

TRES PROBLEMAS ESENCIALES QUE ORIGINA LA SOLIDARIDAD IMPROPIA

Pilar Blanco Martín

Doctora en Derecho. Abogada

Colegio de Abogados de Madrid

TITLE: *Three essential issues arising from liability in solidum*

RESUMEN: Este trabajo pone de manifiesto y analiza tres problemas esenciales que origina la solidaridad impropia u obligación *in solidum*: 1) su indefinición o la dificultad de determinar cuándo estamos ante una solidaridad impropia; 2) el hecho de que la eventual acción de repetición entre los plurales causantes de un daño pueda quedar a la voluntad del perjudicado por este; y 3) las incoherencias que se producen en la eventual acción de repetición cuando la solidaridad impropia es subsidiaria, no principal.

ABSTRACT: *This paper confirms and analyzes three essential issues that improper solidarity or liability “in solidum” causes: 1) its lack of definition or the difficulty of determining when we are facing improper solidarity; 2) the fact that the eventual contribution right among solidary tortfeasors may be left to the will of the injured party by the damage; and 3) the inconsistencies produced in the eventual contribution action when improper solidarity is subsidiary, not principal.*

PALABRAS CLAVE: solidaridad impropia, plurales causantes de un daño, prescripción, acción o derecho de repetición, distribución de cuotas de responsabilidad.

KEY WORDS: *obligation in solidum or improper solidarity, multiple tortfeasors, prescription or limitation time, right of contribution, apportionment of liability.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DIACRONÍA DE LA SOLIDARIDAD IMPROPIA. 3. EL PROBLEMA DE LA INDEFINICIÓN: ¿CUÁNDO LA SOLIDARIDAD ES IMPROPIA? 3.1. *La solidaridad entre asegurado y su aseguradora.* 3.2 *La responsabilidad por hecho ajeno.* 3.3 *La solidaridad de los agentes de la edificación.* 3.4. *La solidaridad impropia en sentencias de la jurisdicción social.* 4. EL PROBLEMA DE QUE PUEDA QUEDAR A LA VOLUNTAD DEL PERJUDICADO POR EL DAÑO LA EVENTUAL ACCIÓN DE REPETICIÓN ENTRE LOS CAUSANTES DE ESTE. 5. EL PROBLEMA QUE ORIGINA LA SOLIDARIDAD IMPROPIA EN LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS EN LA EVENTUAL ACCIÓN DE REPETICIÓN. 5.1. *Análisis de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007.* 5.2 *Opiniones contrarias a la sentencia.* 5.3. *Evolución jurisprudencial tras la citada sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007.* 5.4 *Consideraciones sobre los problemas que plantea la distribución desigual de cuotas de responsabilidad en el procedimiento de repetición.* 6. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

Además de los que pueden ocasionar, en términos generales, las obligaciones solidarias, se advierten tres problemas importantes en la denominada solidaridad impropia; problemas que enunciaremos a continuación, y que procedemos a analizar en las páginas que siguen:

Problema 1. *Indefinición del concepto la solidaridad impropia: la dificultad de determinar cuándo la solidaridad es impropia.*

Problema 2. *El hecho de que la eventual acción de repetición entre los codeudores solidarios pueda quedar a la voluntad del perjudicado por el daño.*

Problema 3. *Las incoherencias que se producen en la distribución de responsabilidad entre los codeudores solidarios en la eventual acción de repetición cuando la solidaridad impropia es subsidiaria y no principal.*

Previamente, y para fijar el contexto, en el siguiente apartado exponemos sintéticamente la sucesión de hechos a través del tiempo, que dan lugar a la solidaridad impropia, tal y como la entendemos actualmente en España¹.

2. DIACRONÍA DE LA SOLIDARIDAD IMPROPIA

A diferencia de las obligaciones solidarias, que se regulan en los artículos 1137 a 1148 y 1974 del Código Civil, la obligación *in solidum* o solidaridad impropia carece de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que es una creación jurisprudencial, por influencia de la jurisprudencia y doctrina francesas, así como de la evolución del Derecho comparado hacia una prevalencia de la responsabilidad solidaria frente a la mancomunada, en los casos de pluralidad de agentes causantes de un daño.

La obligación solidaria pasiva (pluralidad de deudores) en realidad se define por su efecto principal: cada deudor está obligado a prestar íntegramente el objeto de esta. Asimismo, se caracteriza por su excepcionalidad, pues no se presume, y solo tendrá lugar cuando la obligación expresamente lo determine (artículos 1137 y 1138 CC).

Precisamente es la excepcionalidad de la solidaridad —que solo tenga lugar cuando se impone por voluntad de las partes o por determinación legal— la razón de la existencia de la solidaridad impropia. Así, el artículo 1202 del Código Civil francés de 1804 (*Code*) señalaba lo siguiente:

«La solidaridad nunca se presume; deberá ser expresamente estipulada. Esta regla únicamente cesará en el caso en que la solidaridad tenga lugar de pleno derecho en virtud de una disposición de ley».

Además, en el *Code* no existía norma alguna que impusiera la solidaridad en los casos de responsabilidad extracontractual, razón por la cual debía aplicarse la presunción de mancomunidad que rige en él con carácter general. A pesar de ello, la doctrina francesa empezó a defender y los tribunales franceses a aplicar la condena solidaria a los plurales causantes de un mismo daño.

¹ BLANCO MARTÍN, Pilar, *La responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Sus efectos en la prescripción, la intervención provocada y el derecho de repetición*. Autopublicada en 2020 como monografía jurídica en Amazon KDP (donde se pueden leer en abierto las primeras cincuenta páginas: <https://www.amazon.es/dp/B08HZ3X1MH/>). También ha sido publicada en 2021, con el mismo título, por la editorial jurídica Dykinson.

En la doctrina francesa ha sido muy discutida la naturaleza y efectos de la obligación *in solidum*. Ya con anterioridad a la promulgación del *Code*, POTHIER indicaba que la obligación nace si se estipula expresamente porque, en virtud del principio *favor debitoris*, en la interpretación de los contratos se ha de presumir que la deuda es mancomunada. No obstante, este autor no estima preciso que se exprese terminantemente así para que nazca la obligación solidaria y cita algunos ejemplos del derecho romano: pluralidad de tutores de una misma tutela; o de administradores de algún establecimiento público; o cuando en testamento se impone a varios herederos o sucesores que entreguen por entero un legado; o cuando la obligación resulta de un delito, ya que cuando varios han concurrido a su perpetración, cada uno de ellos se halla solidariamente obligado, frente al perjudicado, a la reparación de todos los daños y perjuicios causados, aunque entre ellos solo estén obligados a la parte que hubiesen tomado respetivamente en el delito. Para POTHIER, esta obligación al todo (*in solidum*) supone siempre una obligación solidaria con todos sus efectos propios. Mientras que para DUMOULIN, según indica POTHIER, hay obligaciones al todo que no son verdaderamente solidarias y que no producen los mismos efectos que estas últimas².

Con posterioridad al *Code*, comentaristas como AUVRY, respecto de la solidaridad impuesta por la ley, distinguen entre lo que denominan solidaridad perfecta —que produce todos los efectos de las obligaciones solidarias— y solidaridad imperfecta —solo otorga al acreedor el derecho de actuar por el total contra una u otra persona responsable—³.

² Vid. POTHIER, Robert-Joseph, *Tratado de las obligaciones*. Editado por J. Roger. Barcelona, 1839, pp 145-149. Este autor señala que DUMOULIN se apoya en un texto del *Corpus Iuris Civilis* en el que se utiliza la expresión *quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuisse ut* para considerar que no es verdadera obligación solidaria aquella en la que el testador impone a dos herederos la obligación de entregar el bien legado a un tercero, a pesar de que el legatario se pueda dirigir indistintamente contra uno u otro para reclamar el todo. En consecuencia, los efectos de esta obligación no son los mismos que los de la obligación solidaria. Así, estima que, tratándose de un legado de cosa cierta, si esta perece por culpa de uno de los herederos, el otro no está obligado por esta pérdida, a diferencia de lo que sucedería si fuera verdadero codeudor solidario. Se apoya para ello en las palabras «*quasi si duo rei*» y considera que el adverbio «*quasi*» denota *impropietatem*.

³ AUBRY, Charles; ZACHARIÄ, Karl Salomo; y RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. Editado por Marchal et Billard, Vol. 4. Paris, 1869, págs. 19-21. AUBRY señala, citando el artículo 1202 *Code*, que la solidaridad entre los deudores puede resultar de un acuerdo, de un acto de última voluntad o de la ley; pero que entre las disposiciones de la ley que establecen la solidaridad, hay algunas que en realidad son simplemente declarativas de la voluntad de los deudores, esto es, son más convencionales que legales. En otros casos, la solidaridad legal hace referencia a una obligación preexistente, que resulta de la aceptación de unas funciones indivisibles (artículos 396 y 1033 *Code*, referentes a la solidaridad entre cotutor y madre guardiana, así como entre los ejecutores testamentarios que reciben en común los bienes hereditarios). En todos estos casos se producen todos los efectos propios de las obligaciones solidarias. En cambio, otras disposiciones legales imponen la responsabilidad solidaria como consecuencia de un hecho nocivo o ilícito, por razones de orden público o para dotar de mayor garantía a ciertos intereses (artículo 390 *Code*, que señala que el segundo marido es responsable solidario de las consecuencias de la tutela indebidamente retenida por la madre; o el artículo 1734 *Code*, que declara responsables solidarios a los compañeros de cuarto de un edificio por el incendio de dicho edificio). Las disposiciones de esta naturaleza no crean directamente y por sí mismas

Frente a este sector de la doctrina surgen otros comentaristas del *Code*, de entre los que destaca DEMOLOMBE, que critica la anterior distinción entre solidaridad perfecta e imperfecta. Y considera que solo existe una especie de solidaridad, pero admite que hay otras obligaciones que se asemejan a las solidarias sin serlo: que son aquellas que obligan a cada uno de los deudores a abonar el total de la deuda; por lo que el pago realizado por uno de ellos libera a todos de la obligación. Estas últimas obligaciones son precisamente las derivadas de un hecho ilícito, pero que, según este autor, no pueden llamarse obligaciones solidarias ni perfectas ni imperfectas, sino obligaciones *in solidum*, por lo que no reúnen los caracteres de la solidaridad⁴.

En definitiva, con el paso del tiempo, la jurisprudencia y doctrina francesas llegaron a considerar que la mancomunidad o parciariedad no protegía adecuadamente al perjudicado por un daño cuando este era provocado por una pluralidad de sujetos, y esto por dos motivos: i) porque al ser mancomunada la responsabilidad de los culpables, en caso de insolvencia de cualquiera de ellos, el perjudicado podía verse insuficientemente resarcido; y ii) porque se hacía pesar sobre el citado perjudicado la carga de probar la cuota de responsabilidad de los distintos causantes del daño. Estas circunstancias llevaron a los tribunales de nuestro país vecino a condenar solidariamente a los plurales causantes de un daño originado por un ilícito civil⁵. No obstante, para salvar la barrera que suponía que el *Code* expresamente señalara que la solidaridad no se presume y que debe nacer de una disposición de ley, a esta

obligaciones perfectamente solidarias, sino que solo otorgan al acreedor el derecho de actuar por el total contra una u otra persona responsable. Como consecuencia, los efectos vinculados a las obligaciones solidarias no se extienden necesariamente a estos casos de responsabilidad y, entre estos efectos que no se extienden, se incluye el relativo a los actos de interrupción de la prescripción.

⁴ DEMOLOMBE, Charles, *Cours Code Napoleon xxvi. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general*. Vol. 3. Paris: Imprimerie générale, 1875, pp. 220-245. Este autor defiende que, a toda solidaridad, sea legal o convencional, se le han de aplicar los efectos propios de los artículos 1205 a 1207. Y sostiene esta postura frente a otros juristas como MOURLON, quien señala que la solidaridad propia es aquella que nace de relaciones de sociedad, de mandato, de garantía o fianza en las que existe una relación o trato frecuente entre los deudores, mientras que la solidaridad impropia es aquella en la que las relaciones entre los deudores son muy escasas o pueden no existir. De esta manera, incluso en los supuestos de solidaridad legal, si las relaciones entre los deudores son escasas, no se han de aplicar todos los efectos de las obligaciones solidarias y, en concreto, los artículos 1205 a 1207 del *Code*. Lo cierto es que ni entre los propios defensores de esta idea se ponen de acuerdo en considerar propia o impropia la solidaridad que imponen algunos preceptos del *Code*.

⁵ Algunos ejemplos del Tribunal de Casación francés:

- En un caso en el que los capitanes de dos buques son considerados coautores de la colisión de estos, el Tribunal de Casación declara que la reparación de un hecho lesivo en el que hayan participado varias personas deberá ordenarse en su totalidad contra cada una de ellas, si no es posible determinar en qué proporción ha contribuido la culpa de cada uno a producir el daño (Cass. Civ., 11 de julio de 1892: GAJ Civ., T.2, Dalloz, 13a ed., 2015, n° 258).
- En materia de pensión alimenticia, el Tribunal de Casación afirmó en sentencia de 27 de noviembre de 1935 que cada uno de los padres y madres, naturales o legítimos, están obligados en su totalidad a mantener, alimentar y criar a los hijos comunes.
- La sentencia de 4 de diciembre de 1939 del Tribunal de Casación determinó que: «Cada uno de los coautores de un mismo daño, consecuencia de sus respectivas faltas, debe ser condenado “in solidum” a la indemnización de la totalidad del daño, por haber contribuido cada una de las faltas a causarlo por completo».

responsabilidad por el todo se le denominó obligación *in solidum*. Y fue aceptada como un tipo de responsabilidad distinta de la solidaria que, por lo tanto, no conllevaba sus mismos efectos. En concreto, la obligación *in solidum* solo producía los efectos principales de la solidaridad, pero no los secundarios: no se expanden a los restantes codeudores los efectos de la suspensión o interrupción de la prescripción frente a un deudor, ni tampoco los efectos de la mora de un deudor.

Similar situación se produjo en el derecho belga, donde, prácticamente por las mismas razones que en Francia, la jurisprudencia de aquel país dio carta de naturaleza a la figura de la obligación *in solidum*, que, al igual que en Francia, producía los mismos efectos principales que la obligación solidaria, pero no los secundarios. La obligación *in solidum* surge como medio de vencer el obstáculo que suponía el principio de presunción de la mancomunidad recogido en el Código Civil belga y la ausencia de una norma que impusiera la solidaridad a los plurales causantes de un daño; aunque la aplicación de la obligación *in solidum* no se limite únicamente a dicho supuesto⁶.

En otros países, en cambio, ha sido la ley la que ha impuesto la responsabilidad solidaria en vez de la mancomunada en los casos en los que una pluralidad de sujetos provoca un daño consecuencia de un ilícito civil, así ha sucedido en distintos códigos civiles: el BGB alemán (§ 830 y 840); el Código suizo de las obligaciones de 1881 (§ 50); el Código Civil italiano, tanto el de 1865 (artículo 1156) como el de 1942 (artículo 2055); el Código Civil portugués (artículo 497), el chileno de 1855 (artículo 2317); el mejicano de 1928 (artículo 1917), etc.

Esta evolución acaecida en Francia y en el Derecho comparado motivó que, también en España —que somos deudores del artículo 1202 del *Code*, y que en nuestro Código Civil no existe una norma expresa que imponga la solidaridad a los plurales causantes de un daño—, tanto la jurisprudencia como la mayor parte de la doctrina adoptasen un criterio similar al francés. Así, a pesar de que la solidaridad en España tampoco se presume, sino que tiene que provenir de la ley o del acuerdo de las partes, a partir de la segunda mitad del siglo XX comenzaron a proliferar las sentencias que condenaban con carácter solidario a los plurales causantes de un daño por un ilícito civil⁷. A esta solidaridad, que no provenía de la ley ni de la voluntad de las partes —para diferenciarla de aquella que precisamente sí que venía impuesta por ley o por acuerdo de las partes— se la denominó de diversas maneras: solidaridad impropia, procesal, imperfecta, u obligación *in solidum*. La jurisprudencia, para la aplicación de la

⁶ Vid. COUSY, Herman & DROSHOUT, Dimitri, «Multiple Tortfeasors under Belgian Law» en *Unification of Tort Law: Multiple tortfeasors* de W.V.Horton Rogers (Ed), The Hague: Kluwer Law International, 2004, pp. 29-36.

⁷ Una de las primeras sentencias que vino a imponer esta solidaridad es la STS (1ª) 2 marzo 1915, que ratifica la condena solidaria a varios concejales a indemnizar al secretario del ayuntamiento por haber acordado aquellos ilegalmente la separación del cargo de dicho secretario. Ya en la segunda mitad del siglo XX, entre otras muchas, la STS (1ª) 25 marzo 1957 (ROJ: STS 88/1957), que condena solidariamente al padre de la demandante y al defensor del menor por las operaciones divisorias de la herencia que realizaron al fallecimiento de la madre de la demandante, y que supusieron un verdadero despojo a sus hijos de los bienes que les correspondían.

solidaridad impropia, en las más de las ocasiones, exigía que no fuera posible determinar la cuota de responsabilidad de los plurales causantes del daño; no obstante, los efectos de una y otra solidaridad (la propia y la impropia) no diferían.

La STS (1ª) 14 marzo 2003 (RJ\2003\3645), sin embargo, vino a determinar que la solidaridad propia y la impropia son distintas porque la primera nace de la ley o del pacto o contrato, mientras que la segunda nace con la sentencia condenatoria, razón esta que, según la citada sentencia, hace que, antes de la condena, la interrupción de la prescripción que efectúe el acreedor contra uno de los deudores no interrumpa la prescripción frente al resto; es decir, que no sea de aplicación a los casos de solidaridad impropia lo previsto en el artículo 1974.1 CC. No obstante, introduce una excepción que consiste en la comunicación de la interrupción de la prescripción a los restantes deudores solidarios en aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado. Desde esta sentencia, todas las posteriores han venido manteniendo el mismo criterio⁸.

Ahora bien, sin entrar a valorar la bondad o no de este criterio jurisprudencial sobre la solidaridad impropia y sus efectos —que se ha impuesto con fuerza en nuestros tribunales y está plenamente consolidado—, en lo que prosigue, nos interesa advertir de los tres problemas civiles y procesales anteriormente enunciados que este tipo de solidaridad plantea.

3. EL PROBLEMA DE LA INDEFINICIÓN: ¿CUÁNDO LA SOLIDARIDAD ES IMPROPIA?

Uno de los problemas más complejos en nuestro Derecho es el de precisar el significado de la solidaridad impropia. El *Diccionario del español jurídico* de la RAE define la solidaridad impropia como la «solidaridad no establecida por pacto o por ley, sino por criterios doctrinales o jurisprudenciales», y amplía dicha definición con una sentencia del Tribunal Supremo (1ª) 17 junio 2002 (RJ\2002\5223), que explica que la solidaridad impropia es:

«... la derivada de la naturaleza de la obligación de indemnizar los daños extracontractuales, establecida por criterios doctrinales y jurisprudenciales [...] cuando esta se atribuye a varios sujetos sin que sea posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de ellos en la causación del daño. Es esta una solidaridad que cabe llamar “procesal”, pues se origina en la propia sentencia condenatoria y que no existía con anterioridad».

A su vez, la ya citada STS de 14 de marzo de 2003 señala lo siguiente:

⁸ Esta línea interpretativa se mantiene en las SSTS (1ª) 5 junio 2003 (ROJ: STS 3880/2003); 17 marzo 2006 (ROJ: STS 1569/2006); 27 junio 2006 (ROJ: STS 3933/2006); 4 junio 2007 (ROJ: STS 4242/2007); 9 octubre 2007 (ROJ: STS 6172/2007); 19 octubre 2007 (ROJ: STS 7169/2007) que, a su vez, cita las SSTS (1ª) 6 junio 2006 y 28 mayo 2007; 22 de octubre de 2007 (ROJ: STS 7234/2007); y 18 julio 2011 (RJ\2011\6123), entre otras muchas.

«... 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 solidaridad, llamada “impropia” u obligaciones “in solidum” que dimanar 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...».

Esta definición es la que han seguido todas las sentencias posteriores del Tribunal Supremo. Además, como se ha mencionado anteriormente, esta sentencia ha venido a declarar que la solidaridad impropia nace con la sentencia condenatoria y que, por ello, no produce los mismos efectos que la solidaridad propia y, en concreto, que no le es de aplicación a la solidaridad impropia la previsión del artículo 1974.1 CC en materia de interrupción de la prescripción; es decir, que la interrupción de la prescripción frente a un deudor solidario no se expande a los restantes deudores.

No obstante todo lo dicho, podemos apreciar diversos casos en los que la jurisprudencia no se pone de acuerdo en determinar si nos encontramos ante una solidaridad propia o impropia. Tal sucede con la solidaridad entre asegurado y su aseguradora; en los casos de responsabilidad por hecho ajeno; en la responsabilidad de los agentes de la edificación derivada de la Ley de Ordenación de la Edificación; incluso, en algunos casos de responsabilidad en la jurisdicción social. De todo ello tratamos a continuación.

3.1. *La solidaridad entre asegurado y su aseguradora*

La solidaridad entre asegurado y su aseguradora no está expresamente establecida en la ley, sin embargo, la jurisprudencia la ha deducido del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), que regula la acción directa del perjudicado por el daño o sus herederos frente a la aseguradora del causante de este.

Existen numerosas sentencias, anteriores a la ya citada STS (1ª) 14 marzo 2003, que declaran que la solidaridad entre asegurado y su aseguradora frente al perjudicado por el daño es una solidaridad impropia. En cambio, tras la STS 14 marzo 2003 —que viene a privar a la solidaridad impropia de un efecto tan importante como es la aplicación de la previsión del artículo 1974.1 CC— nos encontramos con sentencias como la STS (1ª) 25 febrero 2014 (RJ\2014\1155)⁹ que, sin calificar dicha solidaridad como propia o

⁹ Inicialmente, los demandantes habían ejercitado una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración sanitaria reclamando daños y perjuicios derivados de una prestación médica a la actora, reclamación que finalizó mediante sentencia del TSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso Administrativo) el 14 de marzo de 2008 que condenó a la Administración a indemnizar a los actores en el total de la cantidad reclamada con sus intereses legales desde el 16 de mayo de 2002.

Con posterioridad, los demandantes ejercitan la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro contra la aseguradora de la Administración sanitaria, ZURICH ESPAÑA a pagarles una indemnización más los intereses del artículo 20 de la citada ley, a devengar desde el 10 de septiembre de 2002. La sentencia de 1ª Instancia estima parcialmente la demanda y condena a la aseguradora

impropia, viene a declarar que la acción que se ejercita contra la aseguradora es la misma que previamente se dirigió contra su asegurado, lo que se proyecta sobre los plazos en los que ha de operar la prescripción y su interrupción; esto es, considera no prescrita la acción frente a la aseguradora porque la interrupción de la prescripción frente a su asegurado se expandió a ella. En definitiva, sin mencionar si la solidaridad es propia o impropia, simplemente por el efecto que la sentencia le aplica —la expansión de la interrupción de la prescripción—, es obvio que la considera una solidaridad propia. Dice así la sentencia:

«No puede desligarse, como dice la sentencia (JUR 2011, 278606) recurrida, "esta acción del carácter solidario entre asegurado y asegurador, de ahí que sólo ante la presencia de una decisión favorable a la indemnización pueda plantearse la aplicación al caso de esa sanción por dejadez en el atendimento del tercero que supone ese especial precepto, siendo de observar que la sentencia del TSJ es de 14/3/08 (JUR 2009, 334800) y la demanda iniciadora de este pleito lo es de 8/7/08, luego no pueden aplicarse a la acción aquí promovida sino favorablemente los plazos de prescripción del art. 1968.2º del CC (LEG 1889, 27) o del art. 23 de la propia LCS". Nada dice la sentencia (JUR 2011, 278606) de que la acción se hubiera interrumpido y la relación de solidaridad existente entre asegurador y asegurado remiten el día inicial a aquel en que terminó el pleito. Por lo demás, el contrato de seguro de responsabilidad civil es un contrato de naturaleza especial, en favor de tercero, que crea una solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la Compañía aseguradora, de tal forma que la acción que se ejercita contra esta es la misma que la que fue dirigida previamente contra su asegurada, y ello evidentemente se proyecta sobre los plazos en los que ha de operar la prescripción y su interrupción (SSTS 1 de febrero 2007 (RJ 2007, 788); 1 de octubre 2008 (RJ 2009, 134))».

Frente a esta sentencia, surge la STS (Pleno) 15 septiembre 2017 (RJ\2017\3893)¹⁰, que tiene la fuerza de ser una sentencia plenaria con función unificadora de la doctrina

demandada a pagar a los actores el interés que señala el artículo 20 de la LCS desde el 10 de septiembre de 2002 al 2 de junio de 2008. La sentencia de la Audiencia Provincial confirma la resolución apelada. ZURICH ESPAÑA recurre en casación y alega la prescripción de la acción porque si se le imponen intereses moratorios desde el 10 de septiembre de 2002 y la acción del artículo 76 LCS no se ejercitó hasta el 8 de julio de 2008, ha transcurrido el plazo legal para ejercitar la acción; y en ningún momento con anterioridad a dicha fecha, la parte demandante ha ejercitado contra la aseguradora pretensión alguna.

¹⁰ Tres compañías de seguros que habían indemnizado a sus asegurados por daños en sus viviendas, como consecuencia de un incendio originado en una tercera vivienda, ejercitan la acción de repetición contra los propietarios de la vivienda en la que se originó el incendio causante de los daños (consecuencia de haber ardido un colchón por la caída de un flexo) y contra la aseguradora de estos; y reclaman sean condenados solidariamente a las cantidades abonadas a sus respectivos asegurados.

La aseguradora de los demandados, Catalana de Occidente, se allana respecto a la cantidad a que se limitaba su responsabilidad según el contrato de seguro, mientras que los codemandados se oponen a la demanda. En primera instancia se estima parcialmente la demanda, si bien se desestima la formulada por la aseguradora Liberty por considerar prescrita su acción. En apelación, la Audiencia Provincial, en lo que aquí interesa, estima el recurso de la aseguradora Liberty en cuanto afirma que fue interrumpido el plazo de prescripción trienal de la acción de repetición con las reclamaciones extrajudiciales cursadas frente a la aseguradora de los demandados, al tratarse de una obligación solidaria. Frente a dicha sentencia, los demandados, propietarios de la vivienda, formulan recurso de casación y alegan la prescripción de la acción.

jurisprudencial en el ámbito del derecho civil, entre otros. Esta resolución tampoco califica la solidaridad entre el asegurado y su aseguradora como propia o impropia, sino que se limita a negar que los efectos interruptivos frente al asegurador afecten a su asegurado, pero como única justificación o argumentación para ello esgrime el hecho de que la cantidad cubierta por el seguro era inferior a la reclamada. Dice así la sentencia:

«... resulta claro que no puede producir efectos interruptivos de la prescripción para el asegurado la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente frente a su aseguradora, que sólo cubría su responsabilidad hasta una cantidad inferior a la reclamada».

Finalmente, la STS (1ª) 14 marzo 2019 (RJ 2019\940)¹¹ es la primera del Tribunal Supremo que expresamente viene a calificar como propia la solidaridad entre asegurado y su aseguradora, y señala lo siguiente:

«La cuestión jurídica que se plantea en el recurso de casación, es determinar la naturaleza de la responsabilidad que une a la aseguradora y al asegurado, si se califica de solidaridad impropia y por tanto estaría prescrita la acción frente a la aseguradora, o como solidaridad propia pues nace por la propia Ley del Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) y por la vigencia de la póliza suscrita, de manera que son de aplicación los efectos interruptivos de la prescripción del art. 1974.1 CC». [...].

No se trata de que el conductor del vehículo y la entidad aseguradora concurriesen en el origen del daño y, al no poderse individualizar su responsabilidad, la sentencia la declare solidaria.

La entidad aseguradora no concurrió con su conducta a la producción del daño sino que aseguraba su cobertura merced al contrato de seguro, hasta el punto de que el perjudicado, conforme al art. 76 LCS (RCL 1980, 2295), pudo demandar solamente a la aseguradora y no al conductor asegurado, causante y origen del daño.

Por tanto, se trata de una solidaridad propia que viene impuesta ex lege, a la que se ha de aplicar las reglas previstas para ella y en especial la previsión contenida en el art. 1974 CC».

3.2. La responsabilidad por hecho ajeno

Problema similar de indefinición al ya visto con la responsabilidad entre asegurado y aseguradora se plantea en los casos de responsabilidad por hecho ajeno, puesto que, en estos casos, la solidaridad, aunque no establecida expresamente, también deriva de la ley, concretamente del artículo 1903 CC, que faculta al perjudicado a dirigirse de

¹¹ Una pareja demanda, en nombre de su hijo menor de edad, a un tercero y a su aseguradora en ejercicio de la acción de reclamación de cantidad (indemnización) derivada de accidente de tráfico. En primera instancia ambos demandados son condenados solidariamente a indemnizar al menor, por considerar que entre asegurado y aseguradora la solidaridad es propia y la interrupción de la prescripción frente al asegurado interrumpió también la prescripción frente a su aseguradora. Sin embargo, la Audiencia Provincial falla que la acción frente a la aseguradora está prescrita, por no ser la solidaridad propia, sino impropia, y no quedar acreditado que se formulara por los actores reclamación alguna a la aseguradora con anterioridad a un año. Frente a dicha sentencia, los actores apelados recurren en casación.

manera directa contra el principal para exigirle responsabilidad por la actuación dañosa de su dependiente. Al igual que sucede en los casos de seguro, la condena solidaria no depende de que no se pueda determinar la concreta participación y responsabilidad del dependiente en el daño producido, por lo que su conceptualización como impropia no cumple con este requisito, a pesar de lo cual la jurisprudencia la ha configurado en numerosas ocasiones como tal.

A este respecto, la STS (1ª) 5 noviembre 2007 (RJ\2007\8100)¹², sobre responsabilidad por hecho ajeno, aplica el artículo 1974.1º CC y considera que la interrupción de la prescripción se expande del causante material del daño a la empresa de la que depende:

«Por último, tampoco puede acogerse el alegato relativo a la prescripción, respecto de la entidad “METÁLICO, SL”, que no intervino en el procedimiento penal previo. No procede computar respecto de esta codemandada el plazo prescriptivo, desde la fecha del accidente, pues existe entre tal empresa y los sujetos absueltos en vía penal, Don Bartolomé y Don Octavio (encargado general de la empresa y jefe de equipo, respectivamente), la relación de dependencia que contempla el artículo 1903 del Código Civil (LEG 1889, 27) por lo que, según la jurisprudencia de esta Sala, resulta aplicable el artículo 1974 del Código Civil en orden a que la interrupción de la prescripción perjudique por igual a todos los deudores solidarios, visto el carácter no subsidiario, sino directo y solidario de la responsabilidad por hecho ajeno que allí se regula, como han señalado, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 21 de julio de 2000 (RJ 2000, 5500) y 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7379)».

De lo transcrito de esta sentencia se deduce que considera como propia la solidaridad en los casos de responsabilidad por hecho ajeno. Curiosamente, sin embargo, las dos sentencias que se citan en el párrafo transcrito calificaban la solidaridad que surge de la responsabilidad por hecho ajeno como impropia.

A su vez, la STS (Pleno) 16 diciembre 2008 (RJ\2008\6983)¹³, más relevante por ser una sentencia plenaria, viene a acordar que la interrupción de la prescripción frente al

¹² Diversos familiares de un trabajador fallecido en accidente laboral demandan a la empresa para la que este trabajaba, METÁLICO, S.L.; al encargado general de la empresa y al jefe de equipo de esta, en reclamación de condena solidaria a indemnizar a los demandantes. Demanda que se interpone tras un procedimiento penal seguido solo contra el encargado general y el jefe de equipo, en el que estos resultaron absueltos. Los actores en su escrito de demanda solicitaron justicia gratuita interesando la suspensión del procedimiento principal; solicitud que ya habían presentado con anterioridad ante el Juzgado decano de Lugo, concretando entonces su intención de promover proceso contra METÁLICO, S.L. En primera instancia se considera prescrita la acción y se absuelve a los demandados. En apelación, la Audiencia Provincial aprecia la interrupción de la prescripción por la solicitud de abogado y procurador de oficio y estima la demanda en su integridad. Los demandados recurren en casación y vuelven a alegar la prescripción.

¹³ La compañía Telefónica de España, S.A. demanda a Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. (FCC), demanda que amplía a Hermanos Arnal, S.L. (empresa subcontratista de la anterior), en reclamación de una indemnización por daños causados a instalaciones y conducciones telefónicas por una retroexcavadora manejada por un operario de Hermanos Arnal. En primera instancia se condena a ambas empresas solidariamente y se rechaza la excepción de prescripción de FCC, por considerar que las comunicaciones libradas a Hermanos Arnal y su aseguradora habían interrumpido la prescripción frente

subcontratista perjudica también al contratista principal. Y en cuanto a su argumentación, después de afirmar que de los daños son responsables ambas demandadas (la subcontratista por ser su trabajador el autor material del daño, y la contratista principal por ser su técnico quien dirigía la obra), señala lo siguiente:

«Atendidas las circunstancias fácticas expuestas, determinantes de la condena de las dos demandadas, se desprende que las sentencias de instancia hacen una razonable interpretación en relación a la jurisprudencia de esta Sala, cuando estiman que el efecto interruptivo de la prescripción no discutido en relación a la demandada HERMANOS ARNAL S.L alcanza a la demandada FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A.

Así en la sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3645) considera la necesidad de descartar la inaplicación del artículo 1974 del Código Civil (LEG 1889, 27) en supuestos de responsabilidad extracontractual en aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

Y en la sentencia de 1 de octubre de 2008, a efectos de estimar la condena solidaria de los responsables demandados, destaca la exigencia no solo de la concurrencia de una pluralidad de agentes, sino, además, la indiscernibilidad en sus respectivas responsabilidades, esto es, que no sea factible, por el resultado de las actuaciones, la determinación individual y personal de las responsabilidades atribuibles a los agentes intervinientes».

A continuación, la sentencia procede a citar, a su vez, otras sentencias para concluir de la siguiente manera:

«Cuando a todos los demandados les alcanza la responsabilidad solidaria, la actividad interruptora de la prescripción producida con relación a uno sólo de los responsables solidarios alcanza a los demás con respecto a los que esa actividad no se haya producido, como consecuencia de lo normado en el párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil.

Todo lo expuesto determina, como ya se ha referido, la desestimación del motivo, en atención y en definitiva (al margen de definiciones doctrinarias), de la responsabilidad "in solidum", toda vez que las sociedades codemandadas vinculadas por relación contractual han concurrido en una única causa, indiscernible por tanto su cuota de aportación al resultado, al hecho ilícito determinante de la responsabilidad que la demandante ha interesado y que las sentencias de instancia han estimado».

En definitiva, esta sentencia resulta confusa y perturbadora, pues considera razonable la interpretación que las sentencias de instancia habían realizado de los efectos de la interrupción de la prescripción; interpretación que era contraria a lo determinado en la STS (1ª) de 14 de marzo de 2003. A continuación, sin embargo, parece que, en el caso concreto de la sentencia transcrita, aplica el artículo 1974.1 CC en razón a la conexión o dependencia existente entre contratista y subcontratista; conexión que permite

a FCC. Recurrída la sentencia por FCC, la Audiencia Provincial desestima el recurso y declara que no existe prescripción apoyándose en la consolidada doctrina jurisprudencial que afirma el carácter solidario de las vinculaciones que concurren en punto a la responsabilidad civil derivada de todo ilícito culposo. Frente a dicha sentencia FCC recurre en casación alegando prescripción, por entender que el artículo 1974.1 se refiere únicamente a la solidaridad contractual, no a la extracontractual.

presumir el conocimiento previo del hecho de la interrupción. Al finalizar, la sentencia parece fundar la solidaridad de contratista y subcontratista en la concurrencia causal única e indiscernible en cuanto al grado de culpa de cada una de las demandadas (lo que daría lugar a una obligación *in solidum*); no obstante, en su párrafo inmediatamente anterior recoge lo que era jurisprudencia reiterada antes de la STS (1ª) de 14 de marzo de 2003, como es que, en los casos de responsabilidad solidaria, la interrupción de la prescripción frente a uno se expande a los restantes responsables solidarios¹⁴.

Es de lamentar que, al igual que sucede con la anteriormente comentada STS (Pleno) 15 septiembre 2017, respecto de la solidaridad entre asegurado y su aseguradora, esta nueva sentencia plenaria no solo no aclare una cuestión tan relevante como es la aplicación o no del artículo 1974.1 CC a los casos de responsabilidad por hecho ajeno, sino que introduzca más confusión y, por tanto, más inseguridad jurídica.

En contra del criterio anteriormente señalado podemos citar, entre otras, la STS (1ª) 19 octubre 2007 (RJ\2007\8257)¹⁵; sentencia que viene a considerar como solidaridad impropia la relación entre el dependiente causante del daño y su empleador, por lo que, interrumpida exclusivamente la prescripción frente al primero, no se interrumpe frente al segundo:

«... demandados solidariamente el autor del daño, el propietario del vehículo y la empresa en la que trabajaba el autor del daño, y no habiendo sido nunca ejercida esta acción contra ésta última, no se ha interrumpido la prescripción porque no puede aplicarse el artículo 1974 CC (LEG 1889, 27) al tratarse de un supuesto incluido en los casos que esta Sala ha calificado como solidaridad impropia».

En el mismo sentido se pronuncia la STS (1ª) 13 junio 2007 (RJ\2007\3509)¹⁶, que justifica la responsabilidad u obligación *in solidum* del Ayuntamiento y del encargado

¹⁴ Vid. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, «Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008. Interrupción de la prescripción en la llamada solidaridad impropia». Vol. 2 de *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)* de Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.). Madrid: Dykinson, 2009 (2008), pp. 333-376.

¹⁵ El trabajador de una obra sufre un daño como consecuencia de un accidente laboral (el vuelco de un tractor conducido por otro trabajador que le aprisiona el pie). El perjudicado interpone un procedimiento de faltas contra el conductor del tractor, que resulta absuelto. Posteriormente interpone demanda de juicio verbal del automóvil contra el propietario del tractor y su aseguradora, declarándose el procedimiento inadecuado. Finalmente interpone demanda contra el conductor del tractor, en ejercicio de la acción del artículo 1902 CC, y contra el propietario del vehículo y la sociedad Juan Molina e hijos, SL, empleadora del conductor del tractor, en ejercicio de la acción del artículo 1903 CC. Esta última empresa alega en su defensa la prescripción de la acción. En primera instancia se estima parcialmente la demanda y se condena al conductor del tractor y a la sociedad Juan Molina e hijos, S.L. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial condena al conductor del tractor y a la sociedad Juan Molina e hijos, S.L. a responder íntegramente del daño. Frente a dicha sentencia, estos dos demandados recurren en casación.

¹⁶ El objeto del proceso versa sobre la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil extracontractual, cuya «causa petendi» radica en las lesiones sufridas por un menor de edad con ocasión de hallarse jugando al fútbol con unos compañeros en unas

de mantenimiento y vigilancia del material deportivo municipal (arco o portería de un campo de fútbol que por incorrecto anclaje causa un daño), y señala lo siguiente:

«... la responsabilidad por hecho ajeno, aunque propiamente no es una responsabilidad solidaria, es sin embargo directa, y como tal produce frente a la parte acreedora un efecto similar. [...].

Por ello está plenamente justificada la responsabilidad "in solidum" frente al acreedor, y el motivo decae».

Por su parte, la STS (1ª) 8 febrero 2016 (RJ\2016\235)¹⁷, al definir y describir la responsabilidad por hecho ajeno, señala que esta trae causa del fundamento y caracteres que disciplinan la responsabilidad civil del artículo 1902 CC, lo que comporta, respecto de su configuración, las siguientes consecuencias:

«Así, en primer término, y conforme a lo puntualizado en el último párrafo del precepto citado [se refiere al art. 1903 CC], la responsabilidad por hecho ajeno responde a una responsabilidad por culpa, si bien con inversión de la carga de la prueba. En segundo término, la responsabilidad por hecho ajeno permite reclamar la responsabilidad directa de la persona responsable y, en su caso, la responsabilidad solidaria de todos los autores materiales del daño o perjuicio ocasionado».

Como se puede apreciar, el texto transcrito solo menciona la responsabilidad solidaria de todos los autores materiales del daño, pero no la del responsable directo, es decir, efectúa una distinción entre lo que es la responsabilidad directa y lo que es la responsabilidad solidaria; criterio este del que cabe deducir que la eventual solidaridad entre responsable directo y causante material del daño no es considerada verdadera solidaridad.

También en un sentido similar se manifiesta la STS (1ª) 1 junio 2010 (RJ\2010\2659)¹⁸ al decir:

instalaciones municipales del Ayuntamiento de Amurrio, al caerle encima de la cara la portería en cuyo larguero se había colgado con las manos, y resultar derribada por carecer de anclaje alguno al suelo.

Los padres del menor demandan en reclamación de indemnización al Ayuntamiento, su aseguradora y a la empresa de mantenimiento. La sentencia de primera instancia condena a todos los demandados solidariamente. En apelación la Audiencia Provincial amplía la condena de la aseguradora a los intereses del artículo 20.5 LCS. La aseguradora recurre en casación.

¹⁷ Como señala la propia sentencia: «El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la responsabilidad civil por los daños derivados de unas obras de demolición en un edificio colindante. Particularmente en el marco de la responsabilidad del comitente en el contrato de obra en atención a la denominada "relación de dependencia" del contratista, implícita en el párrafo cuarto del artículo 1903 del Código Civil, y su posible incidencia o alcance en el tratamiento de la responsabilidad civil de este supuesto». Los propietarios de un inmueble reclaman, al propietario de otro, indemnización por los daños sufridos en la ejecución de obras de demolición de la vivienda de este último; obra encargada por este a una empresa especializada a la que no le liga relación de dependencia alguna ni control de la actividad desempeñada. En primera instancia se absuelve al demandado (no se considera aplicable el artículo 1903 CC). Mientras que en apelación se le condena por el vínculo de responsabilidad solidaria aplicable a los agentes que intervienen en la construcción. Frente a dicha sentencia el demandado recurre en casación.

¹⁸ El objeto del proceso versa sobre protección del derecho al honor por intromisión ilegítima realizada en un programa televisivo. Una mujer acude a un programa de televisión dedicado a la violencia. La

«Además, [...] los dos aspectos en que se basa la "ratio decidendi" de la resolución recurrida son la existencia de "culpa in eligendo" y "culpa in vigilando", los que no suponen una responsabilidad civil solidaria, sino directa (entre otras, SS. 8-5-2007 (RJ 2007, 3560) y 1-10-2008 (RJ 2009, 134)), sin que obste que sus efectos en la relación "ad extra" se asimilen a los propios de una responsabilidad "in solidum", que no propiamente solidaria».

3.3. La solidaridad de los agentes de la edificación¹⁹

Siguiendo la doctrina jurisprudencial precedente a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1591 CC, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) recoge en su artículo 17, de manera expresa, el principio general de que la responsabilidad de cada uno de los agentes de la edificación es personal e individualizada. En consecuencia, dicha responsabilidad es mancomunada o parciaria, por lo que cada agente solo debe responder en proporción a su grado de participación en los hechos causantes del daño en el edificio.

Con *carácter subsidiario* al principio general de responsabilidad individualizada antes mencionado, la LOE, también de manera expresa, atribuye una responsabilidad solidaria a los agentes en dos supuestos, como son:

- Cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales.
- Cuando se acredita que en la producción del daño han concurrido diversos agentes de la edificación sin que se pueda graduar la participación de cada uno de ellos.

Además de dicha responsabilidad solidaria, de carácter subsidiario, se establecen varios supuestos de responsabilidad solidaria de *carácter principal*, siendo estos los siguientes:

- La responsabilidad del promotor con los demás agentes de la edificación, en todo caso.
- La de los proyectistas cuando el proyecto se contrata con dos o más, conjuntamente.
- La de los directores de obra cuando son contratados conjuntamente dos o más de ellos.

Finalmente, se establecen unos supuestos de *responsabilidad directa* por hecho ajeno que son los que siguen:

mujer relata unos hechos relativos a un incendio en su vivienda por el cual le habían reclamado una cantidad de 4 millones de pesetas. Durante su intervención se sobreimprime una expresión de la que se deduce que se imputaba a su marido la autoría del incendio, cuando la mujer nunca aludió a este. El marido demanda a Televisión Española reclamando una indemnización y la rectificación de la información. Televisión Española resulta condenada en primera instancia y en apelación, por lo que dicha entidad recurre en casación.

¹⁹ Vid. BLANCO MARTÍN, Pilar, *La responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Sus efectos en la prescripción, la intervención provocada y el derecho de repetición*, Dykinson, Madrid, 2021.

- El proyectista respecto de los calculistas u otros profesionales por daños causados por la insuficiencia, incorrección o inexactitud de los cálculos, estudios, dictámenes o informes de dichos profesionales que hubiera contratado.
- El director de obra respecto del proyectista por daños causados como consecuencia de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto de ejecución.
- El constructor respecto de los daños ocasionados por su jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan.
- El constructor respecto de los daños que ocasionen las personas físicas o jurídicas con las que subcontrate la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra.
- El constructor respecto de los daños causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él.

Las numerosas dudas que generaba este precepto sobre la naturaleza de la solidaridad recogida en él (solidaridad propia o impropia) fueron resueltas por la STS (Pleno) 16 enero 2014 (RJ\2015\277)²⁰, que vino a declarar que en la LOE la solidaridad no tiene su origen en la sentencia, sino en la ley y, por lo tanto, ya no puede calificarse de impropia, pero establece una nueva distinción: la de «responsabilidad solidaria» frente a la «obligación solidaria». Dice así la sentencia:

«Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 del Código Civil (“cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta Sala en la sentencia de 14 de

²⁰ Una Comunidad de Propietarios demanda a la entidad Hábitat Global Gestión Inmobiliaria, SAU (subrogada en los derechos y obligaciones de la promotora del inmueble) y al arquitecto técnico interviniente en la obra, en reclamación de cantidad, de manera solidaria, por los defectos y problemas habidos en la edificación de las viviendas y elementos comunes de la comunidad actora. En primera instancia se condena a ambos demandados solidariamente, por considerar que las actuaciones llevadas a cabo por la comunidad demandante frente a la promotora habían supuesto una interrupción de la prescripción frente a ambos: Habitat y el arquitecto técnico. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia y absuelve al arquitecto técnico, por considerar que la acción ejercitada frente a él estaba prescrita por ser impropia la solidaridad a la que se refiere el artículo 17 LOE, pues no nace de la ley, sino de la decisión judicial, señalando que «(...) la novedad que introduce la LOE es establecer, normativamente, la responsabilidad solidaria del promotor con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción, pero no a la inversa: de los demás agentes intervinientes con el promotor, ni nada más: entre los demás agentes intervinientes, a no ser que [no] pueda individualizarse la causa de los daños materiales o que quede debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pueda precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido». La parte actora recurre en casación alegando que el artículo 17.3 LOE regula una responsabilidad solidaria propia entre los agentes intervinientes en el proceso constructivo, por lo que la interrupción de la prescripción respecto de uno de ellos alcanza a los demás.

marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos “en todo caso” (artículo 17.3) aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS 24 de mayo (RJ 2007, 3124) y 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8855); 13 de Marzo de 2008; 19 de julio de 2010 (RJ 2010, 6559); 11 de abril de 2012 (RJ 2012, 5746))».

De acuerdo con esta sentencia, lo relevante no es que la solidaridad sea legal. Lo relevante es que sea principal (o inicial, según la denomina la sentencia), para que produzca todos sus efectos; o bien, que sea subsidiaria para que no se le aplique lo dispuesto en el artículo 1974.1 CC en materia de interrupción de la prescripción. Y así reconoce los siguientes supuestos: i) La interrupción de la prescripción frente a un agente de la edificación no afecta a los restantes agentes, a excepción del promotor; ii) la interrupción frente al promotor no se propaga a los restantes agentes; iii) la interrupción frente a uno de los proyectistas conjuntos se propaga a los restantes proyectistas, y iv) la interrupción frente a uno de los directores de obra conjuntos se comunica a los restantes directores de obra.

No se hace mención alguna en dicha sentencia a si en los casos de responsabilidad por hecho ajeno la interrupción de la prescripción frente al responsable directo se expande o no al responsable material del daño y a la inversa.

Todas las sentencias posteriores referentes a la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación han seguido el mismo criterio expuesto²¹.

3.4. *La solidaridad impropia en sentencias de la jurisdicción social*

Precisamente, apoyándose en las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación en virtud de la LOE, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en dos sentencias ha venido a definir la solidaridad impropia y a distinguirla de la propia de la siguiente manera:

«Y es que, en definitiva, la diferencia entre solidaridad propia o impropia, u obligación *in solidum* radica en que la segunda deriva de diferentes actos ilícitos (civiles o de otra naturaleza) o de distintos negocios jurídicos o preceptos legales que establecen una responsabilidad solidaria por distintos motivos».

²¹ Así, la STS (Pleno) 20 mayo 2014 (RJ\2015\2256); STS (1ª) 17 septiembre 2015 (RJ\2015\4004), 27 junio 2017 (RJ\2017\3197) y 15 febrero 2018 (RJ\2018\570), entre otras muchas.

Curiosamente, en la jurisdicción de lo Social se está produciendo una evolución cada vez mayor en la fundamentación de la solidaridad impropia, de manera que la solidaridad, aunque venga expresamente determinada por ley y aun cuando no dependa en absoluto su imposición de que no se puedan establecer cuotas de responsabilidad entre los plurales obligados, se reputa impropia si la misma procede de diferentes causas, diferentes actos o contratos. Hay dos relevantes sentencias del Tribunal Supremo en este sentido que se dirigen cada vez más a una concepción de la solidaridad impropia, a mi entender, cercana o similar a la de las obligaciones concurrentes o conexas establecidas en el Código Civil y Comercial argentino (artículos 1751 y 850 a 852).

En este sentido, la STS (4ª) 3 junio 2014 (RJ\2014\4220)²², en un supuesto de sucesión de empresas del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), establece lo siguiente:

«... la solidaridad regulada por los artículos 1137 y siguientes del Código Civil es la propia, porque la relación interna existente entre los deudores lleva implícita la facultad que tiene el que pagó de repetir frente a su codeudor solidario la parte que era a su cargo (art. 1145, párrafo 2º CC), efecto que no se da, en la solidaridad impropia y que pone de manifiesto la existencia de una conexión interna entre los codeudores solidarios que están unidos por un objetivo común.

La responsabilidad solidaria impropia impuesta por la ley tiene, normalmente, su origen en actos ilícitos civiles y en la necesidad de garantizar al perjudicado el resarcimiento de los perjuicios causados, el cobro de lo debido, pero puede ocurrir que tenga su origen en un contrato o en varios, como cuando se asegura el resarcimiento del daño causado por un incumplimiento contractual. La esencia de la solidaridad impropia es que la obligación de los codeudores no se funda en el mismo hecho o fundamento jurídico sino en distintos actos o en diferentes contratos, por lo que se habla de obligación “in solidum” cuando son varias las personas deudoras de prestaciones idénticas, pero por obligaciones nacidas de hechos y fundamentos diferentes, cual, por ejemplo, ocurre en la responsabilidad del causante del daño y su aseguradora, en la del patrono por los actos de sus empleados (art. 1903 CC) y en las responsabilidades del arquitecto, constructor y dueño de la obra».

A su vez, la STS (4ª) 5 diciembre 2017 (RJ\2017\6001)²³, sobre deudas salariales en un supuesto de subcontratación de obras y servicios del artículo 42.2 ET, y apoyándose en sentencias de la Sala de lo Civil dictadas en materia de la LOE, establece lo siguiente:

²² Según señala la propia sentencia: «La cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la naturaleza de la responsabilidad solidaria de la empresa que sucede a otra en la ejecución de una contrata, sin mediar un negocio jurídico de transmisión entre la antigua adjudicataria y la nueva que sólo contrata con la empresa principal, en orden al pago de las deudas salariales contraídas por la anterior contratista con los trabajadores en cuyos contratos se subroga, así como, también, fijar la normativa aplicable a la prescripción extintiva de esa obligación».

²³ La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación para unificación de doctrina estriba en determinar si el ejercicio de la acción de reclamación de cantidad por deudas salariales, por parte del

«Esta disposición legal [se refiere al art. 42.2, párrafo segundo del ET] regula no sólo el alcance de la obligación de pago del empresario principal, sino, también, el plazo para reclamarle el pago y el “dies a quo” para el cómputo del plazo prescriptivo de su deber. Por contra, la prescripción del deber de pago de salarios del contratista se regula por el artículo 59 del ET, diferente regulación que nos muestra que nos encontramos ante dos responsabilidades distintas, establecidas y reguladas por diferentes normas (contractuales y legales en un caso y en otras disposiciones legales en el otro), razón por la que, como el plazo prescriptivo tiene un cómputo diferente en cada caso, según la regulación legal, debe estimarse que esa diferente regulación impide estimar que, ex artículo 1974 del Código Civil, la reclamación efectuada a un deudor interrumpa el curso de la prescripción de las responsabilidades del otro».

A continuación, la sentencia se remite, a su vez, a otras sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativas a la responsabilidad derivada de la LOE que transcribe parcialmente (SSTS 16 enero 2014 [RJ\2015\277] y 20 mayo 2014 [RJ\2015\2256], ambas del Pleno, así como las SSTS 17 septiembre 2015 [(RJ\2015\4004] y 27 junio 2017 [RJ\2017\3197]). Y acaba diciendo lo siguiente:

«Y es que, en definitiva, la diferencia entre solidaridad propia o impropia, u obligación “in solidum” radica en que la segunda deriva de diferentes actos ilícitos (civiles o de otra naturaleza) o de distintos negocios jurídicos o preceptos legales que establecen una responsabilidad solidaria por distintos motivos.

Ello ocurre en el presente caso en el que la responsabilidad solidaria de la empresa principal la impone el art. 42-2 del ET diferenciándola en su nacimiento, duración y exigencia de la de pago de salarios que regulan los artículos 1, 26, 29 y 59 del ET en sus distintos particulares, lo que hace que no sea una obligación solidaria de las que el artículo 1137 del Código Civil contempla y que tenga un régimen en orden a la prescripción de esa responsabilidad diferente y al que resulta inaplicable el art. 1974 del Código Civil en orden a la interrupción de la prescripción por la reclamación a otro, como ya apuntó esta Sala, aunque fuese como “obiter dicta” en su sentencia de 20-9-2007 (R. 3539/2005)».

Como se aprecia en estas sentencias, no influye el hecho de que se pueda o no graduar la responsabilidad de los demandados, lo que prima para imponer la regla de la solidaridad impropia es que la responsabilidad provenga de diferentes actos ilícitos, o de distintos negocios jurídicos o preceptos legales²⁴.

trabajador frente a la empresa empleadora, interrumpe o no el plazo de prescripción de la acción de dicho trabajador para exigir la responsabilidad solidaria por ese mismo tipo de deudas a la empresa principal (esto es, la empresa que contrató los servicios de la empleadora para la realización de tareas correspondientes a la propia actividad de la principal).

²⁴ Parecen alinearse con este criterio Ataz López, Joaquín, «La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *VI Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Cáceres, 2006, pp. 18-19, quien considera que las obligaciones solidarias que regula el Código Civil tienen en mente exclusivamente los supuestos de solidaridad convencional, en los que hay una sola obligación con pluralidad de sujetos que se encuentran conectados por determinadas relaciones internas. Mientras que la solidaridad impropia se produce cuando dos o más personas están obligadas a reparar el mismo daño, situación que se puede producir en varios supuestos, pero que tienen en común que el acreedor puede reclamar el todo de más de una persona, aunque solo puede cobrarlo una vez. Considera también que, cuando la jurisprudencia, y en

Esta segunda sentencia cuenta con el voto particular de uno de los magistrados que considera, a nuestro juicio con buen criterio, que el artículo 42 ET regula un supuesto de responsabilidad solidaria propia por mandato legal incluido en las reglas generales del Código Civil, por lo que no cabe excepcionar la aplicación del artículo 1974 CC. Considera, asimismo, que la responsabilidad solidaria de la empresa principal se genera de forma automática y por mandato legal directo tras el impago del salario por parte de la contratista, sin que se tenga que individualizar el diferente grado de participación y responsabilidad de la empresa principal y la contratista. Todo ello, a diferencia de la solidaridad impropia, que dimana 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.

Para concluir con el apartado 3, queremos indicar que las sentencias transcritas a lo largo de este apartado evidencian la confusión que existe en la jurisprudencia a la hora de definir qué es la solidaridad impropia: ¿la que no nace de la ley o del contrato?, ¿la que, incluso naciendo de la ley, surge entre plurales causantes de un daño cuando no se pueden discriminar grados de responsabilidad?, ¿la que surge como consecuencia de una responsabilidad directa?, ¿la que deriva de diferentes actos ilícitos o de distintos negocios jurídicos o preceptos legales?, ¿todas ellas o solo algunas?

ocasiones la ley, aluden a la solidaridad probablemente solo quieran decir lo anterior, pero sin que sea aplicable todo el régimen de las obligaciones solidarias.

Este autor indica que los supuestos en los que surge la reparación de un mismo daño pueden ser: **i)** que todos hayan causado simultáneamente el daño, por la contribución en una misma acción o por una concurrencia de causas; o bien **ii)** que unos hayan causado el daño y otros deban responder de los primeros, ya en virtud de una norma (artículos 1903 y 1596 CC), ya en virtud de un pacto (seguro de responsabilidad civil). Disponible en:

<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf> [Consulta: 8 diciembre 2020].

También, ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del artículo 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Comentario a la doctrina contenida en SSTs de 16 de enero y 20 de mayo de 2015 (RJ\2015, 277, 2256), seguidas de las SSTs de 17 de septiembre de 2015 (RJ\2015, 4004, 4005, 4006)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 11 (2015) (BIB 2015\167262), pp. 5-6. Esta autora considera que lo que diferencia a la solidaridad propia de la impropia no es el que esta última sea una solidaridad *ex post facto*, sino que se trata de dos figuras diferentes, cuya diferencia se encuentra en el origen y los efectos de una y otra. En cuanto a su origen, considera que el de la obligación solidaria está en el convenio entre deudores y su acreedor, no en la ley; mientras que el origen de la solidaridad impropia se encuentra en un hecho que causa daño a otro «bien por causación común del daño por parte de los distintos obligados “in solidum”, o bien por concurrencia como responsables del autor material con la persona que responde por hecho de otro (artículo 1903 CC o artículo 76 LCS)». En cuanto a los efectos, considera que difieren porque en la obligación solidaria «hay subyacente cierta idea de legitimación mutua entre los deudores para hacer frente al pago y a los requerimientos del acreedor, idea que no puede concurrir [...] en el caso de la obligación “in solidum”».

4. EL PROBLEMA DE QUE PUEDA QUEDAR A LA VOLUNTAD DEL PERJUDICADO POR EL DAÑO LA EVENTUAL ACCIÓN DE REPETICIÓN ENTRE LOS CAUSANTES DE ESTE

El problema que plantea la solidaridad impropia y que analizamos en el presente apartado queda reflejado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (1ª) 28 mayo 2019 (JUR\2019\202851), cuyos hechos son los siguientes: en un proceso previo instado por una comunidad de propietarios contra la promotora de la obra por vicios constructivos derivados de la LOE, esta última llama a la intervención provocada a otros tres agentes de la edificación frente a los cuales la comunidad actora no amplía su demanda. En sentencia firme se condena a la promotora y se concluye que no se puede declarar la responsabilidad de los tres agentes llamados a la intervención por haber prescrito la acción de la comunidad frente a ellos, pues la interrupción de la prescripción efectuada en su día contra la promotora careció de eficacia interruptora frente a dichos tres agentes.

Instada por la promotora la acción de repetición contra los tres citados agentes, esta acción es estimada en primera instancia. Apelada la sentencia por los agentes, la Audiencia Provincial de Valladolid, en cambio, estima el recurso y revoca la sentencia. Y afirma lo siguiente:

«... las declaraciones de inexistencia de responsabilidad de los tres agentes constituyen declaraciones que no pueden ser ya discutidas en el presente procedimiento, por lo que debe desestimarse la acción de reembolso o regreso ejercitada por una persona contra otras supuestamente unidas con aquél por los vínculos propios de los obligados solidarios, pues en relación con los tres agentes no existen tales vínculos, ni responsabilidad de aquéllos en los vicios constructivos objeto de autos, como consecuencia del pronunciamiento judicial firme de inexistencia de responsabilidad de los tres mencionados respecto de los defectos constructivos objeto de autos...».

En definitiva, la sentencia referida, en esencia viene a determinar que las declaraciones efectuadas en un proceso previo sobre la inexistencia de responsabilidad de los agentes llamados a la intervención provocada —y fundadas en la prescripción de la acción del perjudicado frente a ellos— producen eficacia de cosa juzgada y ya no pueden ser discutidas en un posterior proceso de repetición instado por el *solvens* contra ellos.

El criterio de esta reciente sentencia resulta gravemente perjudicial para el agente frente a quien se interrumpió la prescripción, indemnizó la totalidad del daño y que se ve imposibilitado de reclamar en repetición la parte abonada en exceso de su cuota contra quien quizás fue el responsable único o máximo responsable de los vicios constructivos. Y ello, por unas circunstancias totalmente ajenas a su voluntad, como son que el perjudicado por el daño no haya querido interrumpir la prescripción frente a los restantes agentes, así como que por un criterio jurisprudencial —que no tiene amparo legal— la interrupción de la prescripción frente a él no se expanda a los restantes agentes.

Este es, a nuestro juicio, un grave problema que plantean la solidaridad impropia y el efecto que el Tribunal Supremo le ha anudado: la no expansión de la interrupción de la prescripción. En su día, antes de que recayera esta sentencia, ya advertimos, en un

trabajo anterior²⁵, del problema que podía producir la solidaridad impropia y que hoy por hoy no tiene solución clara en nuestro derecho, ni legal ni jurisprudencial —a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el italiano (artículo 1310 del Código Civil italiano), el portugués (artículo 521 del Código Civil portugués) o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (artículo 10:110 PECL), que contienen previsiones expresas para dar solución a esta cuestión—. Para este problema, en el citado texto, también ofrecemos soluciones interpretativas *de lege lata* apoyadas, entre otras, en el artículo 1146 de nuestro Código Civil, en principios de justicia y equidad y en los PECL.

En concreto, el artículo 1146 CC ha de interpretarse de manera amplia, en el sentido de que no solo la quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecta a un deudor solidario no le libera de su responsabilidad para con los restantes codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos, sino que ese mismo criterio ha de ser aplicado también a otros supuestos como, por ejemplo, la renuncia a la solidaridad por el acreedor frente a uno de los deudores²⁶ y también, por qué no, al caso que estamos tratando: que la acción del perjudicado por el daño haya prescrito frente a alguno de los responsables de este. Porque como señalaba DEMOLOMBE²⁷:

«... el ejercicio del derecho de repetición no puede quedar a la voluntad o al capricho del acreedor, ya que lo que este último no puede hacer de manera expresa (condonar o reducir la deuda de uno y reclamar el total al resto de los deudores), tampoco puede hacerlo de manera tácita (no demandando a todos o desistiendo frente a unos de demandas ya interpuestas)».

Por otra parte, *de lege ferenda* también propusimos, en el mismo texto, la introducción de un precepto similar al artículo 521 del Código Civil portugués o 10:110 PECL, que disponga que la prescripción de la acción del acreedor para reclamar el cumplimiento frente a un deudor solidario (declarada judicialmente o no dicha prescripción) no afecte al derecho de repetición entre los deudores solidarios.

En definitiva, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 28 de mayo de 2019 ha venido a validar la necesidad de nuestras propuestas para evitar que se sigan produciendo sentencias en el mismo sentido.

5. EL PROBLEMA QUE ORIGINA LA SOLIDARIDAD IMPROPIA EN LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS EN LA EVENTUAL ACCIÓN DE REPETICIÓN

Seguidamente, analizamos las incoherencias y contradicciones que —en una eventual acción de repetición— plantea la distribución desigual de responsabilidad entre los codeudores solidarios cuando la solidaridad impropia es considerada tal por ser subsidiaria y no principal.

²⁵ BLANCO MARTÍN, Pilar, «Análisis de la interrupción de la prescripción en la solidaridad impropia y su efecto en la eventual acción de repetición». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 9/2018 (BIB 2018\12319), pp. 25-56.

²⁶ Así lo declara la STS (1ª) 10 julio 1990 (RJ\1990\5791).

²⁷ DEMOLOMBE, Charles, *Op. cit.*, p. 242.

La acción de repetición, en los supuestos de solidaridad propia, sea esta de origen legal o convencional, va dirigida a conseguir dos objetivos: i) determinar la cuota que corresponde pagar a cada codeudor en la relación interna (para el caso de que dicha cuota no esté determinada con carácter previo), presumiéndose la división en partes iguales si no se puede determinar dicha cuota (art. 1138 CC), y ii) condenar a los codeudores a abonar al *solvens* la parte que a cada uno corresponda en la deuda. Lo anterior se ha considerado también aplicable a los supuestos de solidaridad impropia, estando conforme con ello —prácticamente sin fisuras— tanto la doctrina como la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo ha reiterado en multitud de sentencias que la condena solidaria a los plurales causantes de un daño que hubieran sido demandados —en los casos en los que no se pueda discernir la causa de los daños o no sea posible atribuir cuotas de responsabilidad a los distintos demandados— no impide que, entre estos, en un proceso posterior, puedan concretar sus respectivas responsabilidades e incluso su exención; ya que ni en su momento hubo litisconsorcio pasivo necesario ni, posteriormente, la sentencia que se dicte produce cosa juzgada en la relación interna de dichos sujetos. Este criterio se ha mantenido en innumerables sentencias, especialmente en aquellas en las que se dilucidaba la responsabilidad de los agentes de la edificación por vicios constructivos. Refrendan lo expuesto las sentencias del Tribunal Supremo (1ª) 22 septiembre 1994 (RJ\1994\6982); 6 octubre 1992 (RJ\1992\7527); 9 junio 1989 (RJ\1989\4417); 19 junio 1989 (RJ\1989\4697); y 8 mayo 1991 (RJ\1991\3585), entre otras muchas.

Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido inalterable tanto ante supuestos de solidaridad propia como impropia. Sin embargo, la solidaridad impropia, tal y como he hecho notar, tiene (en la mayoría de los casos) como premisa de su nacimiento el que no sea posible determinar la causa del daño o individualizar las respectivas responsabilidades de los causantes de este; así lo señala la STS (1ª) 14 marzo 2003 (RJ\2003\3645) reseñada en el apartado 2 anterior.

Tal y como ya hemos indicado en el apartado 3.3, adicionalmente a lo señalado por la jurisprudencia, la LOE, en su artículo 17, apartados 2 y 3, vino a consagrar normativamente esta interpretación jurisprudencial en lo que respecta a la responsabilidad de los agentes de la edificación por vicios constructivos, al decir:

«2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder.

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 consecuencia, tanto la jurisprudencia como la Ley de Ordenación de la Edificación imponen la responsabilidad solidaria cuando no es posible individualizar la cuota de responsabilidad de los plurales causantes de un daño y, asimismo, está establecido por la propia jurisprudencia que a este tipo de responsabilidad solidaria —llámesele

impropia, *in solidum* o *ex post facto*— no le son de aplicación todas las reglas de las obligaciones solidarias, lo que lleva a replantearnos si en este ámbito de la solidaridad cabe que en la posterior acción de repetición se pueda intentar determinar la cuota que corresponde a cada deudor o, por el contrario, ha de aplicarse indefectiblemente la presunción prevista en el artículo 1138 CC de división de la deuda en partes iguales. Cuestión, esta, de la que trataré en los siguientes subapartados.

5.1. Análisis de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007

Existe una única sentencia, la STS (1ª) 13 de marzo 2007 (RJ\2007\1787), que ha venido a generar una fisura en lo que venía siendo doctrina consolidada del Tribunal Supremo. Y decimos una fisura —no una quiebra— porque la línea que establece esta sentencia no ha sido refrendada, al menos hasta el momento, por alguna otra posterior, por lo que no constituye jurisprudencia, sino que, por el contrario, se han dictado ya diversas sentencias posteriores que han regresado a la interpretación tradicional²⁸. La indicada sentencia, además de contar con un voto particular contrario al mayoritario, ha sido objeto de abundante crítica por parte de la doctrina.

El interés de esta sentencia estriba en ser la primera del Alto Tribunal —y hasta ahora única— que niega la posibilidad de discutir, en el ulterior proceso de repetición, una distribución de la indemnización distinta de la igualitaria entre los diversos responsables solidarios del daño cuando la razón de su condena solidaria en el proceso previo ha sido la de no poder individualizar sus respectivas responsabilidades. El fundamento de dicha negativa descansa en la eficacia de la cosa juzgada de la primera sentencia —la que decide la relación *ad extra* entre el perjudicado por el daño y los agentes de la edificación— respecto del subsiguiente proceso en el que se dilucida la relación *ad intra* entre esos agentes de la edificación condenados solidariamente. El supuesto de hecho de la sentencia es el que de manera sintética se indica a continuación.

La aseguradora de dos arquitectos indemniza al perjudicado por el daño con el abono del importe total de la condena solidaria que —en virtud de la acción decenal del artículo 1591 CC— había sido impuesta en un primer proceso a dichos arquitectos, así como a los dos aparejadores, la empresa constructora y a una empresa instaladora (participantes todos ellos en la misma obra constructiva); todos los cuales habían sido condenados solidariamente ante la imposibilidad de establecer las cuotas personales de responsabilidad en el evento ruinoso.

La aseguradora de los dos arquitectos, subrogándose en los derechos de sus asegurados, ejercita la acción de repetición contra los restantes codeudores solidarios condenados en el juicio anterior, con la pretensión de establecer cuotas de

²⁸ Ejemplo de ello lo encontramos en las SSTS (1ª) 26 junio 2008 (RJ\2008\3309); 5 mayo 2010 (RJ\2010\5025); 21 septiembre 2010 (RJ\2010\7134); 19 febrero 2016 (RJ\2016\938); 3 marzo 2016 (RJ\2016\804); 28 noviembre 2016 (RJ\2016\5740) y 2 febrero 2018 (RJ\2018\282), entre otras muchas.

responsabilidad según los porcentajes que pide, sin respetar el criterio de partes iguales que establece el artículo 1138 del Código Civil inherente a la condena previa. Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que fija cuotas de responsabilidad desiguales entre los diversos demandados, recurren en casación los aparejadores, principales perjudicados por dicha distribución desigual, en reclamación de cuotas igualitarias de acuerdo con el artículo 1138 CC. La sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso, casa la sentencia y determina que la deuda debe considerarse dividida en partes iguales; todo ello con un voto particular en contra.

En primer lugar, la sentencia destaca la doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad solidaria impropia, subrayando que no tiene carácter originario, sino sobrevenido, «*eventum litis*», esto es, que se establece entre los demandados cuando probada su participación y culpabilidad en la producción del resultado dañoso son incapaces de acreditar sus propias cuotas de responsabilidad, ya sea personal o por grupos, y como consecuencia del fracaso probatorio el órgano jurisdiccional determina la existencia de la solidaridad; doctrina jurisprudencial esta que ha sido acogida en la LOE.

Indica, asimismo, que los condenados solidariamente entre sí no pueden emprender un nuevo pleito entre ellos para determinar sus cuotas respectivas, ya que esta cuestión quedó ventilada en el pleito anterior y, precisamente, por no poder efectuar esa determinación, se estableció la solidaridad. Lo contrario supondría una revisión encubierta de la cosa juzgada. Y señala:

«... una reflexión, a pié del asunto a decidir, pone de manifiesto que la individualización posible de las cuotas, rompe el concepto de solidaridad sobrevenida en el curso del pleito donde surgió, a causa de la imposibilidad de probar el alcance de las cuotas respectivas, fuera por imposibilidad objetiva, fuera por dejación o negligencia de los demandados, que no excepcionaron ni probaron con la convicción requerida para demostrar la cuantía o porcentaje de la cuota y, con ello, excluir, la condena solidaria. En puridad el establecimiento de cuotas en este pleito significaría que no tenía razón de ser la condena solidaria recaída con anterioridad». [...].

«El objeto del presente proceso concurre con el tema decidido por el anterior, en cuanto ambos tienen como cometido común la fijación de las cuotas de responsabilidad en el hecho ruinógeno, aunque difieran en el resultado, y los litigantes de los dos procesos coinciden igualmente, no obstante, que algunos no estén (la primitiva actora) y otros actúen por persona subrogada en sus derechos, ocupando, desde luego, distintas posiciones procesales, pero sin que lo uno, ni lo otro altere los elementos de comparación de la cosa juzgada».

Contra el voto de la mayoría se alza el voto particular del magistrado Salas Carceller y la opinión de un importante sector de la doctrina, como veremos a continuación.

5.2. Opiniones contrarias a la sentencia

Como decimos, el magistrado Salas Carceller formuló un voto particular contrario a la sentencia del Tribunal Supremo (1ª) de 13 de marzo de 2007 por considerar que se debió desestimar el recurso de casación por no existir infracción de la cosa juzgada.

Señala que no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1252 del Código Civil (aplicable al caso por razones temporales), por no darse las tres identidades exigidas: identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. Estima que esta discusión (la que origina la acción de repetición) en nada afecta a quien fue parte actora en el anterior proceso ni posibilita el dictado de una sentencia que sea contradictoria con la anterior. Y señala que ahora se discute sobre un objeto procesal distinto entre partes distintas a las que lo fueron en aquel proceso, ya que entre los allí demandados no existió relación jurídico-procesal alguna que pudiera ahora ser reiterada reproduciendo un proceso ya ventilado. A la opinión de este magistrado se une un importante sector de la doctrina²⁹.

A este respecto, GÓMEZ LIGÜERRE y GARNICA MARTÍN, coinciden en considerar que el hecho de que en el procedimiento previo (en el que se debatió el derecho de la víctima a ser indemnizada) no pudiera determinarse la cuota de responsabilidad de cada agente no implica que no existan medios para conseguir esa determinación en un segundo pleito, ya que esta cuestión no constituía el objeto del procedimiento previo, así como porque pudieron no estar presentes en el proceso todos los agentes responsables (debido al mecanismo de la solidaridad), por lo que no existía la posibilidad de probar la cuota de responsabilidad de todos ellos.

Consideran estos autores que no se revisa el objeto del primer pleito, sobre el que recae cosa juzgada, sino que lo que se revisa son las cuotas de responsabilidad entre los condenados, que no fue objeto de contradicción en el pleito en el que se discutía el derecho a una indemnización a favor de la víctima del daño. Esto es, la condena solidaria del primer pleito es el antecedente lógico del objeto del segundo, puesto que sin dicha condena solidaria no se trataría de la relación interna en el segundo. Sin embargo, no existe cosa juzgada porque no existe identidad de objeto entre los dos procedimientos, tal y como exige el artículo 222.4 LEC: no es idéntico el *petitum* ni tampoco la *causa petendi*³⁰.

²⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad». *InDret*. n.º 4/2007 (octubre 2007), pp. 10-14. GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, «Problemas derivados de la pluralidad de responsables». *XIII Jornadas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Zaragoza, 2008, pp. 26-27. Disponible en: <http://reicaz.org/agrupcol/comdecir/jornad13/pproblem.pdf> [Consulta: 8 diciembre 2020].

También en contra de la sentencia y a favor del voto particular se manifiestan BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Cuestiones de responsabilidad civil en la edificación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 51-61; NASARRE AZNAR, Sergio, «Comentario a la sentencia de 18 de junio de 2010». *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n.º 86/2011 (2011) (BIB 2011, 856), II.b.c); y SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «Las acciones de regreso y subrogatoria en reclamaciones de responsabilidad civil». En *Responsabilidad civil y seguro cuestiones actuales*, de Herrador Guardia M.J. (Dir.). Madrid: Lefebvre El Derecho, 2018, pp. 211-212.

³⁰ GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *Op. cit.*, p. 27, señala que para que actúe la cosa juzgada entre dos procesos se exigen las tres identidades: de solicitudes, de partes y de causas de pedir, sin que se produzcan estas identidades porque son distintas la acción de regreso y la acción de responsabilidad; es decir, se confunden los efectos de la cosa juzgada con los efectos reflejos de la sentencia como hecho jurídico.

Por su parte, GARNICA MARTÍN³¹ identifica la raíz del problema, que reside en uno de los principales fundamentos de la solidaridad impropia —según la jurisprudencia—, como es: la imposibilidad de individualizar la cuota de responsabilidad imputable a cada plural causante de un daño. De manera que la responsabilidad es personal e individual y solo cuando no se puedan fijar cuotas de responsabilidad a cada uno de los corresponsables del daño la condena será solidaria. Sin embargo, según este autor, esta regla no resulta efectiva o no se cumple como debiera por el abuso en el que se incurre en la imposición de condenas solidarias³²:

«... sea porque ello [*la fijación de cuotas*] se percibe como un esfuerzo muy complejo e innecesario, sea porque el hacerlo puede llegar a suponer una agresión contra el principio de protección a la víctima y contra los derechos de los propios corresponsables, a los que su posición de codemandados no permite discutir adecuadamente esa cuestión en el proceso».

Ambos autores coinciden en señalar que la doctrina que emana de la sentencia del Tribunal Supremo va a causar graves perjuicios porque los condenados solidariamente en el procedimiento instado por la víctima no habrán podido debatir y confrontar debidamente en dicho procedimiento su relación interna: las cuotas de responsabilidad de cada uno de ellos y la responsabilidad de alguno de los eventuales corresponsables absueltos. Con lo cual, tras esta sentencia del Tribunal Supremo tampoco lo podrán hacer en un procedimiento posterior, como es el de repetición.

5.3. Evolución jurisprudencial tras la citada sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007

Decisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, posteriores a la STS de 13 de marzo de 2007, han regresado a la doctrina tradicional, conforme a la cual sí que es posible discutir la distribución de responsabilidades en la relación interna en un pleito posterior a aquel en el que resultaron condenados solidariamente varios agentes de la edificación. Ejemplos de ello los encontramos en las sentencias que se indican a continuación: SSTS (1ª) 26 junio 2008 (RJ\2008\3309), 3 marzo 2016 (RJ\2016\804), 19 febrero 2016 (RJ\2016\938), 28 noviembre 2016 (RJ\2016\5740) y 2 febrero 2018 (RJ\2018\282). Todas ellas vienen a reconocer que no existe cosa juzgada entre ambos procesos (el previo o indemnizatorio y el posterior de repetición) que impida efectuar

³¹ *Ibidem*, pp. 26-27. Señala este autor que la sentencia es contraria a una reiterada doctrina jurisprudencial y resulta profundamente equivocada, así como que conculca gravemente los derechos constitucionales de los condenados solidarios porque la doctrina que emana de la sentencia les niega, entre otras cosas, que puedan cuestionar el pronunciamiento absolutorio de otro codemandado.

³² *Ibidem*, pp. 7 y 26-27.

También denuncian el abuso que se efectúa de las condenas solidarias, entre otros, SEIJAS QUINTANA, José Antonio, «Acciones, solidaridad y prescripción en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación». *Jueces para la democracia* n.º 47, (2003), p. 71 y ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *Op. cit.*, p. 363.

Sin embargo, en contra de esta opinión parece decantarse CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación». *Anuario de Derecho Civil* 53, n.º 2 (abril-junio 2000), p. 464.

una distribución de cuotas entre los condenados solidariamente distinta de la igualitaria. La última de las sentencias reseñadas, además, viene a reconocer que el promotor cuando resulta condenado solidariamente como garante incondicional de la obra pueda —en la relación interna— recobrar de su codeudor solidario la totalidad de lo pagado al perjudicado por el daño, por entender que el objeto procesal de uno y otro pleito son distintos, como son distintas también las partes de ambos pleitos; sin que exista relación jurídica-procesal alguna que pueda ser reiterada reproduciendo un proceso ya ventilado.

5.4. Consideraciones sobre los problemas que plantea la distribución desigual de cuotas de responsabilidad en el procedimiento de repetición

Frente a la opinión mayoritaria de la jurisprudencia y de la doctrina en esta materia, conviene advertir que la eficacia de la cosa juzgada material que produce la sentencia del primer litigio (previo al de repetición) no es la que se predica del efecto negativo de dicha cosa juzgada, porque es claro que faltan las tres identidades que este efecto exige que concurren. No existe ni la identidad de objeto ni la identidad de causa de pedir. Los objetos de uno y otro pleito son distintos. En aquel en el que se ejercita la acción resarcitoria, el demandante es el perjudicado por el daño y reclama a quienes considera responsables de este que le indemnicen por el daño sufrido. En la acción de repetición, en cambio, el condenado o uno de los condenados solidariamente en el procedimiento anterior y que ha indemnizado al perjudicado, es decir, el *solvens*, demanda a los restantes responsables del daño para que le reintegren lo pagado en exceso de su cuota, esto es, la parte que a cada uno de ellos corresponde en la deuda. De esta manera, las pretensiones que se ejercitan en uno y otro procedimiento y el fundamento o causa de pedir de las mismas son diferentes, no hay semejanza real que pueda producir contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende.

Por tanto, el único efecto que puede producir la cosa juzgada material de la sentencia dictada en el proceso indemnizatorio sobre el proceso de repetición es el efecto positivo o prejudicial, para lo cual se exige a) la *identidad subjetiva* en ambos procesos, cualesquiera que sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, y b) que lo que se haya decidido en el primero constituya un *antecedente lógico* de lo que sea objeto del posterior. Seguidamente analizamos ambas exigencias:

- a) *Identidad subjetiva*. La identidad subjetiva se cumple porque la acción de repetición se dirige por parte de uno de los condenados solidarios en el primer pleito contra los restantes codeudores solidarios condenados igualmente en el pleito precedente; siendo irrelevante que en este segundo pleito las partes no mantengan la misma posición o postura procesal (demandante y demandado) o no intervengan todos los litigantes que lo hicieron en el primero ni que en segundo proceso

intervengan menos o más personas³³. Así lo señalan las SSTS (1ª) 5 octubre 1983 (RJ\1983\5229), 25 febrero 1984 (RJ\1984\811), 28 febrero 2006 (RJ\2006\1565), 13 marzo 2007 (RJ\2007\1787); la STS (4ª) 5 mayo 1981 (RJ\1981\2062); y la SAP de Valencia (11ª) 16 mayo 2002 (JUR\2002\231467).

En definitiva, sí que existe identidad de partes cuando todos los sujetos que son parte en el segundo de los pleitos estuvieron también constituidos como parte en el proceso previo, aunque en distinta posición procesal (por ejemplo, en el primer pleito todos como demandados y, en el posterior, uno como demandante y los demás como demandados) sin que en el segundo pleito intervenga quien fue demandante en el primero por resultar innecesario.

- b) *Antecedente lógico*. También se cumple el requisito de que lo decidido en el primer pleito constituya antecedente lógico del objeto del posterior³⁴, porque el objeto de la acción de repetición (el reintegro de lo pagado en exceso de la cuota del *solvens*) exige que los responsables del daño estén relacionados por vínculos de solidaridad. Al ser estos vínculos en muchos de los casos de naturaleza impropia o *ex post facto* (así sucede en los vicios de la construcción derivados del artículo 1591 CC y de la LOE, [salvo el promotor y los técnicos contratados conjuntamente]), para que nazca la solidaridad de los responsables del daño se exige que esta sea declarada judicialmente; y dicha declaración, a su vez, exige que no sea individualizable la respectiva cuota de responsabilidad de cada codemandado, por imponerlo así tanto la jurisprudencia como el propio artículo 17 LOE. Por esta razón, el fallo o parte dispositiva de la sentencia —la condena solidaria de los causantes del daño— tendrá como fundamento o *ratio decidendi* la imposibilidad de individualizar la responsabilidad³⁵. Por lo tanto, la condena solidaria y el fundamento de dicha

³³ Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 191-192; y GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 134-135.

Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Pamplona: Aranzadi, 2005, p. 182, señala que «... la cosa juzgada despliega su eficacia solo entre quienes hayan sido partes del proceso en que se produce la correspondiente sentencia. La vinculación negativa o positiva solo opera si las partes de los distintos procesos son las mismas (al menos parcialmente)». (El subrayado es mío).

³⁴ Sobre este requisito y para que se produzca el efecto positivo de la cosa juzgada material se pronuncian, entre otras muchas, las SSTS (1ª) 17 junio 2011 (RJ\2011\4640), 24 mayo 2012 (RJ\2012\6541), 30 noviembre 2015 (RJ\2015\5778), 30 mayo 2005 (RJ\2005\4246) y 13 octubre 2010 (RJ\2010\7451).

³⁵ STS (1ª) 30 diciembre 2013 (RJ\2013\8367): «Como esta Sala ha precisado, entre otras, en sentencia n.º 307/2010 de 25 mayo (RJ 2010, 3719) (Rc. 931/05), “el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000 (RJ 2007, 2817))”».

A su vez, Tapia Fernández, Isabel, *Op. cit.*, pp. 69-70 y 228-229, señala lo siguiente:

«Solo las alegaciones de hecho y de derecho (esos “hechos jurídicamente relevantes”) que identifican e individualizan la causa de pedir de la concreta pretensión de tutela que se solicita, pasan en autoridad de cosa juzgada, porque el Juez ha tenido que contemplarlas, examinarlas y resolverlas no incidenter tantum, a los meros efectos incidentales o de paso, sino como decisivos y determinantes de la resolución final. [...]».

condena solidaria —la imposibilidad de individualizar la responsabilidad de los demandados en el procedimiento resarcitorio— es el antecedente lógico de lo que constituye el objeto de la acción de repetición. Así, señala la STS (1ª) 1 octubre 2008 (RJ\2009\134) lo siguiente:

«... es función de los juzgadores de las instancias determinar las diversas responsabilidades plurales que pueden concurrir y, a ser posible, individualizarlas, y la condena solidaria se presenta como último remedio cuando no se ha podido determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de los que participaron en la causación del daño, [...].

En segundo lugar, la solidaridad impropia, que, a diferencia de la propia no tiene su origen en la Ley o en el pacto expreso o implícito, si bien responde a un fundamento de salvaguarda del interés social en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados, sin embargo exige para su aplicación -fijación en la resolución judicial-, no sólo la concurrencia de una pluralidad de agentes, sino además la indiscernibilidad en sus respectivas responsabilidades; esto es, que no sea factible, por el resultado de las actuaciones, la determinación individual y personal de las responsabilidades atribuibles a los agentes intervinientes. Por ello, cuando es posible la individualización -determinar la proporción o el grado en que cada uno de los agentes ha participado en la causación del daño- no cabe acordar la responsabilidad "in solidum" (STS 24 de mayo de 2004 [RJ 2004, 4033], y las que en ella se citan)».

En definitiva, la diferencia entre el efecto positivo y negativo de la cosa juzgada material se encuentra en que el efecto negativo impide volver a iniciar un nuevo pleito para juzgar la misma cuestión, aunque fuera para resolverla del mismo modo. Se considera que, una vez resuelta la cuestión, queda resuelta para siempre; de lo contrario, la sucesión de pleitos sería interminable, con un alto coste tanto económico como de recursos humanos de la Administración de Justicia y totalmente inútil. En cambio, en el efecto positivo no se impide la existencia de un nuevo pleito porque no va a ser idéntico al anterior, los objetos no van a ser coincidentes, sino que la sentencia del pleito anterior va a vincular al juez del segundo pleito, quien tendrá que partir de lo ya resuelto en el primer pleito para resolver el segundo.

De acuerdo con lo expuesto, a nuestro juicio, en los supuestos en los que han sido parte en el previo litigio (como demandados o como intervinientes) todos los posibles responsables del daño y resultan condenados solidariamente, todos o algunos de ellos, por imposibilidad de individualizar sus respectivas responsabilidades, en la posterior acción de repetición que ejercite el *solvens* contra los restantes codemandados no cabría una distribución de cuotas diferente de la igualitaria, precisamente por el efecto positivo de la cosa juzgada material que produce la sentencia del previo procedimiento

Y es que ese punto litigioso o cuestión que ya fue resuelto con anterioridad por sentencia firme y que "vincula" al Tribunal de los procesos posteriores, no se refiere sólo y exclusivamente al fallo o parte dispositiva de la sentencia, esto es, a la declaración judicial realizada sobre la petición del actor para admitirla o desestimarla; sino que, en coherencia con lo que hemos fijado como integrante de "lo juzgado", también van a producir este efecto positivo o vinculante aquellas declaraciones (consten o no en la parte dispositiva de la sentencia) que se refieren a elementos de la acción (fundamentos de la tutela jurídica que se solicita y que son determinantes del fallo) y a aquellas resoluciones sobre excepciones del demandado que son determinantes de su solicitud de absolución».

en el posterior de repetición. Esto se evidencia en mayor grado en la responsabilidad de los agentes de la edificación (artículo 17 LOE), puesto que ya no es criterio jurisprudencial, sino legal, el que determina e impone al juez que conoce de la acción indemnizatoria la obligación de individualizar la causa del daño y la cuota de responsabilidad de los agentes demandados. Solo en el caso de que esto no sea posible, de manera subsidiaria, la LOE impone la solidaridad. Y esta imposibilidad que origina la solidaridad constituye la *ratio decidendi* de la condena solidaria que produce eficacia de cosa juzgada en el posterior proceso de repetición³⁶.

No obstante, sí existen algunos supuestos en los que cabe proceder a una distribución desigual de cuotas de responsabilidad en la acción de repetición, porque la condena solidaria es principal, no *ex post facto* o derivada de la imposibilidad de determinar la causa del daño o el grado de responsabilidad de cada agente. Nos estamos refiriendo a aquellos casos en los que los condenados solidariamente lo han sido como garantes (por ejemplo, el promotor respecto de los demás agentes), o bien como responsables por hecho ajeno (el director de obra respecto del proyectista por defectos del proyecto; o el constructor respecto del subcontratista, suministradores, jefe de obra, dependientes, etc.), o bien por estar ligados por una solidaridad propia (los técnicos contratados conjuntamente); supuestos todos ellos en los que cabe repetir para recuperar una parte de lo pagado distinta de la igualitaria e, incluso, para reintegrarse de todo lo pagado.

En definitiva, todos los problemas expuestos derivan de una configuración de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación como una solidaridad *ex post facto*, de creación jurisprudencial, pero que ha cristalizado normativamente en la LOE y que la Propuesta de Modificación del Código Civil (artículo 1122 apartado 2 PMCC) pretende generalizar, por ley, a todos los supuestos de responsabilidad extracontractual. Dicha configuración, aunque intuitivamente parece más justa y equitativa al aplicar la responsabilidad mancomunada como principal, y la solidaria como subsidiaria cuando no se puede determinar la causa del daño o no es posible

³⁶ SEIJAS QUINTANA José Antonio. y SACRISTÁN REPRESA, Guillermo, «Responsabilidad civil, construcción y proceso» *Artículo Monográfico Sepín*, 2015, (SP/DOCT/19053), p. 42, consideran que la acción de repetición para intentar individualizar la responsabilidad entre los mismos demandados que ya han sido condenados solidariamente «—se entiende que por imposibilidad manifiesta de individualizar sus responsabilidades—, [...] de alguna manera supone replantear, alterando exclusivamente la parte actora, que en este segundo instante es uno de los condenados en el primer proceso, la misma cuestión al pretender individualizar lo que se declaró no individualizable en un proceso que deberá haber tenido todas las garantías, y con todos los medios de prueba al alcance de cada uno de los que habían intervenido».

A su vez, RIVAS VELASCO, María José, «Intervención Provocada de la Ley de Ordenación de la Edificación». *Revista Aranzadi Doctrinal* (BIB 2016\3262), n.º 7 (2016), p. 14, defiende que, si todos los responsables intervinieron en el primer proceso como demandados y se determinó su responsabilidad solidaria por imposibilidad de efectuar su individualización, concurriría la cosa juzgada puesto que no puede discutirse en un segundo pleito lo que no fue posible determinar en el primero.

individualizar la responsabilidad de cada agente, genera las incoherencias y contradicciones examinadas.

En nuestra opinión, constituye una contradicción que los tribunales, para aminorar los perniciosos efectos que pueda producir en la relación interna la doctrina de la solidaridad impropia o *ex post facto*, autoricen de forma generalizada que en el posterior proceso de repetición se permita debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes en el proceso constructivo que ya han sido condenados solidariamente.

Si lo que se pretende es que en el juicio de repetición quepa el citado debate sobre la distribución de las respectivas responsabilidades de manera extensiva para todos los agentes de la edificación, habría que modificar el artículo 17 LOE e imponer a todos los agentes una solidaridad propia o principal, tal y como hacen otros ordenamientos jurídicos extranjeros como el italiano, el alemán, el portugués o el argentino.

A pesar de que, a nuestro juicio, existe cosa juzgada material en su efecto positivo que impide efectuar una distribución de cuotas distinta de la igualitaria en una ulterior acción de repetición, lo cierto es que esa consecuencia puede producir tres efectos indeseables derivados de lo siguiente: 1) la imposibilidad de recurrir la absolución del codemandado³⁷, sin embargo, la posibilidad de que en el pleito de repetición quepa una posterior distribución de cuotas entre los condenados solidariamente en un proceso previo, no resuelve el problema respecto del codemandado absuelto; 2) la dificultad de una correcta defensa de los codemandados en el procedimiento resarcitorio instado por el perjudicado por el daño (la defensa de los codemandados frente a la acción indemnizatoria puede tener unas contenciones y frenos que dificultan su defensa y que no existen en la acción de repetición); y 3) la dificultad de individualizar responsabilidades en el proceso resarcitorio si no han sido demandados todos los posibles causantes del daño³⁸. En este último caso caben dos opciones:

- a) Imponer siempre la condena solidaria en el cien por cien a aquellos que en el procedimiento inicial tienen alguna responsabilidad en el daño cuando se estime que coinciden concausas con otros sujetos no demandados en el mismo. Esta opción evita posibles sentencias contradictorias, pero sí que ha de exigir que en la ulterior acción de repetición con los sujetos no demandados en el primer procedimiento se permita efectuar la correspondiente distribución de

³⁷ Está consagrado jurisprudencialmente que un demandado condenado no puede recurrir la sentencia para solicitar la condena de otro codemandado absuelto. Tampoco puede recurrir para exigir que al codemandado condenado se le impute una cuota superior de responsabilidad, sino que tan solo puede solicitar su propia absolución o la minoración de su propia condena. Así lo disponen, entre otras muchas, las SSTs (1ª) 27 marzo 2013 (RJ\2013\3154), 14 octubre 2013 (RJ\2013\7806), así como todas las que esta última cita.

³⁸ Este problema se ha mitigado en los casos de responsabilidad de los agentes de la edificación derivada de la LOE a través de la disposición adicional 7ª de dicha ley, que permite al demandado llamar al proceso, como interviniente provocado, a otros agentes de la edificación que no hubiesen sido demandados. Llamada al proceso que, sin embargo, no está prevista legalmente y con carácter general en los casos de responsabilidad extracontractual.

cuotas de responsabilidad. Este criterio es el seguido por la STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) 5 de octubre 1999 (RJ\1999\9742), según la cual:

«No hallándose presentes en el proceso todos los eventuales corresponsables, la concreción de la responsabilidad por cuotas pertenece y ha de quedar diferida a la relación interna entre ellos, que la Sentencia necesariamente ha de dejar imprejuizada».

- b) Individualizar las cuotas de los demandados, incluso si concurre en la producción del daño algún otro sujeto que no ha sido demandado, y permitir que el perjudicado dirija una futura acción contra el no demandado inicialmente. Esta solución resulta ser la adoptada en la STS (1ª) 17 junio 2002 (RJ\2002\5223). Ahora bien, esta solución, a su vez, plantea los siguientes problemas: i) la sentencia del primer litigio no debería hacer declaraciones de responsabilidad respecto de quien no es parte en el procedimiento, lo que no compatibiliza bien con esta solución; ii) la sentencia del primer litigio no puede surtir efecto de cosa juzgada frente a quien no fue parte en el mismo en virtud del derecho de defensa del artículo 24 CE; y iii) se pueden producir sentencias contradictorias si en el segundo pleito se absuelve al demandado que no fue parte en el primer pleito en el que se le consideró también causante del daño.

6. REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, la solidaridad impropia genera diversos problemas civiles y procesales, de los que en este artículo hemos destacado tres, que consideramos principales. De lo que antecede se pueden sintetizar las siguientes reflexiones más significativas.

En la actualidad no hay un criterio claro y definido que permita identificar cuándo nos encontramos ante un supuesto de solidaridad propia o impropia porque la jurisprudencia es vacilante a este respecto. Esta situación genera confusión e inseguridad jurídica, especialmente desde que el Tribunal Supremo decidió que en la solidaridad impropia la interrupción de la prescripción frente a uno de los deudores solidarios no se expande a los restantes codeudores.

Esta no expansión de la interrupción de la prescripción puede producir, y de hecho ya hay alguna sentencia que lo pone de manifiesto, dificultades en la relación interna de los deudores solidarios cuando la acción del perjudicado por el daño ha prescrito solo frente a alguno de los causantes de este.

Por otra parte, cuando la categoría de la solidaridad impropia se establece como un supuesto de responsabilidad subsidiaria frente a la responsabilidad mancomunada, que rige como principal, resulta contradictorio que, si no se ha podido determinar la cuota de responsabilidad de cada causante del daño en el primer proceso instado por el perjudicado por este, se pueda llegar a individualizar esta responsabilidad en un ulterior proceso: el de repetición³⁹. De hecho, a nuestro juicio, si eso se está

³⁹ A este respecto, GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, *Op. cit.*, p. 26, señala lo siguiente:

produciendo así no es sino por meras razones de justicia o de equidad, por considerar que hoy en día la posibilidad de hacerlo en el primer procedimiento es más aparente que real⁴⁰.

Los problemas expuestos son problemas abiertos —con importantes implicaciones prácticas— que exigen que el legislador regule la solidaridad de una manera completa y detallada. Aunque el artículo 1122, párrafo 2 del PMCC, determina que «Será solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas» y el artículo 1126 del mismo texto señala que «Las reclamaciones y notificaciones hechas a uno de los deudores no perjudican a los demás...», estos preceptos no resuelven los problemas que hemos analizado, que, reiteramos, deberían ser objeto de una regulación más detallada y completa, en la que se tengan en cuenta no solo las repercusiones civiles de la solidaridad, sino también las procesales.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del artículo 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Comentario a la doctrina contenida en SSTs de 16 de enero y 20 de mayo de 2015 (RJ\2015, 277, 2256), seguidas de las SSTs de 17 de septiembre de 2015 (RJ\2015, 4004, 4005, 4006)». En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 11 (2015) (BIB 2015\167262).

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, «Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008. Interrupción de la prescripción en la llamada solidaridad impropia». Vol. 2 de *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)* de Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.). Madrid: Dykinson, 2009 (2008).

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *VI Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Cáceres, 2006.*

<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf> [Consulta: 8 diciembre 2020].

«Nuestro Tribunal Supremo no ha tenido demasiadas objeciones para entrar en contradicción consigo mismo y ha admitido la posibilidad de que en el ulterior proceso sobre la distribución interna de las cuotas de responsabilidad se llegue a participaciones o cuotas distintas para cada responsable. [...].

... la conclusión que de ella cabe extraer es que el propio TS no se había terminado de creer la razón fundamental por la que sostiene que el fundamento de la solidaridad se encuentra en la imposibilidad de fijar concretar cuotas ideales de responsabilidad. Si así fuera efectivamente, la conclusión en este punto sería otra, y mucho menos razonable, que siempre que se condene solidariamente a varios coautores la cuota interna entre ellos se debe dividir por partes iguales, tal y como resulta de lo prevenido en el art. 1.138 CC».

⁴⁰ Así lo reconoce también MENDOZA ALONSO, Pamela A, *La obligación solidaria impropia*. Madrid: La Ley, 2015, p. 158.

AUBRY, Charles; ZACHARIÄ, Karl Salomo; y RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. Editado por Marchal et Billard, Vol. 4. Paris, 1869.

BLANCO MARTÍN, Pilar, *La responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Sus efectos en la prescripción, la intervención provocada y el derecho de repetición*, Dykinson, Madrid, 2021.

BLANCO MARTÍN, Pilar, «Análisis de la interrupción de la prescripción en la solidaridad impropia y su efecto en la eventual acción de repetición». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 9/2018 (BIB 2018\12319), pp. 25-56.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Cuestiones de responsabilidad civil en la edificación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación». *Anuario de Derecho Civil* 53, n.º 2 (abril-junio 2000).

COUSY, Herman & DROSHOUT, Dimitri, «Multiple Tortfeasors under Belgian Law» en *Unification of Tort Law: Multiple tortfeasors* de W.V. Horton Rogers (Ed.), The Hague: Kluwer Law International, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Pamplona: Aranzadi, 2005.

DEMOLOMBE, Charles, *Cours Code Napoleon xxvi. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en general*. Vol. 3. Paris: Imprimerie générale, 1875.

GARNICA MARTÍN, Juan Francisco, «Problemas derivados de la pluralidad de responsables». *XIII Jornadas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Zaragoza, 2008. Disponible en: <http://reicaz.org/agrupcol/comdecir/jornad13/pproblem.pdf> [Consulta: 8 diciembre 2020].

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad». *InDret*. n.º 4/2007 (octubre 2007).

GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MENDOZA ALONZO, Pamela A., *La obligación solidaria impropia*. Madrid: La Ley, 2015.

NASARRE AZNAR, Sergio, «Comentario a la sentencia de 18 de junio de 2010». *Revista Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* n.º 86/2011 (2011) (BIB 2011, 856).

RIVAS VELASCO, María José, «Intervención Provocada de la Ley de Ordenación de la Edificación». *Revista Aranzadi Doctrinal* (BIB 2016\3262), n.º 7 (2016).

SEIJAS QUINTANA, José Antonio y SACRISTÁN REPRESA, Guillermo, «Responsabilidad civil, construcción y proceso» *Artículo Monográfico Sepín*, 2015, (SP/DOCT/19053).

SEIJAS QUINTANA, José Antonio, «Acciones, solidaridad y prescripción en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación». *Jueces para la democracia* n.º 47, (2003).

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «Las acciones de regreso y subrogatoria en reclamaciones de responsabilidad civil». En *Responsabilidad civil y seguro cuestiones actuales*, de Herrador Guardia M.J. (Dir.). Madrid: Lefebvre El Derecho, 2018.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010.

JURISPRUDENCIA

A) *Tribunal Supremo*

- STS (1ª) 2 marzo 1915
- STS (1ª) 25 marzo 1957 (ROJ: STS 88/1957)
- STS (4ª) 5 de mayo 1981 (RJ\1981\2062)
- STS (1ª) 5 de octubre de 1983 (RJ\1983\5229)
- STS (1ª) 25 febrero 1984 (RJ\1984\811)
- STS (1ª) 9 junio 1989 (RJ\1989\4417)
- STS (1ª) 19 junio 1989 (RJ\1989\4697)
- STS (1ª) 10 julio 1990 (RJ\1990\5791)
- STS (1ª) 8 mayo 1991 (RJ\1991\3585)
- STS (1ª) 6 octubre 1992 (RJ\1992\7527)
- STS (1ª) 22 septiembre 1994 (RJ\1994\6982)
- STS (1ª) 17 junio 2002 (RJ\2002\5223)
- STS (1ª) 14 marzo 2003 (RJ\2003\3645)
- STS (1ª) 30 mayo 2005 (RJ\2005\4246)
- STS (1ª) 5 junio 2003 (ROJ: STS 3880/2003)
- STS (1ª) 28 febrero 2006 (RJ\2006\1565)
- STS (1ª) 17 marzo 2006 (ROJ: STS 1569/2006)
- STS (1ª) 27 junio 2006 (ROJ: STS 3933/2006)
- STS (1ª) 13 de marzo 2007 (RJ\2007\1787)
- STS (1ª) 4 junio 2007 (ROJ: STS 4242/2007)
- STS (1ª) 13 junio 2007 (RJ\2007\3509)
- STS (1ª) 9 octubre 2007 (ROJ: STS 6172/2007)
- STS (1ª) 19 octubre 2007 (RJ\2007\8257)
- STS (1ª) 5 noviembre 2007 (RJ\2007\8100)
- STS (1ª) 26 junio 2008 (RJ\2008\3309)
- STS (1ª) 1 octubre 2008 (RJ\2009\134)
- STS (Pleno) 16 diciembre 2008 (RJ\2008\6983)
- STS (1ª) 5 mayo 2010 (RJ\2010\5025)
- STS (1ª) 1 junio 2010 (RJ\2010\2659)
- STS (1ª) 21 septiembre 2010 (RJ\2010\7134)
- STS (1ª) 13 octubre 2010 (RJ\2010\7451)
- STS (1ª) 17 junio 2011 (RJ\2011\4640)
- STS (1ª) 18 julio 2011 (RJ\2011\6123)

- STS (1ª) 24 mayo 2012 (RJ\2012\6541)
- STS (1ª) 27 marzo 2013 (RJ\2013\3154)
- STS (1ª) 14 octubre 2013 (RJ\2013\7806)
- STS (1ª) 30 diciembre 2013 (RJ\2013\8367)
- STS (Pleno) 16 enero 2014 (RJ\2015\277)
- STS (1ª) 25 febrero 2014 (RJ\2014\1155)
- STS (Pleno) 20 de mayo de 2014 (RJ\2015\2256)
- STS (4ª) 3 de junio 2014 (RJ\2014\4220)
- STS (1ª) 17 de septiembre de 2015 (RJ\4004)
- STS (1ª) 30 noviembre 2015 (RJ\2015\5778)
- STS (1ª) 8 febrero 2016 (RJ\2016\235)
- STS (1ª) 19 febrero 2016 (RJ\2016\938)
- STS (1ª) 3 marzo 2016 (RJ\2016\804)
- STS (1ª) 28 noviembre 2016 (RJ\2016\5740)
- STS (1ª) 27 de junio de 2017 (RJ\2017\3197)
- STS (Pleno) 15 septiembre 2017 (RJ\2017\3893)
- STS (4ª) 5 de diciembre 2017 (RJ\2017\6001)
- STS (1ª) 2 febrero 2018 (RJ\2018\282)
- STS (1ª) 15 febrero 2018 (RJ\2018\570)
- STS (1ª) 14 marzo 2019 (RJ 2019\940)

B) Tribunal Superior de Justicia de Navarra

- STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) 5 de octubre 1999 (RJ\1999\9742)

B) Audiencias Provinciales

- SAP Valladolid (1ª) 28 mayo 2019 (JUR\2019\202851)
- SAP de Valencia (11ª) 16 mayo 2002 (JUR\2002\231467)

Fecha de recepción: 17.12.2020

Fecha de aceptación: 19.05.2021