

Id Cendoj: 28079110012009100639
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1145/2005
 Nº de Resolución: 654/2009
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x FIANZA x
- x SOLIDARIDAD CON EL DEUDOR (FIANZA) x
- x SOLIDARIDAD DE COFIADORES (FIANZA) x
- x PAGO PARCIAL x

Resumen:

Acción de regreso de un cofiador frente a los demás cofiadores solidarios por el pago parcial de la deuda principal.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil nueve

. Visto por a Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Getxo, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron los Procuradores D. Juan Antonio García San Miguel, en nombre y representación de D. Sixto y Dª Sagrario y la Procuradora Dª Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de D. Jose Miguel .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - 1.- La Procuradora Dª Begoña Urizar Arancibia, en nombre y representación de D. Jose Miguel , interpuso demanda de juicio ordinario contra "Bairak, S.L.", D. Juan Luis , D. Sixto , Dª Sagrario , D. Evelio , Dª Zaira y "Procesos Térmicos, S.A." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que: 1º) *Se condene a los demandados DOÑA Zaira , DON Sixto y DONA Sagrario , a que cada uno pague al demandante la suma de 1.781.268'70.- Pts., mas el 25% de 10 que se acredite que a mi representado le ha sido retenido de su nomina, a partir del mes de marzo de 2.000, inclusive, con causa en el juicio ejecutivo dimanante de la ejecución de la póliza acompañada como documento nº 1 de esta demanda, a fijar en trámite de ejecución de sentencia.* 2º) *Se condene a los precitados Sres. Sixto y Sagrario , a que cada uno pague a mi principal y para su imputación a la sociedad de gananciales que tuvo con Doña Zaira , la suma de 11.425.474.-ptas, mas, el 25% de lo que se acredite que se hubiera pagado por mi representado a la B.B.K. por encima de 45.701.896.- Pts., con causa en el crédito concertado por dicha entidad con la mercantil "PROCESOS TERMICOS, S.A." y derechos del préstamo a dicha mercantil comprados al B.B.V. en méritos del documento nº 28 de la demanda, a determinar en ejecución de sentencia.* 3º) *Se declare la nulidad del Juicio Ejecutivo nº 677/93, seguido en el Juzgado de 1ª Instancia Nº 4 de San Sebastián , a instancias de la mercantil "BAYRAK, S.I. ", contra DON Juan Luis y DON Sixto , por inexistencia de negocio causal subyacente que lo justifique y, en su consecuencia, se declare la nulidad de los embargos acordados en su ámbito, librándose en ejecución de sentencia los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad para la efectividad de dicha declaración.* 4º) *Se declare que el real comprador del crédito que instrumenta la póliza del B.G.H. que se acompaña como documento nº1 a esta demanda, lo fue DON Sixto , en vez de quien aparece como tal, DON Evelio , librándose en ejecución de sentencia el oportuno mandamiento al Sr.*

Notario que en prueba resulte haber autorizado la escritura para constancia en su protocolo, así como oficio para comunicación de lo resuelto al cedente-vendedor B.C.H y exhorto al Juzgado de 1ª Instancia N° 2 de Baracaldo que tramita el Juicio Ejecutivo N° 154/94 , en ejecución de dicha póliza. 5º) Se declare la nulidad del contrato de compraventa concertado el 16/01/96 entre el SR. Evelio y los Sres. Sixto / Sagrario que instrumenta la escritura cuya copia se acompaña como documento n°17 de esta demanda, librándose en ejecución de sentencia el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación de los asientos registrales que causó la inscripción de la referida escritura. 6º) Se condene a los demandados, excepción hecha de la mercantil "PROGRESOS TERMICOS, S.A." y a DOÑA Zaira al pago de las costas y, a todos ellos, al pago de los intereses con arreglo a Ley.

2.- El Procurador D. Germán Ors Simón, en nombre y representación de D. Evelio , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se estime la excepción dilatoria de imposibilidad de la acumulación operada; si se entrare en el fondo del asunto, desestímese íntegramente la demanda en cuando a las dos pretensiones contra mi mandante, por inexistencia de acción, transcurso de plazo y falta de legitimidad y si entrare en el fondo del asunto, desestímese por tratarse de dos operaciones absolutamente legales sin adolecer de vicio alguno invalidante, con expresa condena en costas a la actora.

3.- La Procuradora Dª Carmen Miral Oronoz, en nombre y representación de D. Sixto y Dª Sagrario , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la actora.

4.- Los codemandados D. Juan Luis , Bayrak, S.L. y Procesos Térmicos, S.A. fueron declarados en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido e autos.

5 .- La codemandada Zaira se allanó a la demanda.

6.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Getxo, dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2002 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que, rigiéndose las costas por lo dispuesto en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución, y desestimando cualquier otra petición:1) debo condenar y condeno a los demandados Sixto , Sagrario y Zaira a que, cada uno de ellos, abone a Jose Miguel las siguientes cantidades: a) 1.781.268,8 pesetas. b) El 25% de lo que al actor le haya sido retenido a partir de marzo de 2000, en virtud de los pagos efectuados en ejecución de las obligaciones dimanantes de la póliza que como documento n° 1 se acompaña con la demanda, a determinar en ejecución de sentencia. Tales cantidades devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia. 2) se declara la nulidad del juicio ejecutivo n° 677/93, seguido en el Juzgado de 1ª Instancia n° 4 de San Sebastián , a instancias de la mercantil "BAYRAK, S.L.", contra D. Juan Luis y D. Sixto por inexistencia de negocio causal subyacente que lo justifique, y, en su consecuencia, se declara la nulidad de los embargos acordados en su ámbito.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Sixto , Sagrario y de Jose Miguel , la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, dictó sentencia con fecha 17 de noviembre de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Jose Miguel y asimismo en parte el presentado por Sixto y Sagrario contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Guecho en el juicio de menor cuantía n° 60/00 del que este rollo dimana, acordamos: a) Mantener el pronunciamiento señalado bajo el número 2) en el fallo de dicha resolución. b) Revocar el pronunciamiento señalado bajo el número 1) y, por contrario imperio, condenar a Sixto , Sagrario y Zaira a que, cada uno de ellos, pague al actor el 25% de la mitad de las cantidades retenidas por la BBK Don. Jose Miguel hasta el día 9 de Enero de 1.996 y asimismo el 25% de la totalidad de las retenciones practicadas a partir de entonces, en los términos del apartado b) del expresado n° 1, lo que en caso de discrepancia de las partes se liquidará y concretará en trámite de ejecución de sentencia, si bien tomando como base de esa eventual liquidación la certificación sobre retenciones expedida por la BBK con fecha 11-2-02 que obra al folio 564 de los autos.c) Condenamos a Sixto y Sagrario a que, cada uno de ellos, pague a Jose Miguel la cantidad de 41.759,69 Euros, así como su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda. Confirmamos la sentencia recurrida en sus restantes pronunciamientos. No se efectúa una singular imposición de las costas del recurso a ninguna de las partes.*

TERCERO .- 1.- La Procuradora Dª Carmen Miral Oronoz, en nombre y representación de D. Sixto y Dª Sagrario interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO** .- *Infracción del artículo 1844 del Código civil.*

SEGUNDO .- Infracción de los *artículos 1844, 1145, y 1157 del Código civil* . Infracción del *artículo 1844 del Código civil*. *TERCERO* .- Infracción del *artículo 1844 del Código civil*. *CUARTO* .- Infracción por inaplicación de la prescripción de cuatro años establecida en el *artículo 1300 del Código civil*. *QUINTO* .- Infracción de los *artículos 1844 y 1822 del Código civil*. *SEXTO* .- Infracción del *artículo 1385.2º del Código civil* .

2 .- Por Auto de fecha 18 de noviembre de 2008 , se acordó no admitir el recurso por infracción procesal y admitir el de casación interpuesto por D. Sixto y D^a Sagrario ; no admitir el recurso de casación interpuesto por D. Jose Miguel y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de septiembre del 2009, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'CallaghanCallaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De una serie de acciones ejercitadas por el demandante en la instancia D. Jose Miguel han sido acogidas por las sentencias instancia dos de ellas, la condena a los demandados cofiadores al pago de la parte que les correspondía como tales en sendos contratos de préstamo, pólizas de crédito (del Banco Central Hispanoamericano y del BBK) y la nulidad de un juicio ejecutivo por inexistencia de negocio causal subyacente.

De los cofiadores demandados y condenados, tan sólo han recurrido en casación (se les ha inadmitido el recurso por infracción procesal, así como se ha inadmitido el de casación interpuesto por el demandante) don Sixto y doña Sagrario . Los tres primeros motivos plantean la misma cuestión, que esta Sala debe resolver: si un cofiador que ha pagado no la totalidad de la deuda, sino una parte de la misma, puede exigir a los demás su parte alícuota correspondiente, como aquí ha ocurrido. Los motivos quinto y sexto se refieren a que la reclamación se llevó a efecto antes del vencimiento y a que se le hizo en parte representando a su esposa. Todos los motivos anteriores se refieren a la condena a los cofiadores que constituye el primer pronunciamiento contenido en el fallo de la sentencia de primera instancia, modificado por la de segunda instancia. El motivo cuarto alega la prescripción en relación con el pronunciamiento segundo de aquélla, confirmado por la Audiencia Provincial.

SEGUNDO .- Los tres primeros motivos del recurso de casación, como se ha apuntado, se refieren a la condena a los cofiadores, demandados en la instancia y ahora dos de ellos recurrentes en casación y se centran en que no estaban obligados a pagar su cuota correspondiente y vienen referidos a la póliza de crédito concertada con el BBK.

El primer motivo mantiene que no estaban obligados porque habían sido absueltos en el juicio ejecutivo que la entidad bancaria acreedora había dirigido contra los mismos. Pero no cabe obviar que tal absolución fue debida a motivos formales y no quedan absueltos de la reclamación que les alcanza como fiadores solidarios, ya que aquella sentencia de remate carece de la fuerza de cosa juzgada y no entró en el fondo del asunto. Por lo que el motivo se desestima.

El motivo segundo, subsidiario del anterior, mantiene que el *artículo 1844 del Código civil* únicamente es de aplicación cuando un cofiador paga la deuda en su integridad y cita *artículos del Código civil (1145 y 1157)* que no afirman tal cosa, así como sentencias de esta Sala que tampoco lo abonan (de 7 de julio de 1988, 7 de mayo de 1997, 29 de noviembre de 1997) ya que conocen del caso de un pago del total sin plantearse que haya sido parcial o el del pago, en general, que no dicen que haya de ser total. En definitiva, esta Sala, ante el planteamiento que se le hace en este recurso, afirma, como fundamento del fallo, que en la cofianza, constituida bajo el régimen de solidaridad, el *artículo 1844 del código civil* permite a cualquiera de los cofiadores que haya pagado, total o parcialmente, sin exigirse que haya pagado la deuda en su totalidad, *reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer*, como dispone dicha norma; de lo contrario, se daría el contrasentido de que el fiador que paga o le embargan bienes, tiene que esperar a que el pago sea completo, lo que le dañaría a él y beneficiaría a los otros.

El tercero de los motivos, también subsidiario, afirma, como en los dos anteriores, que se ha infringido el *artículo 1844 del Código civil* porque el confiado que ha pagado, es decir, el demandante en la instancia, únicamente puede repetir contra los demás cofiadores, como los recurrentes, las cantidades que excedan de su cuota, que es el 25%. Tampoco se admite esta interpretación de la mencionada norma: El cofiador que paga tiene el derecho a reclamar a los demás su cuota parte, aunque no haya cubierto la totalidad de la

deuda (motivo anterior) y aunque no haya alcanzado la totalidad de su cuota (motivo actual); lo contrario sería ir contra la naturaleza y la función de la norma, cuya filosofía, al igual que el *artículo 1145, párrafo segundo*, es igualar las prestaciones de los codeudores o cofiadores solidarios, sin beneficiar alguno en perjuicio de otro.

TERCERO .- Los motivos quinto y sexto vienen referidos a la póliza de crédito concertada con la entidad Bilbao Bizkaia Kutxa (BBK).

El primero de ellos alega la infracción de los *artículos 1844 y 1822 del Código civil* en cuanto la sentencia recurrida confiere el derecho de repetición a la parte actora frente a los demandados ahora recurrentes, pese a que aquélla adelantó el vencimiento del crédito sin el consentimiento de los cofiadores. El motivo se desestima pues consta, aunque las sentencias de instancia no lo exponen con especial detalle, que el demandante se vio compelido a hacer pago, ante los incumplimientos por la sociedad prestataria deudora principal de los pagos a que venía obligada trimestralmente, hasta el punto que tuvo que acudir a otro préstamo con garantía hipotecaria (de su propia vivienda). Con lo cual, pese a la dicción literal del último *párrafo del artículo 1844*, se admite que el cofiador que paga, no por propia voluntad, sino compelido a ello, tiene derecho de repetición contra los restantes cofiadores, tanto por razón de justicia intrínseca pues de lo contrario habría asumido, no por propia voluntad, una deuda que sólo en parte le corresponde, como por razón del *artículo 1145, párrafo segundo*, en relación con el *artículo 1822, párrafo segundo*, al tratarse de una cofianza solidaria; también por razón de que la finalidad de aquella norma es el evitar un pago imprudente, prematuro o malicioso por parte del fiador que ha pagado. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que ahora se reitera: sentencias de 19 de noviembre de 1982, 7 de julio de 1988, 2 de diciembre de 1988.

En todo caso, cabe la repetición en cuanto el pago hecho por el cofiador beneficie a los demás cofiadores; es el caso en que el mismo impide el devengo de intereses moratorios que se producirían de no darse: así, en este sentido, la sentencia de 5 de febrero de 2007 que, además, destaca que esta acción de reintegro "no es más que una aplicación de la regla general sobre solidaridad establecida en el *artículo 1145 del Código civil*" y la de 20 de julio de 2007 que dice lo que aquí se reitera:

El actor paga la totalidad de lo reclamado por razón de hallarse en solidaridad con la entidad deudora, frente a la acreedora, y en virtud de la reclamación judicial que verifica la acreedora contra la propia deudora y contra la mayor parte de sus avalistas. La solidaridad establecida determina, por la remisión que expresamente verifica el artículo 1822 II CC, la aplicación de las reglas dictadas para las obligaciones solidarias, entre las cuales el artículo 1145 CC, precepto que, tras declarar que el pago extingue la obligación, concede al deudor solidario que pagó la facultad de reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, por vía de subrogación, que el artículo 1210.3º CC presume cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda. Y no puede exigirse de cada uno de los fiadores sino su parte, y no el todo de cualquiera de ellos. La acción de reembolso es también viable, en base al artículo 1844 CC, dado que concurren las circunstancias que se contemplan en su supuesto de hecho. Así lo tiene establecido esta Sala: la Sentencia de 3 de julio de 1998 señalaba que el cofiador que paga puede ejercitar de forma acumulada sus acciones contra el deudor y los cofiadores, de forma alternativa o subsidiaria, sin desbordar nunca la suma acreedora. La acción de regreso del cofiador que paga no exige que previa o simultáneamente se haya demandado al deudor (SSTS 29 de noviembre de 1997, 30 de marzo de 2001), ya que la acción de regreso del artículo 1844 CC es independiente de las que corresponden al fiador frente al deudor (arts. 1838 y 1839 CC); y no cabe exigir el estricto cumplimiento del párrafo 3º del artículo 1844 en los supuestos de pago por un cofiador solidario que a todos beneficia, sólo en aquellos supuestos en que el pago entero y espontáneo del cofiador se produzca por móviles torcidos, buscando su propio beneficio o en perjuicio de los demás fiadores (SSTS 2 de diciembre de 1988, 4 de mayo de 1993, 27 de febrero, 18 de septiembre y 29 de noviembre de 1997, 16 de julio de 1999, 20 de marzo de 2001, etc.).

El motivo sexto se refiere a la cuestión de la ganancialidad de los pagos llevados a cabo por el demandante, motivo que se desestima porque ya la sentencia recurrida lo ha tenido en cuenta (en el fundamento décimo) y ha sido resuelto en el fallo (pronunciamiento señalado con la letra b) revocando al efecto lo acordado por la sentencia de primera instancia.

CUARTO .- El motivo cuarto también se desestima porque alega la infracción del *artículo 1300 del Código civil* por entender que la sentencia recurrida ha estimado que no se ha producido la caducidad que señala el *artículo 1301 (no el 1300)*. No es así, ya que se trata de una nulidad, o mas bien inexistencia de un contrato de compraventa sin causa, con simulación absoluta y con fraude de ley, que carece de plazo de caducidad o de prescripción. Todo ello referido a la inexistencia del negocio causal que dio lugar al juicio ejecutivo cuya nulidad ha sido declarada en las sentencias de instancia.

Por ello, al desestimarse todos los motivos del recurso de casación, procede no dar lugar a éste confirmando la sentencia recurrida. Procede asimismo la condena en costas conforme a lo que dispone el artículo 392 .1 en su remisión al artículo 394 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION, interpuesto por la representación procesal de D. Sixto y D^a Sagrario , contra la sentencia dictada por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Bilbao, en fecha 17 de noviembre de 2004 , QUE CONFIRMAMOS.

Segundo .- En cuanto a las costas, se imponen a la parte recurrente.

Tercero. Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Xavier O'CallaghanCallaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'CallaghanCallaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.