

El derecho de regreso y la insolvencia de algún fiador en la cofianza

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA.—2. EL RECURSO A LA SOLIDARIDAD PASIVA.—3. LOS ARGUMENTOS DE GUILARTE ZAPATERO.—4. NUESTRO PENSAMIENTO.

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Ni el artículo 2.033 del *Code Napoléon*, ni el artículo 1.920 del *Código* italiano de 1865, al disponer que el cofiador que satisface la totalidad del débito garantizado puede repetir de los otros garantes la porción que les concierna, contienen previsión alguna respecto a lo que sucederá, caso de que alguno de esos cogarantes requeridos de reembolso no esté en condiciones patrimoniales de sufragar su parte. En realidad, rigurosamente, no hace falta una prescripción de esa clase, al estar establecido en ambos ordenamientos legales la solidaridad *ope legis* entre los cofiadores y al ser pauta normal y diferenciadora en la solidaridad pasiva que los efectos de la insolvencia de uno de los deudores se hace recaer entre los solventes, al objeto de que el acreedor quede indemne. Con todo, el vigente Código Civil italiano de 1942 no ha considerado irrelevante el señalamiento, y en el inciso final de su artículo 1.954 establece que «si uno de éstos (los cofiadores) es insolvente, se observa la disposición del segundo apartado del artículo 1.299» (la que dispone que si uno de los deudores solidarios es insolvente, «la pérdida se distribuye por contribución entre los otros codeudores, incluido aquel que ha hecho el pago»).

Entre nosotros, el Proyecto de 1851, después de consignar en su artículo 1.750 la vinculación solidaria de los varios fiadores conjuntos, reconociéndoles, empero, el beneficio de división, caso de ser «reconvenidos para el pago del todo», y de sancionar en el artículo 1.751 que cuando esto último ocurra, el fiador acogido al beneficio divisorio «responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores», concluye coherentemente en

el artículo 1.758 estableciendo que cuando uno de los fiadores haya pagado el entero de la deuda y ejercite el derecho de regreso contra los restantes por lo que les corresponda, «si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recae sobre todos en la misma proporción».

De esta suerte el conjunto resulta armónico: solidaridad entre los cofiadores, beneficio de división reconocido a los mismos, derecho de reintegro de aquel que pague y asunción proporcional por los solventes de la cuota del insolvente. Aunque con el ligero chirrido del juego de la división facultativa de la deuda en la esfera de la solidaridad pasiva, que no alcanza, empero, a desnaturalizarla o a afectar seriamente su estructura, el conjunto de las relaciones entre los cofiadores se mantiene coherente y con el grado preciso de ordenación consecuente. En relación al último extremo, el de la asunción por los fiadores solventes de la parte del insolvente, GARCÍA GOYENA dice que la había añadido «para mayor claridad, pues aunque no se expresa en ninguno de los Códigos modernos, está, a no dudar, en el espíritu de todos ellos por la misma razón del artículo 1.751» (1).

En el Código Civil, textualmente al menos, el edificio ya no resulta tan armonioso. En efecto, su artículo 1.837 parece (creemos haber demostrado que no es así) establecer la vinculación meramente mancomunada de los varios fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda», reconociéndoles, empero, un sedicente beneficio de división (primera paradoja) y sin mencionar qué ocurrirá, caso de ejercicio del mismo, si alguno de los cofiadores resulta insolvente (segunda paradoja). A su vez, el artículo 1.844 contempla la situación de que uno de los garantes haya satisfecho la totalidad de la deuda, reconociéndole derecho a reintegrarse de los demás (tercera paradoja), y el mismo precepto, ahora sí, contempla que si alguno de los fiadores resulta insolvente, su parte la asumen los solventes (cuarta paradoja).

En realidad, si nos atuviésemos a escueta literalidad de las normas (cosa que hace la mayor parte de la doctrina española), el conjunto no puede resultar más extravagante y caótico. Unos fiadores conjuntos que asumen *pro parte* el cumplimiento de la obligación garantizada, contrariando la sustancia, razón y finalidad mismas de la fianza plural y propiciando la increíble situación, advertida con justeza por DELGADO ECHEVERRÍA, de que puede darse el caso de que mientras siendo solvente el único fiador, el acreedor cobraría íntegramente de él, «la presencia, junto al solvente, de otros fiadores puede perjudicarle, ya que la parte del insolvente no habrán de cubrirla los demás» (2). Peculiar manera de reforzar la garantía del acreedor que la cofianza, *ex natura*, persigue.

(1) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Zaragoza, 1974, págs. 915-916.

(2) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, pág. 538.

Unos fiadores que, a pesar de su vinculación meramente mancomunada, pueden esgrimir el clásico recurso defensivo latino del beneficio de división cuando el acreedor les reclame el todo, sin advertirse de manera suficiente cómo cabe semejante reclamación integral si los garantes lo son *pro quota* y qué necesidad existe de reconocer, otorgar y acogerse al beneficio divisorio cuando la obligación garantizada mediante la cofianza ya estaría distribuida *ex lege* entre los varios garantes.

Unos fiadores que, en el supuesto de que esgrimieren el beneficio de división, no conocerían la aplicación entre ellos del criterio básico de que la insolvencia de alguno debe cubrirse por los solventes, contrariando el origen mismo del beneficio divisorio, que sólo encaja adecuadamente en el marco de la afección solidaria de los cofiadores, y pugnando con su intrínseca finalidad de favorecer, como adverbía CAMPOGRANDE, a los cofiadores, pero sin que ello suponga daño para el acreedor garantizado (3).

Unos fiadores que, pese a todo lo anterior, resulta que sí pueden ser demandados por el todo, habida cuenta que el artículo 1.844 del Código Civil contempla la doble circunstancia, propiciadora de esa conclusión, de que alguno de ellos haya satisfecho la totalidad de la deuda y de que dicho pago se haya hecho «en virtud de demanda judicial»; algo que difícilmente puede encajar fuera del estricto campo de la solidaridad, excluida *a priori*, según se pretende, en la formulación principista de la cofianza.

Unos fiadores, en fin, que en el supuesto recién considerado de pago total singularizado, «si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción». Con lo que tendríamos que cuando la insolvencia de alguno de los cogarantes se aprecie a propósito de su acogimiento al beneficio de división, los solventes no resultarán afectados y su negativa incidencia la sufrirá el acreedor, mientras que si la misma insolvencia se presenta a la hora en el que fiador que pagó actúa en regreso contra sus compañeros, entonces será tomada en consideración y el *solvens* quedará indemne.

Y todo ello dentro de una misma y sola figura jurídica, la de la cofianza, teóricamente orientada a aumentar la garantía del acreedor y a generar alguna suerte de mayor conjunción de los varios fiadores que la que proporciona la simple yuxtaposición de fianzas individuales (¿para qué ocurrir a la fianza conjunta si la misma no va más allá de la pluralidad de fianzas?). Con el agravante, incluso, de que estando pensada la fianza para beneficio del acreedor y sacrificio del fiador, resulta que éste acabaría siendo tratado, en definitiva, de mejor manera que aquél, ya que la insolvencia de alguno de los cofiadores repercutiría negativamente en el garantizado, mientras no lo haría

(3) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, pág. 428.

en aquel de los garantes que hubiese procedido a satisfacer la totalidad de la deuda. Cuestión tan peregrina y anómala que, creemos, por sí sola es suficiente para poner en entredicho la formulación dogmática que de la cofianza hace la mayoría de los civilistas españoles.

2. EL RECURSO A LA SOLIDARIDAD PASIVA

Por nuestra parte, hemos tratado de demostrar a lo largo de diversos trabajos lo impropio de una construcción como la apuntada y lo natural y exigible que resulta la defensa de la cofianza en nuestro sistema civil como un mecanismo de afección solidaria entre sí de los varios fiadores. Toda cofianza supone pluralidad de fiadores, pero la mera pluralidad de fiadores no supone cofianza; la variedad de garantes personales es condición necesaria, pero no condición suficiente para conformar la genuina cofianza. De otra suerte, el edificio entero se resquebraja, la fianza conjunta pierde su razón de ser y, lo que es mucho más grave, resulta susceptible de ocasionar perjuicios e inconvenientes a aquél en cuyo exclusivo beneficio está pensado: el titular del derecho de crédito garantizado. Es por ello que hemos sostenido que aunque en los respectivos ámbitos del beneficio de división y del ejercicio del derecho de regreso entre los cofiadores, en relación al efecto de que la cuota del insolvente sea asumida por los solventes, se trata de dos momentos diferentes, relativo, el primero, al fraccionamiento del débito entre los distintos fiadores que garantizaron el cumplimiento de la obligación y referente, el segundo, a la posibilidad de reintegro con que cuenta aquel de los fiadores que haya procedido a satisfacer íntegramente la deuda principal, estamos en presencia de una sola situación que debe ser tratada de la misma manera, cualquiera que sea la forma en que se presente y que sólo recibe cumplida explicación si se le contempla bajo el foco de la solidaridad.

Como ha quedado dicho, que el fiador que se acoja a la división tenga que soportar la adición a su parte de lo que proporcionalmente le corresponda de la porción de los insolventes, es una consecuencia que sólo puede explicarse satisfactoriamente sobre la base de que los cofiadores son deudores solidarios entre sí y de que solidaridad y beneficio de división no se excluyen. Y que el fiador que, por la razón que sea y no obstante contar con el beneficio de división, hubiese procedido a satisfacer la deuda entera pueda revolversse contra los demás garantes ajenos al pago y exigirles su parte, es también un efecto que sólo cabe explicar de manera adecuada en razón de considerar que los varios fiadores conjuntos de la misma deuda son entre si deudores solidarios. Pensamos que ésta es la única forma adecuada de tener una visión unitaria y armónica de la cofianza, y de contemplar los efectos de la misma bajo el prisma de la racionalidad y la coherencia.

Si se prescinde de esta visión unitaria, las cosas se complican de manera extraordinaria y se hace preciso recurrir a extrañas y rebuscadas explicaciones, tal como le ocurre, por ejemplo, a MANZANARES SECADES. Para este autor, en la cofianza, la insolvencia de un cofiador puede jugar en dos planos: frente a la reclamación del acreedor y frente a la reclamación del cofiador que pagó en vía de regreso. En el primer caso, la regla general en los Códigos francés e italiano y en nuestro Derecho *ex* artículo 1837.2.º, es que tal insolvencia fuera asumida proporcionalmente por los otros fiadores. En el segundo caso, la regla parece ser la misma también, pero la razón, sin embargo, es diferente, porque mientras en uno, no admitirla significaría causar un perjuicio al acreedor, que antes del juego del beneficio de división habría podido reclamar el todo a cada uno de los cofiadores, en el otro, se trata de la relación interna de los propios cofiadores.

En consecuencia, frente a lo que ocurre en los Derechos francés e italiano, en los que la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en vía de regreso encontraría clara justificación en base a la forma en que se estructura la relación entre acreedor y cofiadores, en el Derecho Civil español, en cuanto dicha relación se basa en principios distintos y el acreedor sólo puede reclamar al cofiador la parte de deuda que le corresponda, la insolvencia de un cofiador frente a la reclamación del acreedor sólo es asumida por los otros cofiadores cuando aquél estuviera en quiebra o concurso, idea que precisamente es la que condiciona la aplicación de la regla del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil (4).

Que la situación de que la insolvencia de uno de los cofiadores tenga que ser asumida por los restantes solventes pueda presentarse a propósito de la distribución entre los distintos garantes de la deuda por obra y gracia del beneficio de división hecho valer, o cuando uno de dichos cofiadores ha procedido a satisfacer el débito en su totalidad y procede contra sus compañeros para reintegrarse, es algo que supone, como ya se advertía, dos momentos diferentes de la relación fideiusoria, que no cabe confundir ni identificar. En el primero, el acreedor intenta cobrar el crédito garantizado mediante la cofianza, y en el segundo, dicho acreedor ya ha visto satisfecho su derecho, y es el cofiador que realizó dicha satisfacción quien ahora intenta distribuir el pago entre todos los garantes.

Aducir que en un caso y otro la razón es diferente, es no ver más que la superficie de las cosas y contemplar la situación bajo la óptica exclusiva de factores meramente accidentales, olvidando los primarios y básicos. Cuando se dice que en el primer supuesto el cubrimiento del insolvente por los solventes debe hacerse para evitar un perjuicio al acreedor, mientras en el segun-

(4) MANZANARES SECADES, «La cofianza: Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, págs. 778-779.

do se trataría tan sólo de la relación interna entre los cofiadores, se describe algo que es real, pero que no resulta suficientemente revelador ni exacto de manera rigurosa.

El loable propósito de evitar el daño del acreedor no podrá cumplirse si no existiera un mecanismo jurídico que posibilitara su materialización. Si la parte del fiador insolvente la asumen proporcionalmente los solventes no es, *stricto iuris*, porque se quiera evitar perjuicio al acreedor, sino por una razón más íntima y profunda: porque esos varios cofiadores están vinculados en forma solidaria y la solidaridad permite semejante consecuencia. También en la obligación plural mancomunada existirá interés en que el acreedor no sufra quebranto en su derecho, ya que es conveniencia objetiva la plena y cabal realización de los derechos, pero, pese a ello, no podrá evitarse que si uno de los deudores resulta insolvente, su parte no sea cubierta por los solventes y, en definitiva, tenga el acreedor que soportar semejante secuela patrimonial adversa (art. 1.139 del Código Civil).

De la misma manera, cuando a la hora del reintegro del cofiador que pagó la totalidad de la deuda la cuota del insolvente haya de distribuirse entre los solventes, no cabe otra explicación válida que la de que los mismos son deudores solidarios entre sí y operan entre ellos, en consecuencia, los típicos efectos de la solidaridad, aunque aquí también podría argüirse la razón secundaria de que no resultaría razonable que, en definitiva, el fiador que pagó acabe pagando una parte superior a la que le corresponda y los demás no. Pero igual que en el supuesto anterior, semejante consideración no serviría para dotar al *solvens* del mecanismo de defensa adecuado.

Ese mecanismo sólo puede proporcionarlo la situación de solidaridad pasiva. Acreedor que resulta afectado por el beneficio de división aducido por el cofiador demandado y puede exigir que la insolvencia de alguno de los garantes sea asumida por los solventes, y fiador que ha pagado el todo y puede obtener que a la hora del reintegro la cuota del insolvente se distribuya proporcionalmente, es algo que, aunque orientado en uno y otro momento a beneficiar a sujetos diferentes y presente en instantes diferenciados de la relación fideiusoria plural, responde a una sola configuración jurídica y no encuentra cumplida respuesta más que a través de la naturaleza y efectos de la *obligatio in solidum*.

En realidad, MANZANARES SECADES se limita en su formulación a replantear los argumentos que en su momento esgrimiera MANRESA, dulcificando algunas de las aristas más acusadas. Para nuestro clásico comentarista, la circunstancia de que si alguno de los cofiadores resultare insolvente recaiga la parte del mismo sobre todos en la misma proporción descansa en la razón de que, en caso contrario, recaería sobre el que pagó la totalidad de la deuda la parte respectiva del insolvente y resultaría evidente e injustamente perjudicado, toda vez que no podría reintegrarse de todas las participaciones dis-

tintas de la suya, sino que quedaría sin reintegrarse de la cantidad con que debiera contribuir al reintegro el insolvente (5).

Los hechos que narra MANRESA son ciertos y con toda seguridad conducirían a un resultado poco conveniente y defendible, como es que el riesgo de la insolvencia de algún cofiador lo asumiese en su totalidad precisamente el garante que ha procedido a satisfacer la totalidad de la deuda garantizada. Pero de los mismos y de su resultado no cabría extraer la presencia de un concreto y singularizado instrumento jurídico orientado a paliar los efectos negativos, por más que los mismos pudieran neutralizarse a través de los recursos genéricos que el ordenamiento brinda para remediar situaciones de ese tenor. Si ese instrumento particular existe y su juego consiste en que el cofiador que pagó puede reclamar de los que no pagaron, no sólo su originaria cuota, sino también el *plus* de la misma que resulte de la asignación proporcional de la parte del insolvente, ello no puede ser más que consecuencia de que entre los varios garantes conjuntos de una misma obligación existe, ordinaria y mecánicamente, una situación de vinculación solidaria pasiva.

Lo contrario supone una típica muestra del razonamiento circular: los cofiadores, salvo que otra cosa hayan pactado de manera expresa, no están afectados entre sí de manera solidaria, pero si uno de ellos paga el todo, puede reclamar de los otros y repercutir en ellos la insolvencia de alguno, igual que si su vinculación fuera realmente solidaria; por lo que al ocurrir las cosas de la misma manera que se desenvuelven en el seno de ésta, ¿qué necesidad existe para su aceptación si pueden conseguirse sus peculiares y severos efectos sin tener que transgredir, en apariencia al menos, la mancomunidad que predica la letra de la ley. El discurrir es tan enrevesado y el *substratum iuris* tan poco elegante y riguroso que difícilmente cabe su admisión y juego.

Más inverosímil, si cabe, es el refuerzo que para su tesis Manresa pretende hallar en los principios en que se funda la fianza. Según ellos, dice, la deuda asegurada mediante fianza constituye un todo, «y por la totalidad de él queda obligado cada uno de los fiadores», salvo que «por el derecho de división establecido en el artículo 1.837 se divide el débito entre todos en la parte proporcional correspondiente, en el caso de que no se haya establecido la solidaridad entre ellos». Ahora bien, si alguno resulta insolvente, ella no puede perjudicar los derechos del acreedor, «y de aquí que la porción de éste se distribuya entre todos los demás cofiadores, obligados al pago o al cumplimiento de la obligación garantizada, para que resulte íntegramente pagado el débito» (6).

(5) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII (quinta edición, revisada por RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE), Madrid, 1951, pág. 341.

(6) *Ibid.*, págs. 341-342.

Dice bien que en la cofianza la deuda garantizada constituye un todo y, en consecuencia, cada uno de los cofiadores queda vinculado por la totalidad de la deuda. Realmente, una conclusión de esa clase viene impuesta no sólo por intrínsecas razones jurídicas, sino por la propia naturaleza de las cosas, habida cuenta que si varios fiadores de manera autónoma garantizan el cumplimiento de una obligación quedan sujetos, salvo que otra cosa se haya prevenido, a responder de la integridad del débito (argumento *ex art. 1.826 del Código Civil*), ¿qué razón válida podrá esgrimirse para que no suceda lo mismo cuando la garantía de los mismos en lugar de ser autónoma y diferenciada sea conjunta y concertada? La consideración más elemental del supuesto debe llevar a estimar que, al menos, la vinculación en este segundo supuesto ha de ser tan severa como en el primero.

No querer entender esto conduce de manera inexorable a un juego de paradojas en el que se ve inmersa la mayor parte de la doctrina española y, en especial, MANRESA, porque su actitud es todavía más ambigua, si cabe. En efecto, defender la afección por la totalidad de la deuda de cada uno de los cofiadores y considerar al mismo tiempo que por el derecho de división establecido en el artículo 1.837 del Código Civil el débito se distribuye entre todos los garantes, salvo que se haya establecido la solidaridad entre ellos, es lo más cercano que cabe imaginar a una verdadera *contradictio in adiecto*, ya que si hay sujeción por el todo, estamos en presencia de una solidaridad pasiva; si existe solidaridad no cabe hablar de derecho de división (*rectius*, división *ipso iure*), y la exclusión del mismo no cabe producirla mediante el pacto de solidaridad, ya que ésta viene dada mecánicamente en el comienzo mismo de la situación fideiusoria plural.

Las cosas suceden de otra manera en la fianza conjunta, según hemos tenido ocasión de exponer de manera reiterada y a pesar de lo poco que ayuda al respecto la deplorable redacción del artículo 1.837 del Código Civil. Cuando varias personas garantizan conjuntamente la deuda ajena, su vinculación por el todo, esto es, su afección solidaria entre sí, no hace falta pactarla, sino que emana de manera espontánea de la *substantia* y la *ratio* de la cofianza misma. Ello no empece a que por razones históricas y de conveniencia práctica del propio acreedor que no es del caso repetir ahora, tradicionalmente se haya venido reconociendo a los cofiadores la posibilidad de que, ante el dato real de que cualquiera de ellos pueda legítimamente ser requerido por el acreedor para el pago de la deuda garantizada en su integridad, ocurran a un beneficio que si lo desean permite distribuir el monto de la misma entre todos los fiadores solventes: el beneficio de división.

Por ello, el pretendido pacto de solidaridad, entre los acreedores que excluiría el juego del beneficio divisorio no es tal, aunque, en definitiva, produzca efectivamente la no repartición del débito entre los garantes. Y no es tal, porque la solidaridad ya viene legalmente impuesta y, por tanto,

no hace falta preverla mediante estipulación expresa y porque si la división de la deuda se contempla como lo que realmente es (un mecanismo facultativo que queda a disposición de los beneficiarios utilizarlo o no), no tiene sentido pactar la exclusión de sus efectos, sino lo que procede es convenir que el mismo no entrará a operar en el supuesto concreto de que se trate. Por ello, el pretendido pacto de establecimiento de la solidaridad entre los cofiadores no es otra cosa que el convenio por el que los mismos renuncian a ejercitar el beneficio de división; los favorecidos acuerdan que ante la reclamación por el todo del acreedor no harán uso de la posibilidad legal de pedir y obtener la división de la deuda, y, por consiguiente, que se producirán en su patrimonio los efectos normales y mecánicos que origina la solidaridad pasiva.

En consecuencia, resulta por completo inexacta la afirmación de MANRESA, de quien la toma MANZANARES SECADES, de que si alguno de los cofiadores resulta insolvente, «esto no puede perjudicar los derechos del acreedor», por lo que la porción de aquél se repartirá entre los demás garantes «para que resulte íntegramente pagado el débito». Perjudicar los derechos del acreedor no debe propiciarse ni facilitarse nunca, pero una cosa es esto y otra, perfectamente conciliable, que en ocasiones no exista conducto adecuado para impedir semejante situación, como ocurre de manera constante en el mundo jurídico en que determinados sujetos tienen que asumir, sin que puedan repercutirlo en otros, impactos patrimoniales negativos.

Recuérdese lo que antes se advertía. Cuando estamos en presencia de una obligación plural mancomunada, por más que el crédito y la deuda comunes resulten divididos en tantas partes iguales (salvo pacto en otro sentido) como acreedores y deudores haya, «reputándose créditos o deudas distintos unos de otros» (art. 1.138 del Código Civil), poca duda puede haber de que el derecho del acreedor abarca el todo, comprende el todo y engloba la totalidad del crédito, por más que la recepción de esa totalidad no pueda obtenerla de golpe de uno solo de los deudores sino que ha de conseguirla mediante la acumulación de los pagos parciales de todos ellos.

Y siendo cierto e irrefutable que el acreedor de una obligación mancomunada pasiva ostenta la titularidad de todo el crédito y tiene derecho a percibirlo en su integridad, resulta que si alguno de los codeudores es insolvente, su parte no la asumen los demás solventes y es el acreedor el que tiene que asumirla, sufriendo el perjuicio de no obtener la realización total de su derecho (art. 1.139 del Código Civil). ¿Hay aquí o no perjuicio del acreedor? Evidentemente. ¿Debe soportarlo o no? Desde luego que sí, porque el mecanismo de la mancomunidad no permite desviar del acreedor el impacto de la insolvencia de alguno de los obligados. Como tantas veces ocurre en Derecho, hay que optar entre los dos intereses en juego y sacrificar uno de ellos: la ley considera, razonablemente, que en virtud de la afección meramente *pro quota* de los obligados, el riesgo de la insolvencia de uno de ellos no lo

asumen los demás sino que lo soporta patrimonialmente el acreedor, dejando sin satisfacer una parte de su derecho.

Las cosas ocurren de la manera opuesta tratándose de solidaridad pasiva. Aquí, en cuanto la solidaridad de deudores misma supone un refuerzo o garantía genérica del derecho del acreedor, por más que el mismo se halle legitimado para obtener la totalidad de la deuda, igual que el acreedor mancomunado, puede, a diferencia, reclamar y obtener el todo de cualquiera de los obligados, y, en consecuencia, la insolvencia de alguno de ellos no repercute en él, sino que tienen que asumirla los codeudores (art. 1.145 del Código Civil).

Una manera tan legítima como la anterior de solventar el problema. La insolvencia de uno de los deudores siempre supondrá un daño patrimonial: que en el caso de obligación mancomunada ese daño se le irroge al acreedor y en el caso de obligación solidaria ese mismo daño lo soporten los codeudores, es una forma equilibrada y razonable de repartir los riesgos. En la obligación parciaria prepondera el interés de los deudores, y por ello la insolvencia de uno castiga patrimonialmente al acreedor, ya que aquí la pluralidad de obligados no entraña situación alguna de refuerzo del crédito, mientras en la obligación *in solidum* prepondera el interés del acreedor, y, por tanto, la misma insolvencia castiga al resto de los deudores, porque aquí la pluralidad de éstos sirve precisamente para hacer más firme y seguro el derecho del acreedor: «forma anómala, heterodoxa, de garantía», la hemos denominado en otro trabajo (7).

Lo que no cabe es confundir los términos, mezclar las categorías y querer obtener por el conducto de una los resultados de la contraria. Si cuando varias personas garantizan conjuntamente el cumplimiento de la ajena obligación, las mismas quedan sujetas entre sí de manera mancomunada, tal como de manera enfática acepta MANRESA al estimar que entre todas ellas quede «dividida proporcionalmente la responsabilidad» (8); y, en consecuencia, habrá que aplicar en esa situación el régimen propio de la mancomunidad: la insolvencia de alguno de los cofiadores la deberá soportar el acreedor.

Si la ley dice otra cosa y permite repercutir en los cofiadores solventes esa insolvencia sin que alcance a afectar al acreedor, la explicación razonable del evento no puede estar en seguir mantenido la afección meramente mancomunada de los cogarantes, ni mucho menos todavía en un evanescente e injustificado privilegio de que no se pueden «perjudicar los derechos del acreedor», porque ya se ha dicho que ese es el efecto normal y propio en la esfera de la mancomunidad pasiva, sino en aceptar claramente y sin embages

(7) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pág. 254.

(8) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 286.

que estamos en presencia de una genuina vinculación solidaria de los cofiadores. De esta manera, todo cobra claridad y coherencia, se llaman las cosas por su nombre y la ausencia de perjuicio del derecho del acreedor cobra explicación por la única vía razonable y adecuada: como estamos en presencia de una solidaridad pasiva, la falta de solvencia de uno de los codeudores no afecta patrimonialmente al acreedor, sino que golpea los patrimonios de los restantes deudores solventes. Querer conseguir las consecuencias propias de la obligación solidaria pasiva sin abandonar el cauce de la mancomunidad, aparte de una grave anomalía dogmática, es la manera segura de emborronar la figura de la cofianza y de quedar prisionero de situaciones que nunca podrán ser explicadas de manera satisfactoria y coherente.

Con una consideración última consistente en que no se acaba de entender la razón esgrimida por MANRESA de que la ley ordena el cubrimiento del insolvente por los solventes para no perjudicar los derechos del acreedor, cuando el supuesto de hecho que contempla la norma es, precisamente, el de la plena satisfacción de tales derechos, esto es, que dicho acreedor ha cobrado de uno de los cofiadores y éste, al actuar en regreso frente a los demás, se encuentra con que alguno o algunos de ellos son insolventes. Si en esta hipótesis no se ordenara por la ley el reparto proporcional de la cuota del insolvente, ¿cómo podría resultar afectado el acreedor, habida cuenta que ya ha cobrado el todo de la deuda y que, precisamente, no cabe ni siquiera plantearse la repercusión de responsabilidad alguna entre los cogarantes mientras alguno de ellos no haya procedido a la íntegra satisfacción de la acreencia? Rectamente miradas las cosas, la pretendida protección de los intereses del acreedor no pasaría de ser más que un *flatus vocis*, ya que la misma se habría producido *ex definitione*.

Todavía, si cabe, es más peregrina la afirmación final de MANRESA en defensa de su tesis de que los fiadores solventes han de asumir la parte de los insolventes sin necesidad de tener que acudir a la ayuda del mecanismo de la solidaridad pasiva para explicar cumplidamente semejante situación. En su peculiar concepción de que pueden conseguirse los efectos de la solidaridad sin la solidaridad (como si los efectos jurídicos de una figura no determinaran necesariamente la presencia de la misma), llega a decir que «en el caso del fiador que haya satisfecho toda la deuda, tienen que venir obligados a sufrir la carga del insolvente los demás, porque dicha parte es una de las que integran la totalidad de la deuda, y ésta quedaría incompleta si se agregase o se dejase de reintegrar dicha parte» (9).

Los errores son numerosos y de bulto. Primero, porque en la hipótesis en consideración el acreedor ya ha visto satisfecho su crédito y no se acierta a ver, como líneas arriba se apuntaba, en razón de qué consideraciones puede

(9) *Ibid.*, pág. 342.

seguir contemplando la ley la tutela de un interés ya realizado. Segundo, porque la circunstancia de que la parte del insolvente sea una de las que componen la integridad de la deuda fideiusoria es por completo irrelevante a los efectos del reparto de la misma entre los solventes, efecto este último que no puede tener otro apoyo que el de la especial naturaleza del vínculo obligatorio plural. Y tercero, porque escasamente tiene sentido considerar que la deuda quedaría incompleta si se dejase de reintegrar la parte del insolvente, ya que el punto de partida consiste, precisamente, en que se ha satisfecho al acreedor por uno de los cofiadores la totalidad del débito garantizado, aparte de que si se considera el problema desde la óptica de la plenitud de reintegro del *solvens*, es obvio que a éste le corresponde asumir también una parte de la cuota del insolvente y, en consecuencia, dicha plenitud nunca tendrá lugar.

No se trata, pues, de atender a la integridad de la deuda y de imponer el cubrimiento del insolvente en atención a dicha integridad, que ello escasamente tiene sentido ni en este punto ni en ninguno, una vez que el acreedor garantizado ha realizado la totalidad de su acreencia, sino de algo mucho más sencillo y elemental. Si uno de los cofiadores puede ser llevado a tener que satisfacer la deuda íntegramente, si el mismo puede revolverse contra los que no pagaron en solicitud del reembolso de la parte de cada uno de ellos en la relación interna que les afecta, y si en esta tesitura la insolvencia de alguno debe afectar en prorrateo a los solventes, ello no puede ser otra cosa que la mera y simple manifestación en sede de cofianza de un añejo y conocido mecanismo en el campo de las obligaciones con pluralidad de sujetos: el de la solidaridad pasiva. Cualquier otro intento de explicación razonable, aparte de estar condenado, según se ha tenido ocasión de ver minuciosamente, a la ambigüedad y la insuficiencia, produce la no estimulante impresión de inventar lo que ya está inventado. Obremos como si todo ocurriera igual que en la solidaridad de deudores, pero sin atreverse a nominar la situación de esta manera.

Ahora bien, si las cosas ocurren como en la solidaridad pasiva, si los mecanismos de ésta son los presentes y si los factores se ordenan tal como sucede en el ámbito de esa forma de vinculación plural, ¿qué sentido tiene nominar el conjunto de otra manera o, sencillamente, no nominarlo? Escasamente alguno, ya que en Derecho, como en cualquier otro orden vital, debe rechazarse la presencia de mecanismos nuevos para explicar situaciones que admiten cumplida explicación a través de los conductos ya establecidos.

En realidad, a la hora de contemplar la posibilidad de que la cuota del cofiador insolvente se prorratee entre los garantes solventes, no cabe más que una de estas dos posturas coherentes: o se estima que dichos cofiadores, por la naturaleza misma de la fianza conjunta, están vinculados de manera solidaria, y, por tanto, aquel efecto no es otra cosa que la aplicación en esta área de un peculiar efecto genérico de toda solidaridad pasiva (art. 1.145 del

Código Civil); o se considera que los cofiadores en cuestión son simples deudores mancomunados, en cuyo caso lo natural y obligado es concluir que el reparto que se comenta resulta incomprensible, ya que en la esfera de la mancomunidad se produce precisamente el efecto contrario, la insolvencia de alguno de los codeudores la soporta el acreedor (art. 1.139 del Código Civil). Es por ello que, aunque en nuestra opinión, equivocada, resulta mucho más lógica la postura de quienes, como ALBALADEJO, estiman que «en cuanto a lo que si alguno es insolvente su parte recaerá sobre los demás, es precepto incongruente con el principio (mancomunidad, y no solidaridad) de que se parte» (10).

El problema está, en este último caso, en demostrar que se parte del principio de la afección mancomunada de los varios fiadores conjuntos cuando todo coadyuva en la dirección contraria de la vinculación solidaria de los mismos, a menos que se defienda que la expresión legal «se divide» del artículo 1.837 del Código Civil tiene una fuerza configuradora tal y una capacidad de imprimir carácter al conjunto que de nada sirven al respecto los múltiples detalles, las numerosas llamadas y las claras incitaciones en pro de la solidaridad que de la regulación global de la figura en el propio Código emanen con fuerza decisiva. Lo que ya no tiene tanto sentido es negar la causa y aceptar las consecuencias o encontrar aceptables algunas de éstas y negar otras, porque entonces el conjunto se resiente y la solución no resulta ajustada y coherente. Es lo que le ocurre, por ejemplo, a GUILARTE ZAPATERO, quien, por más que la situación no pueda reputarse como de solidaridad, no le hace demasiados ascos a aceptar alguna circunstancia que sólo tiene cumplida satisfacción si se admite el dato de la vinculación solidaria de los varios obligados.

3. LOS ARGUMENTOS DE GUILARTE ZAPATERO

Así, para el profesor GUILARTE, no debe resultar dudoso que si el cofiador paga la totalidad de la deuda, o una parte mayor de la que inicialmente le correspondía, «está en condiciones de exigir de los restantes la cantidad por la que cada uno quedó obligado al constituirse la fianza o la que, conforme a ello, proceda en proporción a la mayor suma que respecto de su cuota pagó el fiador que cumplió por todos» (11). Circunstancia que resulta de muy difícil armonización con su punto de partida de que la cofianza genera la responsabilidad mancomunada de los fiadores y, por ende, sólo pueden ser

(10) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Barcelona, 1982, pág. 447.

(11) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por M. Albaladejo, XXIII, Madrid, 1979, pág. 262.

demandados por el acreedor por la parte que les corresponda del total de la deuda (12), ya que si ello fuera así no se acierta a ver dónde se hallaría el apoyo de ese pretendido derecho de regreso del cofiador que pagó. Si el cofiador es un deudor mancomunado, el hecho de que pague el todo no puede generar a su favor, salvo que se esté dispuesto a refundir mancomunidad y solidaridad en un híbrido *tertium genus*, la posibilidad de que pueda revolverse en reembolso contra los que no pagaron.

Intentar remediar el entuerto acudiendo a la pseudo explicación de que ese derecho de regreso que ostenta el cofiador que paga la deuda por entero sólo (*sic*) procede cuando «se haya hecho pago en virtud de demanda judicial», es propósito estéril, porque resulta obvio, tal como hemos constatado con anterioridad, que si el acreedor puede plantear demanda por la totalidad de la deuda es precisamente porque su derecho de crédito se extiende a toda ella, y si el cofiador puede ser demandado y condenado por el todo es porque está obligado en el mismo sentido, por lo que no cabe de manera razonable considerar que el derecho de reintegro que contempla en determinada forma el artículo 1.844 del Código Civil haya de configurarse como excepcional o anómalo, ya que la supuesta limitación estructural (que el pago se haya hecho en virtud de demanda judicial) no es tal, habida cuenta que sólo puede reclamarse procesalmente lo que de manera previa se ostenta sustantivamente y, en consecuencia, que a la hora de la verdad debe resultar por completo indiferente que el pago total del cofiador se haya realizado en base a una sentencia condenatoria contra él dictada o en función de su libre, espontánea e irrestricta voluntad solutoria. ¿O acaso no cabe actuar *motu proprio* aquello que nos puede ser impuesto *imperio iudicis*?

Lo curioso es que GUILARTE ZAPATERO, después de una tan peculiar concesión al juego de la solidaridad en tema de derecho de regreso, realiza una curiosa pirueta en sentido contrario. En efecto, al comentar la norma del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil de que «si alguno de ellos (de los cofiadores) resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción», encuentra que la fórmula no parece admisible sin algunas matizaciones», ya que, aunque se acepte el criterio de ALBALADEJO de que el precepto es incongruente con el principio de mancomunidad de que se parte, «hay que admitir que la solución está en armonía con determinadas situaciones susceptibles de producirse» (13).

Es decir, primero, el derecho de regreso del cofiador que paga opera con amplia libertad frente a los restantes garantes; luego, por lo que respecta al punto concreto, dentro del ámbito de actuación del aludido mecanismo de reembolso de la insolvencia de alguno de los fiadores, resulta que el mismo

(12) *Ibid.*, pág. 197.

(13) *Ibid.*, pág. 262.

es incongruente con la conformación del supuesto legal; y, finalmente, en un más difícil todavía, cabe aceptar la pauta legal de reparto entre los solventes de la cuota del insolvente «en determinadas situaciones susceptibles de producirse».

Con lo que el conjunto no puede resultar más inarmónico, porque si el principio que informa el sistema español sobre la materia es el de que los varios fiadores conjuntos «de un mismo deudor y por una misma deuda» quedan vinculados de manera mancomunada, no es que resulte incongruente que a la hora de plantearse el reintegro del que pagó la totalidad de la deuda se contemple el cubrimiento de la insolvencia de alguno de ellos por la solvencia de los demás, sino que lo que deviene absolutamente incompatible y sin sentido es el derecho mismo de regreso, ya que, *ex natura*, un derecho de tal índole no puede concebirse ni encajar en la esfera de la mancomunidad.

Y a la inversa, si en la fórmula española de la cofianza resulta que aquel de los fiadores que paga puede devolverse en reembolso contra los que no pagaron, lo que no tiene sentido es considerar que en unos casos la cuota del insolvente será asumida por los solventes y en otros no, ya que semejante aspecto no tiene autonomía, al no ser otra cosa que mero punto o incidente dentro del campo natural de la posibilidad de exigir el reintegro de la parte de lo pagado que corresponda a cada uno de los cofiadores.

Se tiene, cosa que sucede mecánicamente en sede de obligaciones solidarias, o no se tiene, algo que ocurre estructuralmente también en la esfera de las obligaciones mancomunadas, el derecho de regreso a favor de aquel de los codeudores que satisfizo la totalidad de la deuda o una parte superior a la que le concernía, pero lo que no cabe es que se tenga el aludido derecho y el mismo no sea susceptible de deparar todos y cada uno de los efectos que le son propios. El reparto de la cuota del insolvente no tiene autonomía existencial, ya que es mera consecuencia obligada del hecho de que exista el derecho de regreso a favor del codeudor que pagó, circunstancia, a su vez, que viene impuesta por la sustancia misma de la solidaridad pasiva: si el vínculo es solidario, el acreedor puede reclamar el todo a uno de los deudores, y por ello mismo éste puede pedir el reembolso tras el pago a los restantes, y por ello también la insolvencia de alguno de ellos es asumida por los solventes. Circunstancias todas, en consecuencia, que emanan fluida y necesariamente del hecho de la vinculación solidaria de los cofiadores, pero que no pueden tener encaje ni explicación suficiente si se parte del principio de que la afección de los mismos es meramente mancomunada.

¿Y cuáles son esos casos en que la norma del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil resultaría armónica y ajustada? GUILARTE ZAPATERO contempla, al respecto, las siguientes situaciones: a) si el cofiador hace efectivo el pago de la totalidad de la deuda y existe algún cofiador insolvente,

pero sin que le fuera factible al acreedor reclamar la parte de éste a los restantes cofiadores por no existir solidaridad o por haber cesado el beneficio de división; *b*) si en el momento del pago alguno de los cofiadores se encuentra en situación de concurso o quiebra; y *c*) si en el expresado momento de pago al acreedor todos los cofiadores fueran solventes y con posterioridad alguno de ellos dejara de serlo.

Pues bien, para el profesor GUILARTE resulta claro que en la hipótesis *a*) la solución de repartir la insolvencia de alguno o algunos de los cofiadores entre los restantes no encuentra justificación, porque en tal supuesto es el acreedor quien debe soportar la insolvencia del fiador por su cuota, ya que el cofiador que paga excede con su actuación negligente (*sic*) del interés de los restantes cofiadores, obligados sólo por su parte y no por la del insolvente. Tampoco parece justificada la solución legal en el supuesto *c*), porque en el mismo el pago que realiza el cofiador excede también del interés de los restantes cofiadores, ya que el acreedor sólo estaba legitimado para la reclamación a cada cofiador de su propia parte, siendo todos solventes en el momento de la reclamación judicial. En cambio, en la hipótesis *b*), la solución del precepto que se considera es coherente con lo dispuesto en el artículo 1.837 del Código Civil y resulta razonable porque el pago de la totalidad representa en este caso un beneficio para todos, obligados frente al acreedor por la cuota del insolvente.

Ante semejante catalogación de supuestos y la consideración que suscitan los mismos, no cabe extrañar que GUILARTE ZAPATERO concluya afirmando que la aplicación indiscriminada de la solución contenida en el párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil para el caso de insolvencia de alguno de los cofiadores «no está justificada ni armoniza» con la regulación prevista en el mismo Cuerpo legal para otros aspectos de la cofianza. En consecuencia, si las cosas se desenvuelven de esa manera y si ha de prevalecer la visión sistemática de la misma, al profesor GUILARTE le resulta obligado considerar que «la interpretación de este apartado del artículo (el párrafo segundo del art. 1.844 del Código Civil) debe hacerse entendiendo que la regla que sanciona para el supuesto de insolvencia de algún cofiador, será de aplicación siempre que la expresada insolvencia deba ser sufrida por los cofiadores y no por el acreedor» (14).

Conclusión difícilmente aceptable. GUILARTE ZAPATERO parece no querer entender que si se parte, tal como él hace, del supuesto de la vinculación meramente mancomunada de los varios fiadores conjuntos, plantearse el derecho de regreso del que paga la totalidad de la deuda y el cubrimiento de la cuota del insolvente por los solventes no puede tener justificación en ningún

(14) *Ibid.*, págs. 262-263.

caso, mientras que si se parte de la situación contraria de vinculación solidaria de los cofiadores, ambos mecanismos deban tener aplicación en todo caso en que se produzca el pago total del débito común. Si el punto de partida es el de la mancomunidad y no el de la solidaridad, la conclusión obligada y lógica es la de considerar, al modo de ALBALADEJO, que la regla del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil (lo mismo que la incluida en el párrafo primero de dicho precepto), es incongruente e inadmisibles, y no la de admitir, tal como hace el profesor GUILARTE, que «la solución está en armonía con determinadas situaciones susceptibles de producirse».

Por ello, los tres supuestos que contempla, partiendo de la existencia del pago realizado por el cofiador en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en concurso en quiebra, resultan irreales por completo. Que si el cofiador que hace efectivo el pago de la totalidad de la deuda, estando alguno de sus compañeros en situación de insolvencia, no pueda actuar en regreso ni distribuir la cuota del insolvente entre los solventes cuando el acreedor no pueda tampoco reclamar dicha cuota de los restantes cofiadores por no existir solidaridad o no haber cesado el beneficio de división, aparte de «descubrir» que el cofiador que paga nunca contará con más derechos que los que ostentaba el acreedor garantizado, pretende excluir, en base a la inexistencia de solidaridad, un efecto previsto en la ley.

¿Qué es más lógico y natural negar una consecuencia legalmente establecida en base a la razón meramente teórica de que no se da el presupuesto que legitimaría la misma o considerar que en cuanto se dé el típico efecto de una determinada situación jurídica, ésta está presupuesta y constituye el punto de partida de la previsión legal? En nuestra opinión, lo segundo. Si la ley reconoce al cofiador que paga la totalidad de la deuda los típicos efectos de la solidaridad pasiva en dicho supuesto es porque los varios fiadores que conjuntamente garantizan el cumplimiento de una obligación quedan *ex lege* vinculados de manera solidaria.

Pretender, como intenta GUILARTE ZAPATERO, que si es el acreedor quien debe soportar la insolvencia del fiador por su cuota, «el cofiador que paga la totalidad excede con su actuación negligente del interés de los restantes cofiadores, obligados sólo por su parte y no por la del insolvente», es algo que se parece mucho a la petición de principio: *post hoc, ergo hoc*. Si las cosas ocurrieren de esa manera, la regla que comentamos no podría tener lugar, pero resulta que existe y no cabe desconocerla ni marginarla en base a lo que ocurriría si existiera la situación jurídica contraria precisamente a la que dimana y resulta exigida por la existencia de semejante dictado legal.

¿Cómo defender que el cofiador que paga la totalidad de la deuda es un cofiador negligente, cuando resulta que está pagando en base a una reclamación judicial contra él intentada en esa extensión? ¿O acaso es concebible que la ley contemplase semejante posibilidad para el caso extremo y sin impor-

tancia de que un obligado *pro quota* y demandado *in toto* no alegase su vinculación escuetamente parciaria?

Aparte de que semejante situación no necesita ni siquiera ser excepcional, porque si de la pretensión deducida en juicio resulta que el demandado no es un deudor solidario el juez debe rechazar *in limine litis* la reclamación al mismo de la totalidad del débito, poca deuda puede haber de que cuando la ley habla de que «es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial», bajo ningún concepto se está refiriendo a aquel supuesto marginal, sino al supuesto normal y ordinario de que se demanda y se obtiene el pago de la deuda en su integridad precisamente porque el demandante tiene derecho a ello, esto es, porque es acreedor en una obligación solidaria pasiva. No se trata, pues, de una actuación negligente que exceda del interés de los otros cofiadores, sino del cumplimiento estricto de un deber que le afecta y que cuando lo realiza resulta en interés de los restantes codeudores, ya que todos ellos, al igual que el *solvens*, están sujetos a la ejecución íntegra de la prestación adeudada.

Lo mismo cabe decir en relación al supuesto *c)* que el profesor GUILARTE excluye también de la pauta del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil: que en el momento de pago al acreedor todos los acreedores fueran solventes y con posterioridad alguno de ellos dejara de serlo. Supuesto que al citado civilista le mueve a la exclusión, en cuanto «el pago que realiza el cofiador excede también del interés de los restantes cofiadores ya que el acreedor sólo estaba legitimado para la reclamación a cada cofiador de su propia parte, siendo todos solventes en el momento de la reclamación judicial», sin advertir la notable confusión en que incurre. En efecto, la circunstancia de la solvencia o insolvencia de los cofiadores en el momento de la reclamación judicial por parte del acreedor sólo tiene sentido cuando frente a la misma el demandado o los demandados acuden al beneficio de división; como se trata de deudores solidarios y, por ende, la ley quiere asegurar al máximo al acreedor la realización íntegra de su derecho, impone que la distribución de la deuda se haga entre los cofiadores solventes, con la finalidad de que el acreedor perciba el todo. Si tras el pago, sobreviene la insolvencia de alguno de ellos, ya no tiene importancia, porque el objetivo se ha cubierto y tendrá que ser asumida por los restantes solventes a la hora del ulterior regreso entre ellos (art. 1.947 del *Código civile*).

Otra cosa ocurre en la hipótesis que nos ocupa. Aquí se trata de que uno de los cofiadores ha satisfecho ya la deuda en su totalidad y se encuentra cuando intenta el reembolso que alguno de sus compañeros no puede cubrir la cuota que le concierne. ¿Se negará el cubrimiento proporcional de la misma por parte de los solventes en base a la afirmación de que el que pagó excedió también el interés de los restantes cofiadores? Valgan las mismas razones esgrimidas antes, pero, sobre todo, téngase en cuenta que es por

completo indiferente en este supuesto el momento en que sobreviene la insolvencia a alguno de los cofiadores, porque aquí de lo que se trata tan sólo es de cumplir un mínimo y necesario efecto de toda solidaridad pasiva, sin mistificación alguna como sucede cuando opera el beneficio de división, el de que el regreso del deudor que pagó tiene que ser lo más amplio posible; y de la misma manera que no debe suponer ningún beneficio, tampoco debe ocasionarle ningún perjuicio patrimonial que no sufran los demás en la oportuna proporción, aunque sólo fuera por la estimable circunstancia de que él y no los otros es quien ha procedido a satisfacer íntegramente la deuda que a todos afectaba.

Curiosamente, en cambio, GUILARTE encuentra razonable la aplicación de la regla del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil cuando en el momento del pago alguno de los cofiadores se encontrase en situación de concurso o quiebra, «porque el pago de la totalidad representa en este caso un beneficio para todos, obligados frente al acreedor por la cuota del insolvente». Si la vinculación de los cofiadores fuera meramente mancomunada, el hecho de que alguno de ellos se hallare en concurso o quiebra no modificaría en nada la situación, ya que el acreedor continuaría teniendo la primigenia potestad de reclamar a cada uno su parte y debería asumir esa como cualquier otra insolvencia producida en alguno de sus deudores (art. 1.139 del Código Civil); por el contrario, si dicha vinculación es solidaria, no se alcanza a ver por qué la insolvencia de alguno de los cofiadores no afecta a los solventes de manera genérica y, sin embargo, sí les afecta cuando la misma ocurre por obra del concurso o la quiebra.

En todo caso o en ninguno. Lo que no tiene sentido es considerar que en unos supuestos la parte del insolvente será distribuida entre los solventes y en otros no, porque si la afección de los cofiadores entre sí es mancomunada, no debe proceder nunca, y si, por el contrario, es solidaria, ha de operar siempre. Afirmar que en el caso de concurso o quiebra de uno de los cofiadores, el pago de la totalidad de la deuda por otro cofiador constituye un beneficio para todos, en cuanto todos están obligados frente al acreedor por la cuota del insolvente», significa una patente contradicción, ya que al tratarse de deudores mancomunados nunca estarán sujetos por la cuota de los insolventes, y si no le están, ¿cómo podrán resultar beneficiados por el pago que de la totalidad haya hecho uno de los cofiadores?

Concluir de todo lo que se ha expuesto y criticado que la interpretación que debe hacerse de la regla del párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil es la de entender que la misma sólo será aplicable cuando la insolvencia de alguno de los cofiadores deba ser sufrida por los restantes y no por el acreedor, tal como pretende GUILARTE ZAPATERO, es algo así como la cuadratura del círculo porque no se adivina en qué excepcional supuesto la insolvencia de uno de los garantes ha de ser soportada por los demás, cuando

la relación entre ellos es de mancomunidad, y tampoco se acierta a ver en qué no menos extraordinario caso la susodicha insolvencia será padecida por el acreedor, si la vinculación de los mismos es solidaria. Con su interpretación, GUILARTE ZAPATERO conduce la aplicación de la regla que legalmente está consagrada en el párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil, y de cuya existencia no cabe dudar por tanto, a situaciones realmente imposibles, y *ad impossibilia nemo tenetur*.

4. NUESTRO PENSAMIENTO

La regla en cuestión consiste en que «si alguno de ellos (cofiadores) resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción». Es la regla típica de la solidaridad pasiva: el codeudor que paga tiene el derecho al reintegro y la parte del insolvente se reparte entre los solventes, pero ¿entre todos, incluido él mismo, o él, por el hecho de haber pagado y como una suerte de premio, quedará excluido de semejante repartición, de manera que resultará indemne en dicha repartición?

Recuerda FRAGALI que bajo el imperio del Código abrogado discutían los autores si cuando uno de los cofiadores era insolvente al tiempo del regreso, semejante insolvencia debía recaer sobre el que había pagado o había que repartirla entre todos los cofiadores, comprendido el que pagó. La mayoría se inclinaba por esta segunda opinión que juzgaba aplicable en virtud del artículo 1.119 del Código Civil, aunque, como hace notar el mismo FRAGALI, cabía cuestionar la aplicación de dicho precepto, «en cuanto el vínculo fideiusorio no tiene los caracteres típicos de la solidaridad (15).

Hoy, el problema ha dejado de existir en Italia, porque el artículo 1.954 del Código Civil vigente, tras disponer que «si varias personas han prestado fianza por un mismo deudor y por una misma deuda, el fiador que ha pagado tiene acción de repetición contra los otros fiadores por su respectiva porción», ordena que «si uno de éstos es insolvente, se observará la disposición del segundo apartado del artículo 1.299». Y, a su vez, este precepto, genérico en materia de obligaciones solidarias, tiene establecido que «si uno de éstos (deudores solidarios) es insolvente, la pérdida se distribuye por contribución entre los otros codeudores, incluido aquél que ha hecho el pago». Con tal pauta, como advierte FRAGALI, la cuestión ha quedado resuelta mediante la pura y simple aplicación del párrafo segundo del artículo 1.299 del *Código civile* (16).

(15) FRAGALI, «Fideiussione-Mandato de crédito», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1961, pág. 449.

(16) *Ibid.*, pág. 450.

¿Y en el Derecho Civil español? Ni el párrafo tercero del artículo 1.145, a propósito de la solidaridad pasiva genérica, ni el párrafo segundo del artículo 1.844 del Código Civil, en relación a la solidaridad pasiva específica entre los cofiadores, dicen nada al respecto. Uno y otro precepto se limitan a establecer que la insolvencia de uno de los deudores «será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno», y que la parte del insolvente «recaerá sobre todos en la misma proporción», sin mencionar expresamente entre los mismos al que realizó el pago. ¿Deberá o no incluirse a la hora de repartir la cuota del insolvente?

La doctrina española no suele pronunciarse en este punto, quizá por estimarlo propio de la solidaridad de deudores y juzgar que aquí nos movemos en la esfera de la mancomunidad pasiva. Únicamente, MANRESA se pronuncia al respecto, sosteniendo que la parte del insolvente no corre a cargo sólo del que pagó, sino que éste ha de contribuir también al reintegro de dicha parte, «computándose como recibida la participación que en ella le corresponde, y distribuyéndose entre los demás el resto como aumento de sus respectivas cuotas» (17).

Por nuestra parte y en relación con la genérica solidaridad pasiva hemos resaltado en otro lugar, que mientras el artículo 1.063 del Proyecto de 1.851 estableció que «si alguno resultare insolvente, la pérdida se repartirá proporcionalmente entre los otros codeudores y el que hizo el pago», el artículo 1.145 del Código Civil, a través del Anteproyecto 1882-1888 que, a su vez, se inspiró en el Anteproyecto belga de LAURENT, guarda un sospechoso silencio sobre este punto. ¿Vendrá a decir lo mismo, no obstante, el cambio de dicción de una fórmula consagrada desde el artículo 1.214 del *Code Napoléon*?

Pensamos que no. El deudor solidario que en solitario hizo el pago y precisamente porque él ha soportado semejante secuela que emana de la solidaridad pasiva, queda liberado definitivamente de sufragar una parte de la deuda común mayor de la que le corresponda, en el supuesto de que alguno de los otros deudores resulte insolvente, ya que serán éstos en exclusiva quienes deban distribuirse a prorrata la cuota del que no tenga aptitud patrimonial para contribuir. Así resulta del texto completo del artículo 1.145 del Código Civil, en nada choca esta regla con las intrínsecas exigencias de la solidaridad pasiva, y así debe entenderse el párrafo tercero del mismo, pues «la falta de cumplimiento de la obligación» que el mismo contempla no se refiere a la primigenia obligación solidaria, ya que ésta, *ex definitione*, se ha extinguido por el pago hecho por el *solvens* que ahora reclama el reembolso, sino a la interna obligación de reintegro que generó el pago; y es por ello que «sus codeudores» no son todos los que tienen esa condición en la obligación

(17) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 342.

solidaria, sino todos menos el que ya pagó, en relación al cual, precisamente, es como se contempla la insolvencia de uno de los deudores a la hora de proceder al reintegro por los otros obligados de las partes del débito común que adelantó aquél y a ellos incumben (18). Pues bien, en la específica solidaridad pasiva de los cofiadores, siendo la razón la misma y no variando la norma, no hay por qué aplicar una pauta diferente.

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

(18) CRISTÓBAL MONTES, «La estructura...», *op. cit.*, pág. 331 y sigs.