

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª)  
244/2016, de 13 de abril [ROJ: STS 1645/2016]**

**CONTRATO DE CO-FIANZA O FIANZA SOLIDARIA. NECESIDAD DE LA FIRMA DE TODOS  
LOS FIADORES SOLIDARIOS PARA SU VALIDEZ**

En el concreto supuesto de hecho resuelto por la sentencia los demandantes, recurrentes en casación, vendieron a una sociedad limitada distintas fincas. Las obligaciones de la sociedad fueron garantizadas en dichos contratos con una cláusula que presenta el siguiente tenor: «[...] Octava.– Aval. Don Rodolfo, Don Víctor y Don Cosme avalan de forma solidaria e indistinta, con renuncia a los beneficios de división, excusión, fuero y cualquier otro que pudiera corresponderles, cuantas obligaciones asume CD en virtud del presente contrato».

La fianza, así configurada, no llegó a ser suscrita por uno de los fiadores, don Rodolfo. Como consecuencia de la falta de suscripción de la co-fianza solidaria por parte de uno de los cofiadores, los otros dos (que sí la suscriben) alegan la inexistencia del contrato de fianza, pues mantienen que nunca llegó a perfeccionarse, y que nada puede reclamárseles a ellos, pues no han llegado a constituirse en garantes de la obligación principal. De la literal dicción de la cláusula se deriva, efectivamente, la constitución de una co-fianza solidaria, en la que se renuncia al beneficio de división y de excusión.

Puesto que no nos encontramos ante una pluralidad de fianzas, sino ante una única fianza, con el agravante para los fiadores de que se pacta la solidaridad entre los mismos y respecto del deudor, lo primero que debemos preguntarnos es si resulta imprescindible para el nacimiento de la misma el consentimiento de todos los cofiadores. Como consecuencia de la solidaridad pactada entre los cofiadores, cada uno de ellos responde frente al acreedor de la totalidad de la obligación fideiusoria, cubriendo el riesgo de insolvencia del resto de los cofiadores, pero adquiriendo el derecho, una vez que ha pagado, de dirigirse frente al resto de los cofiadores por sus partes respectivas.

De todo lo expuesto se deriva que a los distintos cofiadores de la fianza solidaria no les va a ser indiferente cuántos cofiadores garanticen el cumplimiento de la obligación principal, pues, a pesar de que todos ellos responden de manera individual por la totalidad de la obligación fideiusoria frente al acreedor, posteriormente podrán repetir la cantidad efectivamente pagada frente al resto de los cofiadores (a excepción de la parte de la deuda que a él le correspondía). En base al régimen jurídico propio de la cofianza solidaria, podríamos preguntarnos si debe entenderse que el consentimiento otorgado por el cofiador de una co-fianza solidaria está de alguna manera condicionado (como requisito de constitución) a que el resto de los cofiadores consientan la constitución de la garantía, o si es requisito imprescindible el consentimiento de todos ellos para que surja la co-fianza solidaria.

No existe co-fianza cuando el fiador se obliga sin tener conocimiento de la existencia de otros cofiadores, pues en este caso no hay asunción conjunta de la garantía. Tampoco cuando lo que se constituye es una pluralidad de fianzas distintas entre sí, por el mismo motivo, falta la asunción conjunta de la garantía (GUILARTE ZAPATERO, V. 1979: «Comentario al artículo 1837CCiv». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII (Arts. 1822 a 1886 CC). Edersa, 187).

El Tribunal Supremo mantiene que «el régimen aplicable a un supuesto de pluralidad de fiadores va a depender de la configuración comercial que las partes establezcan al respecto». Efectivamente, así es. La posibilidad de afirmar la vinculación de los dos fiadores que firmaron la fianza sería indiscutible si lo que se hubiese constituido fuesen tres fianzas independientes. En este caso, efectivamente, los fiadores que han firmado asumen la causa propia de la fianza, garantizando cada uno de ellos frente a los actores la parte de la obligación principal a la que se habían comprometido. Y si cualquiera de ellos no firma, la responsabilidad que correspondía al fiador que no firma no tendrán que asumirla los otros fiadores, sino el propio acreedor (obviamente en el supuesto de que el deudor no cumpla), al tratarse de fianzas independientes las unas de las otras. Sin embargo, cuando lo que se pacta es una co-fianza solidaria, como parece derivarse del tenor literal de la cláusula contractual firmada por los fiadores, cada uno de los fiadores asume, frente al acreedor, la totalidad de la obligación fideiusoria. Ello, sin perjuicio de que una vez que cualquiera de ellos haya procedido al pago íntegro de la obligación pueda dirigirse frente a los demás por la parte que les corresponda. Ahora bien, la falta de cualquiera de los fiadores inicialmente previstos implicará que los que firmaron deban asumir un mayor porcentaje de la obligación fideiusoria en sus relaciones internas.

La valoración que concurrieron en el momento de la perfección del contrato y el conocimiento de las mismas por los distintos sujetos que intervienen en la relación van a resultar determinantes a la hora de atribuir las consecuencias que se derivan de la falta de consentimiento de uno de los cofiadores inicialmente previstos en la cofianza solidaria. No obstante, trataremos de determinar si, con carácter general y al margen de tales relaciones, la relevancia de ese consentimiento para el resto de los cofiadores justifica la afirmación de que la co-fianza no llega a nacer si no media el consentimiento de todos los cofiadores inicialmente previstos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Código civil no establece el requisito de que todos los fiadores inicialmente previstos firmen finalmente la garantía como elemento esencial de la co-fianza. Por otra parte, la co-fianza es cofianza desde el momento en que existen más de dos fiadores que garanticen conjuntamente una misma obligación, encontrándose todos ellos en el mismo nivel frente a la obligación que están garantizando, por lo que no resulta esencial para el nacimiento de la figura la existencia de tres cofiadores. Así las cosas, podría pensarse que, salvo que se haya establecido la condición de que el consentimiento sólo es válido para el supuesto de

que todos los cofiadores previstos consientan, una vez que un cofiador ha prestado su consentimiento a la co-fianza queda vinculado, al menos, en relación con aquella parte de la co-fianza respecto de la que ha consentido válidamente, que coincidiría con aquella parte que le correspondería si todos los cofiadores inicialmente comprometidos hubiesen firmado.

Y decimos «al menos», porque habría que dilucidar a quién se le debe exigir la diligencia de la constatación de la firma de todos los cofiadores antes de prestar el consentimiento, pues si se piensa que es a los cofiadores que realmente firman, habrá de coincidirse que tendrán que sufrir las consecuencias de su falta de diligencia y asumir, conjuntamente con el resto de los cofiadores que han firmado, la parte de la cofianza correspondiente al cofiador que no firma. En relación con estas afirmaciones debe tenerse en cuenta el hecho evidente de que frente al acreedor, que es frente a quien se obliga el cofiador, éste asume total responsabilidad por la obligación garantizada, hasta el punto de que el acreedor puede dirigirse en exclusiva frente a cualquiera de los codeudores olvidándose del resto.

Así, desde el punto de vista de los cofiadores solidarios puede considerarse fundamental, a la hora de prestar un consentimiento válido, el conocimiento de quienes sean el resto de los cofiadores. Si bien, deberá tenerse en cuenta cuál ha sido su diligencia a la hora de informarse para prestar el consentimiento, si han sido conscientes, o hubieran debido serlo, de que finalmente uno de los cogarantes no iba a firmar. Desde el punto de vista de los cofiadores, por tanto, pudiera parecer que la resolución al conflicto planteado resulta clara, pero debe tenerse en cuenta, también, cuál es la situación del acreedor, para poder realizar una valoración ponderada de todos los intereses en juego.

La falta de constitución de la cofianza también afecta de manera determinante al acreedor, que puede haber consentido a la formalización del contrato de compraventa exclusivamente por la existencia de la garantía, y que no lo habría formalizado sin ella. Respecto del acreedor debe tenerse en cuenta que cuando constituye la co-fianza solidaria lo hace con la finalidad de lograr una mayor garantía en relación con la satisfacción del interés que busca al perfeccionar la obligación principal. Así, cuando constituye una co-fianza solidaria se asegura de que podrá dirigirse frente a cualquiera de los cofiadores solidarios y conseguir de ellos el cumplimiento íntegro de la obligación fideiusoria, sin perjuicio de que posteriormente ellos deban llegar a un acuerdo en lo relativo a sus relaciones internas.

Desde el punto de vista del acreedor, lo cierto es que cada uno de los cofiadores solidarios asume íntegramente la obligación fideiusoria, aunque luego pueda repetir lo pagado frente al resto de los cofiadores. Así visto, cabría preguntarse si no sería posible afirmar que los cofiadores que consienten la constitución de la co-fianza no están consintiendo, por lo menos, por la parte que a ellos corresponde garantizar. Es decir, si no es excesivamente oneroso para el acreedor considerar simple y llanamente que

la co-fianza no se ha constituido, cuando en realidad el contrato de compraventa se ha perfeccionado, y posiblemente para la prestación del consentimiento del acreedor en la formalización del contrato de compraventa también ha sido relevante el establecimiento de la garantía de pago del precio a través de una co-fianza solidaria.

En realidad, lo cierto es que hay dos cofiadores que prestan el consentimiento, y tal consentimiento implica que aceptan responder por la totalidad de la obligación fideiusoria frente al acreedor. También es indudable que aceptan asumir de manera definitiva una parte de la obligación fideiusoria (parte que, salvo pacto en contrario, se corresponderá con la parte proporcional al número de cofiadores inicialmente previstos), y que habrán a cubrir proparte la insolvencia de cualquiera de los cofiadores. Si esto es así, no resultaría descabellado entender que, al menos, habrán de responder frente al acreedor por la parte de la obligación fideiusoria que les corresponda, en atención al número de fiadores inicialmente previstos, pues de esta manera su consentimiento responde a la verdadera entidad de la obligación asumida.

De hecho, existe una previsión en el propio Código civil que permite la liberación de los cofiadores solidarios en la parte de la obligación fideiusoria que correspondería al cofiador que ha sido liberado por el acreedor sin el consentimiento del resto (art. 1850 CC). Tal posibilidad es contemplada expresamente para supuestos en los que la cofianza se perfecciona con el consentimiento de todos los cofiadores, y sólo se les libera de la parte correspondiente al cofiador expresa e intencionadamente liberado por el acreedor. Si ello es así cuando el acreedor es el responsable de la falta de uno de los cofiadores, ¿no es una sanción excesiva para el acreedor no responsable de la falta del consentimiento de uno de los cofiadores entender que la cofianza no se ha perfeccionado ni siquiera en la parte correspondiente a los cofiadores que sí han consentido?

Estrella TORAL LARA  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*  
[etoral@usal.es](mailto:etoral@usal.es)