

El derecho de regreso en la solidaridad de deudores

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

1. La típica nota de la solidaridad pasiva que permite al acreedor reclamar y obtener el pago íntegro de cualquiera de los deudores tiene su correlato lógico en la circunstancia de que la afectación de éste provoca la desaparición de la relación obligatoria, porque como bien dice el artículo 1.145 del Código Civil “el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación”.

Ahora bien, si se extingue la obligación, es obvio que, en principio, los restantes deudores que no efectuaron el pago deberán quedar liberados, porque nadie puede ser deudor una vez desaparecido el vínculo y porque, en cuanto deudores solidarios, estaban sujetos al cumplimiento íntegro de una prestación que ya ha sido realizada. ¿Querrá decir ello que pueden desentenderse sin repercusión alguna del acto solutorio realizado por uno de ellos? Estamos ante el viejo problema de la relación que media entre los distintos deudores solidarios y el juego del denominado derecho o acción de regreso.

En el Derecho romano clásico la estricta situación de solidaridad activa no generaba por sí sola el recíproco derecho de regreso entre los distintos implicados, sino que, para que tal cosa ocurriera, había que atender a la particular relación jurídica que mediase entre los sujetos. Lo mismo ocurría aquí, y, en consecuencia, el deudor que pagaba, para poder repetir de los otros deudores, debía estar asistido de una *actio pro socio, mandati, negotiorum gestio, familiae ercircundae o communi dividundo*, o bien encontrarse en alguno de los supuestos en que la ley permitía solicitar del acreedor satisfecho las acciones que ostentaban contra los otros codeudores (1). Las cosas cambiarían de manera significativa en el Derecho justinianeo.

La recepción del Derecho romano reabrió la polémica entre los doctores del *ius commune*, aunque una mayoría sustancial de los mismos se

(1) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, p. 44.

inclinó por la tesis de que el deudor solidario que pagara debía tener siempre la posibilidad, por una u otra vía, de recuperar parte de lo pagado de los otros deudores que no concurrieron a la *solutio*. Irnerio y Martino afirmarán de manera enfática que el derecho de regreso emana de la intrínseca naturaleza de la solidaridad.

Aunque no faltó alguna voz, como la de Faber, que negase semejante derivación mecánica y natural, la orientación asume carácter definitivo cuando Savigny sentencia que, al menos en la obligación solidaria pasiva, en la solidaridad siempre existe el derecho de reembolso a favor del deudor que pagó frente a los restantes codeudores. El artículo 1.213 del *Code* normativizará la idea, y a partir de ahí la pauta adquirirá consagración legal en todos los Códigos civiles, incluido el nuestro, ya que a tenor del párrafo segundo de su artículo 1.145 el derecho de regreso se nos presenta como un mecanismo jurídico que en virtud del pago unilateral se deriva de la idea misma de la solidaridad.

Giorgi encontraba el fundamento jurídico de esta acción de reembolso en el pago efectuado por cuenta de otro en virtud del mandato implícito en el vínculo solidario, mandato que otorga un crédito a favor de aquel que pagó respecto al que quedó libre (2). Sabido es que no es así, pues reconocer a la solidaridad fuerza suficiente como para generar ella sola ese derecho de regreso sin necesidad de particular negocio alguno entre los codeudores, para luego concluir que todo se explica en virtud de un mandato tácito y recíproco que media entre ellos, es una forma vergonzante de desandar lo andado y de recibir por la ventana lo que se acaba de despedir por la puerta.

2. El deudor que paga, como es sabido, no es ni mandatario, ni representante, ni gestor de los negocios de los restantes. Ni siquiera paga en interés y por cuenta de otros, sino que paga en su propio y exclusivo interés, en cuanto realiza el acto solutorio en función de una deuda que le sujeta a la realización de la totalidad de la prestación debida, y precisamente para liberarse de ella. Otra cosa es que semejante actuación solutoria sea susceptible de desencadenar determinados efectos respecto a los codeudores que no pagaron.

Díez-Picazo nos dice que el fundamento de la acción de regreso se encuentra en los principios que vedan el enriquecimiento sin causa, porque si el deudor que ha pagado no pudiera dirigirse contra sus codeudores, éstos últimos experimentarían un enriquecimiento injusto; pero no puede dejar de reconocer, de todas maneras, que no se trata de una verdadera acción de enriquecimiento, que tiene siempre carácter subsidiario, sino de una acción tipificada por la ley con base en aquel principio (3). Curioso supuesto de enriquecimiento injusto que no genera una acción de esta naturaleza.

(2) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, I, Madrid, 1909, p. 175.

(3) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 437.

En realidad, ni siquiera hace falta acudir a semejante construcción. El deudor solidario que paga el todo está pagando lo que le corresponde, pero junto a él existen otros deudores con el mismo tipo de vinculación. Esa idea de pluralidad de sujetos pasivos y unidad de objeto significa, en definitiva, que al margen de cualquiera que sea la concreta incidencia en el momento de ejecutarse la prestación debida, todos los deudores habrán de participar en dicha ejecución aunque sea *a posteriori*, porque difícilmente cabe catalogar a alguien de deudor y ni aun siquiera de considerarlo deudor si no se ve implicado, en uno u otro momento y con uno u otro grado de participación, en la realización de la *res debita*, al menos en relación a los deudores principales.

3. ¿Quiere decir ello que en la afectación interna la relación entre los diversos deudores solidarios es simple y mera mancomunidad? La contestación afirmativa viene de lejos, pues ya Pothier la acogía en base a la consideración estrictamente práctica de que de sostenerse la subsistencia de la solidaridad en las relaciones internas nos veríamos abocados a “un círculo de acciones”, porque cada deudor demandado por el todo trataría de actuar de la misma manera respecto a otro de ellos, y así sucesivamente (4). En nuestros días, Amorth ha significado que las relaciones internas se caracterizan por la ausencia de solidaridad, ya que una vez destruido el vínculo solidario mediante el cumplimiento de la prestación, frente al deudor que ha pagado no existe un grupo sino una multiplicidad de sujetos, “cada uno de los cuales responde exclusivamente de la deuda propia” (5).

Cierto que los textos legales parecen avalar sin problemas esta tesis al hablar de “parte y porción” (arts. 1.213 del *Code*), “partes iguales en su relación recíproca” (parágr. 426 del B.G.B.), “parte de cada uno” (art. 1.299 del *Codice*), y “parte que a cada uno corresponda” (art. 1.145 de nuestro Código civil), pero no menos cierto que en todos ellos existe alguna otra previsión que enturbia de manera significativa una clara y definitiva conclusión en pro de la estricta mancomunidad entre los codeudores, sobre todo la circunstancia, tan típica y característica de la solidaridad, de que la insolvencia de un deudor solidario será cubierta por los restantes. ¿Cómo puede afirmarse que estamos en presencia en la relación interna de una escueta mancomunidad cuando se da la circunstancia apuntada, ajena por completo a la obligación parciaria (art. 1.139, C.c.) y factor básico de caracterización en el ámbito de la solidaridad?

Realmente suena un tanto raro que una obligación constituida como solidaria funcione internamente como mancomunada o asuma esta segunda naturaleza una vez efectuado el pago por uno de los deudores solidarios. Esas relaciones externas e internas, de que nos habla Amorth, comprendidas en la obligación solidaria desde su nacimiento, o ese ar-

(4) POTHIER, *Traité des obligations*, I, París, 1848, p. 268.

(5) AMORTH, *La responsabilidad del deudor solidario*, Barcelona, 1963, pp. 378 y ss.

gumento, que esgrime Puig Ferriol, de que el fundamento de la solidaridad (facilitar al acreedor la exacción del crédito), falla en la relación interna, por cuanto los distintos codeudores, al obligarse solidariamente, no perseguían favorecer la posición del *solvens* en el sentido de que éste pudiera dirigirse después indiscriminadamente contra cualquiera de ellos (6) resultan un tanto artificiosos, porque las cosas no ocurren de esa manera, y no ocurren porque no pueden ocurrir.

En efecto, la idea misma de una relación obligatoria externamente solidaria e internamente mancomunada supone un híbrido de muy difícil encaje jurídico, en cuanto supondría la doble naturaleza de una misma figura y algo así como la visión materialista de que en la obligación cabe descubrir una serie de capas o estratos. En la obligación solidaria pasiva cada uno de los deudores debe el todo, y esta es la nota determinante y caracterizadora; lo que sucede es que al ser varios y una sola la prestación, cumplida ésta por uno de ellos, es obvio que debe procederse a su reparto entre los restantes, pero sin que ello implique su desnaturalización ni la pérdida de su condición de solidaria:

4. En realidad, el deudor que pagó podría reclamar a otro de ellos el todo menos su parte, y éste a un tercero el todo menos su parte y la del *solvens*, y así sucesivamente; situación que, como decía Pothier, tiene poco sentido práctico al multiplicar las reclamaciones. Quizás, por ello, los legisladores han optado por el fraccionamiento en el reparto interno, pero sin abandonar la idea de la solidaridad, como lo prueba de manera terminante la circunstancia de que la insolvencia de uno de los deudores la cubren los restantes solventes. ¿Dónde apoyar esta circunstancia si se ha abandonado el soporte de la solidaridad? Sólo el dato de que los demás deudores continúan vinculados solidariamente permite justificar el hecho de que la responsabilidad de cada uno de ellos se extienda más allá de su "parte" hasta englobar la prorrata de lo que corresponda al que resulte insolvente.

Esta explicación nos parece más coherente que la de aquellos autores que, percibiendo la dificultad dogmática, prefieren, empero, matizar tan sólo la mancomunidad, al modo, por ejemplo, de Lacruz, que habla de que en la relación interna no sólo hay mancomunidad, sino también garantía mutua, actuado cada deudor como cofiador del insolvente (7), o de Albaladejo, para quien en relación interna no se aplica la regulación de la mancomunidad, sino una regulación especial entre mancomunidad (se debe parte) y solidaridad (se responde de todo) (8). Y ello porque esa garantía mutua, no pactada, no puede tener otra matriz que la solidaridad y porque esa *sui generis* aplicación de la teoría del *debitum* y la *obligatio* al juego de la mancomunidad y la solidaridad (deuda

(6) PUIG FERRIOL, "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", en *Libro-Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 486.

(7) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, p. 69.

(8) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980, p. 98.

mancomunada y responsabilidad solidaria) resulta en extremo insólita y forzada. ¿Podrá el deudor que paga obtener del acreedor la cesión del crédito, una vez deducida la parte que en la satisfacción del mismo le corresponde? La fórmula de nuestro artículo 1.210, 3.º (“se presumirá la subrogación... cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación”) y el precedente romano parecen propiciar la contestación afirmativa; postura ésta que, con distintas variantes, es la que prepondera en la doctrina española.

Ciertamente, en Roma fue posible que un deudor que pagaba pudiera acogerse al *beneficium cedendarum actionum* a través de la ficción de que compraba el crédito, incluso aunque la cesión tuviere lugar después de extinguida la obligación (9); sin embargo, semejante recurso no operaba en la solidaridad en general, sino que tan sólo se daba en la *fideiussio*, al objeto de proteger al fiador demandado mediante la adquisición de las acciones que correspondiesen al acreedor contra el deudor principal y los cofiadores (10). Algo que disminuye sensiblemente el juego de la subrogación en el ámbito de las obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos.

Justiniano extendió el beneficio de cesión de acciones a supuestos distintos de la fianza y permitió su juego incluso en hipótesis en que sólo ficticiamente cabe hablar de *cessio*. Sobre esta base, será Pothier quien introducirá elementos de muy dudosa fiabilidad al estimar de manera general que todo deudor solidario que paga está facultado para exigirle al acreedor, que no puede negarse a semejante petición, la cesión de las acciones, en razón de que mediante su pago está procediendo a la compra del crédito; y esta dudosa construcción estaba destinada a gozar de amplio predicamento, bien en su prístina formulación, bien a través del mecanismo de la subrogación.

5. De entrada, debe reconocerse que el juego del beneficio que se comenta tiene sentido en la solidaridad pasiva cuando de ésta no surge mecánicamente el derecho de reembolso a favor del deudor que paga. El natural y justo reparto de la prestación entre todos los obligados justifica que se haga uso de la ficción de que se ceden las acciones correspondientes a un crédito que se ha extinguido precisamente por el pago que realiza el supuesto cesionario. En cambio, cuando el referido derecho de regreso emana espontáneamente de la propia solidaridad pasiva (art. 1.145, C.c.), parece natural que no exista necesidad de recurrir a ciertos artificios, ya que mediante aquel queda cubierta de manera adecuada la exigencia que se comenta, máxime cuando siempre será harto discutible la justificación de la cesión de unas acciones que en buena ley se han esfumado o se esfumarán en el momento en que tiene lugar el pago.

(9) D. 46, 1, 36.

(10) CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano...*, op. cit., p. 718.

Superada, pues, la figura de la cesión, un nuevo obstáculo se presenta a la hora de delimitar jurídicamente la situación del deudor solidario que efectúe el pago: el de la subrogación. ¿Se acumulará al derecho de regreso el juego de este mecanismo? ¿Serán compatibles ambos, pudiendo optar el *solvens* por uno u otro, o, por el contrario, la acción de regreso excluirá la operatividad de la subrogación?

En España, la presencia de una norma como la contenida en el número tercero del artículo 1.210 del Código civil, a cuyo tenor “se presumirá que hay subrogación... cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”, parece poner las cosas en extremo fácil a quienes piensan que el deudor solidario que paga se subroga en la posición jurídica del acreedor satisfecho. La prueba es que el bloque determinante de la doctrina española se pronuncia a favor de la compatibilidad y admite que dicho deudor pueda optar por uno u otro recurso (Lacruz, Albaladejo, Díez-Picazo, Ballarín, etc.). Sin embargo, quizá la conclusión correcta no sea tan meridiana.

Cuando la ley permite al deudor solidario que paga reclamar a los restantes deudores su parte le está otorgando un derecho de nuevo cuño, que antes no existía ni podía existir, en cuanto surge *ex novo* precisamente en base al hecho de que sólo uno de los deudores ha soportado la totalidad de la prestación. La ley juzga que este hecho es suficiente para semejante acreditación, y al actuar así no vulnera criterio alguno porque respeta las consecuencias jurídicas que se han producido en base a la *solutio* efectuada. En cambio, si se contempla la subrogación las cosas se complican, pues por definición esta figura supone subsistencia del crédito y sustitución del originario acreedor por uno nuevo, y aquí estaremos, por un lado, ante un crédito que se ha extinguido en razón del pago realizado (art. 1.145, C.c.) y, por el otro, en presencia de un derecho que no es el originario, ya que resulta detraído en la parte que correspondía al *solvens*.

Demasiadas complicaciones para el juego nítido de la *subrogatio*, por lo que no debe extrañar demasiado que algún autor, aunque sostenga que “la subrogación y el regreso puro son compatibles”, se vea obligado a reconocer que “el deudor titular de la acción de regreso no es cesionario del acreedor pagado, ni tampoco un subrogado en el crédito” (11). Pero es que las dificultades se acrecientan para aquellos autores (la mayoría) que consideran que el pago efectuado por uno de los deudores transforma la solidaridad en mancomunidad, ya que entonces nos encontraremos ante la extraña situación de que el *solvens* se subroga en una porción del crédito extinguido que, además, pierde su originaria naturaleza solidaria al facultar ahora tan sólo a su nuevo titular para reclamar a *pro rata* a los restantes deudores. La mutación que experimenta

(11) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 437.

el crédito es tan drástica y sustancial que resulta un tanto exagerado y extravagante poner en juego el instituto de la subrogación.

La dificultad no parece arredrar a Puig Ferriol, pues aunque reconoce que el deudor que haya extinguido una obligación solidaria no se subroga, realmente, en la misma, sino en una obligación distinta (mancomunada), por cuanto sólo puede reclamar a los demás codeudores la parte que les corresponda, estima que, de todas maneras, dicho deudor se subroga en la misma relación obligatoria, ya que aunque en la relación interna predomine el principio de la fragmentación y en la externa el de unificación, la obligación es siempre la misma, por más que en determinados momentos prevalezca uno u otro de dichos principios. “Por tanto, la circunstancia de que la subrogación *ex artículo 1.210, núm. 3, C.c.*, sólo puede operar dentro de los límites de la fragmentación que impone el artículo 1.145.2 C.c., no constituye ningún obstáculo para que pueda hablarse aquí de subrogación, puesto que el codeudor que ha pagado adquiere el mismo derecho de crédito —salvo la confusión parcial—, pero sólo tal como se configuraba en las relaciones internas” (12).

6. Ya hemos criticado en otro lugar esta concepción de la doble naturaleza de la relación obligatoria por lo que nada vamos a añadir ahora. Sin embargo, admitir el juego de la subrogación en el crédito en base a una descomposición de la obligación solidaria pasiva como la que nos propone Puig Ferriol resulta demasiado forzado y exagerado, porque parece existir pocas dudas de que, no obstante el juego de palabras y los difíciles ejercicios para descubrir una supuesta continuidad del vínculo, el crédito en el que se subrogaría el deudor que pagó guarda escaso parentesco o similitud con el originario crédito satisfecho; siendo esto así, cualquier esfuerzo para sostener la presencia de la subrogación ha de resultar necesariamente estéril, porque siempre nos encontraremos con que falta uno de los presupuestos de la misma: la persistencia del mismo derecho en el que se opera el cambio de titular. O, ¿acaso es creíble que en la solidaridad pasiva el derecho de crédito que ostenta el acreedor sería el mismo que ese que asume el *solvens* respecto a los codeudores pensando tan sólo en las relaciones que median entre los mismos? Subrogarse en la parte interna de un derecho, en el supuesto de que quepa hablar de esa manera, no dejaría de ser una curiosa forma de subrogación.

En realidad, no existe semejante acumulación de recursos, y hablar de regreso y subrogación, en el sentido de que el deudor solidario que pagó puede optar para obtener el reembolso por uno u otro mecanismo, resulta inexacto. Cuando tiene lugar semejante evento, la obligación solidaria pasiva se extingue (art. 1.145, C.c.) al haberse ejecutado totalmente la prestación debida y, en consecuencia, resulta imposible hablar de subrogación en un crédito que ha dejado de existir. Que pudiera re-

(12) PUIG FERRIOL, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 491 y ss.

saltar más conveniente esta posibilidad en cuanto permitiría la subsistencia de todas las garantías y privilegios del originario crédito, es aceptable, pero no añade un ápice a su admisibilidad, porque la misma supone un quebrantamiento dogmático importante y sólo la existencia de un expreso precepto legal que la consagrarse permitiría sostener su operatividad. El artículo 1.210, 3.º del Código civil no es suficiente en tal sentido, ya que es evidente que el mismo no se está refiriendo a deudor alguno, sino que contempla el pago hecho por tercero (hasta gramaticalmente resulta así del juego combinado entre los números segundo y tercero del mismo) (13); por lo que dice bien Puig Brutau cuando señala que “los casos en que la subrogación se presume, según el artículo 1.210, no están pensados para el de la solidaridad pasiva” (14).

Otra cosa ocurre con el derecho de recurso o regreso. Precisamente porque se ha extinguido la obligación solidaria y precisamente porque el deudor que ha pagado queda desasistido de cualquier otro remedio jurídico (ni la cesión forzosa ni la subrogación caben cómodamente, según se ha visto), es por lo que la misma norma que establece la desaparición del vínculo contempla también la concesión al deudor que ha pagado de un instrumento que le permita recomponer la situación real: la acción de regreso. Sólo ella tiene sentido y sólo ella encaja sin forzamiento con la naturaleza y las características de la obligación solidaria pasiva. Sin la misma, como históricamente resulta, ha existido necesidad de recurrir a otros mecanismos, más o menos alambicados (la ficción de la compra del crédito, por ejemplo) y más o menos forzados en su tenor natural; con ella, en cuanto nacida natural y espontáneamente de la propia *substantia iuris* de la solidaridad, se subsana cumplida y cabalmente el efecto injusto de que un solo deudor asumiese toda la prestación debida por varios, y se torna innecesario, reiterativo y superfluo cualquier otro remedio orientado en la misma dirección.

7. La conclusión debe ser, pues, que en el supuesto de pago de la obligación solidaria por uno de los deudores no existe a favor del mismo el juego de la subrogación, sino tan sólo la concesión del derecho al reembolso de los restantes deudores, y no tanto porque, como dice Puig Brutau, el artículo 1.145 deje sin efecto la presunción que establece el artículo 1.210 (que tal no es el caso), ni porque, según el parecer de Guilarte Zapatero, el silencio del legislador en este punto no pueda interpretarse como dato a favor de la existencia de la subrogación (que no viene a cuento), sino por la sencilla razón de que teniendo el recurso propio del derecho de regreso carece de sentido y justificación referirse al impropio remedio de la subrogación. Y ello aunque no falta alguna voz, como la de Gangi, que no comprenda cómo se puede negar al deu-

(13) CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 53 y ss.

(14) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, 1-2, Barcelona, 1976, p. 191.

dor que ha pagado el recurso a la acción subrogatoria (*sic*), y considere que la circunstancia de que el *Codice* no atribuya expresamente a dicho deudor más que la acción de regreso, y no la subrogatoria, no puede considerarse un argumento decisivo contra la admisión de esta (15).

Para que uno (o varios) de los deudores solidarios pueda hacer valer el derecho de regreso o retorno frente a los restantes hace falta, como presupuesto inexcusable, que haya realizado el pago de la obligación, pago que habrá de ser de lo debido y resultar válido, esto es, con plenos efectos satisfactorios para el acreedor, liberatorios para los demás y extintivos respecto a la relación obligatoria. Hace falta, asimismo, que los sujetos pasivos de semejante derecho de repetición no puedan acogerse a algunos de los supuestos de diversidad de la vinculación solidaria que consagra el artículo 1.140 del Código civil (en cuyo caso habrá que esperar a que se produzcan las condiciones que permitan el reclamo), o que el pago no sea hecho por el deudor principal o aquel en cuyo exclusivo interés fue constituida la obligación, ya que en tales casos carece de sentido la distribución del débito satisfecho entre quienes concurren al mismo en concepto de fiadores o deudores secundarios, por más que su situación jurídica se conforme como vinculación solidaria, pues, como escribe Fueyo Laneri, si el negocio interesa a alguno o algunos, sólo éstos soportarán en definitiva el pago (16).

El artículo 1.299 del *Codice civile* italiano habla del “deudor solidario que ha pagado la totalidad de la deuda”, y nuestro artículo 1.145, aunque no utilice expresamente esta dicción, parece referirse también al pago total, en cuanto menciona la extinción de la obligación. Las doctrinas italiana y alemana siempre han entendido que el deudor solidario que paga una parte del débito (claro que porque así lo permite el acreedor) superior a la que le corresponde en la interna repetición podrá reclamar el exceso a los otros en proporción a la cuota de cada uno de ellos. No parece que deba ser otra la conclusión en nuestro ordenamiento civil, habida cuenta que el principio supremo que preside el juego del derecho de regreso es que ninguno de los codeudores participe finalmente en el pago del débito en una porción superior a la que le “corresponde”.

En cambio, Guilarte Zapatero se pregunta si operará el derecho de regreso cuando el *solvens* haya efectuado un pago que represente la cuota que *ad intra* le corresponda o bien una cantidad inferior a la misma. Los pocos autores que se han ocupado del tema tienden a contestar negativamente, en base, como dice Rubino, a que el pago efectuado no ha procurado ventaja alguna a los otros deudores en su relación interna, ya que la cuota pagada y sólo ella era la que gravaba en dicha relación al *solvens*, mientras que la ventaja para los mismos tan sólo se verifica en

(15) GANGI, *Le obbligazioni*, Milán, 1951, p. 257.

(16) FUEYO LANERI, *Derecho civil*, IV-1, Santiago de Chile, 1958, p. 194.

la relación externa en cuanto resultan liberados de la obligación respecto al acreedor en los límites de la parte pagada; y sabido es que el derecho de regreso concierne únicamente en la relación interna de los codeudores (17).

No es ese el parecer de Guilarte Zapatero, ya que para este civilista la solución apuntada resultará insatisfactoria en muchos casos, pues el pago parcial efectuado puede ser beneficioso para todos los codeudores en la relación externa de la solidaridad frente al acreedor, como, por ejemplo, ocurriría en el supuesto de que mediante el pago parcial realizado por el codeudor, aun coincidiendo con su cuota interna de responsabilidad o siendo inferior a la misma, se ha obtenido un aplazamiento para el pago de la cantidad restante (18).

8. No comparto esa opinión. El deudor solidario que paga su parte o menos de ella, sin duda aligera la presión que genera el vínculo solidario, en cuanto obviamente si el acreedor decide, como bien puede, reclamar a otro u otros la prestación, tendrá que descontar de ésta la parte ya satisfecha; éste es el único beneficio real, porque el que Guilarte Zapatero menciona (aplazamiento) o algún otro similar carece de trascendencia jurídica suficiente como para incidir positivamente en las relaciones internas entre los codeudores. ¿Es suficiente semejante acaecer para modificar el reparto real del débito entre los distintos deudores solidarios? No parece razón bastante, entre otras cosas porque la aplicación del criterio que se comenta devendría de escasa utilidad o incluso conduciría a situaciones rayanas al absurdo.

En efecto, supongamos que el deudor que pagó su parte (o menos) obtiene de los demás por vía de regreso la porción que proporcionalmente les corresponda en ella: ¿qué beneficio le va a deparar semejante reembolso? Absolutamente ninguno, ya que es obvio que el acreedor no va a cesar mediante tal pago parcial en su pretensión reclamatoria, y en cuanto cobre de otro deudor el resto de la prestación debida, éste se apresurará a reclamar del primero todo lo que haga falta para que su participación en la satisfacción del débito sea exactamente la cuota que le corresponde. Trataríase, pues, de un derecho de regreso preparatorio tan sólo de otro posterior y fatal derecho de regreso contra el primer ejercitante, algo que escasamente tiene sentido aunque sólo fuera por aplicación de la sana regla jurídica de que deben evitarse todas aquellas actuaciones jurídicas innecesarias, irrelevantes, reiterativas o supérfluas.

Para que el deudor solidario que pagó pueda demandar el reintegro de los demás deudores, ¿hará falta que les haya notificado el pago que efectuó? Ballarín parece pensar que sí, en cuanto considera que "como según nuestro artículo 1.258 las obligaciones han de cumplirse de buena

(17) RUBINO, "Delle obbligazioni", en *Comentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1957, p. 202.

(18) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid, 1983, p. 356.

fe, en el caso de que un deudor solidario se adelante por sí solo a pagar, debe notificar inmediatamente el hecho a los demás para evitarles los gastos y perjuicios de la repetición de lo indebidamente pagado” (19).

Difícilmente cabe considerar que semejante notificación constituya un presupuesto formal para el ejercicio del derecho de regreso, ya que éste se genera por el solo hecho de la extinción total o parcial del vínculo solidario acaecida mediante el pago y al margen de cualquier situación de conocimiento por parte de los otros afectados, en cuanto su nacimiento responde a exclusivas razones materiales (el hecho de que uno de los deudores solidarios se vea patrimonialmente sujeto a una afección superior a la que le incumbe) y nada tiene que ver con actuaciones o pronunciamientos de estricta enteraña formal; al menos, mientras la ley no disponga otra cosa, cual ocurre en la normativa vigente sobre este punto. Y es que, como aduce rectamente Guilarte Zapatero, en aras de la buena fe, tan razonable puede resultar exigir la notificación del pago efectuado a quien lo hizo, como imponer a quien lo va a realizar la diligencia de enterarse si alguno de los codeudores ya lo ha efectuado (20).

Precisado el *quantum* del regreso, hablemos ahora del *quale*. Parece que la regla primaria del reintegro en este punto debe ser la de que al *solvens* se le reintegre mediante los mismos bienes con que haya efectuado el pago. Semejante pauta no tropezará con problema alguno cuando la deuda solidaria sea de dinero o de otra cosa fungible, ya que tal caso el correspondiente reembolso se realizará mediante la entrega del *tantundem*. Si se trata de una obligación de dar cosa infungible, en cuanto la restitución parcial no será posible *in specie*, es obvio que el regreso se materializará por equivalente mediante la estimación en dinero de la parte correspondiente a cada uno de los codeudores; ello en el caso de que la obligación, pese a hacer referencia a cosa infungible, no se haya configurado como genérica.

Guilarte Zapatero, siguiendo a Rubino, considera que si la prestación realizada era de hacer o no hacer, el regreso tiene por objeto tan sólo el valor de la prestación, por lo que el deudor que pagó únicamente podrá reclamar a los otros, *pro quota*, una suma de dinero (21). Ello sólo será así cuando la obligación de *facere* sea infungible, ya que si la actuación comprometida por los deudores solidarios admite sustitución y fraccionamiento (confeccionar, por ejemplo, un número determinado de piezas en serie) no se alcanza a ver la razón por la que el reintegro no vaya a efectuarse *in natura*. Máxime si se considera que en la solidaridad pasiva ésta será la situación ordinaria, porque aunque bien cabe que la fungibilidad del hacer se haya contemplado tan sólo en relación

(19) BALLARÍN, “Titularidad solidaria”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XIII, Madrid, 1963, p. 207.

(20) GUILLARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 357.

(21) *Ibid.*

al acreedor y excluido respecto a los deudores entre sí, el solo hecho de que varias personas resulten obligadas a ejecutar solidariamente una prestación de hacer ya constituye un dato importante en pro de la fungibilidad de la misma; porque, en otro caso, ¿cómo podría darse cumplimiento al carácter básico de la solidaridad pasiva de que el acreedor puede reclamar el objeto debido íntegramente a cualquiera de los deudores solidarios?

El párrafo segundo del artículo 1.145 del Código civil faculta al deudor solidario que pagó para reclamar de los restantes su cuota correspondiente, “con los intereses del anticipo”. Esta última precisión no aparecía en el artículo 1.063 del Proyecto García Goyena, que constituye su precedente inmediato, y según Peña Bernaldo de Quirós fue tomada del Proyecto de 1882-1888 (art. 1.162), que a su vez la adoptó del artículo 1.214 del Anteproyecto belga del Código civil de Laurent (22).

9. ¿Qué significa realmente dicha expresión? Lo primero que hay que destacar es que estos intereses no tienen nada que ver con los que hipotéticamente puede soportar el capital adeudado, ya que los mismos, *ex definitione*, habrán sido satisfechos por el *solvens* junto con éste y serán objeto del prorrateo global en el reembolso a que dicho deudor tiene derecho. Lo segundo que debe advertirse es que, como en su día apuntó Mucius Scaevola, esta disposición es discutible en el terreno constituyente, porque si los demás no se han constituido en mora hasta puede ocurrir que la deuda principal no devengara intereses, ¿en qué se funda el derecho concedido al codeudor solvente (*sic*) para reclamarlos de los demás (23).

Discrepan Puig Ferriol y Guilarte Zapatero en relación al punto del momento a partir del cual comienza a correr la producción de los “intereses del anticipo”. El primero considera que, aunque cabría entender que se devengarían desde el momento en que el *solvens* pagó, hay que rechazar esta interpretación, fundada en la incorrecta tesis del mandato en la solidaridad pasiva, y aceptar que por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.883 del Código civil el deudor que cumplió la obligación podrá exigir los intereses legales del anticipo desde que haya hecho saber a sus codeudores el pago realizado (24). Para el segundo de dichos autores, como en la parte que no corresponde al *solvens*, según la relación interna, éste aparece adelantando una cantidad en beneficio de sus codeudores, resulta justo que se le reintegren desde el mismo momento en que tal beneficio ha tenido realidad, esto es, desde el pago (25). En teoría, no parece que puedan existir demasiadas deudas para inclinarse

(22) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, p. 242.

(23) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX (segunda edición revisada por Marín Pérez), Madrid, 1957, p. 888.

(24) PUIG FERRIOL, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pp. 486-487.

(25) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, pp. 358-359.

por esta segunda solución por lo que hace al instante del que debe arrancar la producción de intereses, pero estimo que ésta no es la forma correcta de enfocar el problema que plantea la expresión legal que se considera.

El deudor que pagó tendría derecho a los intereses del anticipo porque desde el instante en que ejecuta la prestación hasta aquel en que sus codeudores le reintegran en la parte que a cada uno concierne, éstos “han dispuesto de una cantidad que, de no haber sido por su codeudor, debieron haber destinado a satisfacer la obligación en la parte que les correspondía” (Guilarte); en consecuencia, que paguen los intereses legales de la suma retenida y por el tiempo de la retención.

Ahora bien, el pago de los intereses supone la indemnización de daños y perjuicios que el deudor debe abonar cuando incurra en mora (arts. 1.101 y 1.108, C.c.) y no parece que los deudores solidarios que no pagaron deban reputarse como incursos en ésta, ya que es obvio que el pago de uno de ellos no hace caer automáticamente en mora a los restantes (éste no es uno de los supuestos de *mora ex re* del artículo 1.100), ni cabe considerarlos morosos mientras no hayan sido objeto de *interpellatio* por parte del acreedor. Por ello, no resulta inadecuada la sorpresa de Mucius Scaevola ante la norma que se comenta que le lleva a preguntarse, ¿cuál es aquí el fundamento de la indemnización de daños y perjuicios?

No es pregunta de fácil respuesta. El deudor puede haber pagado antes del vencimiento de la deuda solidaria, ¿habrá aquí intereses de anticipo? De ninguna manera, porque los demás deudores no tienen por qué soportar esta situación y porque el propio *solvens* tiene derecho a reclamar intereses del acreedor si pagó ignorando “la existencia del plazo” (art. 1.126, C.c.). Si el deudor ha pagado espontáneamente después del cumplimiento del *dies*, ¿procederán los intereses de anticipo? Pues parece que tampoco, porque entre nosotros no riega el principio *dies interpellat pro homine*, y, en consecuencia, no se hallarán en mora los otros deudores.

¿Y si el pago tuvo lugar en virtud de reclamación judicial del acreedor? Aquí ya parece nos encontramos ante un supuesto de *mora ex persona* y cabría estimar que no sólo el deudor demandado sino también los demás se hallan incursos en mora. Y, sin embargo, se tiende a considerar que la mora irrogada a uno de los deudores no se comunica o propaga a los restantes, ya que como establece el artículo 1.308 del *Codice* “la constitución en mora de uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto a los otros.

10. *¿Quid iuris?* Pienso que la única explicación adecuada de los “intereses del anticipo” que contempla el artículo 1.145 del Código civil es la de que los mismos sólo se producirían respecto a la parte de la deuda que corresponda a cada uno de los deudores que no concurrieron a satisfacer la obligación *in solidum*, cuando el deudor que pagó proceda a

constituirlos en mora mediante la reclamación judicial o extrajudicial del monto debido y por el tiempo que transcurra hasta que aquél sea reintegrado. Esta es la única forma de darle sentido jurídico a la expresión legal y de incardinarla coherentemente con las normas que en nuestro ordenamiento civil reglan las figuras de la *mora debitoris* y la indemnización de daños y perjuicios.

¿Y respecto a las costas y gastos originados por el pago? Nada dice sobre este punto nuestro Código civil, aunque no resulta difícil adivinar cuál debe ser la solución adecuada, a la vista, particularmente, de lo que se acaba de comentar en relación de los “intereses del anticipo”, ya que ¿acaso tendría sentido que el deudor solidario que ha realizado el pago pudiera reclamar de los codeudores los intereses correspondientes y, en cambio, no pudiera exigirles su participación en los gastos que el pago le ha deparado?

Frente a lo que piensa Guilarte Zapatero, no creemos que la puntualización que realiza el artículo 1.168 del Código civil respecto a gastos extrajudiciales y gastos judiciales que ocasione el pago tenga algo que ver en la materia que estamos considerando, pues lo natural parece que no se haga distinción alguna entre una y otra clase de gastos a la hora de contemplar el reembolso de aquellos que haya debido soportar el *solvens*, sin que tenga mayor sentido el distinguir entre el supuesto de demanda a todos los deudores y el de demanda a uno de ellos.

Pretender, como hace el autor citado, que en el segundo de dichos supuestos el deudor demandado que realizó el pago “no podrá reclamar los gastos judiciales, a no ser que existiera un acuerdo expreso en contrario o así se dedujera del asentimiento de los otros a la oposición..., independientemente de la buena o mala fe del codeudor litigante” (26), no es la forma correcta de ver las cosas y puede conducir a situaciones francamente injustas, ya que además de tener que soportar el haber sido “elegido” por el acreedor para ser demandado judicialmente, el deudor solidario que pague de esta manera tendría que soportar el “castigo” de asumir él solo todos los gastos y costas judiciales producidos.

Como en su día adujera Mucius Scaevola, la doctrina de la participación de todos los deudores solidarios en los gastos de cobro debería mantenerse aunque no hubiera otra razón que “la principalísima, general de todas las obligaciones, de que nadie debe beneficiarse a costa de otro, y de que nadie está obligado a las responsabilidades de los demás”; por lo que “tratándose de gastos legítimos no causados por temeridad, por negligencia, ni por ningún motivo irregular, no sería posible que pesasen exclusivamente sobre el deudor que se anticipó a pagar la obligación o contra quien fue primeramente deducida la demanda” (27). Y no se advierte razón válida suficiente para que hoy pueda mantenerse pos-

(26) *Ibid.*, pp. 359-360.

(27) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, *op. cit.*, p. 889.

tura diferente; sólo la mala fe del deudor que realiza el pago puede modificar las pautas del reparto proporcional de los gastos que resultan reclamadas por el principio superior que regula la participación de todos los deudores solidarios a la hora de enfrentar las resultas del pago efectuado por uno de ellos e, incluso, por la obligada aplicación del criterio *accessorium sequitur principale*.

11. De la solidaridad pasiva nace, pues, de manera natural y mecánica, y por el hecho del pago consumado por uno de los deudores, un derecho de crédito *ex novo* a su favor que le permite el reintegro de las cuotas que corresponden a los restantes, al objeto de que ninguno de ellos pague, en principio, más de lo que le corresponda según la peculiar situación jurídica que *ad intra* les caracterice, ya que, como con exactitud ha señalado Gangi, la acción de regreso se debe considerar como una acción especial que tiene su fundamento en la existencia de una comunidad del débito entre los codeudores y su consiguiente división en partes o cuotas, por lo que cuando uno de ellos paga al acreedor la prestación íntegra o una parte de la misma, en sustancia tan sólo está pagando su cuota (28).

Ahora bien, frente a lo que ocurre en la mancomunidad pasiva en la que cada uno de los obligados bajo ningún concepto puede verse compelido a satisfacer una parte del débito común superior a la que le concierne, en el fondo porque rectamente no existe tal débito común sino tantas deudas particulares cuantos deudores (arg. art. 1.138, C.c.), aquí, en la solidaridad pasiva, las cosas ocurren de otra manera, ya que los deudores solidarios pueden verse sujetos a sufragar una parte del débito común superior a los que originaría e internamente les compete, algo que nos muestra con toda evidencia que en este lugar sí estamos ante una genuina deuda común y no cabe pensar en la existencia de una pluralidad de vínculos obligatorios.

En efecto, a diferencia de lo que sucede en la mancomunidad, en la que “si alguno de éstos (los codeudores) resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta” (art. 1.139, C.c.), en la solidaridad ocurre exactamente lo contrario, ya que “la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno” (párrafo tercero del artículo 1.145 del Código civil). La inversión del supuesto es clara, pues mientras en la mancomunidad la insolvencia de alguno de los deudores la soportará el acreedor, en la solidaridad se busca que en tal supuesto éste quede indemne y sean los restantes deudores solventes quienes asuman el pago de la parte que corresponda al compañero sin suficiencia patrimonial. En esta circunstancia, reveladora en extremo de la peculiaridad jurídica de la solidaridad pasiva, reside la función de garantía para el acreedor que ésta cumple, al menos tanto como en la po-

(28) GANGI, *Le obbligazioni*, op. cit., p. 256.

sibilidad que el mismo tiene de reclamar por entero el cumplimiento de la obligación de cualquier de los solidariamente vinculados.

A tenor del párrafo segundo del artículo 1.063 del Proyecto García Goyena, “si alguno resultare insolvente, la pérdida se repartirá proporcionalmente entre los otros codeudores y el que hizo el pago”. La fórmula venía del artículo 1.214 del *Code Napoléon*, a cuyo tenor “si alguno resulta insolvente, la pérdida que ocasione su insolvencia se reparte, a prorrata, entre todos los codeudores solventes y el que haya hecho el pago”; fórmula que pasó también al Código civil italiano de 1865 (art. 1.199) y todavía hoy el Código de 1942 repite como un eco que “si uno de éstos es insolvente, la pérdida se distribuye por contribución entre los otros codeudores, incluido aquel que ha hecho el pago”.

No ha sido esto lo que ha ocurrido, en cuanto a su expresión textual, en nuestro Derecho civil, ya que en el Anteproyecto 1882-1888, por influencia del artículo 1.214 del Anteproyecto belga de Laurent, se dispone que “la insolvencia de cualquiera de los deudores será soportada a prorrata por sus codeudores”, y en el Código civil vigente tampoco se alude específicamente al deudor solidario que efectuó el pago a la hora de contemplar el reparto entre los codeudores de la parte de aquel que resultó sin capacidad patrimonial para atender su afección obligatoria. ¿Significará semejante aportamiento de la fórmula franco-italiana, mediante la elusión del *solvens*, que éste queda excluido del prorrateo en cuestión?

12. Es decir, ¿podrá entenderse que si uno de los deudores ha cumplido la obligación solidaria y ejercita el derecho de regreso frente a los restantes, no tendrá por qué soportar la insolvencia de alguno de ellos, pudiéndoles reclamar la cuota de cada uno más la parte que les corresponda al repartirse exclusivamente entre los mismos la porción del insolvente? El cambio terminológico que ha experimentado nuestra normativa, dejando de mencionar, frente al precedente patrio y el modelo extranjero, de manera expresa al deudor que efectúa el pago a la hora de contemplar el prorrateo de la cuota de aquel que no puede contribuir, pudiera alentar una interpretación de ese tipo, aparte de que, quizá, podría encontrarse alguna explicación a semejante criterio en la circunstancia de que si tan sólo uno de los deudores se ha visto compelido, *prima facie*, a satisfacer la obligación, tal más severo trato se viera compensado por el beneficio de que si posteriormente alguno de los reembolsantes resultare insolvente, esta insolvencia no tuviera por qué afectar la que ya pagó. Esta interpretación, por tanto, no resulta temeraria ni parece excluible *a priori*.

No es ése, sin embargo, el criterio que domina en la civilística española. Así, Díez-Picazo considera que hay una mutua cobertura del riesgo de insolvencia y que la parte del insolvente se distribuye entre todos, “naturalmente, incluido el deudor regresante, pues de otra manera se-

ría éste quien se enriquecería” (29); para Lacruz, “la obligación interna de reembolso de los codeudores ya no es solidaria, sino parciaria con garantía recíproca adicional” (30); en el sentir de Guilarte Zapatero, si uno de los codeudores paga la totalidad de la deuda y al intentar la reclamación en vía de regreso no logra reintegrarse de alguna de las partes de aquélla por insolvencia del responsable, “tal cuota la podrá exigir de los restantes codeudores, en proporción a la de cada uno, con la deducción, naturalmente, de su propia contribución a suplir la del insolvente” (31); y el mismo Puig Ferriol, aunque de entrada considera que, interpretado literalmente, el precepto (art. 1.145) parece dar a entender que la insolvencia de algún codeudor sólo ha de ser suplida por los restantes codeudores, excluido el *solvens*, concluye que semejante interpretación choca con los principios informadores de la solidaridad y ésta además en contradicción con los precedentes del referido artículo (32), afirmación esta última de muy dudosa virtualidad a tenor de lo que ha quedado constatado líneas arriba.

Aun prescindiendo en este lugar de supuestas transformaciones “milagrosas” de la solidaridad en mancomunidad y de la posible petición de principio que entraña el hablar de “mutua cobertura del riesgo de insolvencia”, cuando es esto, precisamente, lo que se trataría de demostrar, lo cierto es que la interpretación que se comenta no choca contra “los principios informadores de la solidaridad”, según pretende Puig Ferriol, porque los mismos no van más allá, ni existe razón válida ni justificación suficiente para que vayan, de que el acreedor pueda demandar por entero y de que el deudor que paga se reintegre de los demás, pero sin que tengan por qué entrar en la materia, ajena a la solidaridad, de cómo se reparte entre ellos la parte del insolvente.

Es verdad que nada obsta a que, según la fórmula franco-italiana, la cuota del insolvente se distribuya a prorrata entre todos los codeudores, incluido el *solvens*, tal como de manera expresa establecen los artículos 1.214 del *Code* y 1.299 del *Código*, y contemplaba el artículo 1.063 de nuestro Proyecto de Código civil de 1851, pero ¿cuál es el obstáculo para que dicha distribución tenga lugar tan sólo entre los que no participaron en la satisfacción *in limine* de la relación obligatoria solidaria y quede, por tanto, indemne de la repercusión interna de la insolvencia el deudor que satisfizo él solo y por entero la prestación adeudada?

Desde el estricto ángulo de la naturaleza de la solidaridad pasiva tan aceptable puede resultar una fórmula como la otra, ya que en nada sufre su *substantia iuris* por el hecho de que, satisfecho el acreedor, contribuyan a cubrir la insolvencia de uno de los codeudores todos los demás o todos menos el que ya pagó. Si la ley dice lo primero, con expre-

(29) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, p. 439.

(30) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, p. 69.

(31) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XV-2, *op. cit.*, p. 362.

(32) PUIG FERRIOL, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 487.

sa mención de este último, nada que objetar y perfectamente acomodable a la naturaleza del vínculo solidario, pero si la norma no habla del que pagó y, en consecuencia, se afirma que éste queda excluido de la contribución, nada tampoco que alegar, pues esta regulación encaja también dentro de la sustancia de la solidaridad pasiva.

13. Es lo que pensamos ocurre en nuestro Código civil. En él, rompiendo con el precedente del Proyecto de 1851 y con la pauta de los Códigos civiles francés e italiano, no se incluye expresamente al deudor que ha hecho el pago a la hora de repartir la parte del insolvente. ¿Es intrascendente esta falta de mención según piensa la práctica totalidad de los autores españoles? Pienso que no, pues el referido señalamiento no es supérfluo en los preceptos que lo contemplan.

En efecto, todos ellos se refieren al pago de la deuda solidaria por uno de los deudores y al derecho de reintegro que le asiste; por ello, cuando se ocupan de la insolvencia de uno de los obligados, para que la cuota de éste afecte también al que pagó hace falta decirlo textualmente, porque en otro caso no resultará así. No es gratuito que el *Code* y el *Codice* se refieran a los otros codeudores y a aquel que ha hecho el pago, e, incluso, el primero habla de “todos”.

En cambio, nuestro Código civil regula la materia de otra manera y semejante regulación también resulta coherente, ya que si el artículo 1.145 se ocupa del pago hecho por uno de los deudores solidarios y del derecho de reintegro de éste, para incluir al mismo en la repartición de la parte del insolvente la norma debería mencionarlo, como ocurre en Francia e Italia, y, sin embargo, tal cosa no sucede. ¿Qué explicación cabe dar a dicha exclusión textual?

No vemos otra coherente que la siguiente: Si a tenor del párrafo segundo del artículo 1.145 del Código civil, el deudor que hizo el pago “sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda”, de la misma manera que dicho párrafo es continuación lógica del primero, el tercero lo es del segundo y, en consecuencia, cuando aquél habla de que “la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores”, se está refiriendo con esta última expresión no a todos los codeudores (obsérvese que el artículo prescinde del término “todos”), sino a todos menos el que ya pagó, de manera tal que éste queda excluido de la participación en el reparto de la porción del insolvente.

El deudor solidario que en solitario hizo el pago, y precisamente porque él ha soportado semejante secuela que emana de la solidaridad pasiva, queda liberado de sufragar definitivamente una parte de la deuda común mayor de la que le corresponda en el supuesto de que alguno de los otros deudores resulte insolvente, ya que serán éstos en exclusiva quienes deban distribuirse a prorrata la cuota del que no tenga aptitud patrimonial para contribuir. Así resulta del texto completo de nuestro artículo 1.145, en nada choca esta regla con las intrínsecas exigencias de

la solidaridad pasiva, y así debe entenderse el párrafo tercero del mismo, pues “la falta de cumplimiento de la obligación” que el mismo contempla no se refiere a la primigenia obligación solidaria, ya que ésta, *ex definitione*, se ha extinguido por el pago hecho por el *solvens* que ahora reclama el reembolso, sino a la interna obligación de reintegro que generó aquel pago; y es por ello que “sus codeudores” no son todos los que tienen esta condición en la obligación solidaria, sino todos menos el que ya pagó, en relación al cual, precisamente, es como se contempla la insolvencia de uno de los deudores a la hora de proceder al reintegro por los otros obligados de las partes del débito común que adelantó aquél y a ellos incumben.

Desde luego que será indiferente, a los efectos indicados y con prescindencia de que sea una u otra la interpretación que se acepte, el que la insolvencia del deudor solidario se produzca antes, en el momento en que se extingue la obligación por el pago de otro de ellos, o posteriormente cuando éste reclame el reintegro. Empero, no fue este el parecer clásico, pues Giorgi resalta que la doctrina francesa (Rodière, Larombière, Demolombe, etc.) excluyó unánimemente la insolvencia posterior; y él mismo encuentra defendible semejante postura de limitar la insolvencia del deudor a la anterior o coetánea del pago porque la ley habla de *se diverrà insolvente* (se haga insolvente) y no de *se fosse insolvente* (fuese insolvente), aparte de que es conforme a razón, porque el crédito de los deudores, sobre el que se funda el derecho de repetir, nace en el momento del pago y, por consiguiente, “el deudor que demora la repetición cae en culpa, y debe soportar los perjuicios de su retraso” (33). Es obvio que, aparte de que como dice Puig Ferriol no cabe distinguir en orden al *tempus* de la insolvencia puesto que el precepto no distingue (34), las “razones” que esgrime Giorgi son con toda evidencia insostenibles y banales (¿cómo identificar retraso en la petición de reembolso y culpa?).

(33) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, I, *op. cit.*, p. 179.

(34) PUIG FERRIOL, “Régimen jurídico...”, *loc. cit.*, p. 487.

