", *InDret* 03/2003.

⁵³⁹ El artículo 1903 Cc. se limita a establecer la responsabilidad de los padres. Su homólogo en el *Code civil* francés, el artículo 1384, especifica que *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux*.

hemos visto, la víctima puede ejercer en la jurisdicción penal su pretensión de responsabilidad civil.

En los tres grupos de casos, todos responden solidariamente, es decir, cada uno de ellos responde por el todo, porque se supone (1) todos causaron el daño; o (2) lo hizo sólo alguno de ellos pero cualquier miembro del grupo podría haber causado el mismo daño a la víctima. La solidaridad es así la solución a la responsabilidad en dos de los grupos de casos de causalidad concurrente que hemos visto en la introducción de este trabajo: los daños causados por causalidad cumulativa o contributiva y los causados por causalidad alternativa. Cuando todos causaron el daño o el mismo daño podría haber causado por cualquiera de ellos, todos responden solidariamente.

El ejemplo académico de la causalidad cumulativa o contributiva es la muerte de Julio César por 23 puñaladas, una de manos de cada uno de los senadores magnificas.⁵⁴⁰

El caso de libro para explicar la causalidad alternativa es el pelotón de fusilamiento. Causas de justificación por cumplimiento de órdenes aparte, todos los que formaron parte del pelotón deberían responder pues cualquiera de ellos pudo causar el daño. El fundamento de la responsabilidad no está, sin embargo, en la puesta en marcha de varios cursos causales, cada uno de ellos suficiente para causar el resultado final. Eso, como se ha visto en la introducción podría afirmarse, desde la teoría de la equivalencia de las condiciones, de cualquier suceso. El fundamento de la responsabilidad común se encuentra en la actuación conjunta, en el acuerdo (impuesto en el caso del pelotón) de llevar a cabo una actividad conjunta de la que puede derivarse un daño. La suerte común de los obligados solidarios no procede del relato causal, sino de la relación que les une.

El precedente, de cita obligada, para los casos de causalidad alternativa es *Summers v. Tice* (33 Cal. 2d 80, 199 P. 2d 1), un caso resuelto por la Corte Suprema de California en el año 1948 en el que dos cazadores, que formaban parte de la misma partida, dispararon simultáneamente e hirieron a la víctima. En el proceso no pudo probarse de cuál de las dos armas salió la bala que causó el daño. En la duda, el Tribunal condenó solidariamente a los dos cazadores demandados.

La Corte Suprema de California afirmó: "(...) when we consider the relative position of the parties and the results that would flow if plaintiff was required to pin the injury on one of the defendant's only, a requirement that the burden of proof on that subject

⁵⁴⁰ Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., cita también la muerte del César como ejemplo de causalidad cumulativa. Cayo Julio César, la máxima figura militar del Imperio romano, nació el 12 de julio del año 100 a. C. Falleció el día que la tradición romana denominaba *Idus* de marzo (el día 15 de ese mes, en el calendario que el mismo Julio César impuso a todo el Imperio) del año 44 a. C. Aquella mañana salió de casa sin su escolta hispana y a la entrada al Senado fue acuchillado por un grupo de senadores que, encabezados por Casio, Catón y Bruto, se habían conjurado para matarle. La tradición explica que todos quisieron participar por igual en la muerte del general y acordaron que cada uno de ellos le asestaría una puñalada.

be shifted to defendants becomes manifest. They are both wrongdoers, both negligent toward plaintiff.”

La traducción española de la regla *Summers v. Tice* es la responsabilidad solidaria de los miembros de la partida de caza a la que ya se ha hecho referencia en varias ocasiones a lo largo del trabajo. Un supuesto claro en el que la solidaridad se justifica por los elevados costes de información asociados a determinados supuestos de causación múltiple. Si se pudiera determinar, en *Summers* o en el artículo 33.5 de la Ley española de Caza, quién de los cazadores disparó la bala que hirió a la víctima, no tendría sentido la imposición de responsabilidad solidaria a toda la partida.

Una decisión reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo confirma que, en ausencia de acuerdo previo, no hay responsabilidad en los casos de causalidad alternativa. Se trata de la STS, 1ª, 26.11.2003 (RJ. 8354). El Tribunal casó las sentencias estimatorias de las instancias que habían condenado a las dos empresas demandadas a indemnizar al dueño del camión que ardió por causa desconocida frente al taller de uno de los demandados. En el proceso no pudo probarse si la causa del incendio fue un error en alguno de los sistemas añadidos al vehículo por la concesionaria que lo vendió o un error de alguno de los empleados en el taller en el que se encontraba. En la duda, y como no se pudieron determinar las respectivas contribuciones causales, las instancias condenaron solidariamente. La Sala Primera declaró que “(...) la obligación de indemnizar se configura como solidaria cuando existan dos o más sujetos responsables –por existir nexo causal acreditado vinculador de su conducta respectiva al daño producido–, sin que sea posible la individualización de las conductas. Consiguientemente, cuando el nexo causal se establece con el carácter de alternativo, de forma tal que se vincula al actuar de uno y otro demandado, no puede establecerse una vinculación solidaria, entre conductas independientes, susceptibles cada una de ellas de haber causado el mismo daño, pero sin la previa acreditación y declaración de la existencia del preciso nexo causal respecto de cada una de ellas.” (F. J. 1)⁵⁴¹ El Tribunal tiene razón. Desde un punto de vista lógico la afirmación “o A o B causaron un daño” no implica necesariamente que “A causó un daño” o “B causó un daño”. Sólo la actuación conjunta entre quienes fueron causas alternativas del daño puede suplir las limitaciones de la causalidad.

En los casos de causalidad cumulativa o contributiva, la responsabilidad de cada uno por todo el daño causado encuentra su justificación en la actuación conjunta pues el daño finalmente causado no se explicará sin la intervención de todos ellos.⁵⁴² En los casos de causalidad alternativa, la actuación común permite salvar el grave obstáculo de la imposibilidad de identificar al causante material del perjuicio o, identificado,

⁵⁴¹ Comentada por Joan Carles SEUBA I TORREBLANCA, “¿Quién ha sido? Comentario a la STS, 1ª, 26.11.2003”, *InDret* 02/2004.

⁵⁴² “Normalmente, la pluralidad de acciones modificará el resultado, ya sea por adelantarlo, al suponer una mayor intensidad del ataque, ya sea, sencillamente, porque va a cambiar la forma concreta de aparición del resultado”, Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 224.

evitar el absurdo al que llevaría su exculpación por falta de relación causal entre su comportamiento y el daño. Al margen de los problemas de causalidad, y como clave para su solución en los grupos de casos que ahora nos ocupan, la responsabilidad de cada uno por el todo es posible porque la relación que une a los participantes en una actividad conjunta distribuye entre ellos⁵⁴³:

- a) Deberes conjuntos de cuidado: que imponen a todos la observancia de determinadas reglas de conducta.
- b) Deberes alternativos de cuidado: que son el reverso de los anteriores y que imponen a los miembros del grupo la obligación de velar por el correcto comportamiento de sus compañeros o, hacer todo lo posible (*lo conveniente*, dice el artículo 133.3 LSA) para evitar que el daño se produzca. Los deberes alternativos de cuidado que nacen en el seno de un grupo son una excepción al principio de confianza.

La responsabilidad solidaria evita a juzgador y víctima la prueba de la distribución en el seno del grupo de esos deberes conjuntos y alternativos de cuidado. Causado el daño e imputable éste a la actuación del grupo o alguno de sus miembros, todos responden solidariamente. Ya distribuirán en la relación interna las respectivas responsabilidades en función de las propias reglas de funcionamiento.

Así lo prevé, por ejemplo el artículo 6:99 Código civil holandés: *Kann der Schaden die Folge von zwei oder mehr Ereignissen sein, für die jeweils eine andere Person verantwortlich ist, und steht fest, dass der Schaden mindestens durch eines dieser Ereignisse verursacht worden ist, dann trifft die Verpflichtung zum Schadenersatz jede dieser Personen, es sei denn, dass sie beweist, dass der Schaden nicht die Folge eines Ereignisses ist, für das sie selbst haftet.*

El §830.I BGB contiene una regla similar: *Haben mehrer durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.*⁵⁴⁴

El concepto de responsable que se maneja en la solidaridad derivada de la actuación conjunta es más amplio que el concepto de 'autor' que emplea la dogmática penal y el Código penal español. El derecho penal, limitado por la realización material de la

⁵⁴³ Para la distinción entre deberes conjuntos de precaución y deberes alternativos, William M. LANDES y Richard A. POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", cit., pág. 518.

⁵⁴⁴ Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Torts. A Comparative Introduction*, 3rd edition, Calrendpn Press, Oxford, 1994, pág. 905: "§830 BGB deal with the important practical problem raised by torts committed by several persons, their liability to the victim and their rights and duties against each other. (...) This is the case ehere the parties commit a breach of a joint duty or act in pursuance of a common design. If this element of common design is satisfied it is irrelevant how significant is the contribution of each party in causal terms. Even mental participation in the form of helping out with the planning of the act or merely providing friendly support will suffice. § 830.II BGB treat instigators and accomplices in the same way."

actividad que describen los tipos legales y por la existencia de un determinado *animus* para poder imputar la responsabilidad personal del autor, se ha visto obligado históricamente a distinguir grados de participación, desde la autoría material hasta la inducción o la cooperación necesaria, en la comisión de los hechos delictivos. El concepto de responsable que se maneja aquí es más amplio que el propio del derecho penal.

Así lo demuestran las regulaciones que han legislado la responsabilidad solidaria por actuación conjunta. El §830.II BGB es el mejor ejemplo:⁵⁴⁵

Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich.

No es necesario, pues, trasladar al derecho de daños la discusión sobre el concepto de autor que mantiene la doctrina penal⁵⁴⁶. Allí se discute entre un concepto unitario de autor (ostentan tal condición todos los que hacen posible el delito) y un concepto restrictivo (que matiza la responsabilidad en función del grado de intervención en el hecho delictivo). En los sistemas, como el español, en que se opta por el criterio restrictivo se discute sobre el criterio de distinción entre autoría y participación. Desde el punto de vista causal todos son autores, pues todos son condiciones equivalentes del resultado. La distinción tiene entonces que atender al ánimo con que se participa en el hecho delictivo. Nacen así las teorías subjetivas de la participación. Los inconvenientes de atender a criterios subjetivos han llevado a defender una distinción objetiva entre autor y partícipe. Así, habrá que atender a quién realizó actos ejecutivos, o quién aportó la contribución objetivamente más importante. En Alemania se ha impuesto la denominada teoría del dominio del hecho que califica de autores a quienes dispusieron del poder de interrupción de la realización del tipo,

⁵⁴⁵ La doctrina civil alemana discute, sin embargo, la interpretación del precepto. Es frecuente en los tratados de aquel país distinguir en el §830 entre la parte civil, su primer párrafo, y la que llaman la parte penal del precepto, su segundo párrafo. Los conceptos de inductor y cooperador a que se refiere el §830.II BGB están definidos en el Código penal alemán y a su definición deberá atenderse el juez civil. Se discute si, de igual forma que en el derecho penal alemán, la participación debe limitarse a los casos de dolo. Hay quien opone, también la falta de relación causal entre esos responsables y el daño que sufre la víctima. La doctrina mayoritaria, con todo, acepta una interpretación amplia del precepto. Véase, por todos, Dieter MEDICUS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 11. Auflage, C. H. Beck, München, 2003, pág. 440 y 441: “Der Mittäter, Anstifter oder Gehilfe kann sich hier also von der Haftung nicht einmal durch den Nachweis entlasten, der Schaden wäre auch ohne sein Zutun durch die anderen Beteiligten herbeigeführt worden. Die Zurechnung des ganzen Schadens jeden Beteiligten ohne Rücksicht auf die Kausalität beruht hier auf dem Willen zur Teilnahme: Wer eine unerlaubte Handlung will, soll für deren Folgen ohne weiteres eintreten müssen.”

⁵⁴⁶ Véase el estado de la cuestión y la cita de la doctrina en Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 355 y ss. Sobre el concepto de autor en derecho penal, que aquí sólo puede referirse muy brevemente, Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, op. cit.; y María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

aunque en ese país se limita su aplicación a los delitos dolosos pues, como ya se ha visto, el Código penal alemán no prevé la participación en los delitos imprudentes.⁵⁴⁷

La solidaridad puede ser la solución a otro grupo de casos discutido por la doctrina de nuestro país. Se trata de los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo. El supuesto contemplado hasta el momento es el del daño causado por uno de los miembros del grupo cuya responsabilidad arrastra a sus compañeros. La indeterminación del causante no es un problema si puede identificarse el grupo del que procedió el daño. Al fin y al cabo, responderán todos solidariamente. Pueden plantear más problemas los casos en que hay dificultades para identificar al causante del daño y al grupo al que pertenece.

El supuesto típico es el de daños causados por manifestaciones o atentados⁵⁴⁸. De todos modos, los problemas que se plantean en ese supuesto son de prueba. Identificado el grupo o el causante, los casos no son diferentes a los ya analizados de causalidad cumulativa o alternativa ya vistos en el texto. Por ese motivo, y para evitar que la víctima de daños causados en esas circunstancias se quede sin indemnización, el ordenamiento prevé subsidios y ayudas públicas en algunos de esos casos.⁵⁴⁹

2. Un ejemplo normativo: la responsabilidad de los administradores sociales

El mejor ejemplo de responsabilidad solidaria por actuación conjunta en derecho privado es la responsabilidad de los administradores de una sociedad. La regla modelo en la materia es la del artículo 133 LSA:

1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a

⁵⁴⁷ Véase, Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998, traducción de la 6 edición alemana a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.

⁵⁴⁸ Sobre el tema, Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Actuación dañosa de los grupos", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, págs. 915 a 1003; el mismo, "Indeterminación del causante de un daño extracontractual", op.cit.; Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., págs. 367 y ss.; Stefan KREUTZIGER, *Die Haftung von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen im Zivilrecht- zugleich ein Beitrag zur deliktischen Haftung von Teilnehmern an unfriedlichen Demonstrationen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1985.

⁵⁴⁹ Así, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual (BOE núm. 296, de 12 de diciembre) y la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con la Víctimas del Terrorismo (BOE núm. 242, de 9 de octubre), reformada por la Ley 2/2003, de 12 de marzo (BOE núm. 62, de 13 de marzo). Ninguna de las dos normas exige la prueba del causante. Es suficiente la constatación del daño. Las ayudas, en ambos casos, se limitan a los daños personales.

la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

El precepto quedó así redactado tras la modificación que llevó a cabo la Ley 26/2003, de 17 de julio, de modificación de varios preceptos de la Ley del Mercado de Valores y del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE núm. 171, de 18 de julio). La regla fue introducida en nuestro ordenamiento con la promulgación del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 en cumplimiento de lo previsto en el artículo 14 de la Quinta Directiva en materia de sociedades.

A diferencia de lo que preveía su precedente, el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, las reglas del nuevo artículo 133 prevén la responsabilidad solidaria de los administradores⁵⁵⁰, la responsabilidad por culpa (simple), la responsabilidad del administrador de hecho y la irrelevancia de la ratificación posterior en junta del acto o acuerdo lesivo.

El artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 disponía:

Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los Administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño.

El sistema de responsabilidad que diseña la Ley de Sociedades Anónimas se completa con la acción social de responsabilidad del artículo 134 LSA, con la acción

⁵⁵⁰ Aunque la doctrina y la jurisprudencia, siguiendo la estela de la aplicación extensiva de la solidaridad a que nos hemos referido en el primer capítulo del trabajo, defendieron la responsabilidad de los administradores de la sociedad conforme a ese régimen. Véase, José PUIG BRUTAU, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 361 a 371; y José GIRÓN TENA, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 419 a 450.

individual de responsabilidad del artículo 135 LSA y con la responsabilidad del artículo 262.5 LSA por no convocar la junta que debe acordar la disolución de la sociedad. Nos interesa ahora la responsabilidad solidaria por actos o acuerdos dañosos adoptados en contra de normas legales, reglamentarias o estatutarias y a la que nos referiremos muy brevemente.

La responsabilidad solidaria se impone también a los administradores en muchos preceptos de ordenación administrativa del mercado. Se han citado los más relevantes en el segundo capítulo del trabajo.⁵⁵¹

La solidaridad que impone la LSA a los administradores permite a la víctima exigir de cualquiera de los administradores la reparación íntegra del daño causado por el acuerdo o acto lesivo adoptado por el órgano de administración (cfr. artículo 1144 Cc.). Una responsabilidad solidaria asociada a un caso de actuación conjunta. Dime con quién vas...

La solidaridad es consecuencia, en primer lugar, del deber de diligente administración que el artículo 127 LSA impone a cada uno de los administradores y al que, después de la reforma de 2003 se añadieron el deber de fidelidad (artículo 127 bis LSA), el de lealtad (artículo 127 ter LSA) y el de secreto (artículo 127 quater LSA).

En segundo lugar, la responsabilidad solidaria es consecuencia de la representación de la sociedad que ostenta cada uno de los administradores en la forma expresada en los estatutos y para los actos comprendidos en el objeto social (cfr. artículos 128 y 129 LSA).

En tercer lugar, la solidaridad es consecuencia de la actuación colegiada del órgano de administración de la sociedad. La colegialidad convierte las decisiones de la mayoría en decisiones de todos los miembros del órgano de administración y permite, por ello, extender la responsabilidad por actos o acuerdos lesivos a cada uno de sus miembros. La colegialidad permite suponer que todos han adoptado el acuerdo o han aprobado el acto que causaron daños.⁵⁵² “La regla de la solidaridad es

⁵⁵¹ Véase, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores: algunas cuestiones sustantivas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1989, págs. 293 a 327.

⁵⁵² Algunos autores califican la responsabilidad de los administradores como una responsabilidad ‘orgánica’ y diferente de la propiamente contractual o extracontractual. No parece correcto. La responsabilidad se exige a los administradores, no al órgano. Véase, Alberto ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1990, págs. 639 a 727, que distingue la ‘colegialidad’ de la ‘conurrencia en la gestión’, págs. 692 y ss. Eduardo POLO, “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima”, en Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, Madrid, Civitas, 1992, pág. 300: “No se trata del establecimiento de una responsabilidad colectiva, sino de una responsabilidad personal que afecta a cada uno de los integrantes

un precipitado necesario del principio de colegialidad que rige el funcionamiento de los órganos de administración y, en esa medida, es formalmente irreprochable.”⁵⁵³

En cuarto lugar, y como consecuencia de la colegialidad, la solidaridad es el remedio a los problemas de información derivados de la vinculación que existe entre los administradores. La actuación conjunta dificulta identificar al administrador o administradores que adoptaron el acuerdo lesivo o llevaron a cabo el acto dañoso. La solidaridad ahorra a la sociedad, a los socios y a los terceros la prueba de la autoría.⁵⁵⁴

En quinto lugar, la responsabilidad solidaria de los administradores disminuye los efectos negativos de la relación de agencia que se produce entre accionistas y administradores con motivo de la separación entre propiedad y gestión que suele estar presente en casi todos los fenómenos de administración societaria. Los accionistas, propietarios del capital social, no lo gestionan directamente. Los administradores, que no tienen por qué ser accionistas, toman decisiones que afectan a un patrimonio que no es suyo y manifestarán una propensión al riesgo superior a la de los accionistas. El efecto, que es generalmente positivo y permite el desarrollo de la sociedad y la adopción de decisiones arriesgadas pero rentables, es correctamente contrarrestado por una regla de responsabilidad solidaria: las decisiones que contravengan instrucciones de buena gestión generan responsabilidad en todos y cada uno de los administradores.⁵⁵⁵

del órgano que adoptó el acuerdo causante de la lesión o que actuó sin el empleo de la diligencia debida.”

⁵⁵³ Cándido PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 20, 2003, págs. 67 a 110. La cita es de la página 90. Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Universidad de Valladolid, 1985, pág. 252: “La colegialidad ha de concebirse como un método de funcionamiento y de adopción de decisiones, con deliberación previa, que trata de lograr la concurrencia de varias personas a fin de que, mediante la aportación de su competencia, experiencia, conocimientos o puntos de vista, se llegue a una síntesis que expresa la voluntad del conjunto.”

⁵⁵⁴ Así, Fernando SÁNCHEZ CALERO, “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios jurídicos en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 922.

⁵⁵⁵ La responsabilidad de los administradores, que pueden exigir sociedad y socios, se convierte así en una herramienta de control dentro de las organizaciones y cuyo objetivo es el hacer coincidir los intereses del agente (administradores) con los del propietario o principal (socios). Además de la responsabilidad, la sociedad cuenta con otros mecanismos: la asignación de derechos, la evaluación de los resultados obtenidos y el sistema retributivo de los administradores. Véase, Benito ARRUÑADA SÁNCHEZ, *Teoría contractual de la empresa*, cit., págs. 316 y ss. Eduardo POLO, “Los administradores y el consejo de administración”, en Rodrigo URÍA, et alii, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, cit., pág.303: “La solidaridad (...) protege en mayor medida los intereses del tráfico mercantil, de la propia sociedad, accionistas y acreedores en cuanto titulares de la acción e, incluso de la

El artículo 133 LSA no contempla la figura, frecuente en la práctica, de la delegación de facultades en personas u órganos dependientes de los administradores. Hay que entender, por tanto y de acuerdo con la tesis mantenida en este trabajo, que los administradores responden de la delegación de funciones. Los administradores responden de la buena gestión de la sociedad, la realizada por ellos directamente y de la que han decidido delegar en terceros.⁵⁵⁶

La solidaridad supone que el acuerdo o acto lesivos han sido adoptados o llevados a cabo conjuntamente. Por ese motivo, el artículo 133.3 LSA permite la exoneración del administrador que pruebe que no fue así o que, por lo menos, pueda oponer a la víctima (o, en la relación interna, al resto de administradores) que hizo todo lo que estaba en su mano para evitar el acuerdo lesivo o contrarrestar el acto dañoso. La exoneración exige un comportamiento activo del administrador disidente. La ausencia en la reunión o el desconocimiento negligente de la decisión son muestras, precisamente, de la mala gestión que sanciona el artículo 133 LSA.

Tampoco servirá de nada a los administradores que la Junta de accionistas haya ratificado el acuerdo o el acto lesivos. En esos casos, hay que entender que la excepción de responsabilidad decae frente a acreedores y socios disidentes de la decisión de la Junta pues la mayoría de socios que aprobó la actuación lesiva de los administradores no podrá ir contra sus propios actos.

La responsabilidad solidaria es pues la consecuencia de la concurrencia en la gestión y del deber general de actuar diligentemente en el ejercicio de las competencias anejas al cargo⁵⁵⁷. La doctrina mercantil ha entendido que la obligación que se impone a los administradores de la sociedad es una obligación de medios, no de resultado: se espera de ellos que lleven a cabo su encargo de gestión con la diligencia

propia administración social, estimulando a los administradores a una mayor participación y compromiso en las tareas de gestión, impidiendo su absentismo y desinterés de los asuntos sociales y obligándoles a una conducta activa si quieren verse libres de la responsabilidad por comportamientos dolosos o negligentes.”

⁵⁵⁶ En contra, Cándido PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, cit., nota 77: “(...) la delegación de facultades modifica el contenido de los deberes de los miembros del órgano de administración: transfiere el deber de administrar y sólo retiene los deberes de designar, instruir y vigilar, lo que ha dado en llamarse la ‘función general de supervisión’. Consiguientemente, el juicio de diligencia debe proyectarse sobre los cometidos materiales de cada cual.”

⁵⁵⁷ Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, cit., pág. 253: “En el orden de los principios aparece claro que si la responsabilidad es consecuencia del carácter perjudicial del acuerdo orgánico, debe afectar a los componentes del órgano en su conjunto en la medida en que no hayan utilizado los mecanismos válidos y eficaces de exoneración. (...) En esas circunstancias, la forma más adecuada de responsabilidad, en la medida en que no es factible constatar la contribución personal de cada miembro a la decisión conjunta es la solidaridad. El vínculo de la colegialidad en el plano de la decisión (...) se corresponde con el vínculo de la solidaridad en el plano de la responsabilidad.”

de un *ordenado empresario y de un representante leal* (cfr. artículo 127 LSA)⁵⁵⁸. La responsabilidad que impone el artículo 133 LSA es así diferente a la responsabilidad por el riesgo asociado a la iniciativa empresarial que, cuando fracase, deberá resolverse con las reglas del derecho concursal.⁵⁵⁹

En definitiva, la responsabilidad de los administradores es solidaria porque cada uno de ellos tiene el deber de evitar el daño a la sociedad. La profesora Elena F. PÉREZ CARRILLO resume el tipo de deber que asume cada uno de los administradores: “Todos los titulares del órgano están cargados por la obligación de ejecutar las prestaciones debidas en ejecución de los poderes conferidos al órgano de administración y en desarrollo de las competencias atribuidas al mismo, modulando y adaptando el ejercicio de la administración a cada caso concreto de sociedad y de circunstancias. La función de administrar, que corresponde en un plano teórico al órgano, es implementada por sus titulares a través de actividades decisorias, ejecutoras y de control, ya sea a nivel societario-organizativo, ya sea a nivel empresarial. Estas actividades son tendentes a la conservación y/o productividad del patrimonio social y a alcanzar el objeto social. Los administradores sociales participan de la responsabilidad de desplegar una conducta orientada eficazmente a alcanzarlo.”⁵⁶⁰

IV. Solidaridad y actuación independiente

1. Incumplimiento de deberes de prevención

El criterio de la prohibición de regreso, tal y como lo define la doctrina dominante y hemos asumido en este trabajo, permite distinguir los daños causados por varios agentes que deberán ser puestos a cargo de todos ellos, de aquellos daños que pueden descomponerse en una suma de responsabilidades individuales.

⁵⁵⁸ “La gestión incluye la fijación de la política general de la empresa, la programación o fijación de objetivos a corto, medio y largo plazo y una actividad de gestión diaria o asidua a la empresa en sus aspectos administrativos, contables, técnico-productivos, comerciales, financieros y otros.”, FRANCISCO VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, cit., pág. 308.

⁵⁵⁹ Fernando SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al artículo 133 LSA” en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Edersa, Madrid, 1994, pág. 243: “(...) una cosa es el riesgo de empresa, que necesariamente ha de asumir la sociedad, aunque tenga como resultado pérdidas cuantiosas, y otra, el riesgo de una gestión negligente de los administradores, los cuales, por incumplimiento de sus obligaciones legales o estatutarias, puede ocasionar daños a la sociedad, de los que los administradores deben responder.”

⁵⁶⁰ Elena F. PÉREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 70.

En el apartado III de este capítulo se ha visto un supuesto en el que no puede aplicarse la prohibición de regreso: cuando el daño ha sido consecuencia de la actuación conjunta de los agentes, la responsabilidad debe ser también conjunta, -se 'regresa', por tanto-, y los responsables, anteriores y posteriores, responden cada uno por el todo.

Existe otra excepción a la aplicación del criterio de la prohibición de regreso. Se trata de los supuestos en que el comportamiento negligente del primer agente ha favorecido la actuación negligente o dolosa de un segundo agente. Son los casos de responsabilidad del guardián, del *gatekeeper*, de quien tiene la obligación de controlar una fuente de peligro para que su existencia no supere los niveles del riesgo permitido. Cuando a la imprudencia del guardián se suma la de un segundo agente, la víctima sufre un daño que podría haberse evitado en origen: ambos, quién hizo posible con su propia negligencia la actuación (imprudente o dolosa) de un segundo, y el agente que aprovechó dolosamente el descuido del primero o cuya imprudencia no habría sido posible sin ese descuido, deben responder de forma conjunta.

Al enunciar los elementos del criterio de la prohibición de regreso se ha citado, de acuerdo con la mejor doctrina, el principio de confianza: en una frase que Günther JAKOBS y sus seguidores han hecho célebre⁵⁶¹ "no todo es asunto de todos" y no puede exigirse a todos los operadores del tráfico que suplan o asuman las deficiencias del prójimo. Si así fuera, no sería posible la división de trabajo. El reverso de la división de la sociedad en funciones que se complementan entre sí y que son llevadas a cabo por sujetos responsables -individuos u organizaciones- tiene como complemento necesario que cada uno de ellos asume las consecuencias de su propio actuar.⁵⁶²

El principio de confianza ya no rige si el interviniente en el tráfico sabe del comportamiento incorrecto del otro o puede deducir que su propio comportamiento inducirá a otros a causar daños a terceros⁵⁶³. Así, el principio de confianza que está en

⁵⁶¹ Véanse las citas en Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, cit., nota 48 de la página 92.

⁵⁶² Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., habla de roles: "(...) se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol (...) refiriéndose la denominación de rol a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables. (...) Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar. (...) Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el ámbito de los hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita mayor explicación.", págs. 97 y 100.

⁵⁶³ Véase, Ingeborg PUPPE, *La imputación objetiva*, Editorial Comares, Granada, 2001, traducción del original alemán a cargo de Percy García Clavero.

la base de la organización social y es el origen del principio de la prohibición de regreso, tiene dos excepciones de nota:

- a) La primera referida a los daños que pueden afectar a los propios bienes cuando la víctima detecta la infracción de la norma de cuidado del agente. En esos casos, la víctima potencial no puede aducir que, como la infracción es ajena, no le compete. Por ese motivo, el ordenamiento prevé reglas de compensación de culpas, de las que ya hemos tratado, y sanciones al incumplimiento del deber de mitigar el daño sufrido.
- b) El principio de confianza deja de ser pertinente si el deber de cuidado impuesto es precisamente evitar que otros causen el daño que sufre la víctima, o, al menos, reducir su gravedad o su frecuencia. Quien incumple un deber de este tipo no puede alegar que ha infringido su deber confiando que el segundo interviniente cumpliría el suyo.

En el segundo supuesto, que es del que nos ocupamos a continuación, ambos agentes deben responder de forma solidaria, cada uno por todo el daño causado: cualquier otra solución implicaría que el derecho protege al infractor de sus deberes o a quien se aprovecha de las faltas ajenas de prevención.⁵⁶⁴ En esos casos, además, el incumplimiento del primer agente, el encargado de controlar una fuente de peligro, será con frecuencia un comportamiento omisivo por lo que la discusión sobre la causalidad debe sustituirse por la de la conveniencia de imputar los daños sufridos por la víctima a quienes tenían el deber de evitarlos.

Así, la STS, 1ª, 5.12.2001 (RJ. 9935), condenó solidariamente a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y a la Comunidad de Regantes de las Vegas Bajas del Guadalquivir por las lesiones y muerte que sufrieron, respectivamente, el conductor y copiloto de un camión de recogida de basuras que volcó cuando cedió la pasarela de hormigón que cubría uno de los canales del Guadalquivir. La Confederación Hidrográfica era la propietaria del canal y sus accesos y la Comunidad de Regantes la titular de la explotación. Ni en los accesos ni en la propia pasarela había señal alguna que limitase el paso de vehículos pesados. La pasarela, por el contrario, se encontraba en un camino amplio por el que acostumbraban a pasar todo tipo de vehículos. La Sala Primera estimó el recurso de los actores contra la sentencia desestimatoria de la Audiencia de Jaén y repuso la condena de la primera instancia que condenaba a las entidades demandadas al pago solidario de una indemnización de 90.151 euros. Aunque la discusión del caso se centró en la competencia de la jurisdicción civil, nadie puso en duda que alguna de las dos entidades condenadas debía haber

⁵⁶⁴ Por este motivo no estamos de acuerdo con la solución que proponen William L. LANDES y Richard A. POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", cit., pág. 519: "In the case of successive joint torts, the second tortfeasors is liable for the aggravation, not the whole of the plaintiff's injury, but the first tortfeasors is liable for the entire injury if the possibility of negligent aggravation by another was reasonably foreseeable."

adoptado precauciones para evitar el accidente: o señalizar la zona o reforzar el pavimento.

La STS, 1ª, 30.3.2001 (RJ. 4775), confirmó las sentencias de las instancias que condenaron solidariamente a la empresa de demoliciones y al arquitecto que debía dirigir la demolición de un edificio de viviendas por los daños que causaron las obras a la vivienda de los actores, situada en el solar contiguo. La demolición estaba mal diseñada, se ejecutó sin las medidas de precaución oportunas y el arquitecto no estuvo presente para dirigirlas.

Los casos más típicos de condena solidaria por el incumplimiento de deberes de control son las condenas a la Administración pública encargada de la concesión de autorizaciones u otorgamiento de licencias que se han visto en el apartado III.2.3 del capítulo segundo. El ejemplo más típico de condena a *gatekeepers* privados es el de las explosiones de gas que causan daños a terceros.

La STS, 14.7.2003 (RJ. 4629), desestimó el recurso de casación de los propietarios de la vivienda en la que se produjo una fuga de gas y de Repsol Butano S. A. por la explosión de gas que destruyó una vivienda vecina. La Sala Primera estimó, sin embargo, el recurso presentado por la actora que, aunque había conseguido una sentencia condenatoria de la Audiencia, solicitaba la condena solidaria de ambos demandados y no la parciaria impuesta por la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo dio la razón a la recurrente. Los dos demandados, particular y compañía, habían incumplido deberes de precaución. La sentencia trasladó a la relación interna la distribución de responsabilidades decidida por la Audiencia. Ambos respondieron solidariamente del pago de una indemnización de 100.100 euros.

La decisión del Tribunal, de acuerdo con la tesis mantenida en este trabajo, es diferente cuando no puede apreciarse una negligencia en los deberes de control de la compañía titular del gas y el daño se debe sólo a los usuarios. Así, la STS 23.1.2003 (RJ. 606), desestimó el recurso de los familiares del fallecido a consecuencia de una explosión de gas producida en el piso del demandado. La fuga se produjo por unas obras de reforma en la vivienda. Las instancias condenaron al propietario de la casa en que se produjo la explosión y a su compañía aseguradora pero absolvieron a las compañías Repsol Butano S. A. y Gas Cuenca S. L., también demandadas. El condenado llevó a cabo las obras, que afectaban a la instalación del gas, sin comunicarlo a las compañías y sin respetar las normas de seguridad.

Muchos focos de peligro son inevitables, como los que proceden de las fuerzas de la naturaleza; otros son necesarios, como los asociados al progreso de la sociedad; y algunos son, a la vez, inevitables y necesarios. El legislador prohíbe algunos y permite otros. La autorización se hace siempre, sin embargo, definiendo el nivel del riesgo que la sociedad está dispuesta a tolerar. Para asegurar que los focos de peligro no rebasen ese nivel de peligro se imponen determinadas medidas de precaución que

deberán llevar a cabo la Administración pública, los titulares o los usuarios. Esas medidas de precaución –controles– pueden ser:⁵⁶⁵

- Permanentes: cuando el foco encierra un alto e ininterrumpido peligro de exceder el riesgo permitido.
- Periódicos: cuando el foco no presenta una amenaza continuada de convertirse en prohibido.
- Facultativos: suelen tener por objeto focos de peligro que se encuentran bajo la dependencia directa de particulares que son, por lo tanto, los primeros responsables en que el riesgo se mantenga en los niveles de lo permitido. Suelen estar asociados a inspecciones y sanciones administrativas cuya amenaza obliga a los titulares del foco a cumplir con las disposiciones reglamentarias.

En principio, sólo el incumplimiento de los controles permanentes y periódicos puede dar lugar a la condena solidaria del guardián del foco de peligro con el tercero que causa un daño facilitado por el incumplimiento del primero. De todos modos, habrá que analizar en cada caso si la decisión sobre el tipo de control se corresponde con la peligrosidad del foco de peligro.

2. *El veneno está en la dosis*

Hasta ahora se han puesto de manifiesto dos de las principales deficiencias del artículo 1902 Cc. y del resto de normas generales del derecho español de daños: no prevén la responsabilidad conjunta en supuestos en que es la única solución razonable y parten de un modelo de accidente unilateral que obvia la intervención de la víctima en el daño que sufre. Sumamos en este apartado otra deficiencia, esta vez no del texto legal, sino de la exposición tradicional del derecho de daños: asume que la relación entre el comportamiento del agente y el daño que sufre la víctima es siempre la misma. Es más, y dicho en términos matemáticos, se asume de forma generalizada que la relación entre la conducta del agente o agentes y el daño que sufre la víctima es siempre lineal.

Conforme a esa concepción de la relación entre acción u omisión y daño, un incremento de la actividad causante de daños los aumenta o los agrava en la misma

⁵⁶⁵ Se sigue aquí a Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, págs. 1 a 60, especialmente, págs. 46 y ss. El autor clasifica los controles de fuentes de peligro en ‘controles en origen’, previstos cuando el foco de peligro va a ser puesto en funcionamiento y ‘controles posteriores’, una vez que el foco de peligro está en funcionamiento y que pueden ser, como se cita en el texto, permanentes, periódicos o facultativos.

proporción. Las cosas no son siempre así. Ya se ha comentado que cuando varios agentes actúan de forma conjunta es muy posible que el daño se cause de forma más intensa, más rápida y, en cualquier caso, con una probabilidad mayor. También es posible que cuando varios agentes actúan de forma independiente pero sucesiva el daño finalmente causado sea superior al que resultaría de sumar por separado los daños causados por cada uno de los agentes. En ese caso, la suma de las contribuciones individuales es inferior al resultado finalmente causado. Cuando eso suceda, la responsabilidad individual de cada uno de los agentes por el daño asociado a su comportamiento será inferior al daño total. La solidaridad -la responsabilidad de cada uno de los agentes por el daño total- es la única regla capaz de incentivar comportamientos precavidos y asegurar la reparación del daño efectivamente producido.

Por razones de conveniencia docente y expositiva los modelos de causación de daños se simplifican y acostumbran a asumir que la función de daños es lineal, es decir, que la relación entre el comportamiento dañoso y el resultado final obedece a una relación matemática que puede ser representada por una recta de pendiente m que consta de infinitos puntos que cumplen, sin excepción, la condición $y=m x$: el incremento o decremento de x e y es correlativo. Es intuitivo suponer, sin embargo, que las cosas no son siempre así. En función del tipo de actividad que se desarrolle y, sobre todo, el tipo de daño que se cause, la relación entre comportamiento y daño puede obedecer a muy variados tipos de relaciones que, representadas gráficamente, darían lugar a hipérbolas o a funciones exponenciales.

La misma asunción de linealidad de la función de daños supone, además, que la función es continua, es decir, que está definida (existe) para todos los posibles puntos de la relación $y=m x$. Tampoco será eso cierto en todos los casos. En ocasiones la actividad causará daños hasta un cierto punto y después, por ejemplo, porque el bien afectado ya se ha destruido, dejará de causar daños adicionales. No es este el lugar para intentar clasificar las diferentes funciones que pueden explicar la relación entre los comportamientos de los agentes y el daño; para ello, además, hay que atender al tipo de bien que resulta perjudicado en cada caso. Es suficiente señalar que la función que describa el daño no tiene por qué ser siempre lineal y que, si se puede hablar así, una unidad adicional de cuidado o de actividad dañosa no siempre disminuye o aumenta el daño final en la misma proporción. La relación entre ambos fenómenos puede ser cuadrática, exponencial, trigonométrica o logarítmica, función esta última que, por cierto, siguen muchos de los fenómenos físicos que en derecho civil llamamos 'daños'.

Los casos en que las aportaciones de los diferentes agentes, que han actuado de forma sucesiva e independiente, se combinan para causar un daño muy superior al que puede imputarse a cada uno de sus causantes son una extraña combinación de daños causados de forma individual y de forma conjunta.

“Cuando varios agentes contribuyen a causar un daño su actuación puede crear un efecto sinérgico: la actuación de uno refuerza el efecto de la del otro o viceversa, de

forma tal que mientras la probabilidad de que cada conducta, individualmente considerada, cause un daño es reducida, la probabilidad de que la superposición de ambas lo cause es mucho más elevada que la suma de probabilidades individuales.”⁵⁶⁶

Cada una de las aportaciones puede aumentar el riesgo de producción del daño finalmente causado, puede ser inocua o puede disminuir la probabilidad de causación del daño.

- a) Puede haber contribuciones que disminuyan el riesgo de causar el daño concreto finalmente producido. En ese caso, habrá que negar la imputación del daño a esas conductas.
- b) Algunas conductas pueden no representar riesgo alguno, por ser inocuas o por mantenerse dentro de los niveles del riesgo permitido. Tampoco cabe la imputación del daño en esos casos.
- c) Por último, puede haber conductas que se desarrollan sin respeto a los límites del riesgo permitido y cuyo efecto dañoso se suma a las contribuciones de otros agentes causando un daño final que supera el daño previsible asociado a la conducta de cualquiera de ellos.

Sólo son relevantes para la imposición de responsabilidad –solidaria- los casos en que la actuación del segundo agente aumenta el daño final más que proporcionalmente. De no ser así, deberá responsabilizarse a cada agente de forma individual.

La suma de negligencias que dio lugar al caso finalmente resuelto por la STS, 1ª, 11.6.2002 (RJ. 4887), es un buen ejemplo de daño que aumenta en mayor medida que los descuidos de los sucesivos agentes. La Sala Primera confirmó las condenas de las instancias a tres médicos (y al Insalud) que, en actuaciones y momentos diferentes, trataron negligentemente a la víctima, una enferma de cáncer que falleció tras haber iniciado el proceso judicial. Sus descendientes la sucedieron en la posición actora contra un primer médico que no detectó un tumor maligno del tamaño de una naranja hasta que, 8 meses después del primer reconocimiento, la enferma acudió a su consulta por una parálisis facial causada por el tumor. La víctima fue intervenida inmediatamente por otros dos cirujanos. La operación fue un éxito pero, incomprensiblemente, el equipo médico no recetó el inicio de la quimioterapia hasta dos meses después de la intervención, cuando la enferma ya tenía metástasis por todo el cuerpo. Falleció de una parada cardiorrespiratoria.

Podría defenderse que, en este tipo de casos, una vez ya causado el daño, las aportaciones de agentes posteriores son irrelevantes y, por tanto, carece de sentido imponer responsabilidad alguna a quien contamina un río ya contaminado o atiende

⁵⁶⁶ Pablo SALVADOR CODERCH, “Causalidad”, *InDret* 03/2002, de donde se ha tomado también el título del epígrafe.

negligentemente a una víctima que ya no tiene esperanzas de sobrevivir al tratamiento. Así lo hacen algunas propuestas normativas. El artículo 3:104 (1) de los *Principles of European Tort Law* prevé que:

If an activity has definitely and irreversibly led the victim to suffer damage, a subsequent activity which alone would have caused the same damage is to be disregarded.

La solución propuesta carece de efectos preventivos para los segundos agentes que, con o sin conocimiento de la causación previa del daño, llevan a cabo comportamientos que, aunque no causen daño alguno, infringen la norma de cuidado. Parece que la solidaridad de todos es mejor solución: evita a la víctima los costes de distinción de agentes que dañaron y aquellos que no llegaron a hacerlo e impone a todos la misma obligación de respetar los límites del riesgo permitido.

Hay que reconocer que la solución que propone la regla es intuitiva: una vez destruido el bien ya no puede causarse daño alguno. Tiene también fundamento matemático, pues no todas las funciones son estrictamente crecientes. De todos modos, intuitiva y matemáticamente, ese efecto se produce tras los comportamientos de los agentes anteriores. De haber sido el primero, el comportamiento exonerado de responsabilidad por la regla debería responder. Como lo que interesa es desincentivar comportamientos dañosos no hay motivos para liberar de responsabilidad a quien llevó a cabo un comportamiento negligente pero tuvo la suerte de llegar tarde.

3. Un ejemplo normativo: la responsabilidad por daños al medio ambiente.

Los daños al medio ambiente causados por varios agentes que actúan de forma independiente son un buen ejemplo de daño final mayor que el resultante de la suma por separado de algunas de las contribuciones dañosas.⁵⁶⁷

⁵⁶⁷ "Si hay varios agentes de daños que actúan secuencialmente, el primero en actuar puede no causar ningún daño porque, por ejemplo, la cantidad de vertidos que realiza es por sí misma inocua. Pero los vertidos de quienes le siguen se suman a los anteriores y, todos juntos, acaban por causar graves daños. Dicho de otro modo, talar medio bosque no es necesariamente grave, pero cortar los árboles restantes sería una catástrofe.", Pablo SALVADOR CODERCH, "Causalidad", *Indret* 03/2002. Mark F. GRADY, "Multiple Tortfeasors and the Economy of Prevention", 19 *The Journal of Legal Studies* 653 (1990), critica la adopción de los daños al medio ambiente como el paradigma de los casos de actuación independiente que justifica la imposición de responsabilidad solidaria. Para el autor citado, la solidaridad no trae razón en la suma de contribuciones dañosas, sino en el carácter doloso de toda contaminación. "The hazardous waste dump is the wrong paradigm for the negligence problem. In most cases, negligent dumping is an intentional nuisance, not an accident at all. For this reason, negligent dumping is always inefficient, or almost so.", pág. 659. No parece que las cosas tengan que ser siempre así. En todo caso, asumida la convexidad de la función de daños al medio ambiente, habrá que preguntarle al profesor

Los efectos variarán en función del tipo de actividad, su toxicidad y los bienes naturales a que afecte, pero parece intuitivo suponer que en el segundo en contaminar hará más daño que si fuese el primero. Ríos, bosques, suelo y subsuelo, animales y atmósfera pueden asumir ciertos niveles de contaminación. En todos los casos parece que superado ese nivel los resultados son desastrosos. Quien contamina en segundo lugar acerca el estado de cosas al nivel de saturación y, por tanto, el daño que causarán, por ejemplo, su vertido o sus residuos, será muy superior al que hubieran causado de ser el único agente contaminante del ecosistema afectado. La función de daños al medio ambiente es convexa: una unidad adicional de contaminación causa daños en una medida superior a la unidad. Dicho de otro modo, el daño adicional causado por una unidad de contaminación, que se suma a las anteriores procedentes de otros agentes, aumenta conforme lo hacen los vertidos o los residuos.⁵⁶⁸ Tantas veces va el cántaro a la fuente: el daño aumenta más que proporcionalmente con una nueva actividad dañosa.

En esos casos, una regla de responsabilidad individual obligaría a condenar a cada uno de los agentes contaminadores en función del daño asociado al volumen de vertidos o residuos. El resultado sería inferior al daño finalmente causado pues la suma de las responsabilidades individuales no tiene en cuenta los efectos sinérgicos derivados de la concurrencia de las actividades contaminantes. La suma de responsabilidades individuales en función de los daños asociados a la actividad desarrollada es inferior al daño total causado.

Sin embargo, durante décadas, los daños causados al medio ambiente por agentes independientes han sido el ejemplo de daño divisible que, por tanto, puede ser puesto a cargo de cada responsable en función de criterios causales.

Así, el *Restatement of the Law, Second: Torts* de 1965 ejemplificaba la posibilidad de distribuir el daño en función de las contribuciones causales con el siguiente caso:

“Oil is negligently discharged from two factories, owned by A and B onto the surface of a stream. As a result C, a lower riparian owner, is deprived of the use of the water for his own industrial purposes. There is evidence that 70 per cent of the oil has come from A’s factory, and 30 per cent from B’s. On the basis of this evidence, A may be held liable for 70 per cent of C’s damages, and B liable for 30 per cent.”⁵⁶⁹

Grady si el dolo que supone en toda actividad contaminadora se refiere al daño asociado a cada vertido, considerado de forma individual, o al daño finalmente causado por la suma de vertidos.

⁵⁶⁸ Para la asunción de convexidad, véase Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, “Sharing Damages Among Multiple Tortfeasors”, cit., págs. 835 y ss.

⁵⁶⁹ “Thus where two or more factories independently pollute a stream, the interference with the plaintiff’s use of the water may be treated as divisible in terms of degree, and may be apportioned among the owners of the factories, on the basis of evidence of the respective quantities of pollution discharged into the stream.”, American Law Institute, *Restatement of the Law, Second: Torts, Comment d.* §433 A, págs. 436 y 37. Citan el mismo caso de contaminación del río por dos empresas como ejemplo

La versión del *Restatement Third: Torts, Apportionment of Liability* del año 2000 prescinde del ejemplo que, además fue objeto de críticas por la mejor doctrina durante la vigencia del *Restatement Second*.⁵⁷⁰

La división del daño carece de sentido en casos como el del daño al medio ambiente. El medio ambiente es un recurso común y, por tanto, no puede excluirse a nadie de su uso. Sin embargo, el mal uso que puede hacer de él una persona excluye el buen uso que puedan hacer los demás, pues destruye el recurso natural afectado. El río contaminado por una sola empresa causa daños a toda la sociedad y beneficia sólo a quien se ahorra los costes necesarios para evitar la contaminación. Como todos los bienes comunes, el medio ambiente está amenazado por el abuso de quienes se enriquecen a su costa pero a quienes no empobrece su deterioro.⁵⁷¹

Algunas propuestas recientes ignoran el carácter común del recurso medioambiental y contienen reglas que, aplicadas a los daños al medio ambiente, pueden ser desastrosas. El artículo 3:105 de los *Principles of European Tort Law* prevé que:

In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those are likely to have (minimally) contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof.

Si la norma, como parece, regula la relación externa y, según dispone el daño total se dividirá por partes iguales entre los presuntos causantes, la sociedad habrá de cargar con los daños causados por el contaminador insolvente. Parece preferible una regla de responsabilidad solidaria que obligue a los contaminadores a distribuir entre sí los daños causados por aquél de ellos que carezca de solvencia suficiente para hacer frente a los daños que causó.⁵⁷² Las actividades que contaminan no reflejan en su

de daño divisible, William L. LANDES y Richard A. POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", cit., pág. 543.

⁵⁷⁰ "But is quite unlikely that the damage function in the case of joint pollution would be linear, and therefore that the damage caused by one factory would be independent of whether another factory was also polluting. For many pollutants, the damage function exhibits thresholds at which there are marked non-linearities. For example, as the concentration of dissolved oxygen in water decreases toward a threshold, there will be a pronounced increase in the damage caused, since the water will no longer be able to support fish.", Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, "Sharing Damages Among Multiple Tortfeasors", cit., págs. 854 y 855.

⁵⁷¹ "In a reverse way, the tragedy of the commons reappears in problems of pollution. Here it is not a question of taking something out of the commons, but of putting something in –sewage, or chemical, radioactive, and heat wastes into water; noxious and dangerous fumes into the air; and distracting and unpleasant advertising signs into the line of sight. (...) The rational man finds that his share of the cost of the wastes he discharges into the commons is less than the cost of purifying his wastes before releasing them.", Garret HARDIN, "The Tragedy of the Commons", 162 *Science* 1243 (1968).

⁵⁷² La solidaridad asegura que se aplica una *Full liability rule* que indemniza el daño total causado. En la relación interna los corresponsables pueden distribuirse sus cuotas (*Unitary share rule*) en función de las contribuciones respectivas al daño final, no según su propio nivel de actividad (*Proportional share rule*).

precio el coste de los daños causados al medio ambiente⁵⁷³. Las decisiones de producción se toman, por tanto, al margen de sus costes sociales. Por este motivo, es preferible que los costes de la actividad recaigan sobre el colectivo de productores que provocan la contaminación y no sobre la sociedad que, además, soporta los efectos de la contaminación.

La responsabilidad civil no es la única medida para corregir la desviación que produce el efecto difuso del daño asociado al uso de bienes que no son propiedad privada. Otros mecanismos, señaladamente los impuestos, aseguran que el coste de unidad producida incorpora los costes de la polución que genera. Los impuestos no evitan, sin embargo, las infracciones a la norma de cuidado. Para eso están las reglas de responsabilidad.

El carácter no apropiable de los recursos naturales ha dificultado tradicionalmente la aplicación de las herramientas normativas del derecho privado⁵⁷⁴. En algunos países, como sucede en España, la protección al medio ambiente se ha llevado a cabo con instrumentos de derecho público, penal y administrativo fundamentalmente. La responsabilidad civil extracontractual no se ha entendido, hasta épocas muy recientes, como un instrumento válido de protección del medio ambiente.

Influyen muchos factores relacionados, sobre todo, con el carácter difuso de la causación de los daños al medio ambiente y el carácter, difuso también, de sus víctimas. En otros sistemas jurídicos, señaladamente los Estados Unidos de América, el sistema es algo diferente. Un fondo económico (el *Hazardous Substance Response Trust Fund*) creado por la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA) en 1980 se encarga de sufragar los gastos de saneamiento de recursos naturales contaminados y legitima a la *Environmental Protection Agency*

Véase, Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, "Apportioning Damages among Potentially Insolvent Actors", op. cit.

⁵⁷³ "When my steel mill produces a ton of steel, I pay my workers for the cost of their labor, I pay the mining firm for the cost of its ore, but I do not pay the people downwind for the sulphur dioxide I am putting into their air. In deciding how much steel to produce and how to produce it, I make the decision that maximizes net gain to me, that maximizes net gain summed over me, my suppliers and customers, and everyone upwind, but not the decision that maximizes net gain to everyone.", David D. FRIEDMAN, *Law's Order. What Economics has to do with Law and why it matters*, cit., pág. 29.

⁵⁷⁴ "La piedra de toque económica por excelencia, que es la del mercado, no rige habitualmente para buena parte de los elementos naturales que componen los entornos biológicos (aguas, aire, suelo, subsuelo)", por este motivo "ni la cláusula general del artículo 1902 del Código civil ni las previsiones más específicas frente a humos, emanaciones, etc., del artículo 1908, han sido entendidas por los tribunales como un instrumento jurídico para la preservación del medio ambiente.", Fernando GÓMEZ POMAR, "La responsabilidad civil como instrumento de protección al medio ambiente", *Iuris*, 1999, págs. 40 y 41. A favor de la extensión de las reglas sobre inmisiones para la protección privada del medio ambiente, Mariano ALONSO PÉREZ, "Las relaciones de vecindad", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 357 a 396; y, con más detalle, el mismo, "La tutela del derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas". *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, págs. 4783 a 4806.

(EPA) para ejercer todo tipo de acciones –también de daños– contra los contaminadores.⁵⁷⁵

La regla de referencia en el derecho español es el artículo 32.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Normas Reguladoras de los Residuos:

La responsabilidad será solidaria en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el poseedor o el gestor de los residuos los entregue a persona física o jurídica distinta de las señaladas en esta Ley.*
- b) Cuando sean varios los responsables y no sea posible determinar el grado de participación de cada uno en la realización de la infracción.*
- c) Cuando los daños causados al medio ambiente se produzcan por acumulación de actividades debidas a diferentes personas, la Administración competente podrá imputar individualmente esta responsabilidad y sus efectos económicos.*

Conforme al apartado c), la responsabilidad administrativa de varios sujetos será solidaria cuando el daño final sea consecuencia de la acumulación de residuos provocados por actividades independientes. La previsión final de la regla permite a la Administración pública actuante la distribución de la responsabilidad en la relación interna en función de las consecuencias que cada una de las actividades haya tenido en el daño finalmente causado. Pese a esa previsión, la responsabilidad es, como declara el artículo, solidaria.

V. El problema de la distribución de responsabilidad en la relación interna

En el momento de proponer una regla para la relación interna entre los obligados de forma solidaria a satisfacer a la víctima la indemnización por el daño causado se manifiestan las deficiencias del derecho español de daños. A pesar de la vigencia del principio de responsabilidad individual que se ha defendido en el trabajo, hay que reconocer, como también se ha procurado mostrar en las páginas precedentes, que en determinados supuestos la individualización de las aportaciones al daño no es posible.

⁵⁷⁵ “The legislation, commonly known as the ‘Superfund Act’ creates a unique framework for clearing up hazardous waste. The federal government is granted the authority and funds to respond quickly to problems caused by past unsafe practices concerning hazardous substances, and to new threats or releases of hazardous substances onto or into land, air or water. At the same time CERCLA provides a legal foundation for establishing the liability of parties who either generated, transported or disposed of the hazardous substances.”, William E. KNEPPER y Dan A BAILEY, *Liability of Corporate Officers and Directors*, I, 6th edition, Lewis Law Publishing, 2000, págs. 318 y 319.

El criterio de la distribución de la responsabilidad en la relación interna en función de las respectivas contribuciones al daño, habitualmente seguido por las legislaciones que han regulado la solidaridad de una pluralidad de responsables, no puede seguirse en nuestro derecho de daños pues si esas contribuciones son identificables antes del proceso debe regir el principio de responsabilidad individual.

Quizá el criterio que más pueda servir es el previsto con carácter general en el §426.I.1 BGB: la responsabilidad de los codeudores solidarios en la relación interna se distribuye por partes iguales, salvo que haya otra forma de determinarla:

Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

En esos casos, una solidaridad como la que regula el Código civil tampoco sirve de modelo pues la lógica contractual de los artículos 1137 Cc. y ss. delega las reglas sobre la relación interna en los pactos entre las partes. Algo que en raras ocasiones será posible en la responsabilidad civil extracontractual.

De todas formas, hay que buscar alguna solución, pues la alternativa - desgraciadamente habitual en la jurisprudencia civil- es la condena solidaria sin especificar las cuotas internas de responsabilidad. Práctica que, como se ha visto, provoca segundos pleitos y dificulta la transacción antes o después de los primeros. Hay que reconocer, con todo, la dificultad con que se enfrenta el juez en estos casos. No hay criterios legales, la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha elaborado ninguna doctrina al respecto y se trata de una materia en la que cualquier solución matemáticamente exacta sólo puede estar basada en presupuestos erróneos. De todos modos, el ámbito de incertidumbre es menor de lo que parece.

En muchos de los casos de responsabilidad solidaria por el daño causado por la actuación conjunta de los miembros de un grupo será posible atender a la división interna de trabajo que gobernaba su actuación. Que la responsabilidad solidaria ahorre a la víctima los costes de identificación del causante material del perjuicio cuya evitación era un deber común del grupo, no significa que esos esfuerzos se ahorren al juez que conozca el caso. La sentencia deberá resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso y los criterios que deben regir la relación interna son inseparables de la condena solidaria.

Algunas propuestas novedosas van en la línea de lo indicado en el texto. Así, para la responsabilidad de administradores, uno de los ejemplos seleccionados en este trabajo, y en el que la actuación conjunta justifica la responsabilidad solidaria de todos los administradores. La división del trabajo, presente de forma más o menos

explícita, en todos los casos de actuación conjunta permite salvar la distancia entre la responsabilidad individual y la solidaria.⁵⁷⁶

En los casos de actuación independiente el juez dispone de dos herramientas para determinar la distribución de responsabilidad en la relación interna. Una es la valoración del incumplimiento de los deberes respectivos. La relevancia social, económica o jurídica del deber infringido por cada uno de los agentes responsables del daño puede servir de orientación para distribuir su responsabilidad.

Cuando el daño haya sido consecuencia de la suma de actividades independientes cuyo efecto combinado explica el daño, el juez puede atender a los respectivos niveles de actividad o, cuando sea posible identificar –probablemente con la ayuda de expertos– las actividades que fueron cualitativamente más relevantes en la reacción que causó el daño.

En los supuestos en que el colectivo que causó el daño no fuera un grupo formal o informalmente organizado y en los que no sea posible determinar niveles de actividad o los deberes infringidos, la única solución posible es la responsabilidad por partes iguales.

En el apartado II.3 del capítulo tercero hemos tenido ocasión de valorar los perniciosos efectos que tenía en la prevención una regla de responsabilidad por partes iguales. En esos casos la solidaridad funciona como un seguro y puede subvencionar la actuación del agente propenso al riesgo. Ese efecto, sin embargo, está anudado a la solidaridad prevista *ex ante* pues sólo en ese caso los potenciales responsables pueden adecuar sus comportamientos a la regla de responsabilidad. La naturaleza de los casos en que proponemos la solución de la solidaridad supone que, la mayor parte de las veces, la solidaridad se impondrá *ex post*.

⁵⁷⁶ “Una división del trabajo correctamente establecida debería operar, en efecto, como ‘cortafuegos’ de la responsabilidad, y así viene entendiéndolo la doctrina más atenta. Esto significa que la responsabilidad de cada cual ha de enjuiciarse atendiendo a su actuación individual cuando se le hubieran asignado funciones en forma personal. (...) La matización que sugerimos se justifica porque ayuda a rebajar la incertidumbre, facilita el proceso de toma de decisiones y, en última instancia, favorece el desarrollo de organizaciones más eficientes.”, Cándido PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, cit., pág. 91. El profesor Paz-Ares propone un nuevo redactado para la regla del artículo 133 LSA:

1. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño (o, al menos, se opusieron expresamente a aquél).

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual y a las funciones específicamente encomendadas a cada uno de los miembros del órgano.

El ‘Sin perjuicio’ con que arranca el apartado segundo de la propuesta, en la página 107 de la obra citada, plantea problemas interpretativos. Sería preferible que reconociera directamente que la regla que prevé es de aplicación en la relación interna y no, para evitar equívocos, un sucedáneo de la solidaridad.

Conclusiones

I

La solidaridad entre los responsables del daño cumple, en el actual ordenamiento jurídico español, tres funciones básicas:

- Garantiza el crédito indemnizatorio de la víctima.
- Soluciona problemas de identificación de responsables y de prueba de la causalidad.
- Sanciona el incumplimiento de deberes de supervisión y control.

La solidaridad no es, sin embargo, el único –ni el mejor– medio para conseguir esas tres finalidades en los casos en que concurren varios potenciales responsables de un daño.

En el ordenamiento jurídico español, el principio general en materia de obligaciones con pluralidad de sujetos es la división del crédito o la deuda entre los sujetos que concurren en la parte activa o pasiva de la obligación. No hay motivos para alejarse de ese principio general en sede de obligaciones extracontractuales. Cuando concurren varios potenciales responsables de un daño deberán ponerse a cargo de cada responsable, conforme al criterio de imputación objetiva de la prohibición de regreso, las consecuencias asociadas al incumplimiento de los deberes de precaución que le son propios. Se asegura, de este modo, una correcta distribución de los incentivos a la prevención. Sólo cuando el criterio de la prohibición de regreso no permita distinguir cuotas ideales de responsabilidad estará justificada, a pesar del silencio legal, la imposición de la responsabilidad solidaria a los responsables del daño por el que la víctima reclama una indemnización.

II

Es injustificado el recurso a la solidaridad entre corresponsables como un medio para proteger el crédito indemnizatorio de la víctima o como un mecanismo para asegurar el cumplimiento de deberes de supervisión o control. La garantía del crédito y la sanción por falta de control son funciones que pueden cumplir las responsabilidades directa o subsidiaria sin necesidad de trasladar al derecho de daños los problemas anudados a la parca regulación de la solidaridad de los artículos 1137 y ss. del Código civil y sin modificar los incentivos a la prevención propios del principio de

responsabilidad individual. La garantía del crédito y los incentivos al control pueden asegurarse o imponerse mediante la previsión o imposición de responsabilidades directas o subsidiarias.

Es criticable, por tanto, la jurisprudencia civil que declara la responsabilidad solidaria del causante del daño con su compañía aseguradora –en contra de la responsabilidad directa prevista en el artículo 76 LCS- y la de éste con con las personas de quienes depende por vínculos familiares o profesionales –a pesar de lo dispuesto en el artículo 1903 del Código civil-.

Por el mismo motivo, el recurso a la responsabilidad solidaria cuando podrían imponerse responsabilidades directas o subsidiarias, es criticable la opción del legislador por la solidaridad en el artículo 61.3 LORPM (responsabilidad solidaria del menor y sus padres, guardadores o asimilados), en el artículo 7 LRCF (responsabilidad solidaria de fabricante e importador de productos defectuosos), el artículo 65.2 de la Ley de Prensa (solidaridad de impresor, director, redactor y periodista), el 78 LP (responsabilidad solidaria del transmitente y el adquirente de una patente ya concedida) y el artículo 11 LA (solidaridad de auditor y socio de la sociedad auditora). En todos esos casos, la ampliación del círculo de responsables obedece a la necesidad de suplir la supuesta insolvencia del causante material del daño o imponer deberes de control o prevención. Esas finalidades pueden conseguirse de igual modo –y sin mermas de protección para la víctima- mediante la previsión de responsabilidades directas o subsidiarias.

III

La solidaridad entre los responsables del daño, a pesar de no estar prevista de forma general en el ordenamiento jurídico español, es la única solución cuando el criterio de imputación objetiva de la prohibición de regreso no permite individualizar las responsabilidades de los agentes del daño sufrido por la víctima. Así sucederá en tres grupos de casos:

- Cuando el daño sea consecuencia de la actuación conjunta -de común acuerdo-, de los causantes del daño.
- Cuando el daño sufrido por la víctima tenga su explicación en, primero, el incumplimiento de un deber de control y, después o de forma simultánea, un comportamiento de un segundo agente que el deber de control incumplido debía evitar.
- Cuando las aportaciones de los diferentes agentes, que han actuado de forma sucesiva e independiente, se combinan para causar un daño muy superior al que puede imputarse a cada uno de sus causantes.

En esos grupos de casos, la solidaridad entre los responsables del daño se justifica por los problemas de identificación de responsables o de prueba de las respectivas cuotas de responsabilidad.

De acuerdo con esta visión restrictiva de la responsabilidad solidaria, y a pesar de los problemas prácticos que supone, debe mantenerse la solidaridad en los casos en que los agentes actuaron de común acuerdo y en los que la prueba de la autoría del daño, por su complejidad, no puede imponerse a la víctima. Así, la solidaridad prevista en el artículo 17 LOE entre los agentes de la edificación, en las reglas de funcionamiento de los órganos colegiados de personas jurídicas, en los casos de responsabilidad conjunta de varias Administraciones públicas (cfr. artículo 140 LRJPAC), entre los miembros de la partida de caza (cfr. artículo 33.5 LC) y en la normativa de protección al medio ambiente. Sería deseable, con todo, una regulación más precisa de esas responsabilidades, sobre todo, de la relación interna entre los corresponsables del daño.

Barcelona, marzo de 2005.

Lista de sentencias citadas

(por orden cronológico)

1. Tribunal Supremo español

Fecha	Referencia	Magistrado ponente
2003		
STS, 1ª, 16.1.2003	1	José de Asis Garrote
STS, 1ª, 23.1.2003	606	Clemente Auger Liñán
STS, 1ª, 31.1.2003	854	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 10.2.2003	1079	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 20.2.2003	1174	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 24.2.2003	1599	Antonio Romero Lorenzo
STS, 1ª, 14.3.2003	3645	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 17.3.2003	2750	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 18.3.2003	2754	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 27.3.2003	1890	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 31.3.2003	2839	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 1.4.2003	2979	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 7.4.2003	2800	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 23.4.2003	3867	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 29.4.2003	3041	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 30.4.2003	3739	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 5.5.2003	3876	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 9.5.2003	3891	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 23.5.2003	3593	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 27.5.2003	3930	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 29.5.2003	3913	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 29.5.2003	3916	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 4.6.2003	4328	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 5.6.2003	4124	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 19.6.2003	4244	Clemente Auger Liñán
STS, 1ª, 23.6.2003	3635	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 30.6.2003	5070	Román García Varela
STS, 1ª, 14.7.2003	4629	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 14.7.2003	4630	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 15.7.2003	4463	Teófilo Ortega Torres
STS, 1ª, 17.7.2003	6575	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 29.7.2003	5991	Román García Varela

STS, 1ª, 21.7.2003	6039	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 8.9.2003	6065	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 15.9.2003	6418	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 25.9.2003	6826	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 23.10.2003	7407	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 31.10.2003	7978	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 27.6.2003	4312	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 30.9.2003	6448	Román García Varela
STS, 1ª, 3.11.2003	7999	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 6.11.2003	8168	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 19.11.2003	8336	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 26.11.2003	8354	Antonio Gullón Ballesteros

2002

STS, 1ª, 25.1.2002	31	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 8.2.2002	3279	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 13.2.2002	3198	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 15.2.2002	1449	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 20.2.2002	3501	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 21.2.2002	2894	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 22.3.2002	28	Teófilo Ortega Torres
STS, 1ª, 11.4.2002	3288	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 12.4.2002	2607	Clemente Auger Liñán
STS, 1ª, 4.3.2002	5242	Román García Varela
STS, 1ª, 7.3.2002	4151	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 8.3.2002	1912	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 17.3.2003	2750	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 22.3.2002	2285	Teófilo Ortega Torres
STS, 1ª, 24.4.2002	5105	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 19.4.2002	4971	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 19.4.2002	4155	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 7.5.2002	3679	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 17.5.2002	5246	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 20.5.2002	5344	Teófilo Ortega Torres
STS, 1ª, 27.5.2004	7159	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 11.6.2002	4885	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 11.6.2002	4887	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 24.6.2002	5895	Teófilo Ortega Torres
STS, 1ª, 2.7.2002	5514	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 10.7.2002	6239	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 15.7.2002	5911	Román García Varela
STS, 1ª, 18.7.2002	6257	José Manuel Martínez-Pereda

STS, 1ª, 18.7.2002	6254	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 31.7.2002	6944	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 31.7.2002	7741	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 10.10.2002	9978	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 15.10.2002	10128	Teófilo Ortega Torres
STS, 1ª, 21.10.2002	8770	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 26.10.2002	9183	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 31.10.2002	9627	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 22.11.2002	10364	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 25.11.2002	10274	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 28.11.2002	10284	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 12.12.2002	10978	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 21.12.2002	10934	José de Asís Garrote

2001

STS, 1ª, 10.1.2001	1309	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 31.1.2001	537	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 2.2.2001	1003	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 13.2.2001	852	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 27.2.2001	2555	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 7.3.2001	3974	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 20.3.2001	4740	Román García Varela
STS, 1ª, 24.3.2001	3986	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 30.3.2001	4775	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 4.4.2001	4781	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 14.4.2001	3640	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 8.5.2001	7379	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 14.5.2001	6204	José Ramón Vázquez Sandes
STS, 1ª, 16.5.2001	6210	Román García Varela
STS, 1ª, 21.5.2001	6464	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 12.6.2001	6649	Antonio Romero Lorenzo
STS, 1ª, 2.7.2001	2002/1700	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 19.7.2001	5561	José Ramón Vázquez Sandes
STS, 1ª, 24.7.2001	8420	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 14.9.2001	7072	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 17.10.2001	8642	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 25.10.2001	8670	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 3.11.2001	2002/231	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 26.11.2001	9517	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 29.11.2001	9519	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 5.12.2001	9935	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 13.12.2001	9354	José Ramón Vázquez Sandes

2000

STS, 1ª, 18.1.2000	68	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 2.3.2000	1306	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 18.3.2000	2018	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 27.3.2000	2488	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 4.4.2000	2506	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 6.4.2000	1821	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 11.4.2000	1823	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 11.4.2000	2148	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 12.4.2000	2972	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 18.4.2000	2672	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 6.5.2000	3104	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 2.6.2000	3998	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 19.6.2000	5291	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 24.6.2000	5303	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 29.6.2000	5916	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 4.7.2000	5924	Román García Varela
STS, 1ª, 7.7.2000	5938	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 15.7.2000	6885	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 21.7.2000	5500	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 20.9.2000	7519	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 26.9.2000	8126	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 29.9.2000	7534	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 9.10.2000	9184	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 16.10.2000	8095	José de Asís Garrote
STS, 1ª, 17.10.2000	8808	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 7.11.2000	8678	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 7.11.2000	9911	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 14.11.2000	8981	Román García Varela
STS, 1ª, 20.11.2000	9310	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 28.11.2000	9303	José Manuel Martínez-Pereda
STS, 1ª, 7.12.2000	9348	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 18.12.2000	10124	Jesús Corbal Fernández
STS, 1ª, 29.12.2000	9445	Román García Varela

1999

STS, 1ª, 29.1.1999	634	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 30.1.1999	521	Francisco Morales Morales
STS, 1ª, 17.2.1999	1244	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 23.2.1999	1059	Román García Varela
STS, 1ª, 29.3.1999	2013	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 13.4.1999	2583	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

STS, 1ª, 12.5.1999	4576	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 20.5.1999	3355	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 22.5.1999	4582	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 24.5.1999	3925	José Menéndez Hernández
STS, 1ª, 24.5.1999	3359	Román García Varela
STS, 1ª, 23.7.1999	6095	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

1998

STS, 1ª, 30.1.1998	352	José Luis Albácar López
STS, 1ª, 11.2.1998	707	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 19.2.1998	986	Jesús Marina Martínez-Pardo
STS, 1ª, 26.2.1998	1169	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 1ª, 17.3.1998	1122	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 24.3.1998	2049	Pero González Poveda
STS, 1ª, 31.3.1998	1855	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 2.4.1998	1870	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 21.4.1998	2512	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 30.4.1998	3461	José Luis Albácar López
STS, 1ª, 30.4.1998	3457	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 1ª, 5.5.1998	3233	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 8.5.1998	3708	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 1ª, 12.5.1998	3576	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 23.5.1998	3803	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 19.6.1998	5068	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 29.7.1998	6453	Román García Varela
STS, 1ª, 21.9.1998	6745	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 26.9.1998	7071	Francisco Morales Morales
STS, 1ª, 8.10.1998	7548	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 8.10.1998	7559	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 1ª, 13.10.1998	8373	Román García Varela
STS, 1ª, 21.11.1998	8817	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa

1997

STS, 2ª, 11.1.1997	1128	José Luis Manzanares Samaniego
STS, 2ª, 31.1.1997	398	Luis Román Puerta Luis
STS, 1ª, 14.2.1997	1419	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 2ª, 20.2.1997	1564	Carlos Granados Pérez
STS, 2ª, 4.3.1997	1826	Ramón Montero Fernández-Cid
STS, 1ª, 7.3.1997	1645	Jesús Marina Martínez-Pardo
STS, 1ª, 4.4.1997	2639	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 7.4.1997	2742	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 22.4.1997	3249	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 7.5.1997	3874	Román García Varela

STS, 1ª, 12.5.1997	3833	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 19.5.1997	3886	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 2ª, 29.5.1997	3637	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 1ª, 30.5.1997	4119	José Luis Albácar López
STS, 1ª, 1.7.1997	5471	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 15.7.1997	6153	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 28.7.1997	5954	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 28.7.1997	5810	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 26.9.1997	6458	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 2ª, 26.9.1997	6366	Gregorio García Ancos
STS, 1ª, 2.10.1997	6964	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 11.10.1997	7460	Francisco Morales Morales
STS, 1ª, 17.10.1997	7269	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 20.10.1997	7274	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 2ª, 24.10.1997	7290	Gregorio García Ancos
STS, 1ª, 24.10.1997	7183	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 5.11.1997	7884	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 24.11.1997	8100	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 10.11.1997	8775	Román García Varela
STS, 1ª, 11.12.1997	8734	Román García Varela
STS, 1ª, 11.12.1997	8972	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 13.12.1997	8816	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 18.12.1997	9101	Jesús Marina Martínez-Pardo
STS, 1ª, 23.12.1997	8901	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 29.12.1997	9602	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 31.12.1997	9195	Francisco Morales Morales

1996

STS, 1ª, 30.1.1996	740	Jesús Marina Martínez-Pardo
STS, 1ª, 5.3.1996	1876	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 10.5.1996	3793	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
STS, 1ª, 28.6.1996	4906	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 6.7.1996	6604	Francisco Morales Morales
STS, 1ª, 19.7.1996	5677	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 25.7.1996	5898	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 1ª, 25.9.1996	6655	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 1ª, 15.10.1996	7110	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 31.12.1996	9053	Pedro González Poveda

Anteriores a 1996

STS, 1ª, 13.7.1995	6004	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
STS, 1ª, 28.7.1995	6758	Teófilo Ortega Torres
STS, 1ª, 24.6.1994	5324	Antonio Gullón Ballesteros

STS, 1ª, 7.6.1993	4482	Rafael Casares Córdoba
STS, 1ª, 26.11.1993	9142	José Luis Albácar López
STS, 1ª, 7.3.1992	2007	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 4.6.1990	4725	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 2ª, 29.1.1983	702	Manuel García Miguel
STS, 1ª, 9.6.1981	2518	Cecilio Serena Velloso
STS, 1ª, 18.10.1980	3809	Andrés Gallardo Ros
STS, 1ª, 29.3.1980	1232	Antonio Sánchez Jáuregui

2. Sentencias del Tribunal Constitucional español

Sentencia	Magistrado ponente
STC 22/1984, de 17 de febrero	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 76/1990, de 26 de abril	Jesús Leguina Villa
STC 171/1990, de 12 de noviembre	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
STC 172/1990, de 12 de noviembre	Eugenio Díaz Eimil
STC 5/1993, de 14 de enero	José Gabaldón López
STC 15/1993, de 18 de enero	Vicente Gimeno Sendra

3. Decisiones de jurisdicciones del *Common law*

Partes	Referencia
Merryweather v. Nixan	(8 Term Report 186, 101 Eng. Rep. 1337)
Butterfield v. Forrester	((1809) 11 East. 60)
Davies v. Mann	((1842) 10 M. & W. 546)
Summers v. Tice	(33 Cal. 2d 80, 199 P. 2d 1 (1948))
Carmathenshire C. C. v. Levis	((1955) A. C. 549 H. L.)
Hall v. E. I Du Pont de Nemours & Co.	(345 F. Supp. 353 N. Y. 1972)
Sindell v. Abbot Laboratories	(607 P2d 924 (1980))
Wood v. Walt Disney Co.	(515 So. 2d 198 (Fla. 1987))
Falcon v. Memorial Hospital	(462 N. W. 2d 44 (Mich. 1990))
Rahman v. Arearose Ltd.	((2000) 3 W. L. R. 1184 (C. A.))

Bibliografía citada

- Juan Manuel ABRIL CAMPOY, "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 675, págs. 11 a 54.
- Fernando J. ALAMILLO SANZ, "La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario", *La Ley*, núm. 382, 1984-2, págs. 1087 a 1090.
- Manuel ALBALADEJO GARCÍA, "Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común", *Anuario de Derecho Civil*, 1963, págs. 345 a 376.
- *Derecho civil*, II, Bosch, Barcelona, 1985.
- Manuel ALBALADEJO GARCÍA, "La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004.
- Emilio ALBERTARIO, *Il diritto romano*, Casa editrice Giuseppe Principiato, Milano, 1940.
- Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, "El pago por tercero" en *Extinción de Obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- Mariano ALONSO PÉREZ, "Las relaciones de vecindad", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 357 a 396.
- "La tutela del derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas". *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 2004.
- Luis ALONSO PRIETO, "Indemnización por causa de muerte: composición del proceso civil en el supuesto de pluralidad de perjudicados", *Revista de derecho de la circulación*, septiembre-octubre 1972, págs. 428 a 436.
- "La responsabilidad directa de los aseguradores voluntarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho de la Circulación*, núm. 5, 1975, págs. 429 a 437.
- Alberto ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, 1990, págs. 639 a 727.
- Manuel AMORÓS GUARDIOLA, "La garantía patrimonial y sus formas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, págs. 561 a 592.
- Giorgio AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Giuffrè, Milano, 1959.

- Federico ARNAU MOYA, *Acción directa y vinculación contractual*, tesis doctoral inédita dirigida por el profesor Juan Manuel Badenas Carpio y defendida el 31 de mayo de 2002 en la Universitat Jaume I de Castellón de la Plana. Puede consultarse la versión en formato electrónico disponible en www.tdcat.cbuc.es.
- Ignacio ARROYO, Elena BOET, Jorge MIQUEL y Ramón MORRAL, *Ley de contrato de seguro con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, Tecnos, 2003.
- Benito ARRUÑADA SÁNCHEZ, *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- Peter S. ATIYAH, "Causation, Contributory Negligence and *Volenti non fit Iniura*", 43 *Canadian Bar Review* 609 (1965).
- Javier AVILÉS GARCÍA, "Evolución de las garantías personales en el derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1996, págs. 1072 a 1131.
- Alberto BALLARÍN MARCIAL, "El sistema español en materia de obligaciones solidarias", *Revista Internacional del Notariado*, núm. 41, 1961, págs. 15 a 41.
- "Titularidad solidaria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1962, págs. 167 a 223.
- Ludovico BARASSI, *La teoria generale delle obbligazione*, I, Giuffrè, Milano, 1963.
- José BARBANCHO TOVILLAS, "El concepto de perjuicio en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, págs. 867 a 999.
- *La reclamación judicial de la deuda solidaria*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- Javier BARCELÓ DOMÉNECH, *La responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- David W. BARNES y Lynn A. STOUT, *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1992.
- Xabier BASOZABAL ARRUE, "Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual", *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 1263 a 1299.
- *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- "El artículo 76 LCS: una invitación a legislar", *Revista Española de Seguros*, núms. 113-114, 2003, págs. 87 a 118.
- Hugo BEALE, Ole LANDO y Reinhard ZIMMERMANN (editors), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law Publishers, The Hague, 2000.

- Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", *Anuario de Derecho civil*, 1973, págs. 507 a 584.
- "Comentario a la STS, 1ª, 29.5.1984", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, págs. 1719 a 1727.
 - "Comentario a los artículos 1149 a 1151 Cc." en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985.
- Joaquim BISBAL I MÉNDEZ, "La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso", *Revista de Derecho Mercantil*, 1983, págs. 75 a 124.
- Francis H. BOHLEN, "Contribution and Indemnity between Tortfeasors", 21 *Cornell Law Quarterly* 552 (1936).
- Carolina BOLEA BORDÓN, "Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. (A propósito de la STS, 2ª, 19.5.1994)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, págs. 375 a 394.
- Francisco BONDÍA ROMÁN, "La subrogación en el crédito", *Homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1993.
- Pietro BONFANTE, "Il concetto unitario della solidarietà", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1916, pág. 685 a 705.
- Pietro BONFANTE y Angelo STRAFFA, "Solidarietà o mutua fideiussione", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1914, págs. 905 a 915.
- Vicente BOQUERA OLIVER, "Notas al artículo 76 de la nueva Ley de Contrato de Seguro", *Revista General de Derecho*, 1982, págs. 863 a 879.
- Mario BUNGE, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Eudeba, Buenos Aires, 1972.
- Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, "La evolución de las responsabilidades en la construcción", *Centenario del Código civil*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- Juan CADARSO PALAU, "En torno a la condena *in solidum* de los responsables ex artículo 1591 del Código civil", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas. Madrid, 1996.
- Jorge CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Edersa, Madrid, 1980.
- "Comentario a los artículos 1137 a 1148 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.

- "Obligaciones indivisibles" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995.
- Guido CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 1970. Existe una traducción al español, "El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil", a cargo de Joaquim Bisbal i Méndez, Ariel, Barcelona, 1984.
- Guido CALABRESI y A. D. MELAMED, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules: One view of the Cathedral", 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972). Existe una traducción al español con el título "Propiedad, responsabilidad e inalienabilidad. Una visión de la catedral" a cargo de Pedro del Olmo García publicada en *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 187 a 235.
- Maria CAMÍ CAMPAMÀ y Maitane DE LA PEÑA PEREA, "Ovejas descarriadas", *InDret* 03/2003.
- Ana CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996.
- Francisco CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984.
- Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO y Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, 4ª edición, Editorial Dilex, Madrid, 2003.
- Juan CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Bosch, Barcelona, 1990.
- Jorge CARRERAS LLANSANA, "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1962, págs. 157 a 211.
- Salvador CARRIÓN OLMOS, "Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario *solvens*", *Actualidad Civil*, núm. 10, 1996, págs. 321 a 362.
- "Antecedentes para un intento de armonización de los artículos 1145 y 1201.3 del Código civil", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004.
- José A. CARRO DEL CASTILLO, "La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro", en Evelio Verdura Tullés (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*.
- José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, 11ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1974.

- José María CASTÁN VÁZQUEZ, “El favor debitoris en el derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1961, págs. 835 a 849.
- Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona 1987.
- Manuel F. CLAVERO TERNERO, *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*”, Tecnos, Madrid, 1995.
- Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Procesal*, 1976, págs. 339 a 422.
- Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Víctor MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- François CHABAS, “Remarques sur l’obligation in solidum”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1967, págs. 310 a 338.
- Tai-Yeong CHUNG, “Efficiency of Comparative Negligence: A Game Theoretic Analysis”, 22 *The Journal of Legal Studies* 395 (1993).
- Ángel CRISTÓBAL MONTÉS, *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Bosch, Barcelona, 1985.
- *Estudios de derecho de obligaciones*, Editorial Librería General, Zaragoza, 1985.
 - “La cuestión sobre la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, págs. 101 a 158.
 - “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, págs. 1197 a 1234.
 - “Excepciones oponibles por el deudor solidario”, *Revista de Derecho Privado*, 1990, págs. 863 a 874.
 - *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1990.
 - “La interpretación armónica de los artículos 1141 y 1143 del Código civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, págs. 27 a 38.
 - *Las obligaciones indivisibles*, Tecnos, Madrid, 1991.
 - “Las obligaciones indivisibles en la codificación española”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, págs. 1883 a 1897.
 - “La distinción entre indivisibilidad y solidaridad”, *Revista de Derecho Privado*, 1992, págs. 1003 a 1014.
 - *La cofianza*, Edersa, Madrid, 1993.
 - “El beneficio de división en la cofianza”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2003, págs. 887 a 918.

- "Fundamento del derecho de regreso en la confianza", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004.
- D. R. COOLEY, "Strict Joint and Several Liability", 47 *Journal of Business Ethics* 199 (2003).
- Robert COOTER y Thomas ULEN, "An Economic Case for Comparative Negligence", 81 *New York University Law Review* 1067 (1986).
- *Law and Economics*, 4th edition, Addison Wesley Longman, Reading Massachusetts, Boston, 2004.
- Álvaro D'ORS, *Derecho privado romano*, 3^a edición, revisada, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.
- Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Indeterminación del causante de un daño extracontractual", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 254, págs. 23 a 76.
- "Actuación dañosa de los grupos", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, págs. 915 a 1003.
- Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL, "La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de derecho española", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, págs. 527 a 554.
- *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, Civitas, 1988.
- Ignacio DE CUEVILLAS MATOZZI, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y Luis DÍEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1991.
- Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Miguel Ángel FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, I, 3^a edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.
- Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso declarativo*, 3^a edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- Enrique DE LARRATEA, "Obligaciones solidarias", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1897, págs. 714 a 726.
- Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998.
- Salvador DEL REY GUANTER y Manuel LUQUE PARRA, "Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral", *Relaciones laborales*, núm. 20, 2000, págs. 530 a 569.
- Simon DEAKIN, Angus JOHNSTON y Basil MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5th edition, Clarendon Press, Oxford, 2003.

- Erwin DEUTSCH, *Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1995.
- Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Luis DÍEZ-PICAZO, "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el derecho español", *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, julio-diciembre, 1962, págs. 59 a 69.
- "La interrupción de la prescripción", *Revista de Derecho Notarial*, 1963, págs. 11 a 70.
 - "La responsabilidad civil hoy", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, págs. 728 a 739.
 - "El derecho de obligaciones en la codificación civil española", en *Centenario del Código civil*, I, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 707 a 717.
 - "Comentario al artículo 1974 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis DÍEZ-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.
 - *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996.
 - *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
 - *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2003.
- Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, II, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.
- Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 2000.
- José Antonio DORAL GARCÍA, "La analogía en el derecho de obligaciones", *Centenario del Código civil*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- Justino F. DUQUE, "Acción directa del tercero y solidaridad de las obligaciones del asegurador responsable", *Revista de Derecho de la Circulación*, 1967, págs. 589 a 602.
- Salvador DURANY I PICH, "Responsabilidad civil y derecho penal de menores", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, Civitas, 2004.
- Joan EGEA I FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- María Ángeles EGUSKIZA BALMASEDA, "La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial", *Aranzadi Civil*, 1994, págs. 67 a 77.
- Santiago ESPIAU ESPIAU, *Las obligaciones indivisibles en el Código civil español*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- Víctor FAIRÉN GUILLÉN, "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", *Revista de Derecho Privado*, 1954, págs. 859 a 873.
- Alan FARNSWORTH, *Introduction to American Law*, 3rd edition, Oceana Publications Inc., New Cork, 1996.
- Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Manuel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- José FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Comares, Granada, 1999.
- Jesús FERNÁNDEZ GABRIEL, "Vicisitudes de las obligaciones en los casos de pluralidad de deudores", en *Derecho de obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- John G. FLEMING, *The American Tort Process*, Oxford University Press, Cambridge, 1988.
- "Probabilistic Causation in Tort Law", 68 *The Canadian Law Review* 661 (1989).
 - *The Law of Torts*, 9th edition, Law Book Company, Sydney, 1998.
- Rafael FLORES MICHEO, "Notas para una teoría general de la solidaridad", *Revista de Derecho Español y Americano*, julio-agosto, 1956, págs. 3 a 11.
- Antoni FONT RIBAS, "Génesis y evolución del principio de solidaridad. (Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio)", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996.
- Eduardo FONT SERRA, "La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro", *Revista General de Derecho*, septiembre 1990, núm. 552, págs. 6309 a 6345.
- Marc A. FRANKLIN y Robert L. RABIN, *Tort Law and Alternatives*, 7th edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001.
- Warren FREEDMAN, *Joint and Several Liability. Allocation of Risk and Apportionment of Damages*, Butterworth Legal Publishers, Massachusetts, 1987.
- David D. FRIEDMAN, *Law's Order. What Economics has to do with Law and why it matters*, Princeton University Press, Princeton, 2000.
- Pablo FUENTESECA DÍAZ, "Sobre la Novela 99 de Justiniano y la supuesta *fideussio mutua*", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1950, págs. 242 a 274.

- “Origen del concepto romano de obligación”, *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, I, Junta de Decanos de Colegios Notariales, Madrid, 1976.
- G. H. FRIDMAN, *The Law of Agency*, 7th edition, Butterworths, London, 1996.
- Eduardo GALÁN CORONA, “Comentario a la STS, 1^a, 12.7.1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, págs. 903 a 911.
- Eduardo GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, II, 9^a edición, Civitas, 2004.
- Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Madrid, 1852, reimpresión al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.
- María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, págs. 347 a 356.
- Jacinto GIL RODRÍGUEZ en Lluís PUIG I FERRIOL (coord.), Juan Manuel ABRIL CAMPOY, María Eulalia AMAT LLARI, Jacinto GIL, Clara I. ASÚA, *Manual de Derecho Civil*, 3^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987.
- *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, (reimpresión del original de 1966).
- “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, págs. 1 a 60.
- José GIRÓN TENA, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 419 a 450.
- Juan GÓMEZ CALERO, “La responsabilidad solidaria de los obligados cambiarios”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1981, págs. 245 a 305.
- Esther GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992.
- “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2^a edición, Pamplona, Aranzadi, 2003.
- Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil”, *InDret* 02/2001.
- “Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública”, *InDret* 03/2001.
- “Paso a nivel”, *InDret* 03/2003.

- Carlos GÓMEZ LIGÜERRE y Francesc MUNTANER BATLE, “¿Quién da más? Un estudio comparativo de las indemnizaciones por daños personales en las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo (1996-2003)”, *InDret* 04/2004.
- Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, María CAMÍ CAMPAMÀ y Víctor SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Ciclomotores y seguro. Daños personales causados por ciclomotores y seguro obligatorio”, *InDret* 03/2003.
- Fernando GÓMEZ POMAR, “La responsabilidad civil como instrumento de protección al medio ambiente”, *Iuris*, 1999, págs. 40 y 41.
- “Daño moral”, *InDret* 01/2000.
 - “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *InDret* 01/2001.
 - “Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1ª, 19.6.2003”, *InDret* 01/2004.
- Fernando GÓMEZ POMAR, Manuel LUQUE PARRA y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, “STS, 4ª, 2.10.2000: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales”, *InDret* 04/2001.
- Fernando GÓMEZ POMAR y Begoña ARQUILLO COLET, “Daños dolosos y seguro”, *InDret* 03/2000.
- Fernando GÓMEZ POMAR y Begoña ARQUILLO COLET, “Anotaciones al Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, *InDret* 1/2001.
- Amparo GONZÁLEZ, *Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en derecho romano clásico*, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1983.
- Mark F. GRADY, “Multiple Tortfeasors and the Economy of Prevention”, 19 *The Journal of Legal Studies* 653 (1990).
- Charles O. GREGORY, “Contribution among Tortfeasors: A Uniform Practice”, *Wisconsin Law Review* 365 (May 1938).
- Vicente GUILARTE ZAPATERO, “Comentario a los artículos 1137 a 1140 Cc.” en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (coord.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV, vol. 2, Edersa, Madrid, 1983.
- “Comentario al artículo 1822 Cc.” en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.
 - *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, La Ley Actualidad, Madrid, 1997.
- Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1964.

- "Sobre el artículo 1844 del Código civil", *Centenario del Código civil*, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Garret HARDIN, "The Tragedy of the Commons", 162 *Science* 1243 (1968).
- H. L. A. HART, "Varieties of Responsibility", 83 *Law Quarterly Review* 346 (1967).
- H. L. A. HART y Tony HONORÉ, *Causation in the Law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 1985 (reimpresión de 2002).
- Antonio HERNÁNDEZ GIL, "Comentario a la STS, 1^a, 13.3.1943", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, 98 a 113.
- "Comentario a la STS, 1^a, 20.3.1943", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, págs. 337 a 346.
- "La solidaridad en las obligaciones", *Revista de Derecho Privado*, 1946, págs. 397 a 412.
- "El principio de no presunción de la solidaridad", *Revista de Derecho Privado*, 1947, págs. 81 a 96.
- *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960.
- Antonio HERNÁNDEZ MORENO, *El pago de tercero*, Bosch, Barcelona, 1988.
- R. F. V. HEUSTON y R. A. BUCKLEY, *Saldmond&Heuston on the Law of Torts*, 20th edition, Sweet&Maxwell, London, 1992.
- María Concepción HILL PRADOS, "Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil", *Estudios jurídicos de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Gus M. HODGES, "Contribution and Indemnity Among Tortfeasors", 26 *Texas Law Review* 150 (1947).
- Oliver Wendell HOLMES, "Agency", 8 *Harvard Law Review* 345 (1891).
- Ted HONDERICH (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- Tony HONORÉ, "Causation and Remoteness of Damages", en André TUNC (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1983.
- "Causation in the Law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu>), 2001.
- Antoine HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, Economica, Paris, 2004.

- Alejandro HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 11, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- *La imputación objetiva en derecho penal*, Civitas, Madrid, 1999, traducción de Manuel Cancio Meliá.
 - *Acción y omisión en derecho penal*, Cuadernos de conferencias y debates, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2000.
- Fleming JAMES, "Contribution Among Joint Tortfeasors: A Pragmatic Criticism", 54 *Harvard Law Review* 1156 (1941).
- Juan B. JORDANO BAREA, "Las obligaciones solidarias", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, págs. 856 a 873.
- "Las obligaciones solidarias", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996.
- Marcel KAHAN, "Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule", 18 *The Journal of Legal Studies* 427 (1989).
- Max KASER y Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 17. Auflage, C. H. Beck, München, 2003.
- William E. KNEPPER y Dan A. BAILEY, *Liability of Corporate Officers and Directors*, I, 6th edition, Lewis Law Publishing, 2000.
- Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ, "Sharing Damages among Multiple Tortfeasors", 98 *The Yale Law Journal* 831 (1989).
- "Apportioning Damages among Potentially Insolvent Actors", 19 *The Journal of Legal Studies* 617 (1990).
 - "Joint and Several Liability", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, Macmillan Reference, London 1998.
 - "Joint Tortfeasors", en Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, II, Edward Elgar, Cheltenham, 2000.
- Hein KÖTZ y Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 10. überarb. Auflage, Luchterhand, Neuwied, 2003.
- Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997.

- Stefan KREUTZIGER, *Die Haftung von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen im Zivilrecht- zugleich ein Beitrag zur deliktischen Haftung von Teilnehmern an unfriedlichen Demonstrationen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1985.
- William N. LA FORTE, "Recent Developments in Joint and Several Liability", 24 *Syracuse Law Review* 1319 (1973).
- José Luis LACRUZ BERDEJO, "Apuntes sobre las obligaciones solidarias", *Anuario de Derecho Foral*, I, 1975, págs. 381 a 396.
- "La causa en los contratos de garantía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, págs. 709 a 755.
- José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco SANCHO REBULLIDA, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, vol. II, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1985.
- José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de derecho civil. Derecho de familia*, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1997.
- William L. LANDES, "Insolvency and Joint Torts: A Comment", 19 *The Journal of Legal Studies* 679 (1990).
- William L. LANDES y Richard A. POSNER, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", 9 *The Journal of Legal Studies* 517 (1980).
- *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1987.
- Kart LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, C. H. Beck, München, 1987.
- Kart LARENZ y Wilhelm CANARIS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, C. H. Beck, München, 1994.
- Elena LASAOSA IRIGOYEN, *Delimitación competencial entre los órdenes social y civil de la jurisdicción: un estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil*, tomo 2, 3ª edición, Trivium, Madrid, 1995.
- Jean-Pierre LE GALL, "Liability under Supervision", en André TUNC (coord.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, J. B. Mohr, Tübingen, 1983.
- José Ricardo LEÓN ALONSO, *La categoría de la obligación in solidum*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pág. 208.
- Avon K. LEONG, "Liability Rules when Injurers as well as Victims Suffer Losses", 9 *International Review of Law and Economics* 105 (1989).

- José Manuel LETE DEL RÍO, "Reflexiones sobre la analogía", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, I, Civitas, Madrid, 2004.
- Javier LÓPEZ JACOISTE, "Cien años de horizonte extracontractual", en *Centenario del Código civil*, II., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- Manuel LUQUE PARRA, *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.
- Manuel LUQUE PARRA, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, "Accidentes de trabajo y responsabilidad civil", *InDret* 03/2000.
- Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Civitas, Madrid, 2004.
- Marc Roger LLOVERAS I FERRER, "Suicidios y derecho de daños", *InDret* 1/2000 y "Comentario a la STS, 1ª, 14.2.2000", *InDret* 3/2000.
- "Responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un arma en el marco del artículo 120.3 y .5 CP", *InDret* 01/2004.
- Harvey MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 17th edition, Sweet&Maxwell, London, 2003.
- Juan JOSÉ MARÍN LÓPEZ, "Las acciones de clase en el derecho español", *InDret* 03/2001.
- Basil S. MARKESINIS, *The German Law of Torts. A Comparative Introduction*, 3rd edition, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Miquel MARTÍN CASALS, "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código civil*, II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- "A través del espejo: concurrencia de culpa de la víctima y culpa del causante del daño", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004.
- Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, "Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos", *InDret* 01/2000.
- "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos", *InDret*03/2001.
 - "Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)", *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 9, 2003, págs. 6 a 34.
 - "Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (II)", *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 10, 2003, págs. 5 a 24.
- Antonio MASI, "Solidarità", *Novísimo Digesto Italiano*, XVII, UTET, Torino, 1970.

- Léon MAZEAUD, "Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels", *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1930, págs. 149 a 176.
- Dieter MEDICUS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 11. Auflage, C. H. Beck, Manchen, 2003.
- Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid, 1986.
- Thomas J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, California, 2004.
- Thomas J. MICELI y Kathleen SEGERSON, "Joint Liability in Torts: Marginal and Infra-Marginal Efficiency", 11 *International Review of Law and Economics* 235 (1991).
- Juan MIQUEL GONZÁLEZ, *Historia del derecho romano*, Editorial Signo, Barcelona, 1982.
- José María MIQUEL GONZÁLEZ, "Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 1501 a 1514.
- Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición, Ediciones Reppertor, Barcelona, 2004.
- "La perspectiva *ex ante* en Derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, págs 5 a 15.
- Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización., imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.
- A. Chalmers MOLE y Lyman P. WILSON, "A study of Comparative Negligence", 17 *Cornell Law Quarterly* 333 (1932).
- Juan MONTERO AROCA, "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", *Revista General de Derecho* 1975, págs. 441 a 453.
- Vicente MONTÉS PENADÉS "Comentario al artículo 116 CP", en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- "Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004.
- María Jesús MONTORO CHINER y María Concepción HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002.
- Víctor MORENO CATENA, "Comentario a la STS de 27 de junio de 1983", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, págs. 801 a 809.

- Jesús MOSTERÍN, *Racionalidad y acción humana*, Madrid, 2ª edición, Alianza Universidad, Madrid, 1987.
- Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1998.
- Hans-Joachim MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*, 7. Auflage, C. H. Beck, Manchen, 2003.
- Wolfgang NAUCKE, "Sobre la prohibición de regreso en derecho penal", en Wolfgang NAUCKE, Harro OTTO, Günther JAKOBS y Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1998, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti.
- F. NIEPER, *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, The Hague, C. H. Beck, Kluwer, 1995.
- Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil*, II, Edersa, Madrid, 1987.
- Manuel OLIVENCIA RUIZ, "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles", en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994.
- Javier OTERO LASTRES, "Reflexiones sobre la solidaridad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1986, págs. 28 a 49.
- W. PAGE KEETON, Dan B. DOBBS, Robert E. KEETON y David G. OWEN, *Prosser and Keeton on Torts*, 5th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, 1984
- Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Notas sobre la nueva Ley de Contrato de Seguro", en Evelio VERDERA TUELLS (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, , Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982.
- "Comentario a la STS, 1ª, de 19.6.1984", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984.
 - "Comentario a la STS, 1ª, 2.2.1984", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, págs. 1315 a 1325.
 - *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Civitas, Madrid, 1985.
 - "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
 - "Comentario al artículo 1902 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.
 - *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

- "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1996, págs. 403 a 413.

- "La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa", *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, 1996, págs. 209 a 218.

- *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Civitas, Madrid, 1996.

Miguel PASCUAU LIAÑO, *La acción directa en el derecho español*, Editora General de Derecho, Madrid, 1989.

Cándido PAZ-ARES, "Comentario a los artículos 1665 a 1708 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis DíEZ-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.

- "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 20, 2003, págs. 67 a 110.

Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

Elena F. PÉREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Marta PÉREZ ESCOLAR, *Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*, Civitas, Madrid, 2004.

Jesús PINTOS AGER, *Baremos, seguro y derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1998; el mismo, "Baremos", *InDret* 01/2000.

- "Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos", *InDret* 04/2000.

- "Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad", *InDret* 02/2003.

Eduardo POLO, "Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima", en Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA (dires.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, Madrid, Civitas, 1992.

William Lloyd PROSSER, "Joint Torts and Several Liability", *25 California Law Review* 413 (1937).

Luis Román PUERTA LUIS, *La solidaridad del responsable civil y de su compañía aseguradora frente al perjudicado*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977.

José PUIG BRUTAU, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 361 a 371.

- *Compendio de derecho civil*, II, Bosch, Barcelona, 1987.

- *Fundamentos de derecho civil*, I, vol. II, 4ª edición, Bosch Barcelona, 1988.

- Lluís PUIG I FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.
- Federico PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, vol. I, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- Ingeborg PUPPE, *La imputación objetiva*, Editorial Comares, Granada, 2001, traducción del original alemán a cargo de Percy García Clavero.
- Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Universidad de Valladolid, 1985.
- "Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores: algunas cuestiones sustantivas", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1989, págs. 293 a 327.
- Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, "Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal", *Anuario de Derecho Civil*, 1957, págs. 1039 a 1056.
- Sonia RAMOS GONZÁLEZ, "La responsabilidad por medicamento en el derecho alemán", *InDret 01/2003*.
- *Responsabilidad civil por medicamento*, Civitas, Madrid, 2004.
- Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Álvaro LUNA YERGA, Antoni RUBÍ PUIG y José PIÑEIRO SALGUERO, "Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español", *InDret 02/2002*.
- Fernando REGLERO CAMPOS, "El seguro de responsabilidad civil", en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- Mathias REINMANN, *Einführung in das US-Amerikanische Privatrecht*, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2004.
- María José REYES LÓPEZ, "Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 del Código civil", *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 153 a 221.
- Mario J. RIZZO y Franck S. ARNOLD, "Causal Apportionment in the Law of Torts: An Economic Theory", 80 *Columbia Law Review* 1399 (1980).
- Glen O. ROBINSON, "Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases", 68 *Virginia Law Review* 713 (1982).
- Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- José Luis RODRÍGUEZ CARRIÓN, "El abordaje: su concepto y delimitación", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996.

- W. V. H. ROGERS, *Winfield&Jolowicz on Tort*, 14th edition, Sweet&Maxwell, London, 1994.
- Claus ROXIN, "Observaciones sobre la prohibición de regreso", en Wolfgang NAUCKE, Harro OTTO, Günther JAKOBS y Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1998, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti.
- *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998, traducción de la 6^a edición alemana a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.
- Antoni RUBÍ PUIG y José PIÑEIRO SALGUERO, "Electrocución y criterios de imputación objetiva", *InDret* 03/2003.
- Daniel RUBINFELD, "The Efficiency of Comparative Negligence", 16 *The Journal of Legal Studies* 375 (1987).
- Jesús RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad del empresario*, discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 11 de enero de 1971.
- Tomás RUBIO GARRIDO, *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Comares, Granada, 2002.
- Albert RUDA GONZÁLEZ, "La responsabilidad por cuota de mercado a juicio", *InDret* 03/2003.
- Enrique RUIZ VADILLO, *Derecho civil*, 8^a edición, Ochoa, Logroño, 1979.
- Pablo SALVADOR CODERCH (dir.), Grupo de estudios sobre Técnica Legislativa, *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987.
- *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- Pablo SALVADOR CODERCH, "Comentario al artículo 1591", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2^a edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.
- "Recensión a *Derecho de daños* de Luis Díez-Picazo", *InDret* 01/2000.
- "Causalidad", *InDret* 03/2002.
- "ABC de la transacción", *InDret* 04/2002.
- Pablo SALVADOR CODERCH y Josep SANTDIUMENGE FARRÉ, "La influencia del *Avant-Projet de revision du Code Civil* belga de François Laurent en el Código civil español de 1889", *Centenario del Código civil*, II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- Pablo SALVADOR CODERCH y María Teresa CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Pablo SALVADOR CODERCH y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, "Problemas de la responsabilidad civil en derecho español", *Europa e Diritto Privato*, 1999, págs. 401 a 444.
- "Pies de foto", *InDret* 01/2000.
- Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (directores), *Libertad de expresión y conflictos institucional*, Civitas, Madrid, 2001.
- PABLO SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, "Toros y capeas", *InDret* 01/2000.
- "Trenes", *InDret* 01/2000.
 - "Respondeat Superior (II). De la responsabilidad por hecho propio a la responsabilidad de la organización", *InDret* 03/2002.
- Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, Antoni RUBÍ PUIG y José PIÑEIRO SALGUERO, "Respondeat Superior (I)", *InDret* 02/2002.
- Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, Giuffrè, 1998.
- Víctor SÁNCHEZ ÁLVAREZ y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, "Negligencia multilateral en accidentes de motocicleta, ¿cuál es el estándar óptimo de responsabilidad?", *InDret* 3/2003.
- Fernando SÁNCHEZ CALERO, "Comentario al artículo 76 LCS", en *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), XXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985.
- "Comentario al artículo 19 LCS", en *Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial*, Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), XXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985.
 - "Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios jurídicos en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991.
 - "Comentario al artículo 133 LSA" en Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Edersa, Madrid, 1994.
- Fernando SÁNCHEZ CALERO y Javier TIRADO SUÁREZ, *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 2, artículos 45 a 79 LCS, Edersa, Madrid, 1985.

- Francisco SANCHO REBULLIDA, "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles", *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, III, Eunsa, Pamplona, 1969.
- "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos", *Estudios de derecho civil*, I, Eunsa, Pamplona, 1978
 - "Comentario al artículo 1210 Cc.", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.
- Jaime SANTOS BRIZ (dir.), Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Pedro GONZÁLEZ POVEDA, José María MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José María PAZ RUBIO, *Tratado de derecho civil. Teoría y práctica*, tomo 3, Bosch, Barcelona, 2003.
- Peter SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- William SCHOFIELD, "Davies v. Mann: Theory of Contributory Negligence", 3 *Harvard Law Review* 263 (1890).
- Victor E. SCHWARTZ, *Comparative Negligence*, 3rd edition, The Michie Company, Charlottesville, 1989, (*Cumulative Supplement* de 1994).
- Gary T. SCHWARTZ, "Insurance, deterrence and Liability", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, Macmillan Reference, London 1998.
- Gino SEGRÉ, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, A. Viretto, Torino, 1923.
- Walter SELB, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern*, en Joachim GERNHUBER (hrsg.), *Handbuch des Schuldrechts*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984.
- Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núms. 2-3, 1971, págs. 573 a 601.
- "Comentario al artículo 1252 Cc." en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis Díez-PICAZO, Cándido PAZ-ARES y Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), *Comentarios del Código civil*, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.
- Joan Carles SEUBA I TORREBLANCA, "¿Quién ha sido? Comentario a la STS, 1ª, 26.11.2003", *InDret* 02/2004.
- Joan Carles SEUBA TORREBLANCA y Sonia RAMOS GONZÁLEZ, "Derecho y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica", *InDret* 02/2003.
- Joan Carles SEUBA, Sonia RAMOS, Marc LLOVERAS, Antoni RUBÍ, José PIÑEIRO, Víctor SÁNCHEZ, Maria Àngels GIL y Pablo SALVADOR (ed.), "Guía InDret de

- jurisprudencia sobre responsabilidad de producto. Cuarta edición, (noviembre de 2004)", *InDret* 01/2005.
- Steven SHAVELL, "On Liability and Insurance", 13 *The Bell Journal of Economics* 120 (1982).
- "Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability", 28 *Journal of Law and Economics* 587 (1985).
 - *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004.
- Isabel SIERRA PÉREZ, Responsabilidad del empresario y relación de dependencia, Montecorvo, Madrid, 1997.
- Valentín SILVA MELERO, "Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1952, págs. 435 a 455.
- Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1995.
- "¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil derivada de delito", *InDret* 03/2001.
- Josep SOLÉ FELIU, "La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 865 a 902.
- "Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado", *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Civitas, Madrid, 2004.
- Francisco SOTO NIETO, "La llamada compensación de culpas", *Revista de Derecho Privado*, 1968, págs. 409 a 427.
- "La dinámica de la obligación *in solidum*", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1220, 1980, págs. 3 a 14.
 - "Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva", *Revista de Derecho Privado*, 1980, págs. 782 a 806.
 - *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, Montecorvo, Madrid, 1982.
 - "El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un conflicto", *Revista Española de Seguros*, octubre-diciembre 1997.
 - "Daños dolosamente causados con vehículos de motor", *La Ley*, 1997-3, págs. 1300 y ss.
- K. M. STANTON, *The Modern Law of Torts*, Sweet&Maxwell, London, 1994.
- Boris STARCK, "La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile", *La Semaine Juridique*, 1970, núm. 2339.

- Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 4^e édition, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1991.
- Alan O SYKES, "The Economics of Vicarious Liability", 93 *Yale Law Journal* 1231 (1984).
- "Vicarious Liability", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, III, Macmillan Reference, London 1998.
- François TERRE, Philippe SIMLER y Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2002.
- Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, "Anotaciones sobre los límites esenciales de la fianza mercantil", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996.
- Ángel TORÍO LÓPEZ, "Cursos causales no verificables en derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, pág. 221 a 238.
- Pietro TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Aaron D. TWERSKY, "The Joint Tortfeasor Legislative Revolt: A Rational Response to the Critics", 22 *University of California, Davis Law Review* 1125 (1988).
- Rodrigo URÍA, "Orientaciones modernas sobre el concepto de seguro", *Revista de Derecho Mercantil*, 1962, págs. 263 a 293.
- Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, III, Cuesta, Valladolid, 1926.
- José María VÁZQUEZ DE CASTRO, "Notas típicas de la solidaridad", *Revista de Derecho Español e Iberoamericano*, 1959, págs. 854 a 873.
- Francisco VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil*, 11^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Jean VINCENT, "L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1939, págs. 601 a 683.
- Genéviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuel*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965.
- Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^e édition, en Jacques GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998.
- Christian VON BAR (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa. Landesberichte*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1994.
- *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band I, C. H. Beck, München, 1996.
- Ernst VON CAEMMERER, "Ausgleichsprobleme im Haftpflichtrecht in rechtsvergleichender Sicht", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 9, 1968.

- Rudolf VON IHERING, *Bromas y veras de la ciencia jurídica. Ridende dicere verum*, traducción española a cargo de Tomás A. Banzhaf, Civitas, Madrid, 1993.
- Meike WAGENFELD, *Ausgleichansprüche unter solidarisch haftenden Deliktsschuldern im englischen und deutschen Recht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1972.
- Tony WEIR, "The Maddening Effect of Consecutive Torts", 60 *Cambridge Law Journal* 237 (2001).
- "All or nothing?", 78 *Tulane Law Review* 511 (2004).
- G. Edward WHITE, *Tort Law in America. An intellectual History*, Oxford University Press, New York, 2003.
- Harmut WICKE, *Respondeat Superior. Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, Duncker&Humblot, Berlin, 2000.
- Glanville WILLIAMS, *Joint Torts and Contributory Negligence*, Stevens&Sons Limited, London, 1951.
- "Vicarious Liability: Tort of the Master or Tort of the Servant?", 72 *The Law Quarterly Review* 523 (1956).
- Henry WOODS, *Comparative Fault*, 2nd edition, The Lawyer Cooperative Publishing Co., San Francisco, 1987, (Cumulative Supplement de 1989).
- Richard W. WRIGHT, "Causation in Tort Law" 73 *California Law Review* 1735 (1985).
- "The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics", 63 *Chicago-Kent Law Review* 533 (1987).
- "Allocating Liability among Multiple Responsible Causes: A Principled Defense to Joint and Several Liability for Actual Harm and Risk Exposure", 21 *University of California, Davis Law Review* 1141 (1988).
- "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", 73 *Iowa Law Review* 1001 (1988).
- Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal. (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de derecho de familia y otros extremos)*, Dykinson, Madrid, 1997.
- *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
- "Daños a los derecho de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en Fernando Reglero Campos (coord), *Tratado de responsabilidad civil*, 2^a edición, Aranzadi, Pamplona, 2003.

Pedro ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of European contract law*, Juta&Co., Cape Town, 1990.

Reinhard ZIMMERMANN (Hrsg.), *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1995.

Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996.