3168 Cofianza solidaria, pago inconsentido de la deuda por el ex marido con numerario obtenido de la venta de vivienda familiar y liquidación de sociedades de gananciales. Art. 1844 III CC

Comentario a la STS 1711/2023, de 11 diciembre (JUR 2023, 447471)

Mª DOLORES MAS BADIA

Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho Civil

Universitat de València

Resumen: *Efectos en la liquidación de la sociedad de gananciales de la venta por el exmarido de la vivienda familiar para pagar el préstamo concedido a una sociedad mercantil del que ambos cónyuges eran cofiadores solidarios e hipotecantes no deudores. Aplicación del art. 1844.III CC. Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación. Este último, por entender que no se dan los presupuestos del derecho de regreso frente a los cofiadores aun aplicando la interpretación flexible del art. 1844.III CC que realiza la jurisprudencia, al considerarse el pago apresurado y falto de diligencia.*

Palabras clave:
Cofianza, Derecho de regreso, Liquidación de sociedad de gananciales.

Abstract: *Effects on the liquidation of the community of property of the sale by the ex-husband of the family home to pay the loan granted to a commercial company of which both spouses were joint guarantors and non-debtor mortgagors. Application of art. 1844.III CC. Dismissal of the extraordinary appeal for procedural infringement and the appeal in cassation. The latter, on the grounds that the conditions for the right of return against the co-guarantor are not met, even applying the flexible interpretation of art. 1844.III CC made by case law, as the payment was considered hasty and lacking in diligence.*

Keywords:
Co-guarantee, Right of return, Liquidation of community of property.

Ponente: Jose Luis Seoane Spiegelberg.

Voz índice analítico: Efectos de la fianza entre los cofiadores. Liquidación de sociedad de gananciales.

DOCTRINA

Es cierto, que la jurisprudencia ha interpretado el párrafo tercero del art. 1844 del CC, en el sentido de que, si no consta que el pago no fue imprudente, ni prematuro, ni malicioso, el fiador podrá reclamar de los cofiadores la parte que le corresponde; pero, en este caso, tal pago fue «apresurado y falto de diligencia», según declara la sentencia recurrida.

En este sentido, la sentencia 442/2015, de 23 de julio, proclama, en un supuesto en el que constaba que la deudora principal había cerrado sus instalaciones, y que el pago beneficiaba a los otros cofiadores por la quita obtenida de la deuda, que:

«[…] es doctrina consolidada de esta Sala la de que la exigencia del párrafo 3º del artículo 1844 del Código Civil, que tiene su razón de ser en evitar a los cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o, incluso, maliciosa por parte del fiador que pagó, deja en absoluto de tener virtualidad (por pérdida de la «ratio legis «que la justifica) cuando el pago realizado por un fiador es beneficioso para todos, ante la evidencia de la deuda y la conveniencia de no incurrir en mayores responsabilidades en caso de dar lugar a la demanda judicial, como ocurre en el presente supuesto litigioso,… (STS 16 de julio de 1999)». Para, a continuación, citar otras muchas en el mismo sentido de 29 de noviembre de 1997, 24 de mayo de 1994, 4 de mayo de 1993 y 7 de junio de 1991.

[…] La sentencia recurrida hace buen uso de la jurisprudencia recaída en torno al párrafo tercero del art. 1844CC, de acuerdo con la interpretación integradora ordenada en el art. 3.1 CC, al no ser «viable la aplicación simplista [del precepto] por la mera circunstancia de que no se haya demandado el pago del crédito afianzado por la entidad financiera acreedora a la deudora principal y que ésta no esté formalmente declarada en quiebra..–, por lo que procede la reclamación, en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, y pueda resarcirse el que ha arrastrado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, en la cuantía proporcional correspondiente» (STS de 2 de diciembre de 1988). En el presente caso quedó acreditado el cierre de las instalaciones de la deudora principal, de un lado, y el beneficio que reportó al resto de los cofiadores la quita que obtuvo la parte demandante, por otro.

No obstante, en el caso que nos ocupa, a diferencia del contemplado en la precitada sentencia 442/2015, de 23 de julio, no resulta de la sentencia recurrida, ni se atisba el beneficio que obtuvieron los litigantes con el pago anticipado del préstamo, mediante la venta de la vivienda familiar de naturaleza ganancial, en la que los hijos comunes, además, satisfacían sus necesidades de habitación, cuando la propia parte recurrente niega la contraprestación consistente en la cesión en pago de una vivienda, titularidad del socio único de la mercantil prestataria, para explicar el anómalo proceder del recurrente de liquidar anticipadamente el préstamo ajeno.

Por último, señalar que la fianza, como en el caso de la litis, puede pactarse con el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal (art. 1822 CC); ahora bien, incluso en el supuesto de la denominada «fianza solidaria» no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta. Así lo ha afirmado esta Sala aclarando que, aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada (sentencias de 2 de octubre de 1990, 600/2020, de 12 de noviembre y 116/2021, de 3 de marzo).

En este sentido, la sentencia n.º 770/2002, de 22 julio, cuya doctrina ratifica la más reciente 600/2020, de 12 de noviembre, proclama que:

> *«[…] el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal […]. El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil […], aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal (STS 10-4-1995, en recurso 551/1992)».*
>
> *«En definitiva, no consta reclamación de pago de la deuda por parte del acreedor, ni situación de insolvencia o de falta de liquidez de la sociedad prestataria, ni justificación alguna del beneficio que, para los litigantes, supuso el pago anticipado de la deuda garantizada.*
>
> *Por todo ello, no podemos considerar infringido el art. 1844.III del CC, como pretende la parte recurrente, la cual, de considerar que la sentencia dictada por el tribunal provincial incurre en el vicio de incongruencia, la debió impugnar por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1.2.º en relación con el art. 218.1 LEC) por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia».*

HECHOS

En el curso del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales que regía el matrimonio de los litigantes, la exesposa se opuso al cuaderno particional elaborado por el contador partidor. La discrepancia recaía sobre

una de las partidas incluidas en el activo del inventario. Versaba ésta sobre un derecho de crédito contra la sociedad Surinfo Cádiz, SL, que se había originado a raíz del pago realizado por el exesposo para cancelar el préstamo hipotecario concedido el 31 de octubre de 2007, por una entidad bancaria a la citada entidad mercantil. En relación con el citado préstamo, ambos cónyuges eran hipotecantes no deudores –gravando la hipoteca la vivienda familiar–, además de cofiadores solidarios –junto con otras dos personas, cónyuges también entre ellos–, con el deudor principal. Como cofiadores solidarios se comprometieron al pago en la misma medida y extensión que la parte prestataria con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión, división y cualquier otro que pudiera corresponder. En el momento de concertarse el préstamo con las referidas garantías los excónyuges litigantes eran socios de Surinfo Cádiz junto con otro de los avalistas. Sin embargo, el 15 de octubre de 2009, le habían transmitido a dicho cogarante todas las participaciones sociales de las que eran titulares, quedando aquél como socio y administrador único.

El numerario con el que se saldó el préstamo procedía de la venta, por el esposo, el 17 de marzo de 2011, de la vivienda familiar hipotecada en garantía de aquel. Dicha vivienda era ganancial en el 74,26%, y su uso había sido adjudicado al marido en el proceso de divorcio, al atribuírsele la guarda y custodia de los hijos comunes por sentencia de divorcio de 26 de julio de 2010. Al parecer constaba inscrita a nombre del esposo en el Registro de la Propiedad.

El Cuaderno Particional al que se oponía la esposa era del tenor siguiente:

> *«TOTAL ACTIVO GANANCIAL: 124.150,27 euros.*
>
> *TOTAL PASIVO GANANCIAL: 15.312,28 euros.*
>
> *ADJUDICACIÓN EN FAVOR DE:*
>
> *A) D.ª Elisa:*
>
> *1. 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (47.405,52 euros).*
>
> *TOTAL ADJUDICADO: 47.405 52 euros.*
>
> *B) D. Alejo:*
>
> *1. Pleno dominio de los garajes identificados como Finca Registral n.º NUM000 y Finca Registral n.º NUM001de el Registro de la Propiedad n.º 2 de DIRECCION000, por importe de 29.097,48 euros.*
>
> *2. 74,26% del producto sobrante de la venta de la finca registral NUM002 por importe de 241,17 euros.*
>
> *3. Derecho de Crédito de D. Alejo contra la sociedad de gananciales por el abono de la carga hipotecaria contraída con la entidad La Caixa, por importe de – 8.136,70 euros.*
>
> *4. Deuda pendiente de amortizar del préstamo hipotecario contraído con la Caixa por importe de – 7.175, 58 euros.*
>
> *5. 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ SL por importe igual al pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario (47.405 52 euros).*
>
> *TOTAL ADJUDICADO: 61.432 46 euros.*
>
> *D. Alejo recibe un exceso de adjudicación de 7.013, 47 euros, debiendo compensar a D.ª Elisa en dicha cantidad, igualándose las adjudicaciones».*

Interesan a los efectos de este comentario las adjudicaciones identificadas con los números 1. (D.ª Elisa) y 5. (Don Alejo), sobre las que se centra el debate. En ellas se atribuye a cada uno de los excónyuges el cincuenta por cien del crédito de la sociedad de gananciales contra la sociedad prestataria, derivado del pago realizado

por el exesposo con numerario procedente de la venta de la vivienda en parte ganancial para cancelar el préstamo hipotecario del que ambos cónyuges eran cofiadores solidarios (además de hipotecantes no deudores).

El Magistrado-juez de Primera Instancia dicta sentencia en la que desestima la oposición formulada y confirma el Cuaderno Particional. La sentencia es apelada, con éxito, por la exesposa. La Audiencia Provincial de Cádiz dicta sentencia revocatoria de la anterior, en la que acepta la propuesta liquidatoria de la exesposa, lo que se concreta en: 1º Dejar sin efecto la adjudicación a una y otra parte del 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ, SL por el pago realizado con objeto de cancelar el préstamo hipotecario. 2º Adjudicar al exesposo el derecho de crédito contra la comercial prestataria por importe del íntegro pago realizado (equivalente a un total de 94.811,04 euros). 3º Establecer la obligación de compensar a la exesposa por el exceso de adjudicación recibido.

De acuerdo con esto, las adjudicaciones aprobadas por la Audiencia en sustitución de las efectuadas por el Contador Partidor, que había validado la sentencia de Primera Instancia fueron, en concreto, las siguientes:

> *«A FAVOR DE D. Alejo*
>
> *1. Pleno dominio de los garajes identificados como Finca Registral n.º NUM000 y Finca Registral n.º NUM001de el Registro de la Propiedad n.º 2 de DIRECCION000, por importe de 29.097,48 euros.*
>
> *2. 74,26% del producto sobrante de la venta de la finca registral NUM002 por importe de 24.117 euros.*
>
> *3.–Derecho de crédito contra SURINFO CÁDIZ SL por importe de 94.811,04 euros.*
>
> *4.–Asunción de las deudas del pasivo de la sociedad de gananciales por importe de 15.312, 28 euros.*
>
> *TOTAL: 108.837,41 EUROS*
>
> *D. Alejo recibe un exceso de adjudicación de 54.418,7 euros, debiendo compensar a D.ª Elisa en dicha cantidad, igualándose las adjudicaciones».*

El representante procesal del esposo interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación frente al anterior pronunciamiento. El recurso procesal se sustenta, en la errónea y arbitraria valoración de la prueba. Por su parte, en el recurso de casación alega la oposición o desconocimiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la interpretación del artículo 1844.III CC, en relación con el 1145 CC, respecto de la acción de reembolso del cofiador «solvens» y a la mitigación de los requisitos establecidos en el art. 1.844.III CC.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos presentados y confirma la sentencia de la Audiencia.

Entiende acreditado que fue el exmarido el que procedió, sin el consentimiento de la exesposa, a la venta de la vivienda familiar, cuyo uso le fue adjudicado en el proceso de divorcio, y que era ganancial en el 74,26% (y privativa de aquel en el porcentaje restante). La venta se efectuó para amortizar, con el precio obtenido, el préstamo de una sociedad mercantil del que los litigantes eran avalistas solidarios. Lo hizo sin que hubiese reclamación de la deuda por parte de la entidad financiera acreedora, ni una situación de insolvencia o falta de liquidez de la sociedad prestataria, que justificara anticipar el pago del crédito que no se encontraba vencido. Por otra parte, no se atisba el beneficio que obtuvieron los litigantes con el pago anticipado del préstamo, mediante la venta de la vivienda familiar, en la que los hijos comunes, además, satisfacían sus necesidades de habitación. En consecuencia, considera que no se ha infringido el art. 1844.III CC, como pretendía el recurrente en casación.

COMENTARIO

I. LAS PECULIARIDADES DEL ENREVESADO CASO DE AUTOS: COFIADORES EXCÓNYUGES, VENTA DE VIVIENDA FAMILIAR, PAGO DE LA DEUDA NO CONSENTIDO Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Para su cabal aprehensión conviene leer la sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario junto con la de la Audiencia Provincial de Cádiz que aquél confirma (SAP de Cádiz, Sección 5ª, núm. 736/2021, de 2 septiembre –JUR 2021, 364205–). De no hacerlo así, se pierden aspectos esenciales de la argumentación del caso.

El procedimiento resuelve la liquidación de una sociedad de gananciales, en situación de comunidad postganancial por divorcio de los cónyuges. Al hilo de esta, se plantea un problema de cofianza solidaria bastante complejo.

Ambos excónyuges discrepan sobre una de las partidas incluidas en el activo ganancial y las adjudicaciones derivadas. Tiene aquella su origen en un préstamo hipotecario del que los litigantes eran avalistas solidarios (junto con otras dos personas) además de hipotecantes no deudores y la mercantil SURINFO CÁDIZ, SL, prestataria. En el momento de concertarse el préstamo, los cónyuges eran socios de la mercantil. La hipoteca constituida para garantizar el crédito gravaba la que fuera vivienda familiar de los esposos (en un 74,26% ganancial y en un 25,74% privativa del marido) y dos plazas de garaje de titularidad ganancial. El referido préstamo fue abonado por el exesposo con el importe de la venta (no consentida por la esposa, pero tampoco impugnada) de la citada vivienda. En esta, además, habitaban hasta su enajenación el exmarido y los hijos comunes, cuya guarda y custodia junto con el uso de la vivienda le habían sido atribuidos por la sentencia de divorcio.

En el cuaderno particional elaborado por el contador partidor y ratificado por el Juez de Primera Instancia, se adjudicó a favor de cada uno de los excónyuges el 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra SURINFO CÁDIZ, SL por importe igual al pago realizado para cancelar el préstamo hipotecario (47.405,52 euros a cada uno de ellos), a lo que se opuso la esposa.

Esta alegaba que la venta se realizó de forma unilateral y en nombre propio por su exmarido, que, de modo fraudulento y en su exclusivo provecho y con ánimo de excluir a la apelante del patrimonio ganancial, decidió proceder a la enajenación y hacer frente al pago de la deuda contraída por la sociedad SURINFO CÁDIZ, SL, de la que las partes eran avalistas solidarias. Pero ocultando un acuerdo a que el apelado había llegado con el administrador único de la sociedad citada (por cierto, también cofiador solidario –me remito, para más detalles, a la descripción de los hechos–), por el que, a cambio de la satisfacción de la deuda social, aquél lograba la cesión en pago de otra vivienda propiedad del citado administrador (coincidente con el domicilio social de la propia mercantil).

La Audiencia Provincial de Cádiz, cuya sentencia confirma el Tribunal Supremo, considera acreditado que fue el exmarido el que procedió, sin el consentimiento de la exesposa (ni como titular ganancial del citado 74,26 %, ni como cofiadora e hipotecante), a la venta de la vivienda familiar. Choca, a primera vista, que el marido pudiera vender la vivienda en gran parte ganancial sin contar con el consentimiento de su exesposa. La única explicación plausible es que, al parecer, constaba inscrita a nombre de aquel en el Registro de la Propiedad. Aunque esto tampoco resuelve la cuestión de si, como debería ser el caso, había tenido reflejo en el Registro la atribución del uso de la vivienda al marido ex art. 96 CC. Asimismo, la Audiencia entiende probado que la venta se efectuó para amortizar, con el precio obtenido, el préstamo de la sociedad mercantil del que los litigantes eran avalistas solidarios (con el deudor y en la esfera interna). El pago se llevó a cabo sin que

hubiese reclamación previa del crédito por parte de la entidad financiera acreedora, ni una situación de insolvencia o falta de liquidez de la sociedad prestataria, que justificara anticipar la satisfacción del crédito. Parece incluso que la deuda no se encontraba vencida, lo que no es cuestión baladí. Por otra parte, el Alto Tribunal – que hace suya la solución de la sentencia de apelación – afirma que no se atisba el beneficio que obtuvieron los litigantes con el pago anticipado del préstamo, mediante la enajenación de la vivienda familiar, en la que, además, los hijos comunes satisfacían sus necesidades de habitación.

¿Qué calificación jurídica merecen para la defensa de la esposa estos hechos? La demanda de apelación mantiene que se ha producido un error en la aplicación de los artículos 1838 y 1839 CC, reguladores de los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador (derecho de regreso del fiador «solvens» frente al deudor y subrogación en los derechos del acreedor frente al deudor), en relación con el artículo 1210.3 º CC, toda vez que era tan sólo el marido el que resultaba acreedor de la mercantil SURINFO CÁDIZ, SL, como consecuencia del pago efectuado en las circunstancias descritas. Esta consideración se sustenta en el hecho de ser él quien había dispuesto exclusivamente y sin consentimiento de su exesposa del bien ganancial, destinándolo, también sin su aquiescencia, al pago de la deuda contraída con la mercantil, tal y como se ha expuesto. No solo esto, sino que, a cambio de esta operación, el marido había percibido del administrador único de la citada sociedad la entrega de otro piso, que fue puesto a su disposición mediante una oculta dación en pago de la deuda. Aunque esta última circunstancia resulta bastante oscura en el caso, sin que aparezca probada de forma concluyente.

A partir de tal calificación, la esposa, a través de su representación procesal, suplica que, en el lote del esposo en la liquidación de la sociedad conyugal, se incluya un importe igual al 74,26% del pago realizado, fruto de la venta de la vivienda, destinado a cancelar el préstamo hipotecario (equivalente a la cantidad de 98.811,05 €), debiendo compensarle a ella por el exceso de adjudicación recibido.

Planteada de este modo, la controversia se centra en determinar los efectos, en la liquidación de la sociedad conyugal, de la venta del que fuera domicilio familiar, en situación de comunidad postganancial, y la satisfacción, con el importe obtenido, del crédito afianzado y levantamiento de las cargas hipotecarias que gravaban el inmueble además de dos plazas de garaje gananciales. Esto es, los efectos del pago de la deuda hipotecaria contraída por SURINFO CÁDIZ SL con numerario procedente de la venta de bien en gran parte ganancial y su repercusión en la liquidación de la sociedad conyugal.

El Tribunal de apelación considera que la esposa pudo interesar la nulidad de la venta de la vivienda al no mediar su consentimiento ni, en su defecto, la necesaria autorización judicial con base en el art. 1389 CC. Cosa que no hizo en el plazo de los cuatro años siguientes a su formalización (art. 1301 CC). Por lo que el negocio se halla convalidado tácitamente en sus efectos (ex art. 1311 CC), máxime cuando la propia apelante muestra su conformidad con los valores y cuantías asignados por el contador partidor y pretende que los mismos sirvan de base para la adjudicación del patrimonio ganancial (FD Segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz).

Sin perjuicio de que la solución última a la que conduce la anterior argumentación sea o no correcta – cuestión en la que entraré más adelante – no creo que el art. 1389 CC sea aplicable al caso litigioso, por no encajar sus circunstancias en el supuesto de hecho de la norma. Recordemos que el art. 1389 CC regula la situación, vigente el matrimonio, en que la administración de los bienes comunes ha sido atribuida a uno de los cónyuges, bien por ministerio de la ley, en la hipótesis del art. 1387 CC, bien por disposición judicial, en la del art. 1388 CC. Concurriendo alguno de estos supuestos, el art. 1389.II CC requiere la autorización judicial para los actos de disposición sobre inmuebles y otro tipo de bienes realizados por el cónyuge administrador. En nuestro caso, no solo nos encontramos en situación de comunidad postganancial, sino que – aun cuando el matrimonio hubiera estado vigente cuando se produjeron los hechos – no media la atribución de la administración de los bienes comunes, por ministerio de la ley o por los Tribunales, a que se refieren las

citadas normas, al marido.

Así pues, al margen de que acabe desembocándose en igual o similar solución a la que formula la sentencia de la Audiencia, corroborada por el Tribunal Supremo, lo cierto es que no cabe argumentarla con base en el art. 1389 y concordantes del Código Civil.

En el epígrafe siguiente propondré la argumentación que me parece más adecuada.

Volviendo a los efectos del pago de la deuda asumida por SURINFO CÁDIZ SL, recordemos que el cuaderno particional ratificado por el Juez de Primera Instancia los tradujo en una doble adjudicación, a uno y otro excónyuge, del 50% del crédito de la sociedad de gananciales contra la mercantil. Aunque la sentencia del Tribunal Supremo no explicita el hilo argumental que condujo al Juez a esta solución, la de segunda instancia arroja más luz al respecto: *«Razona el Juez a quo que este derecho de crédito resulta de la aplicación del art. 1838 CC, en relación con el art. 1210.3 del mismo texto legal, conforme a los cuales el fiador que paga por el deudor principal debe ser indemnizado por éste (cabe recordar que los excónyuges eran avalistas de la carga hipotecaria). De esta manera, el pago realizado debe redundar en beneficio de la sociedad de gananciales, mediante la inclusión en el activo del correspondiente crédito frente a SURINFO SL, en tanto que deudor favorecido por el pago de su deuda»*. Una vez incluido el crédito en el activo ganancial , el Contador Partidor decidió adjudicarlo al cincuenta por cien entre los exesposos, decisión validada por el Juez de Primera Instancia.

La Audiencia Provincial de Cádiz discute el ajuste a Derecho de este razonamiento. Antes bien, entiende que contraviene las normas aplicables a los efectos de la fianza entre cofiadores; en concreto el artículo 1844 CC, incluido su párrafo tercero, y la jurisprudencia que lo interpreta. Recuerda que los presupuestos que establece el artículo 1844.III CC para que proceda la acción de regreso del fiador «solvens» frente al resto de cofiadores han sido flexibilizados por el Tribunal Supremo. Aunque admite que las circunstancias de hecho del caso de autos no permiten entender que concurran tales presupuestos ni siquiera matizados en el sentido acuñado por el Alto Tribunal.

Llegados a este punto, antes de seguir profundizando y concluir sobre la mejor solución del caso, conviene hacer una referencia a la jurisprudencia recaída sobre el artículo 1844.III CC, para ver después cómo la aplica en el caso de autos la Audiencia, cuya sentencia será confirmada por el Tribunal Supremo. A ello se dedica el siguiente epígrafe.

II. UNA SENTENCIA QUE REITERA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA SOBRE EL ARTÍCULO 1844. III CC SIN ACLARARLA NI PROFUNDIZAR

1. El artículo 1844 del Código Civil

El artículo 1844 CC y, en especial, su apartado tercero, es una norma incómoda, de difícil interpretación, que no deja en buen lugar la técnica legislativa empleada. No son ajenos a esta situación los antecedentes históricos, de los cuales se aleja, y el tortuoso encaje sistemático con otras reglas que forjan los moldes de la fianza y las que rigen la solidaridad y la mancomunidad en supuestos de pluralidad de obligados. Constituye así una prueba de fuego para aquellos especialistas que a lo largo del tiempo se han detenido en el estudio del ya de por sí complejo contrato de fianza y en concreto de la confianza, esa «figura atormentada», en palabras de RUBIO GARRIDO (*Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza [en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil]*, Comares, 2002, p. 230). Hasta el día de hoy, no hay acuerdo en la solución interpretativa. Lo que no ha impedido que el Tribunal Supremo haya decantado una jurisprudencia, ya consolidada, a la cual viene a sumarse la sentencia que ahora se comenta.

Conviene recordar, a efectos de claridad expositiva, que el artículo 1844 CC, enmarcado entre los que

disciplinan los efectos de la fianza entre los cogarantes, dispone:

> *«Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.*
>
> *Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.*
>
> *Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra».*

Suele admitirse que el precepto se aplica a los supuestos de cofianza propiamente dicha y no a la mera pluralidad de fianzas que, aunque garanticen una misma deuda, lo hacen en virtud de relaciones y causas independientes. Aunque hay que reconocer que la delimitación de lo que deba entenderse por cofianza no es una cuestión pacífica en la doctrina (por todos, GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «Comentario al Artículo 1837», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, t. XXIII, EDERSA, 1990, pp. 224 y ss. –entre otros trabajos–; CARRASCO PERERA, Ángel, *Tratado de los derechos de garantía*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, p. 295; REYES LÓPEZ, M.ª José, «Artículo 1837 . Pluralidad de fiadores», *Código Civil Comentado*, Ana Cañizares Laso, A., Pedro de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F .J., Valpuesta Fernández, R. [dirs.], Vol 4, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 1206-12011; o RUBIO GARRIDO, Tomás, Ob. Cit., pp. 238 ss.). Y tampoco faltan algunos autores que entienden aplicable la norma también al supuesto de pluralidad de fianzas independientes (así, CASTILLA BAREA, Margarita, «Artículo 1844», *Comentarios al Código civil,* Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo [dir.], Tirant lo Blanch, 2013, p. 12662). Sea como sea, no me detendré en esta cuestión por cuanto en el caso de autos se aprecia, claramente, la existencia de una cofianza aun conforme con la interpretación más estricta.

El primer párrafo del art. 1844 CC reconoce el derecho del cofiador que ha satisfecho al acreedor mayor parte de la que le correspondía en la relación interna, a reclamar del resto de cogarantes y en la proporción debida, el reintegro de lo pagado en exceso. El segundo párrafo se refiere a la carga proporcional de la insolvencia de algún cofiador en el patrimonio del resto. En su tercer y último apartado, el precepto alude a ciertos presupuestos que deben concurrir para que el cofiador «solvens» pueda ejercitar con éxito la acción de regreso o repetición frente a los cogarantes por su respectiva porción. Son, conforme con su tenor literal, los siguientes: que se haya efectuado el pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra. La reforma de la Ley Concursal, que unifica las distintas situaciones de insolvencia judicial declarada y hace desaparecer la quiebra, no ha dado lugar a la modificación expresa del precepto. En cualquier caso, en la actualidad, donde la norma alude al concurso o quiebra hay que entender que se refiere al concurso de acreedores.

La flexibilización a que han sometido la jurisprudencia y la doctrina los condicionantes fijados por el art. 1844.III CC, con base en la «*ratio legis*» que inspira la norma, constituye la esencia de la argumentación del Tribunal Supremo para llegar al fallo en la sentencia comentada. Argumentación que, en mi opinión, se queda muy corta al obviar cuestiones fundamentales en el caso de autos como pueden ser las relativas al régimen de la comunidad postganancial y la liquidación de la sociedad conyugal.

Son muchas las zonas de sombra del art. 1844 CC. No descubro nada pues se encuentran perfectamente localizadas por la doctrina. Amén de la antes mencionada sobre la indefinición de lo que deba considerarse cofianza, cabe destacar, a los efectos de este comentario: la determinación del ámbito de aplicación del artículo 1844 – hasta qué punto depende de que la fianza se haya configurado como solidaria o mancomunada –; la interpretación que debe realizarse de los condicionantes para el ejercicio efectivo de la acción de regreso que establece el tercer párrafo del precepto; o cómo y en qué medida puede dirigirse el

cofiador «solvens» frente a los cogarantes o frente al deudor principal.

2. En especial, el ámbito de aplicación del art. 1844.III CC: ¿fianza solidaria o fianza mancomunada?

Los cofiadores, igual que sucedería con un fiador único, pueden haber pactado la fianza con el acreedor configurándola como mancomunada – lo que en el plano teórico de nuestro sistema es la regla general – o como solidaria – modalidad que es la más generalizada en la práctica – con el deudor. Y, asimismo, puede haberse estructurado la cofianza como mancomunada o solidaria entre los propios cogarantes.

En este segundo plano, si los cofiadores lo son mancomunadamente entre ellos y el acreedor exige a uno más de lo que le corresponde, éste, en principio, podrá oponerle el beneficio de división. Y no tendrá por qué cubrir la insolvencia de algún compañero en la fianza. Ni defenderse frente al acreedor con excepciones que solo a otro fiador correspondieran. Todo esto supone, como es lógico, una menor garantía para el acreedor, con lo cual éste perseguirá – y así suele ocurrir en la práctica – que los cofiadores se obliguen con carácter solidario, no solo junto con el deudor sino entre ellos mismos, pues esto refuerza la garantía. En el caso de que la fianza se haya pactado con carácter solidario entre los cofiadores, será de aplicación el régimen de la solidaridad de codeudores.

Como señala GUILARTE ZAPATERO, el art. 1844.III CC se ajusta (o, al menos es lo que pretende) a un fundamento de justicia, pero su formulación generalizada sin tomar en consideración las distintas situaciones susceptibles de producirse según la forma de constitución de la cofianza – mancomunada o solidaria, en el plano externo e interno, y sus posibles combinaciones – da lugar a un evidente confusionismo (GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «Acción del cofiador que pagó en su totalidad la deuda fiada para reclamar la cuota parte proporcional correspondiente a otro de los cofiadores. Comentario de la STS de 2 de diciembre de 1988», *CCJC*, N.º 18, 1988, pp. 1044 ss, entre otros trabajos). Los antecedentes históricos contribuyen, sin duda, al desasosiego que provoca la norma, al mezclarse en una especie de batiburrillo. Como advierte este autor, el precedente inmediato del art. 1844 CC se encuentra en el art. 2023 del Code Napoleón y sus equivalentes en otros Códigos. Pero la regla del apartado tercero fue introducida en el artículo 2758 del Proyecto de 1851 y se aparta en este punto del referente francés. Insiste en que aquella sanciona aparentemente una clara discordancia al relacionar la solución del precepto con las dispensadas a hipótesis legales de naturaleza semejante, acaso análoga, que surgen en materia de solidaridad de deudores, de pago por otro, de subrogación y cesión de créditos. En su opinión, si lo que se busca es evitar que por la sola voluntad de uno de los cofiadores pueda hacerse surgir la acción de reintegro contra los demás en perjuicio de los mismos – como sostenía MANRESA– hubiera sido suficiente con otorgar la acción de regreso cuando el pago no se hubiera debido a la voluntad exclusiva del fiador con el oportuno juego de las excepciones, en su caso, como establece el artículo 1845 CC y no imponer como requisito la demanda judicial previa, la quiebra o el concurso con los consiguientes gastos inútiles en perjuicio de todos (GUILARTE ZAPATERO, Vicente, Ob. Cit. y en «Comentario al art. 1844 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. [dir.], tomo XXIII, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1990, pp. 316 ss).

Una de las cuestiones que merece ser destacada desde el inicio es, en efecto, que la norma no tiene la misma coherencia con el sistema en aquellos ordenamientos que parten del carácter solidario de la fianza como regla general y en otros, como el nuestro, donde, en principio, rige, en teoría, la mancomunidad simple, salvo que se pacte la solidaridad, aunque esto último sea lo más frecuente en la práctica.

Queda así sobre el tapete uno de los principales escollos interpretativos que plantea el precepto, atinente a su ámbito de aplicación. ¿Es la fianza solidaria o la mancomunada la que integra el supuesto de hecho de la norma, o es indistinto el carácter de aquella para su aplicación? Como es bien sabido, son diversas las tesis que se han defendido. Escapa al alcance de este comentario entrar en la descripción de cada una de ellas,

que los interesados pueden encontrar en las principales obras de referencia sobre la materia. Por mi parte concuerdo con un destacado sector de la doctrina (CARRASCO PERERA o GUILARTE ZAPATERO, en las obras citadas; o PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, 1985, pp. 287 ss., entre otros), que entienden, en síntesis y con matices:

1º • Que el artículo 1844.III CC no es aplicable a la fianza solidaria, donde la acción de regreso se disciplina por el artículo 1145 CC. En contra, entre otros, CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La confianza*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, pp. 211 ss; o ALONSO SANCHEZ, Beatriz, «Comentario de la STS de 7 de junio de 1991, RJ 1991, 4428. Limitaciones al derecho de regreso del cofiador solvens ex artículo 1.844.3 del Código Civil», *CCJC*, N.º 27, 1991, pp. 771-776.

2º • Que tampoco es aplicable cuando, aun tratándose de una cofianza mancomunada en la esfera interna, el fiador demandado haya debido pagar por entero al haberse obligado solidariamente con el deudor.

3º • Que sólo puede ser aplicable a la fianza mancomunada y entonces tiene sentido que el fiador que, sin estar obligado en principio, paga el todo de la deuda, esté sujeto a condiciones más severas para el ejercicio del regreso.

CARRASCO (*Tratado …*, cit, pp. 411-412), que parte de la posición anterior, efectúa dos certeras críticas a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: El Alto Tribunal aplica el precepto sin distinguir entre fianza solidaria y fianza mancomunada. Además, no deja claro si la acción de regreso procede solo cuando el pago ha sido útil al resto de los cofiadores evitándoles mayores perjuicios o si basta con que no haya sido arbitrario ni caprichoso con tal de que no se empeore la situación del resto de los cogarantes. Estas críticas pueden mantenerse en relación con la sentencia que ahora comento. En ella, recordemos, los cofiadores habían garantizado, solidariamente, a la entidad financiera acreedora, el total cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte prestataria, obligándose, como fiadores solidarios con el deudor principal, al pago en la misma medida y extensión que la parte prestataria, con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión, división y cualquier otro que pudiera corresponder.

Para entender de forma cabal las anteriores aseveraciones, conviene hacer referencia a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en torno al artículo 1844.III CC, a lo que dedico el siguiente epígrafe.

3. Flexibilización jurisprudencial de la interpretación del precepto

Recordemos los términos de la reiterada jurisprudencia a la que vengo aludiendo, que extraigo de la paradigmática STS de 16 de julio de 1999 (RJ 1999, 6770), pero que pueden encontrarse en multitud de pronunciamientos «*[…] es doctrina consolidada de esta Sala la de que la exigencia del párrafo 3º del artículo 1844 del Código Civil, que tiene su razón de ser en evitar a los cofiadores los perjuicios de una conducta infundada, unilateral, caprichosa o, incluso, maliciosa por parte del fiador que pagó, deja en absoluto de tener virtualidad (por pérdida de la "ratio legis" que la justifica) cuando el pago realizado por un fiador es beneficioso para todos, ante la evidencia de la deuda y la conveniencia de no incurrir en mayores responsabilidades en caso de dar lugar a la demanda judicial»*. En estos casos , podrá dirigirse el cofiador «solvens» en vía de regreso frente al resto de los cogarantes por la parte que a cada uno corresponda. En cambio, cuando el pago se considera injustificado (unilateral, caprichoso, malicioso …), se entiende razonable que el fiador que así pagó deba dirigirse para recuperar lo satisfecho al deudor y no al resto de los cofiadores. Se trata de una interpretación correctora que atenúa el rigor de los requisitos del art. 1844.III CC por considerarlos discordantes con el espíritu y finalidad de la norma si se atiende a un mero criterio literal. Nutren esta jurisprudencia, entre otras, las SSTS de 23 de julio de 2015 (RJ 2015, 3706), 13 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 5566) –comentada por GÓMEZ BLANES, Pablo, en *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1515-1521–, 20 de julio de 2007 (RJ 2007, 5301), 11 de junio de 2004 (RJ 2004, 3831) –comentada por GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia, en

Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, N.º 14, 2005, pp. 309-322–, 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 5000), 30 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4777), 16 de julio de 1999 (RJ 1999, 6770), 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 139), 29 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8436), 7 de junio de 1995 (RJ 4428), 24 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3741), 4 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3403), 7 de junio de 1991 (RJ 1991, 4428), 2 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9287), 7 de julio de 1988 (RJ 1988, 5581), 16 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6693), o 19 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6550).

En suma, conforme con esta doctrina jurisprudencial, no se pierde la acción de regreso entre cofiadores cuando no se ha efectuado el pago caprichosa o maliciosamente o, en otros términos, cuando no ha sido imprudente, malicioso o prematuro, y ha beneficiado a todos los cogarantes (no queda claro – como denuncia CARRASCO, *Tratado …*, cit, pp. 411-412 – si son dos supuestos distintos o requisitos concurrentes –el de la diligencia y el del beneficio o interés mediato o inmediato de los cofiadores–, pues la jurisprudencia que los maneja, hermanándolos más o menos según los casos, no resulta demasiado rigurosa al respecto; TUR FAÚNDEZ, M.ª Nélida, por su parte, entiende que el único criterio válido a los efectos de ampliar la acción de regreso es el de la utilidad – *E l derecho de reembolso [En el pago por tercero, regímenes económico – matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos. Régimen jurídico. Jurisprudencia]*, Editorial General de Derecho, 1996, p. 157). Sea como sea, estas exigencias pueden quedar satisfechas, aunque no haya habido reclamación judicial de la deuda (p.e., en el caso de la STS de 7 de junio de 1991 –RJ 1991, 4428–, hubo requerimiento notarial) ni la insolvencia esté formalmente declarada (p. e., cuándo se acredita una insuficiencia patrimonial o insolvencia «de facto» del deudor principal que no está en concurso de acreedores, con mayor motivo si el cofiador que pago se encontraba unido, como es habitual, por vínculos societarios con la entidad deudora afianzada, lo que le permitía un conocimiento directo de su situación económica real). En tal hipótesis, el pago por el cofiador «solvens» reduce unos costes que se incrementarían de tener que esperar a la existencia de un procedimiento judicial o, incluso, a la demanda del acreedor. Por ello es de justicia, por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, que el fiador «solvens» siga contando con la acción de regreso frente a los cofiadores y pueda reclamar a cada uno de ellos la parte proporcional que les corresponda. No quedará constreñido a tener que dirigirse únicamente frente al deudor principal. Ni siquiera es necesaria la previa o simultánea reclamación a este: no solo no contiene esta exigencia el art. 1844 CC, sino que, además, estimar lo contrario chocaría con lo preceptuado en el art. 1845 CC que permite a los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueran puramente personales del mismo deudor (en tal sentido, ALONSO SANCHEZ, «Comentario …», pp. 771-776; o REYES LÓPEZ, M.ª José, «Comentario …», p. 1232, que alude a la STS de 30 de marzo de 2001 –RJ 2001, 4777– y concluye que el «solvens» podrá dirigirse indistintamente contra los cofiadores o contra el deudor o simultáneamente contra ambos a su elección). A la hora de resolver cada litigio, el juzgador debe valorar, a la vista de la prueba practicada, si el pago fue malicioso o simplemente caprichoso, imprudente o prematuro, o si solo beneficiaba al fiador que pagó, a los efectos indicados.

Ahora bien, esta flexibilización no ha de llegar hasta el punto de considerarla operativa incluso en la hipótesis de que el pago se efectúe sin estar vencida la deuda, como parece que ocurre precisamente en el caso que comento. Debe tratarse de deudas líquidas, vencidas y exigibles (la STS de 15 de octubre de 2004 –RJ 2004, 6834–, declara la improcedencia del ejercicio de la acción de reintegro entre cofiadores cuando el cofiador «solvens» anticipó el pago de la deuda y presentó la demanda de reintegro antes del vencimiento del préstamo garantizado).

Una de las objeciones que cabe hacer a la reseñada jurisprudencia, nutrida por un goteo constante de sentencias que llega hasta la que es objeto del presente comentario, es –como ya se ha dicho– que no suele distinguir entre cofianza solidaria o mancomunada. Es más, en la mayoría de las sentencias se ha aplicado a

supuestos de cofianza solidaria, cuando ya he advertido que, en estos casos, parece mejor solución entender que la acción de regreso se disciplina directamente por el artículo 1145 CC. Como subraya GUILARTE ZAPATERO («Art. 1844 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, p. 1948, entre otros trabajos), los razonamientos de las citadas sentencias, que flexibilizan la interpretación del artículo 1844.III CC, son en rigor intrascendentes y carecen de significación, pues tratándose de cofianza solidaria asumida también de esta forma con el deudor, es el régimen de la solidaridad (art. 1822.2 CC y art. 1145 CC) el que impide el funcionamiento de las limitaciones de la norma cuestionada interpretada «*stricto sensu* »; y si se trata de cofianza simple o mancomunada, parece que carecen de fuerza para orillar aquellas limitaciones. Apartir de esta idea y reconociendo la opinabilidad acerca de una norma tan poco clara, este autor distingue cuatro supuestos y ofrece las soluciones que cree idóneas en cada uno de ellos. A saber: *A) Cofianza asumida solidariamente entre los cogarantes y con el deudor principal.* El cofiador «solvens» está legitimado para reclamar la cuota de los restantes en virtud de la solidaridad conforme a los arts. 1822.2º y 1145 CC (*vid.* STS de 2 de diciembre de 1988 –RJ 1988, 9287–), sin tener en cuenta las limitaciones del artículo 1844.III CC. *B) Cofianza asumida solidariamente entre los cofiadores pero con beneficio de excusión respecto del deudor principal.* La solución es la misma que en el apartado anterior, aunque no haya mediado demanda judicial ni estado de concurso del deudor (por el juego de la solidaridad en la cogarantía). Pero si no concurre alguna de estas circunstancias ha de demandarse al deudor previa o conjuntamente para respetar la cualidad de responsables subsidiarios de los cofiadores en que se manifiesta el beneficio y no perjudicar sus intereses (cfr. Art. 1830 CC). *C) Cofianza asumida de forma mancomunada*. Aunque con la perspectiva propia de la garantía contraída con beneficio de división o mancomunadamente es difícil de justificar que un cofiador pague la totalidad de la deuda, si esto llega a suceder y media alguna de las circunstancias del 1844.III CC el fiador «solvens» podrá reclamar a los restantes su parte. De no mediar estas circunstancias, estará facultado para reclamar de los restantes cofiadores el exceso bien con amparo en las normas generales que regulan el pago por otro, bien en los arts. 1210.3º o 1838 y 1839 CC, pero limitando siempre su reclamación a la cantidad que el acreedor podía exigir a cada uno y con la posibilidad por parte de estos de oponer las excepciones previstas en el art. 1845 CC sin limitación ninguna. Es decir –y así lo han observado también DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, p. 577 –, siempre que el pago no sea imprudente, malicioso o prematuro, persiste la posibilidad de subrogación en el crédito pagado o reembolso que tiene todo fiador contra el deudor, residiendo la especialidad del art. 1844 CC en que permite al fiador «solvens» dirigirse en primer lugar contra los cofiadores (antes que contra el deudor) de mediar alguna de las situaciones precisadas en la norma.

CARRASCO –de forma razonable– cohonesta la solución jurisprudencial con la recta interpretación del art. 1844.III CC entendiendo que tal interpretación será asumible en los siguientes términos: «En realidad, la solución jurisprudencial es una concreción de la regla genérica del abuso de derecho. Lo que el Tribunal Supremo sostiene es que el cofiador se negaría de mala fe al ejercicio de la vía de regreso, cuando su posición no se ha perjudicado por el pago hecho por el *solvens.* Interpretada en estos términos, puede considerarse que, merced a una aplicación del art. 7 CC, se ha producido una ampliación del supuesto legal del art. 1844.III. En este orden de cosas, el regreso procedería siempre que, aun no dándose las condiciones exigidas de concurso o demanda judicial, las circunstancias del caso hagan concluir que la negativa al regreso sea contraria a las exigencias de la buena fe. Valorada en estos términos, la jurisprudencia del TS es asumible, siempre que se presente como aplicación cumulativa de dos normas jurídicas, subordinando la aplicación de la segunda de ellas (art. 7 CC) a que se den las condiciones precisas para que se pueda hablar de ejercicio abusivo de un derecho, y no como una redefinición del supuesto de hecho de la norma comentada» (CARRASCO, *Tratado …*, pp. 412-413).

III. VALORACIÓN DE LA SOLUCIÓN Y PROPUESTA DE ALTERNATIVAS

La peculiaridad de la sentencia que es objeto de este análisis no se encuentra en la doctrina que establece en

torno a la interpretación del artículo 1844.III CC, que nada nuevo aporta a la ya formulada en otras sentencias anteriores, descrita en el apartado anterior.

Pero sí que resulta singular, en comparación con aquellas, en relación con las circunstancias del caso litigioso. Y son estas circunstancias, al margen de las dificultades ya tradicionales en el entendimiento del artículo 1844 CC, las que obligan a plantearse si la argumentación esgrimida era la más oportuna para resolverlo.

Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo, que confirma su sentencia, argumentan con base en el artículo 1844.III CC, considerando que no ha quedado suficientemente probado que concurran en el caso las razones que, según jurisprudencia asentada, permitirían la flexibilización de los condicionantes que la norma establece para que pueda ser efectiva la acción de regreso del fiador «solvens» frente a los cogarantes.

En concreto, la Audiencia estima que no se ha probado la necesidad de anticipar el pago, al no mediar procedimiento judicial contra SURINFO CÁDIZ, SL ni acreditarse que dicha sociedad se encontrase en concurso o en situación de insolvencia.

La única prueba acompañada a los autos sobre la posible insolvencia son las unilaterales afirmaciones contenidas en un correo electrónico de 7 de diciembre de 2010 enviado por el marido a la exesposa, que alude a falta de liquidez de la entidad y al acuerdo «de facto» alcanzado por el remitente con el administrador y por aquel entonces socio único de la entidad, en virtud del cual el primero procedería a la venta de la vivienda para levantar las cargas hipotecarias, asumiendo con el sobrante, además, el pago de una hipoteca que el citado administrador tenía de su casa por importe de 40.000 euros. La Sala manifiesta desconocer, a ciencia cierta y a falta de mayor prueba, el porqué de la asunción de este último importe o si el mismo se haya referido al inmueble donde el exesposo reside actualmente y es objeto de la presunta dación en pago que describe la parte apelante.

El texto del correo de referencia era del tenor siguiente: *«Dado que tanto tú como yo, ya no tenemos ningún vínculo como sociedad con Surinfo y que su dueño y administrador único es Argimiro, yo le he pedido, que nos libere las propiedades nuestras, de tal carga, por el bien de Cirilo y Daniel.*

Y como Surinfo no tiene dinero líquido para levantar la hipoteca y además está teniendo problemas de pago con la hipoteca mensual, ante la posibilidad que se agrave más la casa, y que lo podamos perder todo, he llegado al acuerdo con Argimiro en el que yo vendo la casa de DIRECCION001 NUM003, y con lo que saque libero la hipoteca tanto de la casa como de los garajes y yo a cambio me hago cargo de la hipoteca que él tiene de su casa de 40.000 euros.

[…] Si tiene dudas de mis palabras puede consultarlo con Argimiro, aunque pase lo que pase lo voy a llevar a cavo (sic) por el bien de ellos, y por supuesto seguiré preservando a mis hijos […] y por favor tira más de ellos te necesitan, y en mí no encontrarás un enemigo en ese respecto».

El Tribunal considera que, a partir de la prueba practicada, no se halla justificado el pago anticipado del crédito hipotecario afianzado y la venta inconsentida de la vivienda para ello.

Es cierto –señala la Audiencia en su sentencia– que no se atisba una conducta dolosa o beneficio exclusivo del exesposo determinante de la aplicación del artículo 1390 CC. No puede concluirse la fraudulencia de la operación litigiosa, dado el déficit probatorio relativo a la supuesta dación en pago de deuda que se dice encubre el actuar descrito. Más allá del email acompañado, no se aportan datos contables que permitan verificar pagos a instancia del apelado de la hipoteca que grava la finca en que reside, coincidente al tiempo con el domicilio social de la entidad SURINFO CÁDIZ, SL. Pero sí que se percibe, al menos, un actuar apresurado y falto de diligencia al proceder al pago sin constatarse las circunstancias del artículo 1844.III CC ni siquiera en su interpretación flexible.

Con base en estos argumentos, que se resumen en la consideración del pago anticipado como injustificado, la

Audiencia, igual que había hecho el Juez de primera instancia, incluye el crédito frente a SURINFO CÁDIZ, SL en el activo ganancial. Pero, a diferencia de la sentencia apelada, lo adjudica al 100% al esposo y no al 50% entre ambos excónyuges. Y, después, corrige el exceso de adjudicación estableciendo un derecho de crédito en favor de la esposa y a cargo del exmarido. A efectos prácticos esto supone un trato más ventajoso para la esposa respecto de la solución de primera instancia en la medida en que aquella no sufrirá la insolvencia que, aunque no ha quedado probada, puede afectar a SURINFO, pues no es la mercantil quien debe pagarle la cantidad sino su exesposo por vía de corrección del exceso de adjudicación que resulta a su favor. Desde este punto de vistas, atendiendo al reparto de los riesgos, es seguramente una solución más justa o equitativa que distribuir el crédito frente a SURINFO al 50%. Pero ¿es la argumentación jurídica correcta? Antes de dar respuesta a esta cuestión, veamos cuál es la valoración del Tribunal Supremo.

El representante procesal del esposo interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación frente al anterior pronunciamiento. El primero se sustenta en la errónea y arbitraria valoración de la prueba. Por su parte, en el de casación se alega la oposición o desconocimiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la interpretación del artículo 1844.III CC, en relación con el 1145 CC, respecto de la acción de reembolso del cofiador que hace frente a la totalidad de la deuda avalada, cuando la fianza prestada es de carácter solidario y a la mitigación de los requisitos establecidos en el art. 1.844.III CC.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos presentados y confirma la sentencia de la Audiencia, en los términos ya expuestos anteriormente.

Quizá el Alto Tribunal se haya visto sugestionado por la forma de plantearse el recurso, que se hace girar en torno a la interpretación del artículo 1844.III del Código Civil, asumiendo el recurrente que esta es la norma aplicable, igual que había hecho la Audiencia, lo que no cuestiona el Tribunal Supremo. La diferencia entre el planteamiento del recurrente en casación y el de la Audiencia y el Tribunal Supremo radica en que estos últimos entienden que los hechos no pueden subsumirse en los presupuestos exigidos por la norma para la acción de regreso, ni siquiera interpretados de forma flexible, mientras que el recurrente aboga por la posición contraria. Pero unos y otro argumentan sobre la base de la aplicabilidad del artículo 1844.III para resolver el caso.

¿Qué valoración merece tal proceder? ¿Hasta qué punto era este un problema de cofianza o lo era, más bien, de disposición indebida de bienes gananciales –en situación de comunidad postganancial– o un combinado de ambos? La solución que aplica la Audiencia es de justicia en cuanto a su resultado, pero ¿es la argumentación correcta? ¿Podría haberse justificado el fallo de otra forma? Ensayaré, a continuación, una argumentación alternativa.

Resulta muy significativa la siguiente consideración de la Audiencia, aunque la realice «ad *obiter dicta*»: *«A mayor abundamiento, a cuanto antecede deben hacerse algunas apreciaciones. Así, considera la Sala que la compensación a favor de D ª … incluso debió ser sensiblemente superior, pues, en primer lugar, no es la liquidación de la deuda hipotecaria anticipadamente abonada por el Sr. … la que debió ser objeto de partición sino el valor de venta de la registral NUM002 en el referido porcentaje ganancial del 74,26% –e quivalente a 95.052,8 euro s–. No obstante, la Sala debe estar a los valores más bajos consignados por la parte apelante, por virtud de los principios dispositivo y de congruencia de la resolución judicial».*

Lo primero que debemos tener en cuenta es que, cuando se producen los hechos litigiosos, la sociedad conyugal se halla en situación de comunidad postganancial. La sociedad de gananciales ha quedado disuelta por el divorcio de los cónyuges, y se encuentra pendiente de liquidación. Es en el curso del procedimiento judicial de liquidación en el que surge la controversia.

En la argumentación de la Audiencia y del Tribunal Supremo, que resuelven con base en el artículo 1844 CC, queda diluido el hecho de que el fiador «solvens» está pagando con dinero ganancial o con dinero obtenido

de la venta no consentida, aunque tampoco impugnada, de un bien ganancial. Venta que se produce en situación de comunidad postganancial.

Como es bien sabido, cuando la sociedad de gananciales está disuelta pero no liquidada, el patrimonio común deja de incrementarse con las ganancias, frutos y rentas de los patrimonios privativos. No significa esto que quede del todo congelado. Conserva cierto dinamismo derivado de la posibilidad de que se incorporen los frutos que produzcan los bienes comunes, o concurran eventuales casos de usucapión en favor de la masa común, cobro de créditos o supuestos de subrogación real.

¿Qué sucede en esta situación de comunidad postganancial si uno de los cónyuges enajena un bien común sin el necesario consentimiento del otro? Es lo que ha sucedido en el caso de autos, utilizándose con posterioridad, por el enajenante, el numerario obtenido para saldar la deuda de la que los dos excónyuges eran cofiadores solidarios e hipotecantes no deudores.

Puede considerarse que al no impugnar el excónyuge cuyo consentimiento se omitió el acto dispositivo, este queda firme y el dinero obtenido de la venta se subroga en su lugar en el patrimonio postganancial. Una vez subrogado, el mismo excónyuge dispone de este numerario – de nuevo sin la aquiescencia del otro – para saldar la deuda de la que ambos son cofiadores solidarios. La satisfacción de la deuda se produce sin que operen los condicionantes para que se aplique la acción de regreso del artículo 1844 CC, aunque, en puridad y según lo que he defendido, al tratarse de una cofianza solidaria debería acudirse directamente a las reglas de la solidaridad (artículos 1145 y concordantes CC). La peculiaridad aquí, frente a otros casos resueltos por la jurisprudencia aplicando el artículo 1844 CC, es que la deuda principal (un elevado porcentaje de ella) se ha satisfecho por uno de los cofiadores solidarios con dinero ganancial (por subrogación real en el lugar de la vivienda enajenada). Desde mi punto de vista puede defenderse que se ha producido una disposición indebida de numerario común. Pero el cónyuge cuyo consentimiento se omitió no impugna esta disposición de numerario como tampoco ha impugnado la venta de la vivienda. Lo único que discute es la forma de reflejar este acto en la liquidación de la sociedad de gananciales transformada en comunidad postganancial. Teniendo todo esto en cuenta, debe partirse de los siguientes presupuestos:

I. • La vivienda litigiosa es ganancial en un 74,26%.

II. • La vivienda se vende por el excónyuge a cuyo nombre constaba inscrita en el Registro de la Propiedad sin que, al parecer, este reflejara su carácter en parte ganancial y sin que las sentencias de las sucesivas instancias establezcan si en el Registro, como cabía esperar, constaba que su uso había sido atribuido al cónyuge disponente junto con la guarda y custodia de los hijos menores por la sentencia de divorcio.

III. • En cualquier caso, la venta realizada sin el consentimiento de la exesposa no es impugnada por esta.

IV. • Opera la subrogación real del dinero obtenido por la venta en lugar de la vivienda en el porcentaje en el que era ganancial (74,26%).

V. • El dinero subrogado se consume pagando el exesposo, como cofiador solidario, el crédito de un tercero (SURINFO CÁDIZ, SL), sin que el acreedor hubiera reclamado la deuda –que, probablemente, ni siquiera estaba vencida– ni se entienda acreditada su supuesta insolvencia.

VI. • El exesposo, como fiador «solvens», tiene derecho de regreso (art. 1838 CC) y, en su caso subrogación (art. 1839 CC) en lugar del acreedor, frente a SURINFO, cuyo administrador único además estuvo de acuerdo en toda la operación. Este crédito ha de considerarse privativo del esposo.

A partir de ahí, en cuanto al reflejo de esta situación en el Cuaderno Particional, caben las siguientes posibilidades:

A) • Es este valor subrogado (equivalente al precio de la venta), que ha pasado a integrar la comunidad postganancial, el que se atribuye al esposo en las adjudicaciones. Presupone esto que el acto de disposición se considera eficaz, lo que solo ocurre en casos como el presente cuando no ha sido impugnado por el excónyuge cuyo consentimiento se omitió. El exceso de adjudicación se corrige mediante un crédito de la exesposa frente al exesposo. De este modo se evita que la exesposa corra el riesgo de la insolvencia de SURINFO.

B) • Otra posibilidad sería considerar ganancial el crédito frente a SURINFO y adjudicarlo por entero al esposo en la partición de la sociedad conyugal. Esta solución también presupone que el acto de disposición se considera eficaz, al no haber sido impugnado por el excónyuge cuyo consentimiento se omitió. El exceso de adjudicación se corrige mediante un crédito de la esposa frente al esposo. De este modo, igual que con la solución anterior, se evita que la exesposa corra el riesgo de la insolvencia de SURINFO. La consecuencia práctica, como se ve, es la misma que en la posibilidad A con el siguiente matiz. En la posibilidad A, sería objeto de partición el valor de venta de la vivienda (en el porcentaje ganancial). En la posibilidad B, lo sería el valor de la deuda liquidada.

Concuerda con la opción A la consideración efectuada a mayor abundamiento por la sentencia de la Audiencia, a que se ha hecho referencia «supra»: *«Así, considera la Sala que la compensación a favor de D ª … incluso debió ser sensiblemente superior, pues, en primer lugar, no es la liquidación de la deuda hipotecaria anticipadamente abonada por el Sr. … la que debió ser objeto de partición sino el valor de venta de la registral NUM002 en el referido porcentaje ganancial del 74,26% –e quivalente a 95.052,8 euro s–. No obstante, la Sala debe estar a los valores más bajos consignados por la parte apelante, por virtud de los principios dispositivo y de congruencia de la resolución judicial».*

C) • Una tercera posibilidad sería considerar privativo el crédito del esposo fiador «solvens» frente a SURINFO. Y dado que el crédito privativo se habría originado utilizando dinero ganancial, nacería en la comunidad postganancial (partida de activo) un derecho de reembolso frente al exesposo por el importe de los fondos utilizados (los fondos procedentes de la venta de la vivienda empleados para satisfacer la deuda de SURINFO) –cfr. art. 1397.3º CC, en relación con el 1358 CC–. Esto es, la sociedad conyugal –con todos los matices derivados de su falta de personalidad jurídica– ostentaría una posición acreedora frente al excónyuge solvens. Tal derecho de reembolso de la sociedad frente al exesposo supone que este debe reintegrar la cantidad de referencia a la sociedad en el momento de la liquidación, ya que no lo ha hecho antes. A efectos prácticos, este resultado se puede obtener integrando por entero tal cantidad en el lote del esposo y corrigiendo el exceso de adjudicación mediante un crédito de la esposa frente al esposo. De este modo, también se evita que la esposa corra el riesgo de la insolvencia de SURINFO. La consecuencia práctica como se ve es la misma que en la posibilidad B con el siguiente matiz. En la posibilidad B, se está adjudicando un crédito ganancial al esposo corrigiendo después el exceso de adjudicación que lleva. En cambio, en la posibilidad C, lo que opera es un juego de reintegros entre masas patrimoniales, al haber consumido el exesposo dinero ganancial para generar un crédito privativo a su favor.

IV. UN ÚLTIMO APUNTE SOBRE LA ACCESORIEDAD DE LA FIANZA

No quiero cerrar este comentario sin un breve apunte relativo a un extremo sobre la construcción dogmática de la fianza en el que también entra la sentencia. En el Fundamento de Derecho Quinto, el Tribunal Supremo aprovecha para insistir en que, tenga o no la fianza el carácter de solidaria, no sólo en cuanto a las obligaciones de los cofiadores entre sí, sino también respecto de la obligación del deudor principal (art. 1822 CC), *«no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoria), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta […] aunque el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, la fianza no queda desnaturalizada»*. Cita, en este sentido, las SSTS de 2 de octubre de 1990, de 22 de julio de 2002, de 12 de noviembre de 2020 y de 3 de marzo de 2021. Conforme con esta jurisprudencia, «*[…] el aval o fianza solidaria es una institución establecida*

para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal […]. El deudor principal es un tercero en la relación obligacional entre el acreedor y el fiador, como así lo dice expresamente el párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil […], aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal (STS 10-4-1995 [RJ 1995, 3254], en recurso 551/1992)».