

Presupuestos del derecho de regreso en la cofianza

1. El presupuesto inicial y lógico para que uno de los cofiadores pueda «reclamar a cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer» (art. 1.842 del Código Civil) es que aquél «haya pagado» o satisfecho la totalidad de la deuda o una porción de la misma superior a la que internamente le concernía. El pago del cofiador que actúa en regreso contra los otros cofiadores se presenta, por tanto, como primera condición de semejante recurso; ahora bien, si la norma (art. 1.483 del Código Civil) permite que «el fiador aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal» en determinados casos, entre ellos el de su insolvencia, ¿cabrá también la posibilidad de que uno de los cofiadores actúe contra los restantes antes de haber pagado, cuando el deudor principal resulte insolvente?

En el Derecho histórico francés parece que semejante actuación precautoria era posible, ya que a tenor de diversas sentencias de los Parlamentos de París y Normandía y de acuerdo al parecer de algunos autores (BESNAGE, BORDEAU, etc.) en el caso de insolvencia del deudor principal, el fiador tenía acción contra sus cofiadores, no sólo tras haber pagado al acreedor, sino incluso antes, al objeto de reclamar de los mismos la contribución que junto a la suya permitiría la satisfacción del derecho de crédito garantizado.

Ya POTHIER se mostró contrario a semejante posibilidad. Para el gran clásico francés, podía admitirse que cuando uno de los fiadores es perseguido por el acreedor, el demandado reclame a sus cofiadores la parte debida por cada uno, posibilidad que emana de la equidad, que no permite que de los que igualmente se han comprometido a ser responsables de una deuda, uno sufra más perjuicio que los otros, razón de equidad que hace admitir también que el fiador conminado pueda pedirle al acreedor que divida su acción entre todos los fiadores; en cambio, «mientras el fiador no es perseguido para que pague, no tiene acción alguna contra sus cofiadores para obligarles a contribuir con él al pago de la deuda», en razón de que «no habiendo entendido contratar entre ellos obligación alguna, aquélla de donde nace la acción que uno de ellos tiene contra sus cofiadores cuando es perseguido, no está funda-

da más que en una razón de equidad, que nace de las diligencias mismas que se dirigen contra él» (1).

Hoy, en base a los textos legales, no cabe duda alguna. El fiador sólo puede actuar en regreso contra los cofiadores cuando haya pagado, sin que quepa, incluso, la posibilidad apuntada por POTHIER de reclamo preventivo en el supuesto de demanda entablada por el acreedor contra uno solo de los garantes personales. Antes del pago de la deuda garantizada, el juego de un hipotético derecho de regreso a ejercitar por alguno de los cofiadores contra los restantes para reclamar la parte de cada uno, carece de sentido.

Y no en razón, como piensa CAMPOGRANDE, de que si el regreso ha de tener por fundamento la gestión útil de los negocios, no cabe su existencia antes de que los intereses de los cofiadores hayan sido útilmente administrados (2), que reconduce la figura de manera innecesaria al campo de la *actio utilis negotiorum gestorum*, sino en base a la sencilla consideración de que si los cofiadores son deudores solidarios, cualquiera de ellos puede ser condenado por el todo y el derecho de regreso que les concierne, precisamente por su condición de obligados *in solidum*, sólo surge cuando semejante posibilidad del pago íntegro ha tenido realidad.

En el Derecho Civil español no puede haber duda de que el cofiador sólo cuenta con el derecho de regreso contra sus compañeros cuando ha efectuado el pago de la deuda asegurada, y no sólo porque el mismo carece de previsión alguna de semejante legitimación cautelar, sino incluso por argumento *a contrario*, ya que si, como luego se expondría, por expreso mandato legal («para que pueda tener lugar la disposición de este artículo») la posibilidad de reclamar en reintegro a los cofiadores queda circunscrita a los supuestos de pago efectuado «en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra» (art. 1.844), la simple circunstancia de que se haya entablado reclamación judicial contra uno de los cofiadores o de que el deudor principal sea insolvente, no faculta al garante del caso para obtener el reintegro previo, pues no cabría obtener fuera de la norma lo que ésta subordina, si se dan tales circunstancias, a un hecho previo e indeclinable: el pago del total de la deuda efectuado por uno de los fiadores.

Todavía contra los que gustan, con notoria confusión de conceptos, relacionar reintegro con subrogación y ver en el primero una simple manifestación de la segunda, cabría aducir una última argumentación (en el supuesto negado de que hiciera falta), consistente en el señalamiento de que mal cabe subrogarse en el ajeno derecho mediante el pago, precisamente cuando la satisfacción del mismo aún no ha tenido lugar. Como gráficamente escribiera CAMPOGRANDE, si se intenta fundar el regreso del cofiador sobre la subroga-

(1) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, págs. 290-291.

(2) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, págs. 543-545.

ción, la acción del mismo aparece privada de fundamento, «en cuanto no se ha producido todavía el único hecho que puede dar vida al subingreso, el pago» (3).

El pago efectuado por el cofiador que esgrime el regreso debe ser válido. La exigencia es obvia, ya que la razón práctica del reintegro descansa en el doble hecho de que uno solo de los cofiadores ha satisfecho la deuda íntegramente y de que los restantes han quedado liberados de su obligación frente al acreedor; por lo que si esta segunda circunstancia no se ha producido en razón de la invalidez del pago efectuado, resulta natural que no quepa actuar en regreso frente a los que no pagaron, habida cuenta que los mismos pueden perfectamente ser demandados todavía por el acreedor para que satisfagan el débito que permanece incólume. Pago válido, pues, en cuanto se precisa que «el débito haya quedado regularmente extinguido».

También, pago debido o necesario. El fiador que paga la deuda asegurada reemplaza al deudor principal en el acto solutorio, por lo que debe contemplarse su actuación bajo el mismo prisma que se contemple la de éste. ¿Podrá, en consecuencia, ejercitar el derecho de regreso frente a los cofiadores aquel garante que satisfizo una deuda cuyo pago podía evitarse?

La doctrina se ha mostrado y se muestra contraria a admitir el reembolso cuando el fiador ha realizado un pago que no era inevitable o imprescindible efectuar al existir circunstancias que permitían, definitiva o transitoriamente, obviarlo. En tal sentido, CAMPOGRANDE advertirá que no surge el derecho de regreso contra los cofiadores si el fiador ha pagado mientras el deudor no estaba todavía obligado a pagar o ha pagado sin advertir a dicho deudor, y éste, en la ignorancia del hecho, ha pagado también (4); y para FRAGALI el pago debe ser debido, y no lo es cuando podía haberse evitado en base a excepciones relativas a la obligación garantizada (5).

2. ¿Es correcto semejante planteamiento? La razón que subyace al mismo parece adecuada y suficiente: los cofiadores no tienen por qué participar en el reembolso de una deuda cuyo pago podía haberse evitado con sólo concurrir a las defensas que permitían al deudor principal eludir el reclamo del acreedor, en cuanto los fiadores no pueden obligarse a más que el deudor principal (art. 1.826 del Código Civil) y los que no pagaron no tienen por qué contribuir al pago que uno de ellos hizo temeraria, imprudente, temprana o innecesariamente. ¿Pero no podría intentarse otra vía?

Así como en el supuesto del pago nulo resulta admisible sin objeción que el fiador que pagó no pueda revolverse contra los otros garantes habida cuen-

(3) *Ibid.*, pág. 545.

(4) *Ibidem.*

(5) FRAGALI, «Fideiussione-Mandato de credito», en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1961, pág. 446.

ta que los mismos no han quedado liberados de su obligación fideiusoria, en el caso de pago no debido o no necesario, no cabe desconocer que, pese a esas notas, la *solutio* efectuada tiene plenos efectos extintivos y, por ende, los cofiadores han quedado relevados de su obligación de garantía. Que, como líneas arriba se decía, no quepa ignorar la circunstancia de que ha habido irreflexión o imprudencia del fiador que pagó a la hora de contemplar el reembolso por parte de los otros fiadores, no debe empañar, empero, el hecho de que ha tenido lugar un pago válido que produce todos los efectos que del mismo son propios, entre ellos el liberatorio del vínculo que afectaba a dichos garantes.

¿Qué criterio debe prevalecer? ¿Negar sin más al fiador que pagó de esa manera el derecho de regreso frente a los demás, o reconocérselo, aunque permitiendo a los otros fiadores la posibilidad de oponerle las excepciones que ostentaba el deudor principal y que él no supo o no quiso hacer valer? En los ordenamientos civiles, como el francés o el italiano, que callan al respecto, resulta explicable que los autores se inclinen por la tesis de negar al fiador que paga el derecho de regreso contra los demás cofiadores; mas ¿resulta también justificable dicha negativa?

Pienso que no. Aun prescindiendo de hipótesis insólitas, como lo que refiere CAMPOGRANDE de no advertir al deudor del pago y efectuar éste un segundo pago, que no se adivina qué relación puede guardar con el derecho de regreso entre los cofiadores, lo cierto es que es fuerte, muy fuerte, arrebatar al pago válido del fiador la virtualidad de concederle el derecho de reembolsarse de los otros fiadores cuando los mismos han quedado libres de su obligación por mor de dicho pago. Claro que también resulta duro vincularles a un reintegro que no tendría por qué haberse producido si el fiador que adelantó el pago se hubiese valido de los recursos jurídicos que existían a su favor para evitarlo. ¿Qué criterio o interés debe prevalecer, en consecuencia?

Porque, los Códigos Civiles reconocen que «el fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que correspondan al deudor principal, salvo la derivada de la incapacidad» (art. 1.945 del *Codice Civile* italiano), o que «el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor» (art. 1.853 del Código Civil español); y, en consecuencia, parece entendible que si un concreto fiador ha hecho caso omiso de semejante resguardo y ha procedido a pagar, puedan los otros defenderse cuando les reclame el oportuno reembolso. ¿Hasta el punto de retirarle *in limine* el propio derecho de regreso? Demasiado fuerte parece esta última conclusión, que incluso, pienso, podría paliarse significativamente en aquellos ordenamientos que no contemplan *expressis verbis* el supuesto, a través del adecuado empleo extensivo de aquella posibilidad genérica de que el fiador se acoja a las excepciones que competan al deudor principal.

En nuestro sistema civil las cosas resultan mucho más sencillas y razonables, por cuanto contamos con una norma que plantea adecuadamente la situación. En efecto, a tenor del artículo 1.845 del Código Civil, resulta que cuando el fiador que pagó en las condiciones del anterior artículo acuda en regreso a sus cofiadores podrán éstos oponerle «las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor». Con lo que se consigue un tratamiento jurídico y un punto transaccional de los intereses en juego sumamente convenientes y equilibrado.

El fiador que pagó, pudiendo haberlo evitado mediante su acogida a las defensas que tenía el deudor principal frente al acreedor, no queda, empero, despojado de su derecho a pedir el reintegro por parte de los restantes garantes, ya que ha pagado válidamente y su acto solutorio ha dejado libres de la obligación fideiusoria a los mismos. Pero, en cuanto también resulta improcedente que éstos deban contribuir a una obligación cuyo pago podía haberse evitado perfectamente, queda a disposición de los cofiadores la posibilidad de que ante la reclamación en reintegro del *solvens* le opongan aquellas excepciones del deudor principal frente al acreedor que él pudo y no supo o no quiso esgrimir en su momento. Solución equitativa que no arrebata *de iure* el derecho de regreso al fiador que paga y, sin embargo, permite a los cofiadores eludir el reintegro acogidos a las excepciones que correspondían al deudor principal.

¿Pago total de la deuda garantizada mediante la cofianza? Desde luego que no, siendo suficiente con que el cofiador que paga haya satisfecho una parte del débito superior a la que le concierne; respecto a la parte pagada en exceso procederá el derecho de regreso contra los restantes garantes con el prorrateo correspondiente.

El acreedor puede reclamar a uno solo de los fiadores la totalidad de la deuda y éste, en cuanto deudor solidario, está sujeto a la satisfacción íntegra de la misma. Ahora bien, el acreedor puede también, en lugar de reclamar el todo, exigir a un fiador exactamente la cuota que en el reparto interno de la obligación fideiusoria o una porción superior a la misma, pero sin alcanzar el débito íntegro; pues bien, mientras en el primer caso, por obvias razones, el derecho de regreso no procederá, en el segundo tendrá plena legitimación en cuanto al exceso, sin que quepa entender, contra el parecer de FRAGALI, que el acreedor que acepta un pago de estas características está renunciando a la solidaridad, ya que parece lógico que la solidaridad se da lo mismo cuando dicho acreedor procede a reclamar el todo a uno solo de los cofiadores afectados que cuando demanda al mismo una cuota superior a la que le corresponde.

3. Bajo su peculiar e inexacta plataforma dogmática de la gestión de negocios ajenos, CAMPOGRANDE considera que el fiador administra útilmente

los negocios de los cofiadores también cuando extingue el débito sólo en parte y, en consecuencia, procede que el pago parcial dé lugar al derecho de regreso (6); previsión innecesaria, pues lo que no sirve en relación al pago total tampoco puede servir respecto al pago limitado, aparte de que, como ha hecho notar FRAGALI, no existe exigencia alguna de buscar para este último un punto de apoyo jurídico distinto del que opera para aquél, ya que la ley no contempla, entre los presupuestos del regreso, la exigencia de que la *solutio* sea integral (7).

El Código Civil francés en su artículo 2.033 (norma que reproduciría el art. 1.920 del Código Civil italiano de 1865), después de haber establecido el derecho de regreso a favor del fiador que pagó la deuda, dispone en su párrafo segundo que, empero, semejante «repetición no tiene lugar sino cuando el fiador haya pagado en uno de los casos enunciados en el artículo precedente». Y, a tenor de dicho precedente artículo, el fiador sólo puede proceder contra el deudor principal: 1) cuando sea demandado judicialmente para el pago, 2) cuando haya quebrado el deudor o haya cesado en los pagos, 3) cuando el deudor se haya obligado a relevarlo de la fianza dentro de un cierto tiempo, 4) cuando la deuda se haya vuelto exigible por el vencimiento del término por el que se había contraído, y 5) al cabo de diez años, si la obligación principal no tenía señalado término de vencimiento. El Código Civil italiano de 1942, por el contrario, prescindió de semejante limitación a la hora de contemplar el derecho de regreso contra los cofiadores de aquél de ellos que hubiera procedido a satisfacer la deuda afianzada.

Parte de la doctrina franco-italiana (DURANTON, PONSOT, CORSI, etc.) estimó que, pese a la expresa división legal, el derecho de regreso sólo procedía si el fiador había pagado en alguno de los supuestos signados en los números 1, 2 y 4 de la norma, mientras que no operaba en los casos de pago efectuado en los supuestos 3 y 5. Se aducía al respecto que en los primeros casos el derecho de regreso resultaba justificado por la inevitable exigibilidad del débito que había de sufrir el cofiador (*dies cedit et venit*), cosa que no ocurría en los segundos, pues en éstos, estando autorizado el fiador para actuar contra el deudor, no ya por el pago sino por encontrarse liberado de la fianza, no se encontraba en la condición de poder promover la acción de regreso, que se hace depender únicamente del previo pago del débito garantizado.

Semejante opinión contrariaba la clarísima declaración de CHABOT en su *Rapport au Tribunat*, en el sentido de que el derecho de regreso competía al fiador que pagaba en todos los casos contemplados en el artículo 2.032 del *Code*, aparte de que, como hizo notar CAMPOGRANDE, no existía razón sufi-

(6) CAMPOGRANDE, «Trattato...», *op. cit.*, pág. 545.

(7) FRAGALI, «Fideiussione...», *op. cit.*, págs. 446-447.

ciente alguna para pensar que el codificador había querido excluir del regreso los casos contemplados en los números 3 y 5 de dicho precepto, porque en los mismos el fiador que actuase con la acción de relevo no puede obtener ni la propia liberación de la garantía ni que el deudor pague el débito, por lo que puede encontrarse en la necesidad de pagarlo él mismo, y entonces el derecho de regreso contra los otros cofiadores se encuentra plenamente fundado (8).

Se establecía de esta manera una relación de correspondencia entre el derecho del fiador a proceder contra el deudor principal para ser indemnizado por él en los cinco supuestos referidos y el derecho de regreso del fiador a proceder contra sus cofiadores en los cinco mismos casos, con la única diferencia de que en la primera hipótesis el fiador podía actuar contra el deudor principal, «incluso antes de haber pagado» (art. 2.032), mientras en la segunda sólo se otorgaba el derecho de regreso contra los cogarantes al «fiador que haya pagado la deuda» (art. 2.033). Diferencia aparentemente razonable, ya que si bien cabe entender que en determinados supuestos el fiador pueda revolversse contra el deudor garantizado, aun sin haber pagado, resulta de más difícil justificación que ese mismo fiador intente el reintegro de los demás fiadores, incluso sin haber procedido previamente a satisfacer la deuda.

Que un fiador obtenga (o intente obtener) del deudor principal aquello que indefectiblemente se verá obligado a satisfacer en su momento y atañe al débito ajeno, es algo particularmente diferente de que un fiador obtenga (o intente obtener) de los cofiadores lo que todavía no ha satisfecho, habida cuenta que una solución de ese tipo sólo serviría para materializar en otros sujetos el daño que él prevé puede sufrir en su propio patrimonio. Es decir, en base al riesgo que corre un cofiador de poderse ver obligado a pagar el entero de la deuda, no cabe considerar la posibilidad de liberarle del mismo, produciendo *de facto* el mismo resultado, salvo que ahora ya efectivo y consumado, en los otros sujetos que se encuentran en idéntica situación jurídica de fiadores.

Por el contrario, cuando uno de los fiadores ha procedido ya a pagar la deuda garantizada tiene pleno sentido que no se plantee objeción alguna a la hora de contemplar su facultad de reclamar a los otros su participación en el pago efectuado, porque en tal caso la amenaza ya se ha materializado y resulta natural que llame a los restantes fiadores a sufragar *pro parte* las secuelas patrimonialmente adversas de la misma.

De esta manera, se explicaría, por tanto, el distinto planteamiento de los artículos 2.032 y 2.033 del *Code* y de los artículos 1.919 y 1.920 del *Codice* de 1865, en cuanto a las posibilidades de actuar el fiador frente al deudor principal y el fiador frente a los otros fiadores. Ahora bien, ¿bastaría esa sola

(8) CAMPOGRANDE, «Trattato...», *op. cit.*, págs. 547-548.

circunstancia para justificar la extensión al ámbito del derecho de regreso de los planteamientos propios del derecho de indemnización con que cuenta el fiador?

4. Sin perjuicio de que más adelante tengamos oportunidad de ahondar en esta materia, ahora tan sólo una reflexión elemental. Si el fiador que paga puede repetir del deudor principal tanto el capital como los intereses y gastos, así como los daños y perjuicios que haya sufrido (art. 2.028 del *Code*), se puede explicar que cuando el codificador contemple la posibilidad a favor del fiador de ser indemnizado por el deudor principal, «incluso antes de haber pagado», restrinja la misma a concretos y señalados casos (art. 2.032 del *Code*), tanto por evitar la contradicción como porque no resultaría natural y defendible que el garante personal de una obligación pudiese libre e irrestrictamente reintegrarse del deudor con antelación a haber satisfecho la deuda (¿para qué serviría la fianza entonces?). Ahora bien, la explicación no resulta tan sencilla y meridiana cuando, no obstante la exigencia lógica de que el derecho de regreso del cofiador esté subordinado al pago previamente efectuado por el mismo, se circunscribe su ejercicio a los mismos cinco supuestos contemplados en aquella segunda posibilidad (art. 2.033 del *Code*), porque no se advierte razón suficiente ni necesidad cumplida para semejante traslado mecánico de un régimen a otro.

El modelo franco-italiano reseñado no iba a tener proyección en España. En el Proyecto de Código Civil de 1851, su artículo 1.757 plasmará los cinco supuestos galos en que el fiador puede, aun antes de haber pagado, reclamar del deudor principal, con alguna pequeña matización (temor fundado de que el deudor sea declarado en quiebra o comience a disipar su fortuna, posibilidad de requerir al acreedor en el caso de vencimiento del plazo de la obligación asegurada, etc.), y el añadido de uno nuevo: «si hay temor de que (el deudor) se fugue o quiere dejar el Reino». Además, frente a la estricta posibilidad francesa de que el fiador pueda en dichas hipótesis «proceder contra el deudor, para ser indemnizado por él», el proyecto isabelino aumentará semejante prerrogativa a la de que el mismo puede «reclamar del deudor que le indemnice o releve de la fianza».

GARCÍA GOYENA explicará que mientras el artículo francés habla simplemente de «indemnizado», el correspondiente del Código Civil del cantón de Vaud se refiere a «indemnizado o puesto al abrigo», y que él se ha inclinado por este último, «porque puede tener lugar uno u otro según los casos» (9).

El cambio es significativo, ya que en virtud del mismo el fiador que se halle legitimado por afectarle alguno de los seis casos recogidos en el artículo 1.757 del Proyecto puede, aún antes de haber pagado, solicitar la corres-

(9) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 914.

pondiente indemnización del deudor o exigir a éste que le releve de la fianza, circunstancia la última que aumenta de manera sensible su capacidad de relación y defensa frente a aquellos eventos negativos, por más que, quizá, no tenga excesiva justificación si se piensa en los estrictos derechos y en la conveniencia del acreedor.

Pues bien, cuando el artículo 1.758 se enfrente a la regulación del derecho de regreso que el cofiador que ha pagado ostenta para «reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le quepa», en lugar de seguir el esquema franco-italiano de limitar el ejercicio de aquél a los cinco (en su caso, seis) casos contemplados en la relación fiador-deudor principal, restringe todavía más la operatividad de dicho mecanismo de reintegro al establecer que «para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago a virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor en estado de quiebra». El círculo restrictivo se cerraba todavía más en torno a un cofiador que había procedido a cancelar el total del débito garantizado.

¿Qué explicación se dará para semejante aportamiento que parecía venir excluido al acogerse los mismos presupuestos que en el Código Civil francés habían derivado hacia su traslado mimético al campo de las relaciones entre los cofiadores? GARCÍA GOYENA no es muy explícito ni convincente, pues se limita a indicar que ha preferido el artículo del Código Civil holandés, porque éste, bien analizado, debe quedar reducido a lo mismo (aunque nada diga de ese buen análisis que permite llegar a tan sorprendente resultado): «la voluntariedad de uno de los fiadores en el pago no puede darle acción contra los otros, sino cuando el deudor principal se halla en estado de quiebra» (10).

El Código Civil español, con pequeñas variantes, seguiría estos mismos pasos. En su artículo 1.843 permite al fiador, aun antes de haber pagado, proceder contra el deudor en los cinco clásicos casos franceses, por lo que abandona ese sexto supuesto que adicionara GARCÍA GOYENA; y por lo que respecta a las posibilidades de actuación que en los mismos conciernen al fiador, por un lado abandona el recurso a obtener la indemnización por parte del deudor, que el Proyecto de 1851 había conservado y que no parece tener mayor sentido en los más importantes supuestos de reclamo, y por el otro aumenta el elenco de figuras al establecer que «en todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor».

A su vez, en el artículo 1.844, al sancionar a favor del cofiador que paga el derecho a «reclamar de cada uno de los otros la parte que le corresponda satisfacer», exige que «para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho pago en virtud de demanda judicial, o

(10) *Ibid.*, pág. 916.

hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra». ¿Cómo ha recibido la doctrina española semejante constricción del campo en que el fiador que satisfizo la deuda puede desenvolverse contra los restantes cofiadores?

5. Lo primero que debe señalarse y advertirse es algo que la civilística de nuestro país ni siquiera se plantea, habida cuenta que para la mayoría de los autores la vigorosa fórmula del artículo 1.844 del Código Civil en pro de la vinculación solidaria de los varios fiadores conjuntos no les lleva a desistir de su apodíctica proclamación de que la afección jurídica de la pluralidad de fiadores es meramente mancomunada. Me refiero a los interrogantes que podría suscitar la circunstancia de que estando los cofiadores vinculados *in solidum*, el derecho de regreso, tan cardinal en la solidaridad pasiva (11), no operará de manera mecánica en todo supuesto de pago de la deuda por uno de ellos, sino tan sólo y restringidamente en dos únicos casos: cuando el pago haya tenido lugar en virtud de demanda judicial incoada contra el fiador y cuando el deudor principal se halle en estado de concurso o quiebra.

Es decir, podría pensarse que al limitar el ejercicio del derecho de regreso se está limitando también o aun excluyendo la propia solidaridad que se da entre los cofiadores. Pienso que no es así, pues lo estructuralmente exigible a efectos de predicar la solidaridad es que, caso de que uno de los deudores satisfaga la deuda, esté dotado, sin necesidad de tener que acudir a ningún otro recurso ajeno (mandato, sociedad, gestión de negocios, etc.), de una acción que le permita reembolsarse de los demás la parte que a cada uno afecta. Que semejante acción no se conceda *in genere*, tal como, por ejemplo, ocurre en el *Codice Civile* italiano de 1942, cuyo artículo 1.954 dispone que «el fiador que ha pagado tiene acción de repetición contra los otros fiadores por su respectiva porción», sino tan sólo en dos únicos supuestos, no supone desvirtuamiento de la genuina solidaridad, sino únicamente acotamiento del campo de actuación de la misma, ya que una cosa es que en ciertos casos no se conceda el derecho de regreso y otra que pueda negarse la condición de solidaria a una obligación plural que en otros supuestos permite el reintegro del deudor que pagó.

Lo contrario llevaría a posiciones insostenibles y paradójicas. En efecto, si se defendiera que la limitación apuntada impide la solidaridad de los cofiadores, y por tanto, impone la afección meramente parciaria de los mismos, habría que concluir de una de las dos maneras siguientes; o bien que nos hallamos en presencia, en todo caso, de una obligación mancomunada, incluso en los dos en que la ley permite al fiador que paga obtener el reintegro de los restantes, o bien que en dichos supuestos la obligación plural de los

(11) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, págs. 311 y sigs.

cofiadores es *in solidum*, mientras en los demás asume la configuración de *a pro rata*. La incoherencia de una y otra solución conduce de manera necesaria a tener que aceptar la tesis de que, en base a la particular normación del artículo 1.844 del Código Civil, no existe otra salida razonable que la de la vinculación solidaria de los varios fiadores en todo caso.

Con un argumento adicional que proporciona la propia letra del precepto cuando el mismo habla de que uno de esos dos solos casos en que puede el fiador que paga ejercitar el derecho de regreso es si «se haya hecho pago en virtud de demanda judicial». ¿Qué quiere decir realmente ello a efectos del punto de dilucidar la vinculación solidaria o no de los fiadores conjuntos? Pues, sencillamente, un significado reforzamiento de la tesis afirmativa, pues si para el fiador que pagó todo el ejercicio del derecho de reintegro está subordinado a la circunstancia de que la *solutio* haya tenido lugar en base a un proceso entablado contra él, ello patentiza sin duda alguna que en la relación plural en cuestión el acreedor está legitimado para reclamar a cualquiera de los varios sujetos pasivos la totalidad del débito, ya que mal cabría contemplar el efecto de la condena al todo si no se admite la causa de la reclamación del todo. Mas, si el acreedor puede demandar a uno de los varios fiadores el pago íntegro de la deuda asegurada, ¿cómo cabe desconocer la vinculación solidaria de los mismos? La solidaridad entre los cofiadores que rezuma el artículo 1.844 del Código Civil adquiere en esa última previsión legal toda su contundencia.

De nuestros civilistas quien con mayor detalle y lujo de argumentos se ha ocupado del punto en consideración ha sido MANRESA. Para el gran comentarista, el derecho que se concede al fiador para reintegrarse directamente de los cofiadores de lo que pagó por ellos, en vez de dirigir su reclamación contra el deudor, es un beneficio otorgado por la ley sólo en dos casos determinados, cuya justificación resulta evidenciada desde luego; «y esa limitación está debidamente aconsejada por una razón de prudencia que no puede desconocerse, cual es la de evitar que por la mera voluntad de uno de los cofiadores pueda hacerse surgir la acción de reintegro contra los demás en perjuicio de los mismos».

MANRESA considera que el perjuicio que con tal motivo puede inferirse a los cofiadores es bien notorio, ya que si el fiador que paga prescinde de la posibilidad de dirigirse contra el deudor principal al amparo del artículo 1.838 del Código Civil y reclama a los cofiadores en primer lugar el oportuno reintegro, «éstos no tendrán más remedio que satisfacer sus cuotas respectivas, repitiendo después por ellas contra el deudor, con la imposición de las molestias y gastos subsiguientes».

Por todo ello, le parece que no es aventurado asegurar que si el fiador que paga pudiera libremente utilizar uno u otro de dichos derechos, el de indemnización contra el deudor y el de reintegro contra los cofiadores, optaría

siempre por el segundo, puesto que muchas más garantías de solvencia y mucha más seguridad de cobro ha de encontrar en los fiadores que en el deudor; por lo que «en la práctica quedaría reducido el primero a la indemnización por el deudor a los cofiadores que hubieran hecho el reintegro, obligando a éstos, sin excepción alguna, a soportar siempre los gastos y las molestias». Para evitar dichos perjuicios, «la ley no ha podido menos de reducir el ejercicio de ese derecho a los casos en que absolutamente sea indispensable» (12).

También ALBALADEJO encuentra justificada la limitación legal, pues mediante ella, desde un punto de vista práctico, se evita que se haya pagado por oficiosidad o por malicia. La ley que no permite al cofiador que paga el todo reclamar a los otros la parte satisfecha por ellos cuando tal pago no se hizo en virtud de demanda judicial o en caso de concurso o quiebra del deudor, «no es injusta por ello, sino precavida, ya que nada le obliga a pagar la parte de los otros (ni en los demás casos, y ni siquiera en esos de demanda judicial o concurso o quiebra)» (13).

Contrariamente, para DELGADO ECHEVERRÍA, la delimitación de la acción de regreso a dos supuestos estrictos «es muy desafortunada», porque la protección de los cofiadores ante el pago arbitrario hecho por uno de ellos (que parece ser la razón que movió al legislador) se consigue a través de la opción de las correspondientes excepciones a la acción de regreso, no limitando ésta a los supuestos enunciados en la ley (14).

En parecidos términos, GUILARTE ZAPATERO estima que, sin un apoyo serio, el artículo 1.844 del Código Civil limita el ejercicio de la acción de regreso a los casos de «haberse hecho el pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra», cuando hubiera sido más justo extender la posibilidad de la acción de regreso a todos los casos en que pudiera concluirse que el pago no fue debido a la voluntad exclusiva del fiador, quedando los restantes fiadores, por otra parte, protegidos por la facultad de alegar excepciones susceptibles de amparar su oposición al regreso cuando así resultara procedente. En base a ello, concluye GUILARTE que «en todo supuesto de cofianza no solidaria, aunque cese el beneficio de división, el pago total de la obligación excede de la cuota del cofiador que lo realiza, lo que también acontece en cualquier obligación solidaria, desde la perspectiva de las relaciones internas entre los deudores, pero con la diferencia, en el caso contemplado, de no poder el acreedor

(12) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII (quinta edición, revisada por Rodríguez Arias Bustamante), Madrid, 1951, págs. 342-343.

(13) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Barcelona, 1982, pág. 446, n. 10.

(14) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, pág. 543.

reclamar el total de lo debido de alguno de los cofiadores o deudores subsidiarios» (15).

Como se observará, la materia gira en torno a la justificación que adornará al cofiador que paga el total de la deuda para reclamar de los otros garantes la parte que les corresponda. Semejante derecho de reintegro, ¿deberá ser libre o habrá de estar circunscrito a determinadas hipótesis? Y en este último supuesto, ¿las mismas en las que el fiador puede proceder contra el deudor principal aun antes de haber pagado o tan sólo dos de ellas, muy típicas y caracterizadas?

6. La primigenia fórmula franco-italiana, en el marco de una cofianza que estructuralmente vincula entre sí a los cofiadores de manera solidaria, se inclinó a favor de la limitación del derecho de reintegro del fiador que paga la deuda garantizada en su totalidad, circunstancia que, en principio, no parece tener mucho sentido, habida cuenta la vinculación solidaria de los garantes que debería propiciar el juego libre del derecho de reintegro entre ellos, cual ocurre en línea de principio en la solidaridad pasiva. LAURENT advertirá que cuando uno de los cofiadores paga en alguna de las circunstancias del artículo 2.032 del *Code*, no será factible obtener la indemnización oportuna del deudor principal, por lo que en tal caso los otros cofiadores tendrán el mayor interés en que el pago sea hecho, y precisamente en base a la razón del interés que los cofiadores tienen en el pago es por lo que deben soportar una parte de la deuda: «cuestión de equidad», sentenciará el civilista belga (16).

En el Derecho Civil español, el Proyecto de 1851, por más que conserva el modelo francés de cofianza solidaria, mantiene también y aun limita todavía más el campo de actuación del derecho de regreso del fiador que paga. GARCÍA GOYENA se olvidará, como hacían los civilistas franceses, del hecho de la solidaridad que afecta a los varios fiadores conjuntos de una misma obligación, y obsesionado por el hecho de que aquel de los cofiadores que espontáneamente asume el pago del total está colocando a sus compañeros en una situación incómoda y perjudicial, acabará también justificando la limitación, más en base a razones morales que a estrictas causas jurídicas: «la voluntariedad de uno de los fiadores en el pago —escribe en tal sentido— no puede darle acción contra los otros, sino cuando el deudor principal se halla en estado de quiebra» (17).

Con posterioridad, las cosas todavía irán a peor. Si de acuerdo al sentir mayoritario de la doctrina española el Código Civil habría abandonado la

(15) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XXIII, Madrid, 1979, págs. 261-262.

(16) LAURENT, *Principes de Droit Civil française*, XXVIII, Bruselas-París, 1878, pág. 271.

(17) GARCÍA GOYENA, «Concordancias...», *op. cit.*, pág. 917.

tradicional fórmula latina de la vinculación solidaria de los cofiadores entre sí, procediendo a su sustitución por la simple afección mancomunada de los mismos, toda la regulación legal en el supuesto que nos ocupa se teñirá de extravagancia y paradoja. Primero, porque tratándose de obligación plural parciaria, hablar de derecho de reintegro del deudor que paga el todo carece por completo de sentido, ya que, *ex definitione*, estamos en presencia de deudas distintas e independientes que excluyen la existencia de dicho mecanismo, exclusivo de la afección solidaria (arts. 1.144 y 1.145 del Código Civil). Y segundo, porque todavía resulta más insólito que uno de los casos en que legalmente se contempla la posibilidad de ejercicio de semejante derecho sea precisamente aquél en que dicho pago se haya hecho «en virtud de demanda judicial», cuando por tratarse de una obligación mancomunada la pretensión del acreedor de cobrar la totalidad de la deuda de uno solo de los deudores debería ser rechazada *in lamine*.

Claro que siempre se podría alegar que acaso resulte menos insólito considerar que los varios fiadores son deudores parciarios y, sin embargo, cuentan entre sí con el derecho de regreso en ciertos y señalados casos que estimar que siendo deudores solidarios el ejercicio de dicho derecho no es irrestricto y libre. No soy de ese parecer, porque de la misma manera que la solidaridad permite sin mayor quebrantamiento la circunstancia de que el fiador demandado se acoja al beneficio de división, también puede admitir que la acción de regreso que le es propia circunscriba su campo de ejercicio a determinados casos, en base a la discutible consideración de que no hay por qué premiar la estricta voluntariedad de aquel fiador que decide pagar el todo, imponiendo a sus compañeros, como dice MANRESA, «las molestias y gastos consiguientes». O al menos eso resulta menos fuerte y menos lesivo dogmáticamente que admitir que tratándose de una obligación mancomunada, el deudor que paga en determinadas circunstancias aparece adornado del derecho a obtener reintegro de los otros deudores.

Realmente, no se acaba de entender cómo puede defenderse que si el cofiador (salvo que de manera expresa se haya obligado con carácter solidario) en ningún caso está sujeto a pagar la totalidad de la deuda, ni siquiera en los supuestos de demanda judicial y concurso o quiebra, resulta justa y precavida la ley al permitir al fiador que paga reintegrarse de los demás (ALBALADEJO), ya que si en ningún caso está obligado al todo, en ninguno tampoco puede contar, en una recta conformación conceptual de la situación, con el derecho de regreso.

Claro que todavía resulta más paradójico insistir en que la limitación del derecho de regreso a los dos únicos supuestos del artículo 1.844 del Código Civil es particularmente desafortunada, si al mismo tiempo se considera que la vinculación de los cofiadores es tan sólo mancomunada. Cuando DELGADO ECHEVERRÍA asevera que la protección de los cofiadores contra el pago arbi-

trario, hecho por uno de ellos, no debe intentarse limitando el ejercicio de la acción de regreso a los supuestos enunciados en la ley, o GUILARTE ZAPATERO afirma que la posibilidad de dicha acción debería haberse extendido a todos los casos en que pudiera concluirse que el pago no fue debido a la voluntad exclusiva del fiador, incurrir en una patente contradicción.

En efecto, es contradictorio sostener que los varios fiadores conjuntos son entre sí meros deudores mancomunados y al mismo tiempo considerar que la ley se equivoca cuando restringe el derecho de reintegro entre ellos a determinados casos, porque ello es tanto como criticar a la ley, no por el error cometido sino porque no se ha equivocado todavía más al no haber cumplido aquello que entraba en pugna con la naturaleza misma de la figura.

Es decir, lo que no cabe es sostener que, si otra cosa no se ha pactado, la cofianza no es entre nosotros solidaria (la llamada cofianza simple) y a la vez defender que si anómala y excepcionalmente la ley permite que en determinados supuestos el fiador que paga el todo puede reintegrarse de sus compañeros, tal limitación constituye un tratamiento inadecuado de la materia, porque lo que se está pidiendo en tal caso es que lo excepcional se transforme en ordinario y lo anómalo en normal. Si difícil resulta justificar que la mancomunidad subsiste no obstante el juego del derecho de regreso en supuestos estrictamente delimitados, ¿cómo defender la permanencia de la misma cuando dicho derecho jugase de manera prácticamente libre en todos o casi todos los casos en que uno de los cofiadores pagase la totalidad del débito?

7. No habría forma de defender la condición mancomunada de una obligación plural en la que casi de manera irrestricta los deudores gozasen entre sí del derecho de reintegro, tal como ocurre en la solidaridad; por lo que, en definitiva, se acabaría recibiendo por la ventana lo que antes se había expulsado por la puerta. Sea como fuere, lo cierto es que a tenor del párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil, el fiador que paga la totalidad de la deuda sólo puede dirigirse en reintegro contra sus cofiadores en los casos en que se haya hecho el pago «en virtud de demanda judicial» y el deudor principal se halle «en estado de concurso o quiebra», precisamente los dos mismos supuestos en que el artículo anterior permite al fiador, aparte de en tres hipótesis más, proceder contra el deudor principal, aun antes de haber pagado.

En el primero de ellos, el cofiador no paga voluntariamente, sino constreñido por virtud de la demanda judicial contra él introducida por el acreedor. ¿Es suficiente argumento para justificar el derecho de regreso a su favor, si se parte de la idea general de que los cofiadores no disfrutaban entre sí de dicha prerrogativa? Aparte de que no se acierte a explicar de manera suficiente cómo cabe demandar y condenar a un deudor a satisfacer la totalidad de la deuda si no es deudor solidario (tal como sostiene la mayoría doctrinal española en torno a los cofiadores), la hipótesis es tan artificiosa y precaria que,

por ejemplo, a MANRESA no se le ocurre otra justificación que la de que «el pago por el fiador no depende en él de la voluntad de éste, sino que se ve *constreñido* u obligado a hacerlo para no incurrir en las responsabilidades por costas, que en otro caso serían de cargo suyo por haber dado ocasión a ellas» (18). O sea, que, *ultima ratio*, el derecho de regreso se le otorga al fiador demandado para que pueda eludir la condena en costas; curiosa y sorprendente explicación.

El segundo no resulta menos problemático. Si el deudor principal se halla en estado de concurso o quiebra, los fiadores no pueden acogerse al beneficio de excusión (art. 1.831 del Código Civil), y, en consecuencia, se afirma, resulta justificadísimo que el fiador se apresure a satisfacer el débito, toda vez que cuanto más demore la reclamación, mayores serán las responsabilidades que pueda exigir el acreedor por razón de intereses o por otros conceptos, y «como esas responsabilidades han de recaer sobre el fiador o los fiadores sin que éstos puedan impedirlo por no darse lugar al beneficio citado —escribe el mismo MANRESA—, por eso la ley no podía menos de autorizar a cualquiera de ellos para anticipar el pago en beneficio de todos para librarse de dicha carga» (19).

Es decir, como no hay beneficio de excusión (¿qué tendrá que ver semejante beneficio a efectos del ejercicio del derecho de regreso?), resulta lógico que cualquiera de los cofiadores se apresure a satisfacer toda la deuda para evitar el aumento de «las responsabilidades que pueda exigir el acreedor por razón de intereses o de otros conceptos» (*sic*), y ante tan meritoria, solícita y responsable predisposición del cofiador que sale al paso y paga por todos, la ley le premia y le permite solicitar el reintegro *pro quota*.

Tampoco aquí se explica satisfactoriamente por qué un acreedor al que sólo se le debe una parte recibe el todo y por qué no podría ese cofiador, preocupado por las secuelas de la demora en el pago, evitarlas acogiéndose, en su momento, al beneficio de división, pero, sobre todo, resulta absolutamente increíble que la justificación dogmática del derecho de regreso del fiador que paga puede apoyarse en tan endebles cimientos, y es por completo infantil que la ley pueda jugar tan arbitraria e irreflexivamente con los recursos propios de la solidaridad.

Considerar que aunque los cofiadores estén vinculados entre sí, por mandato legal no imperativo, de manera mancomunada, existen dos casos, los que se acaban de comentar, en los que si uno de ellos paga el todo, goza del derecho de reintegro frente a los demás, es tan difícil de entender y justificar que los propios autores que defienden con tesón aquella configuración de la

(18) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 344.

(19) *Ibid.*, págs. 344-345.

fianza conjunta no pueden por menos que propiciar la extensión de dichos supuestos. Ante la escasa justificación de los mismos, ¿por qué no incluir también otros que no tienen menos méritos que los legalmente contemplados?

Ya hemos dicho que tal es el parecer de GUILARTE ZAPATERO cuando afirma que «parece hubiera sido más justo extender la posibilidad de la acción de regreso a todos los casos en los que pudiera concluirse que el pago no fue debido a la voluntad exclusiva del fiador» (20); o el de DELGADO ECHEVERRÍA cuando advierte que «la delimitación es muy desafortunada», e, incluso, que «también podría intentarse una interpretación correctora del artículo 1.844-3, atendiendo a su espíritu y finalidad» (21). Pero ha sido MANZANARES SECADES, civilista particularmente severo en la defensa de la tesis de que en nuestro Código Civil juega «el principio de división de derecho de la deuda entre los distintos cofiadores», quien mejor ha denunciado la estrechez e insuficiencia de los dos supuestos legalmente pautados.

Así, aduce que hay casos que aunque no encajan en el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil no puede decirse que el fiador pague voluntariamente o por malicia; como cuando el fiador es requerido de pago extrajudicialmente, pero en forma terminante y bajo conminación de demanda; o como cuando (caso que también explicita GUILARTE) el acreedor requiere de pago a un cofiador, si existe renuncia al beneficio de excusión y el deudor principal es conocidamente insolvente.

Y, a la inversa, hay casos en los que, por más que se den las circunstancias del artículo 1.844, no se cumple exactamente el espíritu de la norma. Por ejemplo, cuando el fiador paga la totalidad de la deuda en virtud de demanda judicial, caben dos posibilidades: que la demanda fuera sólo por la cuota del fiador y, sin embargo éste ha pagado la totalidad de la deuda, supuesto de pago voluntario en el que no parece lógico concederle la acción de regreso; o que la demanda fuera por toda la deuda, y el fiador ha pagado la totalidad, caso en el que tampoco resulta procedente semejante concesión porque a dicho fiador no le correspondía pagar más que su parte viril, por lo que pudo haber excepcionado al acreedor en tal sentido. Si se alegare que los cofiadores podrán, en vía de regreso, oponerle esa misma excepción, MANZANARES SECADES contesta, con buen sentido, que «si ello es así, no se entiende entonces por qué no se admite la acción de regreso en otros casos que no sean los del artículo 1844.3.º, con la posibilidad para los cofiadores de oponer a quien les reclama en vía de regreso las excepciones pertinentes» (22).

(20) GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios...», XXIII, *op. cit.*, pág. 261.

(21) DELGADO ECHEVERRÍA, «Elementos de Derecho Civil de Lacruz», II-3, *op. cit.*, pág. 543.

(22) MANZANARES SECADES, «La cofianza: Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, págs. 781-782.

8. Son algunas de las contradicciones a que inexorablemente conduce el equivocado y gratuito punto de partida de la vinculación mancomunada de los cofiadores en nuestro Derecho. El cofiador parciario, en principio, no puede ser compelido a pagar el débito entero, pero como resulta que la ley le concede el derecho de regreso en dos hipótesis concretas de pago total, hay que recurrir a explicaciones extrañas y hasta extravagantes para mantener la ficción de que seguimos en el campo de la mancomunidad, por más que se trate de una insólita mancomunidad, al estar veteada de solidaridad en virtud del juego del derecho del regreso.

En tal sentido, se aduce que semejante derecho no puede concederse a aquel cofiador que realice el pago de manera voluntaria, llevado por su estricta determinación o movido por el torcido deseo de perjudicar a sus compañeros. Como decía GARCÍA GOYENA, «la voluntariedad de uno de los fiadores en el pago no puede darle acción contra los otros», sin que se acierte a adivinar en virtud de qué secreto artilugio las cosas no ocurren de esa manera en dos supuestos específicos (demanda y concurso o quiebra) en los que el fiador «hubiera sido constreñido u obligado a hacer el pago» (MANRESA).

Que el pago del cofiador sea voluntario u obligado, aparte de que no se vislumbra como alguien puede verse forzado al pago total de la deuda si es deudor mancomunado, poco o nada tiene que ver con la existencia o no del derecho de regreso a su favor en el caso de que efectúe aquél. Dogmáticamente no hay más que un camino correcto: o la obligación de los cofiadores es una obligación parciaria, en cuyo caso no cabe contemplar el derecho de regreso, o se trata de una obligación solidaria, y entonces hay que partir precisamente de la existencia de dicho recurso a favor de cada uno de los garantes.

Si el Código Civil, aunque sea en supuestos concretos, reconoce al cofiador que paga el todo derecho a reintegrarse *pro parte* de los otros cofiadores, ello es un signo inequívoco de solidaridad, o, si se prefiere, la circunstancia de que un codeudor que paga el entero pueda revolversse contra sus codeudores es manifestación clara de que estamos fuera de la mancomunidad. Querer remediar el entuerto acudiendo a nociones como las de «pago voluntario», «pago arbitrario» o «pago malicioso» para denegar la posibilidad de ejercicio del derecho de regreso, no es más que un inofensivo subterfugio, ya que cuando el mismo existe, por tratarse de obligación solidaria, opera tanto en el pago espontáneo como en el pago constreñido, y cuando no existe, por tratarse de obligación mancomunada, no tiene lugar lo mismo cuando el deudor paga *motu proprio* que cuando lo hace a impulso de una fuerza compulsiva y legítima exterior.

9. Claro que si resulta ilógico que si se está en presencia de una obligación mancomunada, según piensa la mayor parte de la civilística española en el supuesto de la cofianza, pueda entrar en acción el derecho de regreso

en base a una circunstancia tan extravagante como el constreñimiento en el pago, tampoco es del todo lógico que tratándose de una obligación solidaria, el aludido derecho quede circunscrito a dos únicos y exclusivos supuestos, por más que, como antes se ha dicho, no vulnere intrínsecamente la solidaridad el hecho de que la ley restrinja el campo de la acción de reintegro, como no le excluye tampoco la situación de que ante el reclamo del todo por el acreedor puedan los cofiadores, si lo desean, acogerse al juego protector del *beneficium divisionis*.

Por ello, desde nuestra óptica, resulta del todo razonable plantearse el porqué debe circunscribirse a esos dos supuestos la operatividad del derecho de recurso y no operar, como sería natural, habida cuenta que estamos en el ámbito de la vinculación solidaria, en todo caso en que uno de los cofiadores, voluntaria o forzosamente, animado del mejor de los propósitos o movido por los más torcidos designios, procede a satisfacer íntegramente la deuda asegurada.

MANRESA fue enfático al respecto. Fuera de los casos señalados, el fiador que paga la totalidad de la deuda, como lo hace voluntariamente y con renuncia por su parte del beneficio de división, carecerá en absoluto de acción para reclamar de los fiadores la parte que satisfizo por ellos o la participación con que debían contribuir al cumplimiento de la obligación de fianza (23). Parecer que suscribe literalmente MUCIUS SCAEVOLA, al aseverar que «únicamente por alguno de aquellos tres casos del mismo (art. 1.844) puede el fiador que pagó reclamar a cada cofiador su parte respectiva», e intentar reforzar los endebles argumentos de aquél para oponerse a cualquier posible extensión del derecho de regreso mediante el no menos problemático argumento de que en términos generales «quien paga deudas, las paga por el deudor, no por los fiadores de éste, aunque de tal modo ellos se vean liberados de la eventualidad o posible obligación de pagarlas» (24).

El planteamiento es en extremo escabroso. Excluir la presencia del derecho de regreso en cualquier supuesto (fuera de los dos legalmente contemplados de manera expresa) de pago por un cofiador de la totalidad de la deuda garantizada, en base a las razones de que dicho pago se ha hecho voluntariamente y con renuncia al beneficio de división, es, por lo menos, chocante y paradójico. Y es que, aunque no vamos a repetir la insuficiencia del apoyo que pretende encontrarse en la voluntariedad del pago a los efectos que nos ocupan, la supuesta renuncia al beneficio de división que dicho pago total supondría sirve para demostrar... ¡exactamente lo contrario!

En efecto, si cuando un cofiador paga la deuda por entero debe entenderse que ha renunciado al beneficio de división que la ley le reconoce, hay que concluir, si se quiere ser lógicos, que ese cofiador se halla vinculado de

(23) MANRESA, «Comentarios...», XII, *op. cit.*, pág. 345.

(24) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953, págs. 658-659.

manera solidaria, ya que si lo estuviera en forma mancomunada, ¿para qué necesitaría del beneficio divisorio? Y si su vinculación es solidaria, ¿cómo se le puede arrebatar graciosamente el derecho de regreso fuera de los dos casos en que la ley se lo reconoce? En realidad, en este punto, resulta prisionero y se ve obligado a pagar el tributo de la patente contradicción, que en su momento denunciamos, de considerar que «la obligación de los cofiadores no es solidaria» y al mismo tiempo que en nuestro Derecho los cofiadores cuentan con el genuino y tradicional beneficio de división (25), algo que supone intrínseca e insalvable incongruencia.

No menos extraño resulta el supuesto refuerzo que MUCIUS quiere aportar a la argumentación de MANRESA a la hora de negar la extensión del derecho de regreso entre los cofiadores: el cofiador que paga el todo lo paga por el deudor, no por los otros garantes. Pero al tener que reconocer que, no obstante, éstos se ven «liberados de la eventualidad o posible obligación de pagarlas», arruina lo anterior, pues parece obvio que el fiador que pagó también lo hizo por los demás, y si éstos han quedado liberados de la obligación que les sujetaba en conjunto, habida cuenta que al existir una sola deuda internamente estaban afectados *pro parte*, no se alcanza a ver cómo puede detenerse la presencia normal y obligada del derecho de regreso a favor del garante que pagó el todo.

También para SANTAMARÍA la exclusión del derecho de regreso a favor del cofiador que satisface la deuda entera fuera de los dos casos contemplados en el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil se hallaría justificada porque en cualquier otro supuesto estaríamos ante «un pago oficioso, y el que pagó sólo tendría las acciones ordinarias del que paga por otro», esto es, los recursos de los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210 del Código Civil (26). Aparte de que no se entiende bien qué es eso de «pago oficioso», categoría de pago sin reflejo legal, el planteamiento encierra la peculiar tesis de que ante un supuesto igual (pago de toda la deuda por un cofiador) el régimen jurídico aplicable sea distinto, ya que en unos casos operaría el derecho de reintegro y en otros el dispositivo configurado por los artículos reseñados. Es decir, como si *ubi eadem ratio...*, pero exactamente al revés: cuando se aprecie «identidad de razón», procederá la aplicación analógica de las normas (art. 4.º, 1 del Código Civil); en cambio, cuando exista la «misma razón», deberá aplicarse una norma diferente (*ibi non eadem decisio*).

En base a lo expuesto, no debe extrañar que GUILARTE ZAPATERO encuentre poco convincentes ambas soluciones. La de MANRESA, porque parece injusto y contrario a la propia naturaleza de la cofianza otorga al cofiador, que cuando paga actúa en beneficio de todos, la sola posibilidad de dirigirse por vía

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

(26) SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, pág. 870.

de subrogación contra el deudor principal; y la de SANTAMARÍA, aplicando sin más el contenido de los artículos 1.158 ó 1.159, porque el artículo 1.844 es tajante y porque, evidentemente, no es lo mismo pagar por un deudor principal, a quien se libera de la deuda en vía directa, que por un fiador, a quien sólo se libera de su obligación subsidiaria y, hasta cierto punto, eventual.

Tras la crítica, fundada y seria, GUILARTE ZAPATERO da un paso más. En su opinión, el Código Civil, al sancionar el regreso del cofiador, que pagó en los términos en que lo hace, ni ha ofrecido una solución armónica con la situación de los cofiadores en todo caso, ni ha ponderado acertadamente los intereses en juego, ya que si el precepto protege el interés de los cofiadores, evitando que la acción de regreso entre ellos quede al arbitrio del pago arbitrario o caprichoso de uno, es preciso advertir que ha sido a costa de una fórmula que olvida, en ciertos casos, el interés de éste, carente de protección.

Si se convino el carácter solidario de la cofianza, obviamente el cofiador requerido de pago se verá obligado a satisfacer la totalidad de la deuda, y con la extinción de la misma, no sólo ha actuado en beneficio de todos realizando el cumplimiento, sino también al evitar costos y gastos que la demanda hubiera ocasionado; en tal caso, la aplicación del artículo 1.145, independientemente de lo dispuesto por el 1.844, parece incuestionable. Menos clara le parece, en cambio, la solución cuando el cofiador pagó la totalidad de la obligación en las circunstancias señaladas, aunque sin haberse constituido la cofianza solidariamente, por más que «no puede dudarse que el pago extingue la obligación de los restantes cofiadores, ya la asumieran, respecto del deudor principal, en el mismo plano o con carácter subsidiario» (27).

El análisis es certero, pero no puede conducir al objetivo adecuado en cuanto GUILARTE parte *a priori* de que «los cofiadores garantizan mancomunadamente la deuda principal», y, en consecuencia, no puede reconocer genéricamente a los mismos el derecho de regreso, al ser éste propio de la solidaridad. Dice que proteger a los cofiadores del pago arbitrario o caprichoso hecho por uno de ellos puede resultar conveniente, pero también lo es proteger a ese mismo fiador que pagó la totalidad de la deuda.

10. Y ahí está la clave de la cuestión. ¿Qué interés es de más razonable protección, el de los que no pagaron o el del que pagó? La respuesta parece obvia, habida cuenta que los primeros han quedado liberados de una obligación que hasta ese momento les afectaba sin participación pecuniaria alguna, y el segundo ha procurado semejante efecto mediante la erogación patrimonial que sufre al realizar el pago. Puestos en la balanza ambos intereses, preferir el de los fiadores que no pagaron frente al del fiador que pagó sería tanto como anteponer, contra lo que manda los requerimientos más

(27) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 916.

elementales de la equidad, el *certat de lucro captando* al *certat de damno vitando*.

Pero la situación se complica todavía más si resulta que en algún caso ese cofiador que paga sí puede ocurrir en regreso frente a los demás, porque entonces sucede que si se dan determinados supuestos (demanda judicial, concurso o quiebra del deudor principal), cabe el reembolso, mientras que en los demás habrá que ensayar vías extrañas y tortuosas para intentar la recomposición económica del fiador que pagó, en cuanto se le niega el juego mecánico a su favor del derecho de regreso y por más que nos hallemos ante casos en los que se aprecia, por lo menos, la misma justificación que se da en los legalmente contemplados. Para intentar alguna suerte de explicación se recurre en tales supuestos a la idea del pago voluntario, caprichoso, arbitrario o malicioso, que ninguna ayuda sustancial puede procurar para salir del atolladero.

La situación sigue siendo clara y meridiana. Si los cofiadores son deudores mancomunados, el derecho de regreso no debe jugar entre ellos, y los casos del artículo 1.844 del Código Civil relativos al mismo son inadecuados y anómalos; en cambio, si los cofiadores son deudores solidarios, dichos casos resultan plenamente justificados, pero entonces no se entiende por qué la acción de reintegro del fiador que pagó debe quedar reducido a ellos, en cuanto no existe ninguna razón suficiente para justificar semejante limitación.

Por otra parte, la solución de nuestro Código Civil sería doblemente arbitraria, porque si ya lo es en los Códigos que vinculan solidariamente entre sí a los cofiadores a restringir el derecho de regreso de los mismos a ciertos supuestos, lo es todavía más que un Código Civil que consagraría, supuestamente, la afección mancomunada de los cofiadores reserve a éstos, empero, en alguna hipótesis el uso del recurso reintegratorio. Mal que la solidaridad sufra la limitación, pero todavía peor que la mancomunidad conozca el ejercicio, aunque limitado, de recursos que son propios de la especie obligatoria contrapuesta.

La prueba más palmaria la tenemos en lo que ha ocurrido en la evolución legislativa de los países latinos. Comienza el artículo 2.033 del *Code Civil* francés circunscribiendo el derecho de regreso a los cinco casos en que según el artículo 2.032, el fiador puede proceder contra el deudor principal, aún antes de haber pagado (sin que jamás la doctrina haya acertado a explicar satisfactoriamente tan peculiar traslado); continúa después el *Codice Civile* italiano de 1865 consagrandolo la misma poco rigurosa fórmula en su artículo 1.920, que remite a los mismos cinco supuestos del artículo 1.919. Pues bien, el Código Civil italiano de 1942, constatada por la doctrina la improcedencia de la formulación tradicional y separando lo que nunca debió ponerse en relación, dispone de manera genérica e indiscriminada que el cofiador que paga la deuda entera tiene derecho al reintegro de los demás en todo caso, al establecer en su artículo 1.954 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».

Nada, pues, de pago hecho en virtud de demanda judicial o estando el deudor principal en estado de concurso o quiebra, que no se alcanza a ver por qué ha de ser objeto de trato privilegiado; nada de pago voluntario o caprichoso, que tampoco se entiende por qué ha de ser tratado de manera adversa. Sino el escueto y solo hecho de que uno de los cofiadores ha procedido a pagar el débito en su totalidad; tal circunstancia determina de manera mecánica y sin diferenciación de supuestos que el *solvens* pueda reintegrarse cumplidamente de los que no pagaron. Claro que en el Derecho italiano esta solución, racional y ajustada, se facilita sobremanera al proclamar de manera tajante el artículo 1.946 del *Codice* que, salvo que se haya pactado el beneficio de división, cada uno de los cofiadores está obligado «por la deuda entera».

11. Lamentarse, al modo de GUILARTE ZAPATERO, de que cuando se ha convenido el carácter solidario de la cofianza la aplicación del artículo 1.145 del Código Civil resulta incuestionable, mientras que menos clara se ofrece la solución cuando el cofiador paga la totalidad de la deuda sin haberse constituido la cofianza solidariamente, es un lamento inútil, porque prescinde del único factor que podría brindar adecuada solución al problema. GUILARTE se aparta *in radice* de la solidaridad en el punto de partida para luego acercarse a ella en el de arribada, pero sin atreverse a dar el paso final, por más que reconozca lo inconsecuente e injusto de no aplicar las consecuencias pactadas para la *obligatio in solidum*.

Cofiador que paga el todo, en cuanto beneficia y libera de la deuda, de la misma deuda, a los otros cofiadores, debe ostentar el derecho de poderse reintegrar de éstos. Si se ha pactado la solidaridad, desde luego; y si no también, porque se trata de una obligación conjunta que por su propia sustancia, sentido y finalidad debe entrañar la afección solidaria y el juego de los mecanismos propios de ésta. Obsérvese que si se sostiene la vinculación mancomunada, el uso del derecho de regreso resulta extraño, no sólo porque el mismo queda excluido del ámbito de la obligación parciaria, sino, de manera fundamental, porque el cofiador que pagó no satisfizo la deuda entera (algo que no existe en base al art. 1.137 del Código Civil), sino la deuda propia y las deudas de los otros cofiadores; lo que explica que no puede cobijarse bajo el manto de la acción de regreso que emana de la unidad de la deuda y de su reparto interno en la esfera de la solidaridad.

Esto que dicta la *ratio iuris* y que lleva a algún autor a plantearse la posibilidad de una interpretación correctora del párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil, «atendiendo a su espíritu y finalidad» (28), puede

(28) DELGADO ECHEVERRÍA, «Elementos de Derecho Civil de Lacruz», II-3, *op. cit.*, pág. 543.

suplirse, según pensamos, en nuestro ordenamiento civil sin mayores dificultades, ya que a la vista del referido precepto, prescindiendo incluso de las múltiples e importantes ayudas colaterales que se pueden invocar, difícilmente cabe otra solución razonable que la de considerar que también entre nosotros los varios fiadores conjuntos «de un mismo deudor y por una misma deuda» son deudores solidarios entre sí.

En efecto, si en virtud del artículo 1.844 del Código Civil, el cofiador que paga «puede reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer»; algo que refleja en lógica elemental que si uno de los garantes paga la totalidad es porque el acreedor le puede reclamar dicha totalidad. Si en tal supuesto, resultando insolvente alguno de los fiadores, «la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción»; circunstancia que sólo se da en la estricta esfera de la solidaridad (art. 1.145 del Código Civil). Y si todo ello resulta así con prescindencia de cualquier convención de vinculación solidaria, en cuanto la propia ley lo dispone de manera directa y mecánica. ¿Qué es lo que impide, dificulta o desaconseja, proclamar que también en nuestro Derecho Civil cuando varias personas garantizan conjuntamente el cumplimiento de la misma obligación se están afectando entre sí de manera solidaria?

A no ser que toda esta evidencia se quiera oscurecer en base a la anodina y distorsionante circunstancia de que el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil parece limitar el ejercicio del derecho de regreso a los casos en que el fiador haya hecho el pago bajo el «constreñimiento» de la demanda judicial contra él intentada o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra. Intento baldío, porque, aunque así fuera, la presencia de tres supuestos de posibilidad de reembolso sería suficiente para sostener la solidaridad entre los cofiadores, por más que limitada o restringida. Pero, sobre todo, porque, según pensamos, ha quedado explicitado de manera suficiente, semejante limitación está ayuna de toda lógica y justificación, como llegan a reconocer incluso los que no ven en el *status* de los cofiadores más que una mera afección de signo mancomunado.

12. Lo razonable parece ser, en consecuencia, que se considere que en el Derecho español la cofianza es solidaria sin necesidad de pacto expreso al respecto y, al mismo tiempo, que la racionalidad misma de la figura y los objetivos jurídicos que por su través se alcanzan deben conducir a una interpretación tan amplia y generosa del párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil que permita prácticamente extender la posibilidad de ejercicio del derecho de regreso por parte del cofiador que pagó el *totum* a todo supuesto. Si esta conclusión resultare exagerada, siempre cabrá, con unos efectos prácticos casi similares, la extensión analógica de la norma en cuestión a todo otro supuesto, fuera de los por ella contemplados *expressis verbis*, en el que se aprecie «identidad de razón» con ellos, habida cuenta que hoy no se

plantea mayor cuestión respecto a la aplicación analógica de las normas excepcionales, tal como cumplidamente ha señalado BETTI al resaltar «el carácter de relatividad lógica y de condicionalidad histórica de la calificación de “excepcional”» (29).

Lo curioso es que en este campo, frente a las ambigüedades, indecisiones y reticencias de la doctrina, el Tribunal Supremo ha dado un significativo paso en el sentido de facilitar y ampliar el derecho de regreso del cofiador que paga la deuda entera fuera del estrecho e injustificado marco del artículo 1844.3.º del Código Civil, circunstancia que merece resaltarse sobre todo porque no es frecuente que nuestra jurisprudencia se aventure en campos no hollados antes por la planta de la dogmática, quizá respondiendo a la prudente prescripción de RENÉ DAVID de que «si la doctrina quiere cumplir una función esencial que le está asignada ha de servir de orientación y guía a la jurisprudencia en el desarrollo y perfeccionamiento del Derecho» (30).

En la sentencia de 19 de noviembre de 1982 se declara la procedencia del regreso del cofiador que satisfizo la totalidad de la deuda frente a los restantes, aunque el pago no fue procedido de demanda ni se había declarado el concurso o quiebra del deudor principal. Tras aludir a los antecedentes romanos y de nuestro Derecho histórico, en los que no existía posibilidad de reclamar el reintegro por parte del cofiador que pagaba salvo que obtuviera del acreedor satisfecho la subrogación en sus derechos, la sentencia señala que, de conformidad con el artículo 3.º del Código Civil, en la interpretación de las normas ha de atenderse a su espíritu y finalidad, y concluye que la motivación de la norma contenida en el párrafo tercero del artículo 1.844 *eiusdem* es la de establecer «una limitación no del derecho de cofiador que paga, sino de su forma de ejercicio, en el sentido de que sólo un abono justificado del crédito al acreedor puede legitimar su acción de reintegro contra los cofiadores y evitar así los perjuicios consiguientes a una conducta solutoria del cofiador infundada, unilateral o caprichosa, o en el peor de los casos, maliciosa». Por lo que estima que el requerimiento de pago efectuado al fiador, primero por la acreedora y luego por su abogado, supone «una conminación que, evidentemente, elimina toda idea de capricho o voluntad unilateral, ante su advertencia de verse demandado y que justificaba su acción de reintegro».

Y en la sentencia de 1 de julio de 1988 se insiste en la misma línea aperturista de la prescripción legal de restringir el derecho de regreso a los supuestos de demanda judicial y de concurso o quiebra del deudor. Advierte, al efecto, que si la exigencia sancionada en el párrafo tercero del artículo 1.844 del Código Civil tiene por finalidad evitar a los otros cofiadores los

(29) BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975, pág. 171.

(30) DAVID, *Tratado de Derecho Civil comparado*, Madrid, 1953, pág. 130.

perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o maliciosa, por parte del algún fiador que paga, semejante exigencia aparece suficientemente cumplida al estimarse probado en las sentencias de instancia que el fiador pagó vencida la deuda, «después de haber sido requerido notarialmente al efecto por la entidad acreedora, al igual que los otros diez cofiadores, y de tener conocimiento de que aquélla tenía preparada la necesaria documentación para formular la oportuna demanda si ninguno de los once fiadores solidarios atendía el requerimiento notarial de pago». Como se ve, pues, aunque centrada en la cofianza solidaria y en la improcedencia del pago arbitrario o caprichoso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado un significativo impulso a la expansión del derecho de regreso entre los cofiadores.

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza