

El beneficio de división en la cofianza

La consideración conjunta del artículo 1.837 del Código Civil y de los artículos 1.844 y 1.845 *eiusdem*, como tendremos ocasión de ver, parece desprender la conclusión de que cabe estimar la presencia del clásico beneficio de división en la regulación española de la cofianza, por más que su franco reconocimiento tropiece con algunos obstáculos formales.

En efecto, que el referido artículo hable de que la obligación garantizada «se divide» entre los varios fiadores, o que la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar a uno de ellos la totalidad del débito principal dependa de que «se haya estipulado expresamente la solidaridad», unido al hecho de que en nuestro sistema civil, en caso de obligaciones plurales, lo que se presume es la mancomunidad y no la solidaridad entre sus varios sujetos, puede estimarse como un obstáculo formidable contra el juego del beneficio divisorio, obstáculo ante el que desfallecen numerosos civilistas hispanos.

De todas maneras, no deja de resultar un tanto insólito que algunos de ellos reconozcan que «configurar las obligaciones fideiusorias de los cofiadores como mancomunadas no es coherente con la finalidad de reforzamiento de la garantía que el acreedor persigue con la pluralidad de fiadores», así como que el esquema legal sobre la materia «no corresponde, evidentemente, al de las obligaciones mancomunadas, ya que aquí las obligaciones no son independientes, sino que están de tal modo relacionadas entre sí que, prescindiendo de la voluntad de los cofiadores, y por hechos externos y posteriores al negocio de constitución, puede verse compelido cualquiera de ellos a pagar en todo o en parte la cuota de sus compañeros» (1) y, pese a ello, se insista en la vinculación mancomunada de los varios garantes y en la negación a los mismos del beneficio de la división cuando el acreedor reclame a uno de ellos el débito entero.

(1) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, págs. 538 y sigs.

Porque si la finalidad principal y última de la cofianza es, como no puede ser de otra manera, aumentar la garantía que busca el acreedor, no cabe lícitamente burlar semejante objetivo y dejar al mismo, en numerosas ocasiones, en peor situación que la que tendría caso de ser uno y no varios los garantes personales. En consecuencia, si la *ratio iuris* del primer artículo del Código Civil que se ocupa de la cofianza debe ser ésta, no se alcanza a ver por qué el precepto en cuestión ha de ser entendido de la manera que se critica, cuando hoy, también entre nosotros, la interpretación de las normas debe ser de manera básica teleológica, habida cuenta que el nuevo artículo 3.º-2 del Código Civil dispone que deberá atenderse «*fundamentalmente al espíritu y finalidad*» de las normas.

Mancomunidad y cofianza suponen una situación jurídica cercana a la *contradictio in adiecto*, pues la primera deja fuera de juego a algunos de los más típicos y caracterizadores objetivos que se persiguen mediante la fianza plural, y la segunda se desdibuja casi por completo si debe estimarse que los cofiadores no quedan sujetos al cumplimiento del débito asegurado más que *pro parte*. Aparte de que el artículo 1.837 del Código Civil no puede verse con independencia del artículo 1.844, en cuanto contemplan distintos aspectos de una sola situación, y parece obvio que la misma no puede reputarse mancomunada en relación a la persona del acreedor y solidaria respecto a los fiadores entre sí; y de que, según ya hemos hecho notar, si el primero de dichos artículos estableciese sin más vinculación meramente mancomunada de los varios fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda», sería el más estéril e innecesario de los preceptos posibles, porque si no existiera, olvidándonos ahora de los artículos 1.844 y siguientes, debería concluirse que la pluralidad de fiadores está afectada por un vínculo de naturaleza parciaria, en cuanto ésta es la forma normal de sujeción obligatoria de los varios sujetos cuando no se ha pactado o dispuesto por ley la afección solidaria.

Y, sin embargo, existe. ¿Simplemente para ratificar la mancomunidad de los fiadores? Aun prescindiendo del párrafo segundo que da pie, como hemos visto y desarrollaremos luego *in extenso*, para positivas conclusiones en pro de la existencia del beneficio de división en nuestro sistema civil, parece razonable que la primera parte del artículo 1.837, al margen de su textualidad y de su conocido origen, deba entenderse en el sentido de que los varios fiadores han quedado vinculados de manera solidaria, ya que, en otro caso, resultaría por completo anodino y superfluo entre nosotros. Para establecer genéricamente la mancomunidad entre los varios sujetos de una relación obligatoria ya están los artículos 1.137 y 1.138 del Código; para señalar que en una hipótesis concreta de obligación plural continuamos en presencia de vínculo mancomunado no hace falta recordatorio alguno, sino exactamente al revés: hará falta un precepto específico para que en aquélla pueda predicarse la existencia de la *obligatio in solidum*.

Se puede entender sin mayor forzamiento que existan ordenamientos como el alemán actual en los que los varios fiadores quedan sujetos de manera solidaria y no se admite el juego del beneficio de división frente a la correspondiente reclamación *in totum* del acreedor (parágrafo 769), ya que, como dice LARENZ, la ley ha querido que dicho acreedor pueda dirigirse a su arbitrio a cada uno de los cofiadores reclamándoles la totalidad o parte de la deuda (2). Como se puede entender también el planteamiento de los sistemas latinos herederos del Derecho romano en el sentido de que los cofiadores queden vinculados solidariamente, pero puedan solicitar y obtener la división del crédito asegurado, caso de que el acreedor actúe en consecuencia y el garante demandado decida acogerse al juego del beneficio de división, porque ya se ha visto que solidaridad y beneficio no se excluyen ni contradicen en la esfera de la fianza plural. Incluso cabe entender, en fin, la peculiar construcción del Código Civil italiano vigente que, consagrando más severamente la solidaridad entre los cofiadores, permite a éstos ocurrir a la división sólo en el caso de que se haya pactado el beneficio (art. 1.946).

Lo que ya resulta de más difícil admisión es el pretendido sistema español, un sistema caracterizado por la simple y escueta división *ex lege* de la obligación garantizada entre los varios fiadores, porque, por un lado, se entra en colisión con la razón de ser y finalidad de la cofianza, consistente en la mayor garantía del acreedor, algo que difícilmente puede alcanzarse mediante el juego de la mancomunidad, y, por el otro, porque negar la presencia y operatividad en nuestro Derecho del beneficio de división, sencillamente en virtud de que la división se da siempre y de manera mecánica, tiene toda la apariencia de una huida hacia adelante, irreflexiva y exagerada. Si ya la admisión del beneficio de división plantea problemas, dada la naturaleza y función de la cofianza, ¿qué no cabrá decir respecto a la pauta de que en todo caso y *ministerio legis* queda la deuda dividida entre los varios fiadores?

Durante la discusión del Código Civil francés la cuestión quedó planteada con toda claridad, pues mientras el Consejo de Estado entendía sin problemas el juego del beneficio de división, el Tribunado se plantearía por qué no se aplica a los cofiadores el principio general que rige respecto a los codeudores, esto es, la división de la obligación entre ellos de pleno derecho, ya que no se observa la razón por la que los garantes hayan de ser tratados menos favorablemente que los deudores principales, máxime cuando aquéllos son meros deudores secundarios.

El planteamiento estaba errado porque cuando varios fiadores garantizan una misma obligación cada uno debe, naturalmente, quedar obligado por el

(2) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II, Madrid, 1959, pág. 457.

todo, aunque sólo sea por la razón de cobertura jurídica que la fianza juega y por la circunstancia práctica de que en otro caso el acreedor no tendría por qué buscar varios fiadores. Pero existiría, además, un argumento adicional para rechazar como infundada la preocupación del Tribunal: si en virtud del beneficio de división el fiador demandado por el todo puede obtener el fraccionamiento de la deuda cuando se acoja a él, no se alcanza a ver la razón por la que dicha división vaya a otorgarse cuando no ha sido demandada, habida cuenta que el fiador que lo desee puede evitar la responsabilidad solidaria sin provocar con ello el quebranto de una situación jurídica (la de la solidaridad) que se juzga acomodada a la naturaleza y cometido de la cofianza (3).

La otra objeción planteada contra la vinculación mancomunada de los cofiadores no es de menos calado. Cuando una obligación plural nace como a prorrata, toda su vida está signada por esta condición, sus efectos son en todo momento los propios de la mancomunidad y, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, cabe que entren a operar algunas de las notas que caracterizan a la solidaridad. Ni siquiera en el supuesto extremo de las obligaciones mancomunadas indivisibles, en las que la imposibilidad de fraccionamiento de la prestación debida impone el proceder concertado o consorcial de los deudores, cabe pensar, según hemos razonado en otra obra, que nos hallemos lejos del campo de la mancomunidad, ya que si tal fuera el caso carecería de sentido que el artículo 1.939 del Código Civil dispusiera que si uno de los deudores resulta insolvente «no estarán los demás obligados a suplir su falta», y, sobre todo, que el artículo 1.150 *eiusdem* contemple el fraccionamiento entre los mismos de la suma pecuniaria debida en concepto de indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de aquella obligación (4).

Y, sin embargo, de considerar que la obligación de los cofiadores es una obligación mancomunada, las cosas ocurrirían de otra manera, ya que por más que la deuda garantizada se dividiese *ex lege* entre los mismos, si alguno de ellos paga la totalidad (¿por qué iba a hacer esto sabiendo que sólo debe *pro quota* al acreedor y no queriendo beneficiar a sus codeudores, en cuanto a continuación les va a reclamar su parte?), puede demandar a los demás la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer (art. 1.844 del Código Civil), efecto típico por antonomasia de la solidaridad pasiva; si alguno de los fiadores resulta insolvente, la parte de éste recae sobre todos los demás en la misma proporción (art. 1.844 del Código Civil), nota caracterizadora

(3) LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, VI, Bruselas-París, 1878, págs. 232-233.

(4) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1998, págs. 231 y sigs.

de la solidaridad en beneficio del acreedor (art. 1.145 del Código Civil) frente al régimen propio de la mancomunidad en provecho de los propios deudores (art. 1.139 del Código Civil), algo que revela con toda nitidez que nos movemos en la esfera de la solidaridad (arts. 1.143 y 1.146 del Código Civil), ya que semejante disposición carecería por completo de sentido en una situación de responsabilidad parciaria, en razón de que la remisión aprovecha tan sólo al concreto deudor beneficiado.

Pues bien, lo que no parece razonable es reconocer, como hace DELGADO ECHEVERRÍA, que la autonomía de las obligaciones, que es propia del esquema de la mancomunidad, no se compaginaría con el artículo 1.844 (que supone interrelación) ni con el 1.850 (que sería inútil), y, sin embargo, no se puede concluir que no se está en presencia de un haz de obligaciones solidarias cuyos sujetos pasivos dispusieran del beneficio de división, ya que ésta es automática y originaria, y el fiador, para limitar su responsabilidad, no tiene la carga de probar la solvencia de los demás, sino que es el acreedor quien ha de probar los hechos que le permiten exigir al fiador más que su parte (5).

Pienso que el razonamiento correcto es el inverso, pues se acerca peligrosamente a una petición de principio considerar que la obligación de los cofiadores resulta mancomunada porque la ley ha impuesto la división de la deuda común en forma «automática y originaria», cuando precisamente es esto último lo que habría que demostrar, no obstante el «se divide» del artículo 1.837 del Código Civil, a la vista de los particulares efectos típicamente solidarios que esos otros preceptos establecen sin duda alguna.

Es decir, no se trata de que a pesar de lo que digan los artículos 1.844 y 1.850 del Código Civil, la obligación de los varios fiadores debe reputarse mancomunada porque la ley ha establecido la división del débito entre los mismos, ya que ello trastorna el orden jurídico-natural de las cosas y conforma como causa lo que debería ser mera consecuencia, sino de que en razón de que el articulado del Código Civil establece, con rotundidad, entre los cofiadores efectos propios y exclusivos de la solidaridad pasiva, no cabe desconocer ni marginar esta situación en base a la anodina circunstancia de que en algún precepto se aluda a la división *ex lege*, porque la norma no extrae de ella las consecuencias pertinentes sino que más bien establece los efectos contrarios, esto es, los propios de la solidaridad.

¿Cuál es el planteamiento adecuado, por tanto? Pienso que el de la coherencia, el de la lógica, el del sistema. Si la ley habla de la división, pero luego la regulación que desarrolla de la situación jurídica de cofianza es la propia de la solidaridad, no cabe desconocer ésta y potenciar aquélla, porque sabido es que las figuras jurídicas son lo que son, no por la nominación que

(5) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, *op. cit.*, pág. 540.

les atribuya el legislador, sino por las consecuencias o efectos que las mismas produzcan. En consecuencia, siempre resultará menos oneroso y más consecuente rectificar una simple nominación legal, no seguida del régimen jurídico que resultaría adecuado a la misma, que hacer caso omiso de la normativa específica de determinada figura, en función de que existe una previa catalogación, un simple *momen iuris* del supuesto. Si la ley habla de mancomunidad y luego se explaya en la solidaridad, parece más adecuado inclinarse en esta segunda dirección antes que en la primera, aunque sólo fuera porque en el mundo jurídico como en la vida misma las cosas son lo que son y no lo que se diga de ellas.

Con un dato final reforzador de este planteamiento, consistente en que, además, se puede llegar a un punto de encuentro ecléctico y equilibrado entre ambas situaciones, que impida considerar fuerte el establecimiento de la solidaridad cuando la propia ley parece imponer la división mecánica, y, asimismo, que impida estimar contradictoria la tesis del fraccionamiento de la deuda entre los fiadores cuando la ley misma regula la situación de éstos como deudores solidarios.

En efecto, respetando el efecto principal y determinante de la vinculación solidaria, cabe todavía el juego de la división, claro que no la *ope legis*, en cuanto excluye la idea misma de solidaridad, sino a través precisamente del mecanismo conocido como beneficio de división. La división no sería automática sino solicitada por los fiadores, y de esta manera podría mantenerse sin problema alguno, tal como ocurre en los otros ordenamientos latinos, ocurría en Roma y ha ocurrido siempre entre nosotros, la idea de solidaridad y la de división, ya que, como se ha visto, la vinculación *in solidum* y el *beneficium divisionis* son perfectamente compatibles. Solución que se refuerza todavía más si se tiene en cuenta que el propio artículo 1.837 del Código Civil en su párrafo segundo habla precisamente de «beneficio de división».

El no querer ver y aceptar de esta manera la formulación legal, dejándose obsesionar por la letra de la ley y sacralizando el «se divide» del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil puede conducir a situaciones en extremo chocantes, tal cual le ocurre al profesor DELGADO ECHEVERRÍA.

En efecto, DELGADO, tras aceptar a regañadientes la tesis de la vinculación mancomunada de los cofiadores, pues paladinamente reconoce que «configurar las obligaciones fideiussorias de los cofiadores como mancomunadas no es coherente con la finalidad de reforzamiento de la garantía que el acreedor persigue con la pluralidad de fiadores», intenta llegar a una extraña solución ecléctica, a una peculiar conclusión para acallar las hondas reservas que le suscita la literalidad, que él acepta, de la fórmula legal. La solución consistiría en considerar que en lo no previsto en su sede específica procede la aplicación analógica de las reglas de la solidaridad de deudas, por ser las

únicas que en el Código disciplinan un haz de obligaciones interrelacionadas, si bien con las necesarias adaptaciones (6).

¡Extraña fórmula! La obligación de los cofiadores sería una obligación mancomunada por expreso mandato legal, vendría a ratificar en la órbita de la garantía personal plural lo que es regla común en el campo de las obligaciones pluripersonales, contaría, incluso, con el refuerzo que puede suponer el principio de normación singularizada al caso, y, sin embargo, en lo no previsto en esa sede específica, procedería la aplicación analógica de las reglas de la solidaridad pasiva. ¿Es admisible semejante planteamiento?

Juzgamos que no. Si una obligación estructuralmente es mancomunada habrá que aplicarle de principio a fin las pautas de la mancomunidad, de la misma manera que si una obligación es solidaria procederá la aplicación a todo su *iter* de las reglas de la solidaridad, a menos que algunos de sus efectos, en uno y otro caso, puedan marginarse, pero no porque ello brote así de su propia sustancia, en cuyo caso quedaría desnaturalizada y resultaría un *tertium genus*, sino porque la ley permita actuar desde fuera de la obligación y como un resorte extraño a la estructura de la misma ciertos mecanismos orientados precisamente a matizar, paralizar o excluir algún aspecto de la eficacia normal del vínculo.

Es lo que, pensamos, ocurre en la materia que nos ocupa. La obligación de los varios fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda» es una obligación solidaria, y así discurre su existir del principio al fin, pero si el acreedor, como bien puede, intenta cobrar de uno de los garantes la totalidad del débito, éste puede acogerse, caso de ser tal su voluntad, a un mecanismo ajeno a la obligación, que no nace de ella (¿cómo podría brotar la división de la conjunción?), contemplado por la ley como forma de detener la eficacia solidaria en base a razones por completo ajenas a la esencia misma de la solidaridad (recuérdese los motivos que llevaron a Adriano a concebir y dispensar el beneficio de división), y que no cabría catalogar jurídicamente más que como un supuesto de excepción facultativa.

En cambio, si se sostiene, según piensa DELGADO ECHEVERRÍA, que la obligación es mancomunada en lo específicamente previsto y solidaria en lo demás, ya que a esto conduce, en definitiva, su fórmula de la aplicación analógica de las reglas de la solidaridad pasiva, aparte de producir un híbrido, mitad mancomunado y mitad solidario, se incurre, en nuestra opinión, en la paradoja de que a una obligación caracterizada como parciaria se le aplican las pautas de la vinculación *in solidum* en todo lo que la ley no haya normado respecto a la misma.

Y no es así, porque si la relación obligatoria es mancomunada, en lo que la ley no prevea deberán aplicarse las reglas de la mancomunidad, en parte

(6) *Ibid.*

porque ello brota así de la propia *substantia iuris* de la obligación y de la elemental observación de que en la esfera jurídica como en la naturaleza lo complementario o consecuencial participa de la naturaleza de lo principal o causal, y en parte porque en nuestro ordenamiento civil las reglas supletorias nunca pueden ser las de la solidaridad sino las de la mancomunidad, habida cuenta que en el Derecho Civil español rige la presunción de mancomunidad (art. 1.137 del Código Civil).

El argumento de que tal debería ser la solución porque las reglas de la solidaridad pasiva son «las únicas que en el Código Civil disciplinan un haz de obligaciones interrelacionadas» no es de recibo por un doble orden de consideraciones: primero, porque si la obligación de los cofiadores es una obligación mancomunada no tiene mayor sentido hablar de interrelación, en cuanto deberá primar la pauta legal definitoria y caracterizadora de que los varios créditos y deudas se reputan «distintos unos de otros» (art. 1.138 del Código Civil), y, segundo, porque no se alcanza a ver cómo pueden tener aplicación los criterios propios de la solidaridad sin provocar el tránsito a esta esfera jurídica de la obligación, supuestamente mancomunada, que afecta a los varios fiadores.

El error denunciado lo padece todavía en forma más acusada el Tribunal Supremo. En su sentencia de 6 de marzo de 1961, nuestro máximo juzgador considera que «al no resultar de la referida obligación pactada fórmula alguna de solidaridad, ésta no puede presumirse, conforme se desprende del artículo 1.837 del Código Civil, y frente a la concurrencia de dos fiadores, es indudable que conforme al invocado precepto del artículo 1.837 del referido Cuerpo legal, la obligación de responder de la deuda de tal prestatario se divide entre ambos fiadores, no pudiéndose reclamar por el acreedor de cada uno más que la parte que le corresponda». De la misma manera, en la sentencia de 3 de junio de 1968 se excluye la posibilidad, no habiéndose pactado la solidaridad de que el acreedor pueda reclamar el todo a cualquiera de los dos fiadores, ya que procede la aplicación del artículo 1.837 en relación con el artículo 1.137, por lo que «cada fiador debe pagar la mitad de la deuda».

Que la solidaridad no se presume no se desprende del artículo 1.837 sino del artículo 1.137 del Código Civil, ya que parece obvio que el primero de ambos preceptos no puede tener semejante alcance definitorio al estar circunscrito al específico campo de la pluralidad de fiadores. Lo que no capta nuestro máximo sentenciador es que si las cosas ocurrieran como pretende el artículo 1.837 del Código Civil sería por completo innecesario y aun redundante, precisamente porque en nuestro sistema no rige la presunción de solidaridad, y que al existir no se le puede dar la interpretación que pretende, diga lo que diga la letra de la ley, si se quiere ser lógico y coherente.

Tampoco la aseveración de que el artículo 1.837 haya de aplicarse en relación al artículo 1.137 del Código Civil, por lo que cada fiador debe pagar la mitad de la deuda, merece mayor aceptación porque, según se ha señalado reiteradamente, si las cosas ocurrieran de esa manera, el primero de dichos preceptos resultaría totalmente irrelevante, en cuanto semejante efecto ya vendría establecido de manera genérica para toda clase de obligaciones plurales por el segundo. En realidad, resulta en extremo paradójico que estableciendo la ley, salvo pacto en contrario, la mancomunidad, cuando se enfrenta a una concreta variedad de obligación multipersonal, la emanada de la fianza, se sienta compelida a recordar que aquí también opera la partición de la deuda. ¿Por qué no formula un recordatorio similar a propósito, por ejemplo, de la venta, el arrendamiento, el depósito o el préstamo, caso de ser varios los compradores, arrendatarios, depositarios o prestatarios?

Porque no hace falta. Lo que se precisa es la referencia legal, precisamente cuando se trata de lo contrario, cuando en un concreto supuesto la presencia de varios deudores determina, porque así lo quiere la ley, la aparición de un vínculo solidario. Es lo que ocurre, por ejemplo, a propósito del comodato al disponer el artículo 1.748 del Código Civil que «todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella». Esto es lo exacto; es la excepción a la regla la que merece y necesita de la expresa plasmación legal, no en cambio una supuesta especificidad que viene a ratificar, *casu concreto*, lo que ya se ha dispuesto a nivel de principio. Si el artículo 1.837 consagrara en relación a la cofianza la mancomunidad establecida genéricamente en el artículo 1.137 del Código Civil para las obligaciones con pluralidad de sujetos, resultaría tan incongruente, reiterativo e insustancial como lo es, puesto el caso, el artículo 1.723 del mismo Cuerpo legal al disponer que «la responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así», algo que reconoce la generalidad de la doctrina sin mayor cuestión.

Ahora bien, el párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil existe, y como, según venimos exponiendo, no puede ni debe interpretarse en el sentido de que en el campo de la fianza plural también tiene lugar la vinculación mancomunada de los varios fiadores, según ha sancionado como regla general el artículo 1.137, porque tal interpretación conduce a la inutilidad del precepto y en Derecho debe desecharse cualquier valoración que nada añada, no queda otra salida coherente que la de estimar que en el primero de dichos preceptos estamos en presencia de un supuesto excepcional de solidaridad pasiva legalmente establecido.

El enfoque que se critica mueve también a Díez-PiCAZO al considerar que la interpretación del artículo 1.837 del Código Civil conduce a la conclusión de que la solidaridad ante los cofiadores ha de estimarse como excep-

cional y, por tanto, como objeto de interpretación restrictiva: la solidaridad entre los cofiadores debe, según el Código, ser estipulada de una manera expresa y no puede presumirse, «el artículo 1.837 viene así a coincidir con los principios que inspiran el artículo 1.137» (7).

Nada más lejos de la realidad. En base al artículo 1.837 del Código Civil, la solidaridad entre los cofiadores no puede ser considerada excepcional, porque ello escasamente tiene sentido. Del hecho de que dicho precepto disponga que la solidaridad ha de ser estipulada expresamente no puede derivarse un supuesto carácter excepcional de la misma, ya que no significa novedad alguna sino mera reiteración de lo que ya se conoce: a menos que la ley disponga otra cosa, la solidaridad de los varios deudores no puede ser contemplada más que por pacto expreso en tal sentido. Es decir, de aceptarse el parecer de Díez-PICAZO tendríamos la extraña construcción siguiente: en caso de pluralidad de deudores en una obligación, la regla es la mancomunidad y la excepción la solidaridad, y en caso de pluralidad de fiadores la regla sigue siendo la mancomunidad y la excepción también la solidaridad, a no ser que para evitar el carácter reiterativo del artículo 1.837 del Código Civil se considere que en el ámbito de la cofianza la excepcionalidad es todavía, si cabe, mayor, porque existe un precepto específico para establecerla y para recordarla.

Es decir, en el campo de la mancomunidad genérica, la misma puede excluirse en virtud de que los interesados pacten la vinculación solidaria, mientras en el campo de la mancomunidad fideiusoria sucedería... ¡exactamente lo mismo!, por lo que no se acierta a ver cuál sería la razón suficiente para repetir, respecto a los fiadores, lo que ya se dijo genéricamente en relación a los codeudores, en cuanto no se adelanta especificidad alguna. El codeudor general es deudor mancomunado, salvo pacto en contrario, y el cofiador es también deudor mancomunado, si no se ha convenido la inversa situación. ¿Dónde está la base legal para afirmar que la solidaridad entre los cofiadores debe ser considerada como excepcional, con un tipo de excepcionalidad que se distinga en un ápice de la excepcionalidad consagrada en el artículo 1.137 del Código Civil?

De la misma manera, tampoco tiene sentido su aseveración de que, según el Código, «la solidaridad entre los cofiadores debe ser estipulada de una manera expresa y no puede presumirse». La solidaridad en el Derecho español no se presume nunca, ni entre los cofiadores, ni entre cualesquiera otros codeudores, porque en nuestro sistema civil rige la presunción contraria de mancomunidad. Precisamente por ello, porque no se presume, es por lo que existe un específico precepto legal que, no obstante su desorientadora redac-

(7) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 609.

ción, debe ser entendido en el sentido de que consagra legalmente el supuesto excepcional de la vinculación solidaria de los varios fiadores. Y ello sin necesidad de reconducirlo a la inclusión del pacto de solidaridad, porque, pese a lo que diga Díez-Picazo, la única forma de hacer coincidir los artículos 1.837 y 1.137 es a través de contemplar en el primero de ellos un caso de solidaridad legalmente establecida. Lo otro ya estaba inventado, y la supuesta sacralidad de la máxima *in claris non fit interpretatio* tiempo ha abandonada.

Lo curioso es que Díez-Picazo, después de su enfática proclamación de que en el artículo 1.837 del Código Civil no existe establecimiento de solidaridad alguna entre los varios fiadores, sucumbe sin mayor resistencia al reclamo literal del párrafo segundo de dicho precepto que habla de «beneficio de división», sin querer advertir que mancomunidad y *beneficium divisionis*, como tantas veces hemos señalado, se excluyen, por cuanto lo que viene dado naturalmente no hace falta solicitarlo y lo que necesita ser impetrado tiene que operar, de manera necesaria, contra un orden contrario de cosas. Es por lo que el beneficio divisorio tan sólo tiene justificación y sentido en el caso de que se parta de la vinculación solidaria de los cofiadores.

Semejante situación le lleva a unos planteamientos complejos y extraños. El Código Civil, según el profesor Díez-Picazo, excluye una solidaridad impuesta legalmente a los fiadores; ahora bien, entender que el beneficio se impone *ex lege* y juega sin necesidad de alegación por parte del cofiador demandado, no parece exacto, ya que, en primer lugar, el artículo 1.844 admite como normal que el cofiador haya pagado el entero y pueda reclamar de los demás la parte proporcional que a cada uno corresponda, y, por otra parte, la configuración de la división como un beneficio denota que es una facultad del cofiador demandado y que es éste quien lo ejercita por vía de excepción, aparte de que la aproximación entre el beneficio de división y el de excusión, que establece el párrafo final del artículo 1.837, conduce a la misma conclusión (8).

Es el precio que hay que pagar cuando se quieren casar los contrarios. Desde luego que entender que el beneficio de división opera de manera mecánica es una *contradictio in adiecto*, ya que por definición, al ser beneficio, entraña algo meramente facultativo que sólo operará si el legitimado lo hace valer, precisamente cuando el acreedor le reclame la totalidad de la deuda garantizada. Ahora bien, si hay necesariamente que arribar a esta conclusión al considerar, como no puede ser de otra manera, que la división no se produce *ex lege* sino que es fruto de la alegación hecha en tal sentido por el cofiador demandado, parece obvio que deberá partirse de la base de

(8) *Ibid.*, pág. 610.

que el acreedor no vendrá compelido por la ley a reclamar *pro parte*, ya que en este caso llovería sobre mojado al posibilitar la división a instancia del requerido en pago. Escasamente tiene sentido defender que el beneficio de división es «una facultad del cofiador demandado y que es éste quien lo ejercita por vía de excepción», si al mismo tiempo y de manera implícita se está aceptando que el acreedor no puede reclamar *in totum*.

Hay una contradicción insalvable entre la afirmación de que «el Código excluye una solidaridad impuesta legalmente a los fiadores» y el juicio de que la división sólo se producirá caso de que el cofiador demandado decida acogerse al beneficio de ese nombre. Una cosa o la otra, pero no las dos al mismo tiempo porque son antagónicas. Si la ley no impusiera la solidaridad entre los fiadores, estaría jugando de manera necesaria y mecánica el régimen de la mancomunidad, que es el común en el sistema civil español; y si la deuda accesoria fuera mancomunada, el acreedor sólo podría reclamar *pro parte*, y el supuesto beneficio divisorio sería el más ocioso e intrascendente de los mecanismos jurídicos. Pedir la división de lo que ya está dividido resulta paradójico, pero quizá todavía lo es más considerar que la división sólo se produce cuando el fiador demandado la reclama y al mismo tiempo que la vinculación de los varios fiadores no es solidaria, porque el juego del beneficio divisorio únicamente tiene sentido, tal como ocurría en el Derecho romano y tal como resaltaron con toda claridad DOMAT y POTHIER, cuando los varios garantes de una misma deuda han quedado sujetos al cumplimiento de dicha deuda solidariamente.

El error todavía se agranda más cuando en apoyo de la tesis de coexistencia entre beneficio de división *stricto sensu* y no solidaridad (pero tampoco mancomunidad) se recurre, cual hace Díez-Picazo, a la aproximación que entre aquel beneficio y el de excusión establece el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil, porque el ejercicio de este último sirve para impedir que se pueda reclamar al fiador de manera principal, mientras que la actuación del primero escasamente serviría para otra cosa que no fuera ratificar que al cofiador no se le puede requerir *totaliter*, algo que ya viene dado de suyo si se parte, como defiende el citado profesor, de que la solidaridad entre los varios fiadores no viene impuesta legalmente.

Las cosas ocurrirían precisamente de la manera contraria, porque equiparado el régimen jurídico de los beneficios de excusión y división tendríamos que uno de ellos, el de orden, produciría su típico efecto de que «el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor» (art. 1.830 del Código Civil), mientras el otro, el divisorio, no generaría el que *ex definitione* le corresponde, ya que, opuesto, se limitaría a remachar la división que ya viene reclamada por la ley, y no opuesto, en nada cambiaría la situación, en cuanto el fiador demandado no podría ser condenado a la satisfacción íntegra de la deuda

asegurada, salvo que se hubiera «estipulado expresamente la solidaridad». Con lo cual la aproximación entre ambos beneficios que formula la ley y el juego que de la misma pretende extraer Díez-PICAZO para la defensa de su peculiar concepción del *beneficium divisionis* resultan en extremo difíciles y extraños.

Por ello tiene mucha más lógica y coherencia el pensamiento clásico de MANRESA en el sentido de que el beneficio de división se encuentra en identidad de circunstancias que el de orden o de excusión. «Si se ejercita en tiempo y forma —escribe en tal sentido— aprovechará al que lo opone, siempre que no se trate de uno de aquellos casos en que no pueda ser utilizado, y, por el contrario, si no se opone en dichas condiciones, a pesar de extralimitarse el acreedor al reclamar el todo, no produciría efecto alguno, no obstante la concurrencia de varios fiadores y no haberse obligados éstos solidariamente» (9).

La conclusión es correcta y el paralelismo entre uno y otro mecanismo facultativo de defensa del fiador atinado y justo, por más que la argumentación y los puntos de apoyo del razonamiento de MANRESA resulten un tanto endebles y aun contradictorios con la idea que preside su reflexión sobre el supuesto en estudio.

En efecto, de acuerdo a lo que venimos observando, no tiene excesivo sentido hablar de que el acreedor se haya extralimitado «al reclamar el todo», y no tiene sentido porque, primero, si dicho acreedor no puede demandar la totalidad del débito garantizado, la existencia del beneficio de división resulta vacua e intrascendente, y, segundo, porque precisamente el deudor demandado puede fraccionar la reclamación en función de que el acreedor demandante está legitimado para exigirle, en principio, el todo debido. No existe, por tanto, extralimitación alguna del acreedor, ya que si tal fuera el caso, el camino adecuado para la defensa no sería el beneficio de división sino el hecho simple de que ha tenido lugar una *pluspetitio*.

El beneficio de división, rectamente configurado y acomodado a su formato histórico, no se conforma como un instrumento que la ley pone a disposición de los cofiadores para el caso de que el acreedor se extralimite y reclame a alguno de ellos la totalidad de la deuda, sino como una defensa para evitar esta consecuencia perjudicial, precisamente porque al acreedor puede proceder de esa manera sin incurrir en exageración alguna. Los cofiadores han quedado legalmente vinculados en forma solidaria, y, en consecuencia, el acreedor está legitimado para reclamar el todo a cualquiera de ellos; lo que sucede es que en tal caso, y sin que por su parte dicho acreedor incurra en extralimitación de ningún tipo, el fiador demandado puede, por

(9) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII (quinta edición, revisada por Rodríguez Arias-Bustamante), Madrid, 1951, pág. 286.

privilegio legal a su favor, detener semejante consecuencia, impetrando y acogiendo al beneficio de división.

Extralimitación y beneficio resultan inconciliables, tan inconciliables como mancomunidad y beneficio de división, porque la primera idea no hay forma de relacionarla con la segunda (¿para qué se precisa de un beneficio legal al objeto de detener a un acreedor que se está extralimitando del poder jurídico que rectamente le corresponde?), y porque la noción de beneficio supone, en cuanto entraña la presencia de un supuesto excepcional, que frente al que decide acogerse a su tuición alguien está actuando de la manera correcta, ejercitando los poderes que en línea de principio y como situación ordinaria le están atribuidos.

Se explica, por tanto, que, como dice MANZANARES SECADES, si la división de la deuda viene atribuida *ex lege*, el fiador no tiene que oponer ningún beneficio de división a la reclamación del acreedor, y si es que éste reclama más de lo que le corresponde al fiador, la excepción que el mismo deba oponer será la de *pluspetitio*; es más, aunque el fiador no opusiera la excepción de *pluspetitio*, «el Juez, de oficio, debería rechazar la reclamación del acreedor en aquella cantidad que excediera la cuota por la que se obligó el deudor» (10).

Iura novit curia y los efectos legalmente impuestos deben ser tenidos en cuenta y aplicados por el Juez, aunque el que resulte favorecido por los mismos no se acoja expresamente a su protección. Si la ley impusiera, como en definitiva por una u otra vía viene reconociendo la posición mayoritaria de la doctrina española, la división de la deuda garantizada entre los varios fiadores, cuando el acreedor pretendiese cobrar de uno de ellos el crédito íntegro, que la propia norma ha fraccionado, no es que realice una extralimitación y mucho menos que la misma pueda ser detenida acudiendo a un evanescente y fantasmagórico beneficio de división, sino sencillamente está haciendo valer un derecho que no le corresponde o, mejor, lo está ejercitando en forma diferente a aquélla que la ley ha impuesto; y, en consecuencia, nada de extraño tiene que el Juez rechace *in limine* una pretensión tan manifiestamente ilegal.

Lo dijo hace años MUCIUS SCAEVOLA. El Código Civil español, apartándose del modelo francés, contrariando los precedentes hispanos y pugnando con la realidad de los contratos, «pues si el acreedor pide varios fiadores, los requiere para que le respondan solidariamente», adoptó el criterio de la presunción de no solidaridad desde el principio hasta el fin, sin necesidad, por tanto, de que el fiador necesite alegar la división para reputarla hecha, respondiendo cada uno tan sólo por su parte civil. De manera tal que «si el

(10) MANZANARES SECADES, «La cofianza: Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, pág. 755.

acreedor demanda a todos los cofiadores en forma solidaria, a pretexto de figurar unidos ante la deuda, aunque los demandados no se personaren para protestar contra el exceso, los Tribunales de Justicia limitarán la prestación a la cuota individual de cada uno» (11).

En conclusión, si el fiador demandado por el todo no opone el beneficio de división, se verá sujeto a cumplir íntegramente la deuda garantizada, pero no porque el acreedor se haya extralimitado en su petición, ya que ello equivaldría a premiar el exceso y a favorecer a quien ha quebrantado una expresa disposición legal, sino porque *ab initio* estaba vinculado al cumplimiento íntegro de la deuda por ser un deudor solidario, aunque el efecto típico de la solidaridad pasiva quedase en sus manos detenerlo acogiéndose al trato de favor que a su disposición pone el beneficio legal de división.

De la misma manera, tampoco resulta aceptable la afirmación de MANRESA de que de no oponerse en tiempo y forma, el beneficio de división no producirá los efectos que le son propios, «no obstante la concurrencia de varios fiadores y no haberse obligado éstos solidariamente» (12), porque si la no alegación del beneficio determina que el deudor demandado deba cumplir la deuda en su totalidad, habrá que preguntarse en virtud de qué mecanismo jurídico ocurrirá semejante consecuencia. Si tal sucede a pesar de que los varios fiadores no se hayan comprometido expresamente de manera solidaria, no cabe otra solución razonable que la de considerar que cuando varias personas garantizan conjuntamente la misma deuda tiene lugar, como dice DOMAT, el nacimiento de una obligación naturalmente solidaria entre los cofiadores (13).

Pero, sin duda, quien con mayor lujo de argumentos y fuerza de razonamiento ha defendido en nuestro sistema civil la vinculación mancomunada de los varios fiadores y, por ende, la inexistencia de un estricto beneficio de división, en neto contraste con los criterios que hemos adelantado en las páginas precedentes e informan la configuración que defendemos de la fianza plural, es el profesor GUILARTE ZAPATERO.

Su construcción arranca de dos ideas fundamentales. La primera que ante el silencio de los interesados o ausencia de declaración en contrario, la obligación de los cofiadores ha de estimarse como mancomunada simple y, consecuentemente, que cada uno de ellos responde en exclusiva de su parte en la proporción convenida o, en defecto de acuerdo, por cuotas iguales. La segunda que, no obstante la literalidad del artículo 1.837 del Código Civil, no cabe pensar que la división de la deuda sea fruto del beneficio de división, sino que la ley, para evitar perjuicios al acreedor, introduce deter-

(11) Mucius SCAEVOLA, *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953, págs. 610-611.

(12) MANRESA, *Comentarios...*, XII, *op. cit.*, pág. 286.

(13) DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, II, Barcelona, 1844, pág. 149.

minadas excepciones al régimen propio de la obligación mancomunada simple, algo que, por más que ocasione un cierto alejamiento entre ésta y la cofianza, no supone la conversión de la garantía pluripersonal y conjunta en una obligación solidaria a todos los efectos.

Semejante planteamiento conduce al autor que se comenta a dos consecuencias esenciales: que la división de la deuda viene establecida *ex lege* y no precisa de un especial y concreto momento para ser alegada por el cofiador demandado a quien se reclama mayor parte de la que debe responder; y que si el acreedor demanda a alguno o algunos de los cofiadores reclamando la totalidad de la deuda, o una mayor parte de la que inicialmente deben responder, su pretensión sólo será estimada en tales términos si acredita la improcedencia de la solución general de la responsabilidad por la propia cuota en exclusiva, por concurrir algunas de las situaciones a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.837, precepto que implica una alteración *ex lege* de la responsabilidad.

Bajo otro aspecto, la aproximación de los beneficios de excusión y de división para justificar la aplicación de normas de aquél a éste carece, en su opinión, de fundamento. Aunque se admitiera, cosa que él no hace, que nuestro Código Civil sanciona el beneficio de división, debería reconocerse que ambos beneficios tienen una naturaleza y finalidad tan distintas que impiden cualquier aplicación de normas por analogía. A tal efecto, le parece suficiente que en los sistemas donde propiamente existe el beneficio de división, la doctrina dominante atribuye al de orden naturaleza de excepción dilatoria, en tanto que explica el de división como excepción perentoria, aparte de que éste, a diferencia de aquél, no se somete a condiciones de ejercicio y se considera oponible en cualquier estado de la causa, incluida la apelación.

Los señalamientos y reflexiones anteriores llevan a GUILARTE ZAPATERO a establecer una serie de conclusiones. En primer término, que el artículo 1.837 del Código Civil sanciona la responsabilidad mancomunada del fiador, excepto de haberse pactado la solidaridad, quiebra o concurso de algún cofiador o si alguno de los cogarantes no puede ser demandado dentro del reino. En segundo lugar, que no existe un específico momento en el que deba el cofiador alegar la división de la deuda, en cuanto tal división no procede del beneficio del mismo nombre sino de la propia naturaleza de la obligación.

En tercer término, el cofiador, obligado mancomunadamente, sólo puede ser demandado por la parte que le corresponda del total de la deuda; si se le reclama la totalidad de ésta, podrá invocar la excepción de *pluspetitio*, pero, aunque no la invoque expresamente, si de los antecedentes de hecho resulta que no se pactó la solidaridad o no concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.831, el juzgador deberá reducir la condena del

cogarante demandado a la parte que le corresponda; aun no estando pactada la solidaridad de los cofiadores, o aunque no exista renuncia a la división, si el acreedor demandante alega y acredita que alguno o algunos de los cogarantes se encuentra en una de las situaciones del artículo 1.831, se ampliarán las responsabilidades de los restantes en los términos y con las consecuencias previstos en la ley. En fin, la alteración de la responsabilidad de los cofiadores, dado su carácter excepcional, deberá ser siempre objeto de interpretación restrictiva (14).

¿Qué opinar al respecto? Lo primero que debe resaltarse es que la construcción expuesta resulta coherente, está dotada de armonía y permite encajar sus distintas piezas sin forzamientos visibles. Es, sin ninguna duda, la más completa y razonada exposición que en el sistema español se haya hecho en cualquier momento contra el juego en el mismo del clásico y latino beneficio de división. Sin embargo, en nuestra opinión, resulta forzada, excesivamente sujeta a los aprioris que el autor marca un tanto gratuitamente, poco transigente con los severos condicionantes que emanan de la propia regulación global de la cofianza en el Código Civil, y, sobre todo, en exceso tributaria de la literalidad estricta de la ley, algo difícil de entender y en absoluto exigible, habida cuenta del poco rigor dogmático que nuestro primer Cuerpo legal suele hacer gala en numerosos institutos, incluido, claro está, el de la cofianza que nos ocupa.

Creemos que, como ya se ha señalado, por más que la textualidad del párrafo primero del artículo 1.837 parezca imponer como regla general la división de la deuda misma y no de la acción del acreedor, «contenido típico del *beneficium divisionis*», no cabe aceptar semejante primaria y mecánica conclusión. Precisamente, frente al parecer del autor, del origen y antecedentes del artículo en cuestión, del concepto mismo del beneficio de división, de su significado histórico y del Derecho comparado, lo que se desprende es que no es posible entender los términos del precepto en su escueto significado gramatical.

Que ante el silencio de los interesados o en defecto de pacto en contrario deba concluirse que la obligación de los cofiadores ha de estimarse como mancomunada simple y, en consecuencia, cada uno de ellos responde tan sólo *pro parte*, produce toda la impresión de un razonamiento al revés, si se tiene en cuenta las pautas que rigen nuestro sistema civil en materia de obligaciones plurales.

En efecto, en el Derecho Civil patrio, como dice SANCHO REBULLIDA, los artículos 1.137 y 1.138 del Código contienen el establecimiento de la mancomunidad como régimen de las obligaciones con pluralidad de sujetos

(14) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo*, XXIII, Madrid, 1979, págs. 191 y sigs.

que no tengan previsto, en la expresión de voluntad o en la ley, la aplicación del régimen de solidaridad; esto es, la mancomunidad como regla y solidaridad como excepción (15).

Por tanto, siempre que nos tropecemos con un supuesto de relación obligatoria dotada de varios sujetos, la regla anterior habrá de funcionar y, en principio, deberá estimársela como obligación mancomunada, mientras de la propia ley o del pacto no resulte lo contrario. Así, cuando en un particular contrato no se advierta expresamente o del conjunto del mismo no se desprenda que las partes han contemplado la solidaridad, tal como de manera reiterada viene estableciendo nuestra jurisprudencia al permitir la consideración de todos los «hechos, actos y circunstancias presentes en el caso que puedan entrañar la existencia de la solidaridad» (de apreciar la misma en cada caso particular, «según las circunstancias y el relieve jurídico del mismo», hablaba ya la sentencia de 14 de marzo de 1934) (16), deberá concluirse indefectiblemente que la obligación plural derivada del mismo asume la caracterización de mancomunada.

Lo mismo deberá ocurrir en el campo legal. Siempre que en relación a una obligación con variedad de sujetos la ley no diga nada sobre su formulación, habrá que considerar que se trata de un vínculo parciario. ¿Y si lo dice? ¿Y si afirma que la relación obligatoria en cuestión asume una u otra figura? En principio, parece deberá concluirse que no hay más salida que aceptar la nominación utilizada por la ley, siempre que no jueguen en su contra consideraciones de suficiente peso como para poner en entredicho y aun desbancar la aparente claridad legal. En tal sentido, cuando el artículo 1.748 del Código Civil dispone que «todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella», o el artículo 1.723 *eiusdem* establece que «la responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria», no resultaría razonable desconocer en el primer caso la solidaridad y en el segundo la mancomunidad, por más que en este último resulte ociosa e innecesaria la previsión legal.

Porque no resulta razonable que, sancionada como regla general la vinculación *a pro rata* de los varios sujetos presentes en una obligación, deba repetirse semejante circunstancia en cada uno de los supuestos en que la ley contemple manifestaciones concretas de obligaciones plurales, aunque sólo fuera por *elegantia iuris* y por el elemental principio lógico de que lo que

(15) SANCHO REBULLIDA, «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, III, Pamplona, 1968, pág. 570.

(16) CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, 1985, págs. 15 y sigs.

hay que resaltar es la excepción a la regla general (en nuestro caso la solidaridad) y no la reiteración de que también en cada caso concreto continúa jugando el criterio genérico. Por ello, aunque haya supuestos en que no quepa desconocer que la norma innecesariamente reitera la pauta general, como el mencionado del artículo 1.723 del Código Civil, lo ordinario será considerar que la específica mención legal habrá de ir orientada más a disponer casos de solidaridad que a recordar la permanencia en los mismos de la mancomunidad principista.

Esta impresión se refuerza sobremanera en el supuesto que estamos considerando, porque a las razones antedichas debe añadirse que todo conspira en pro de la solidaridad y contra la mancomunidad. Si los precedentes, el Derecho histórico, el Derecho extranjero que nos ha servido de punto de referencia e inspiración y la regulación global que nuestro propio Código Civil hace de la cofianza suponen la inclusión de la misma en el ámbito de la vinculación *in solidum* de los varios fiadores, ¿va a tener tanta fuerza un solo precepto, el artículo 1.837, como para desbancar tan formidable batería de instrumentos que se le oponen, habida cuenta, incluso, que en el mismo artículo 1.837 encuentra apoyo la opinión contraria cuando su párrafo segundo pone en entredicho, se opone y desvirtúa la supuesta afectación jurídica a prorrata que el primero ha establecido? Al fin y al cabo, no debe olvidarse que la inclusión de la polémica primera parte del precepto se hizo en base a importar una norma, la del artículo 2.106 del Anteproyecto belga de Laurent, que no encajaba cómodamente en el sistema español, sobre todo cuando en el mismo se intentaba conservar una porción sustancial del sistema tradicional mediante una segunda parte que era la transcripción literal del párrafo tercero del artículo 1.759 del Proyecto de GARCÍA GOYENA, que en esta materia mantenía el clásico mecanismo latino del beneficio de división.

De la misma manera, resulta de muy difícil admisión el alegato de GUILARTE ZAPATERO de que por más que el artículo 1.837 del Código Civil hable de beneficio de división, no cabe considerar que la división establecida en la primera parte del mismo es consecuencia de semejante beneficio, sino que tan sólo, «para evitar perjuicios al acreedor y partiendo de una discutible presunción de lo realmente querido por los interesados», se introducen algunas excepciones al régimen general de la mancomunidad.

El planteamiento más bien parece ha de ser el opuesto. Si la división de la primera parte del artículo es la propia de la mancomunidad simple, algo que no haría falta recordar porque opera siempre que de manera expresa no se haya excluido por pacto o ley, y la división de su segunda mitad es la que correspondería al beneficio de división, caso de que deba preponderar una versión sobre la otra, no se alcanza a ver la razón para que las cosas ocurran de la manera que afirma el profesor GUILARTE, aunque sólo fuera por

la circunstancia de que la segunda de semejantes divisiones es la que mejor encaja con todo el entramado de la figura.

En consecuencia, si la conformación como solidaria de la obligación de los cofiadores encaja mejor con el beneficio de división que la configuración como mancomunada de aquélla con la presencia de dicho beneficio, ¿por qué se ha de preferir esta fórmula a la primera?, ¿por qué el respeto a la literalidad de una norma importada, nunca justificada de manera cumplida, ajena a nuestra tradición y a nuestro entorno más determinante, va a primar sobre lo que dicta el cúmulo de circunstancias básicas que imponen la solución opuesta?

Realmente suena un tanto extraño afirmar que para evitar perjuicios al acreedor «se introducen determinadas excepciones al régimen propio de la obligación mancomunada simple», porque el básico y liminar perjuicio al acreedor se le irroga cuando se considera que siendo varios los fiadores de la misma deuda cada uno de ellos tan sólo queda vinculado *pro parte*. Que en algunos supuestos la obligación se torne *de facto* solidaria no puede ocultar el hecho de que fuera de ellos ese acreedor, que buscó a través de la fianza plural una mayor seguridad para su derecho y una más cómoda realización del mismo en caso de incumplimiento del deudor principal, se tiene que ver desagradablemente sorprendido en nuestro Derecho, de aceptarse la tesis que se critica, al observar que la ley ha fraccionado lo que él buscaba unido y que su garantía múltiple puede resultar en ciertos supuestos más problemática que la garantía que proporciona el fiador solitario, algo que se acerca peligrosamente a lo extravagante y al absurdo.

En cambio, de admitirse la vinculación solidaria de los varios fiadores, todo resulta más coherente y propio, incluso cuando entra a operar el beneficio de división. La ley atiende al reforzamiento de la garantía que busca el acreedor mediante el establecimiento de la afección solidaria de los garantes, pero al mismo tiempo, para facilitar a dicho acreedor el compromiso de varios fiadores y evitar la confabulación entre aquél y algunos de éstos, la propia ley pone a disposición de cada uno de los aseguradores que caso de ser demandado por el todo puede impedir semejante pretensión, acogién-dose al beneficio divisorio. Beneficio que cesará cuando se den determinadas circunstancias, las previstas en el artículo 1.831 del Código Civil respecto al beneficio de excusión, que tornarían poco explicable y razonable la circunstancia de que el fiador demandado pudiera eludir su primigenia vinculación *in solidum*. Privar del beneficio de división a un fiador solidario es mucho más lógico que excepcionar una supuesta obligación mancomunada mediante retazos de solidaridad.

Si a ello se añade que, en opinión de GUILARTE, semejantes excepciones, aunque supongan un cierto alejamiento entre la obligación mancomunada y la cofianza (*sic*), no dan lugar a que «la garantía pluripersonal y conjunta-

mente asumida llegue a convertirse en una obligación solidaria a todos los efectos», el razonamiento anterior cobra mayor fuerza y justificación, porque resulta mucho más adecuado sostener que una obligación solidaria continúa siendo solidaria, por más que los sujetos pasivos puedan oponer el beneficio de división (como lo prueba el hecho de que cuando éste no sea ejercitable, aquélla sigue operando de acuerdo a la caracterización con la que nació y nunca le abandona), que defender que una obligación nacida como mancomunada sigue conservando este carácter a pesar de que en determinados supuestos el deudor demandado tenga que responder de la totalidad del débito.

Al fin y al cabo, el beneficio de división es un obstáculo externo y ajeno a la estructura de la obligación solidaria que impide que la misma, sin perder dicho carácter, pueda materializarse, mientras que los casos en que la supuesta obligación mancomunada de los fiadores dejaría de ser tal para pasar a conformarse como auténtica obligación solidaria supondrían una alteración directa de la naturaleza de la obligación y el desvirtuamiento de un tipo de efecto, la división del débito, que se predica como caracterización primaria y principal del vínculo que afecta a los varios fiadores.

Rechazados los anteriores planteamientos de GUILARTE ZAPATERO, se explica que no podamos compartir las dos consecuencias esenciales que él estima derivan de aquéllos. Respecto a la primera de que se trata de una división *ex lege* de la deuda que no precisa de especial momento para ser alegada, ya se ha explicitado hasta la saciedad que nada propicia semejante consideración, que la misma, fuera de la reverencial aceptación de los términos «se divide» del artículo 1.837 del Código Civil, no tiene apoyo histórico, dogmático o sistemático, porque todo conspira, dentro y fuera del Código Civil, en pro de la pervivencia entre nosotros del tradicional y latino beneficio de división; por lo que hace al momento de su ejercicio, es obvio que si lo consideramos como un genuino beneficio que la ley pone a disposición de los cofiadores, por más que se sea ampliamente generoso en cuanto a las posibilidades de ejercicio, deberá darse alguna concreción al respecto.

En relación a la segunda, en el sentido de que el acreedor que demanda *in totum* a uno de los cofiadores, sólo verá estimada su pretensión caso de que se dé alguna de las situaciones a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil, creemos que las cosas ocurren de manera particularmente diferente. En efecto, si, como pensamos, la existencia de varios fiadores conjuntos supone la vinculación solidaria de los mismos, parece natural que el acreedor pueda reclamar de cualquiera de ellos la totalidad del débito garantizado, una vez hecha excusión de los bienes del deudor. Ahora bien, el fiador demandado en tal medida puede, si lo desea, detener el impacto de la pretensión del acreedor alegando y acogiendo al beneficio de división; mas, como dicho beneficio puede fallar en ciertas y

justificadas situaciones (algunas de las contempladas en la segunda parte del art. 1.837 del Código Civil), se explica que la norma hable de que en las mismas, al cesar el beneficio de división, continuará la primigenia y legal vinculación solidaria de los cofiadores.

Esta solución, aun prescindiendo del apoyo normativo, nos parece mucho más lógica que la que plantea el profesor GUILARTE, pues siempre resultará más apropiado considerar que una determinada obligación plural, nacida *ex lege* como solidaria, continúa ostentando esta calificación jurídica en todo momento de su discurrir (no se olvide que la operatividad del beneficio de división no excluye en modo alguno la catalogación como solidario del vínculo en cuestión, y, por tanto, su cese deja las cosas exactamente en la misma forma en que *ab origine* se encontraban), que estimar que una supuesta obligación mancomunada, con mancomunidad decretada por la propia ley casi de manera imperativa, operará como solidaria en los supuestos contemplados al efecto por la norma, ya que, por más que el autor de referencia considere que semejante aproximación no implica el salto a la solidaridad, no deja de resultar un tanto extraño continuar catalogando de parciaria una obligación que permite al acreedor, en determinadas situaciones, reclamar a uno de los varios deudores la deuda entera.

Tampoco la aproximación que realiza la ley entre los beneficios de excusión y de división merece la repulsa que patentiza GUILARTE, en base a considerar que el primero tiene procesalmente la consideración de excepción dilatoria, mientras el segundo la tiene de excepción perentoria, que no estaría sometido a condiciones de ejercicio y podría hacerse valer en cualquier estado y grado de la causa; y no la merece porque, aunque sean ciertas semejantes diferenciaciones entre los dos beneficios, ninguna de ellas atenta contra la igualdad sustancial que entre los mismos existe, sino que se trata tan sólo de particularidades procedimentales que emanan y se justifican del singular papel que uno y otro instrumento han de jugar en el plano de la reclamación de la deuda por parte del acreedor frente a los fiadores.

No se trata, realmente, de que beneficio de excusión y beneficio de división tengan «una naturaleza y finalidad tan distintas que... impiden cualquier aplicación de normas por analogía», porque semejante aplicación analógica de las reglas del primero al segundo no está contemplada en parte alguna. La ley se limita a decir (y ya tendremos ocasión de precisar más adelante el alcance exacto de semejante remisión) que «el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal» (art. 1.837 del Código Civil), y del hecho de que se establezca la igualación (más supuesta que real) en cuanto a los casos de desaparición de ambos beneficios no cabe extraer la conclusión de que se estarían confundiendo la naturaleza y finalidad de

uno y otro, y menos que procedería la aplicación analógica de las pautas legales del primero de ellos al segundo.

Bien miradas las cosas, en cambio, cabe entender sin mayor esfuerzo que el codificador, aun entendiendo se trata de dos beneficios que persiguen finalidades diferentes, encuentre una cierta similitud sustancial entre los mismos e intente homologar los casos de extinción de uno y otro, por que tanto en el beneficio de excusión como en el de división se producen unas especiales circunstancias que rompen la normalidad de la fianza.

En efecto, cuando existe la garantía personal de una obligación, lo normal es que al dejar el deudor de cumplir la misma pueda el acreedor exigir al fiador su satisfacción (art. 1.822 del Código Civil), como es normal también que siendo varios los garantes de la obligación todos queden vinculados de manera solidaria y el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de ellos por el todo (art. 1.844 del Código Civil, *a contrario*); esto es lo que emana de la naturaleza y función de la fianza, pues el fiador existe precisamente para cubrir el vacío que provoca el deudor principal con el incumplimiento del débito y los varios fiadores operan para ofrecer cada uno la total cobertura de la deuda garantizada, en cuanto resulta incomprensible y anti-natural que persiguiendo el acreedor la mayor protección haya de enfrentarse con los riesgos y molestias derivadas del fraccionamiento del débito.

Ahora bien, el deudor incumpliente puede tener bienes que permitirían la satisfacción creditual eludida maliciosamente, como cabe también que el acreedor se confabule con algunos de los fiadores para hacer recaer sobre uno de ellos la total responsabilidad fideiusoria. Estas posibles situaciones pesaron, como es sabido, en el ánimo de los romanos y les llevaron a poner a disposición, en una y otra hipótesis, ciertos mecanismos que permitían a los fiadores detener sus perjudiciales efectos, aunque deba reconocerse que quizá el remedio sobrepasaba a la enfermedad.

El fiador demandado en pago puede exigir que el acreedor haga previa excusión de «todos los bienes del deudor», señalando al efecto bienes del mismo «realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda» (arts. 1.830 y 1.832 del Código Civil); y el cofiador al que se le reclame la íntegra satisfacción de la deuda garantizada puede obtener que la misma se divida entre todos los garantes. ¿Qué grado de similitud existe entre una y otra situación de beneficio?

Aun prescindiendo de que el beneficio de excusión opera contra el deudor principal y el de división contra los cofiadores, y que el primero tiende a posibilitar que el fiador demandado quede fuera, en cuanto patrimonialmente sea posible, de responsabilidad, mientras el segundo se orienta a repartir dicha responsabilidad entre los varios fiadores, parece innegable que uno y otro rompen la normalidad de la fianza al permitir la postergación o disminución de la afección patrimonial del fiador demandado y al enfrentar

al acreedor con nuevas y más exigentes actuaciones: la realización de los bienes advertidos del deudor y la reclamación parcial de la deuda a los distintos fiadores. Clara manifestación del *favor fideiussoris* que impregna la regulación de la fianza desde la particular óptica con que la enfrentó el Derecho romano.

Si el fiador que se acoge al beneficio de excusión logra detener la reclamación procedente del acreedor y remitirla a los bienes del deudor que han sido detectados y señalados, y el cofiador que se cobija bajo el beneficio de división consigue el fraccionamiento de la petición del acreedor entre todos los garantes, dos cosas quedan claras: que en ambos supuestos estamos ante una situación de beneficio excepcionalmente concedida por la ley, ya que la misma no brota naturalmente de la sustancia y cometido de la fianza, y que en ambos también el acreedor sufre quebranto en su inicial pretensión. Obtener pronto y fácil cobro del fiador solvente, en el primero, y lograr satisfacción entera de su derecho de uno solo de los garantes, en el segundo.

Contemplados bajo esta óptica, que es la real y la que emana *natura rerum*, uno y otro beneficio, se entiende que, pese a las diferencias que puedan existir y efectivamente existen entre ellos, quepa realizar una cierta aproximación o, si se prefiere, una relativa contemplación unitaria del fenómeno que engloba a ambos. Se trata de proteger al fiador contra la aplicación normal y mecánica de la fianza, de retrasar, matizar, dificultar o disminuir los efectos naturales de la misma, y de establecer una regulación que, sin desmedro de los derechos del acreedor, permita a aquel fiador que lo desee dulcificar la severa consecuencia de que tenga que satisfacer la deuda de otro.

Esta es la filosofía, la filosofía realista y pragmática de la fianza en su versión romana, criterios que, si se observa bien la realidad en juego, no sólo son favorables para el fiador sino que al mismo tiempo también lo son para el acreedor, pues resulta evidente que a éste le será más fácil obtener fiadores con una regulación legal tuitiva de los mismos que con otra normativa exclusivamente volcada a su favor, y parece razonable considerar que siempre será preferible, desde la óptica del acreedor, poder contar con fiadores de la obligación, aunque los mismos ostenten determinados privilegios que permitan aliviar su situación y disminuir las estrictas prerrogativas de aquél, que no alcanzar la presencia y beneficioso efecto de dichos fiadores por querer mantener en todo caso y sin excepción alguna el conjunto de derechos que naturalmente brotan del instituto de la fianza. Estas fueron las consideraciones que pesaron en el ánimo de la jurisprudencia romana a la hora de contemplar los beneficios fideiusorios que comentamos.

Se explica, por tanto, que uno y otro mecanismo de defensa fueran considerados como beneficios concedidos por la ley a los fiadores, que en cuanto rompían la normalidad de la fianza debían ser objeto de rigurosa

apreciación, que su aplicación no fuera mecánica sino sujeta al reclamo efectivo por el fiador del caso y que se produjera su pérdida en aquellos supuestos en que la permanencia de los mismos pugnaba con la realidad de las cosas, entraba en conflicto con la voluntad manifiesta del fiador, resultaba innecesaria o temeraria, o ponía en grave riesgo el objetivo supremo de la fianza de que el acreedor vea facilitada y reforzada la satisfacción de su derecho.

¿Qué es más importante y determinante, estas similitudes sustanciales y programáticas o las diferencias que existen entre uno y otro mecanismo de tuición en virtud de los distintos sujetos en juego y del grado de compromiso de cada uno de ellos? ¿Qué debe resaltarse más, la matización que en el régimen jurídico normal de la fianza suponen los beneficios de excusión y división o las circunstancias accidentales y de procedimiento que se dan en el ejercicio de uno y otro? Queda claro de lo expuesto que creemos que es lo primero y no lo segundo lo que debe preponderar.

Obsérvese que la disyuntiva no es intrascendente u ociosa, porque si se concluyera, según piensa GUILARTE ZAPATERO, que entre uno y otro beneficio, caso de admitirse la presencia del beneficio de división, algo que él niega, en el Derecho Civil español, no existe la más mínima correspondencia o proximidad conceptual, resultaría muy difícil y aun imposible justificar la remisión que el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil hace de los «casos y causas» de cesación del beneficio de división a los que operan el mismo efecto en el ámbito del beneficio de excusión. Por el contrario, de aceptarse la similitud dogmática fundamental que pensamos se da entre uno y otro recurso tuitivo de los fiadores, resulta plenamente adecuado que cuando el Código Civil se ocupa de los supuestos en que debe cesar el beneficio de división evite reproducirlos y se remita, sin más, a los que con anterioridad ha explayado en relación al beneficio de excusión, aunque algunos de estos resulten harto dudosos y discutibles, según tendremos ocasión de considerar más adelante.

Sobre estas bases, ¿qué importancia tiene que el beneficio de excusión pueda oponerse tan sólo en el momento en que el acreedor le requiera de pago (art. 1.832 del Código Civil), mientras el cofiador goza de una mayor libertad procesal para hacer valer el beneficio de división? GUILARTE ZAPATERO parece atribuir a semejante circunstancia, meramente adjetiva, una gran trascendencia, hasta el punto de apoyar en ella de manera básica su negativa a considerar cualquier aproximación sustancial entre ambos mecanismos. Nos parece una conclusión exagerada y desproporcionada, en razón de las consideraciones que con anterioridad se han expuesto y que no vamos a repetir ahora.

Querer extraer del hecho de que el beneficio de excusión tenga un preciso momento procedimental para su ejercicio y por ello se conforme

como excepción dilatoria, y el beneficio de división goce de mayor libertad de actuación y por tanto se configure como excepción perentoria, la conclusión de que no es posible proceder al acercamiento dogmático entre uno y otro, no sólo pugna con la historia de la fianza, historia de la que no pueden desasirse Códigos Civiles como el nuestro que están intrínsecamente ligados a la formulación romana de la figura, sino que atenta contra la razón última que explica y legitima la presencia de ambos beneficios: proteger al fiador contra una actuación del acreedor tendente a materializar en sus estrictos y rigurosos términos la situación de reforzamiento del crédito que la fianza entraña.

Esto es lo básico y sustancial. Bajo esa óptica sustantiva la proximidad institucional entre el beneficio de excusión y el de división queda patente, en razón de que uno y otro tienden a rebajar en provecho del fiador los rigurosos y ordinarios efectos que la fianza procura, cobra sentido el hecho de que el codificador intente identificar los casos y las causas de extinción de ambos, y, en particular, se reduce a sus justos términos la circunstancia procedimental de que uno de ellos goce de una libertad operativa significativamente mayor que la que corresponde al otro.

Lo curioso es que el mismo GUILARTE ZAPATERO parece arribar en definitiva a esta visión conciliadora y de aproximación entre los dos beneficios, ya que después de defender que beneficio de excusión y beneficio de división «tienen una naturaleza y finalidad tan distintas que... impiden cualquier aplicación de normas por analogía», y que el primero supone una excepción dilatoria mientras el segundo da lugar a una excepción perentoria, encuentra una explicación sumamente razonable al hecho del distinto funcionamiento de uno y otro al considerar que «tiene plena justificación la exigencia de un momento determinado para que el beneficio de excusión aproveche al fiador que lo opone, por cuanto la eficacia del mismo depende del señalamiento de bienes del deudor, extremo éste que nada tiene que ver con el beneficio de división, que no precisa de un requisito de tal tipo respecto de los cofiadores» (17). Ahora bien, si las más salientes diferencias entre uno y otro instituto encuentran razonable explicación en virtud de las peculiaridades meramente instrumentales que les caracterizan, ¿cuál es la razón para sostener la separación sustancial entre los mismos y para negar cualquier aproximación y contacto?

Existe todavía, en la materia que nos ocupa, una última razón, eso sí, meramente ordenancista, en pro de la defensa en nuestro ordenamiento civil de los dos beneficios que se están considerando y de la paridad conceptual que entre los mismos se da. En efecto, si se observa, el Código Civil dedica el Capítulo segundo del Título XIV del Libro IV a los efectos de la fianza,

(17) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XXIII, *op. cit.*, pág. 196.

y dentro de aquél contempla una Sección primera relativa a «efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor»; pues bien, la mayor parte de dicha Sección está dedicada a la regulación del beneficio de excusión y sólo el último artículo aparece referido al supuesto de que exista una pluralidad de fiadores que garanticen la misma obligación principal.

El pensamiento del codificador español, al estructurar esta Sección, resulta tan claro que aunque dicho artículo (el 1.837) no dijera nada ni hiciese alusión alguna al beneficio de división, cosa que no ocurre, ya que en su párrafo segundo lo menciona de manera expresa, debería considerarse la presencia del mismo. Quiere, en efecto, el codificador regular en ese apartado los dos clásicos beneficios heredados del Derecho romano y presentes en todo momento en nuestro Derecho Civil, y por más que cometa el desliz de dar a la primera parte del artículo 1.837 la desgraciada redacción que tiene, importando una norma extraña a nuestra tradición jurídica y pugnar con el resto de la regulación sobre la materia, no cabe desconocer que en el ánimo del legislador está presente la idea de que entre nosotros continúa operando no sólo el beneficio de excusión sino también el beneficio de división.

La mejor prueba de que esto es así y de que la *mens legislatoris* se orienta en el sentido de englobar en dicha Sección primera la regulación de uno y otro beneficio, nos la proporciona el hecho de que, tras el inapropiado e inconexo párrafo primero, la segunda parte del artículo 1.837 del Código Civil pasa a hablar con la mayor naturalidad y seguridad del beneficio de división, equiparando los casos y causas por las que el mismo cesa a los que con idéntico efecto operan en el ámbito del beneficio de excusión. El propósito es tan claro, la idea de englobar ambos beneficios tan meridiana y el deseo de que las relaciones entre acreedor y fiador queden legalmente estereotipadas mediante el juego de dichos beneficios tan manifiesto, que la letra de la ley refleja nítidamente tal situación al hablar de «beneficio de división contra los cofiadores» y de beneficio de «excusión contra el deudor principal». De esta manera, el cuadro legal se cierra y el mismo aparece dotado de coherencia, plenitud y armonía.

El seguimiento y la crítica que hemos hecho de los argumentos del profesor GUILARTE nos permiten en este lugar abordar las conclusiones que formula en relación a la ausencia en nuestro sistema civil del clásico beneficio de división entre los cofiadores y sostener frente a ese criterio que puede y debe defenderse la presencia en el mismo de dicho mecanismo, ya que, salvo la defectuosa e injustificada redacción del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil, nada excluye, imposibilita o niega la operatividad entre nosotros del beneficio divisorio. Por el contrario, el resto de la regulación legal, la remisión a los principios generales en materia de obligaciones con pluralidad de sujetos y el juego combinado que

se establece entre el beneficio de división y el de excusión permiten concluir, en nuestra opinión sin mayores dudas, que en el sistema del Código Civil español está presente y opera el tradicional mecanismo divisorio cuando varios fiadores garanticen conjuntamente la misma obligación.

En efecto, no tiene mayor justificación afirmar que el artículo 1.837 del Código Civil establece «como norma general acorde con uno de sus principios la responsabilidad mancomunada del fiador» (18) y, en consecuencia, que no vale «hablar de beneficio de división, en este caso, como facultad del cofiador, en la misma medida que no procede hablar de beneficio de división tratándose de un deudor mancomunado, en general» (19) porque la situación es exactamente la inversa.

Ciertamente, nuestro sistema civil, a diferencia de lo que ocurre en el alemán, suizo o italiano, consagra la pauta de que existiendo varios sujetos en una misma obligación, la vinculación entre los mismos no es *in solidum* sino *a pro rata*, salvo cuando de manera expresa la ley o las partes hayan determinado lo contrario (art. 1.137 del Código Civil). Pero ello está dicho así, como sucede con toda formulación principista, en el lugar adecuado (reglas generales sobre las obligaciones), con aplicación a cualesquiera relaciones obligatorias plurales y con exclusión tan sólo cuando se produzca el hecho impositivo legal o convencional.

Que en el caso de ser varios los cofiadores de una obligación, las cosas deban ocurrir de otra manera y se establezca entre ellos, por mandato legal, una vinculación solidaria, tiene pleno sentido histórico y conceptual, por lo que nada habría que objetar si el legislador, frente a la pauta general de presunción de mancomunidad entre los varios sujetos vinculados, estableciera de manera clara y tajante que entre los cofiadores y el acreedor opera el beneficio de división.

Mas, en apariencia, no sucede así, sino más bien lo contrario, pues el párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil parece establecer la mera afección parciaria entre los varios fiadores. Ya hemos resaltado con reiteración que se trata de una simple apariencia y que lo que realmente ocurre es que, con equivocadas palabras, el codificador está queriendo y estableciendo la vinculación solidaria de los garantes personales. Ratificar la mancomunidad en este supuesto, aparte de estar reñido con nuestra tradición civil y de entrar en pugna con el resto de la regulación legal de la cofianza, supone una anodina reiteración y una intrascendencia jurídica. La lógica, el sentido pragmático de las normas, la *elegantia iuris* y la coherencia entre principios

(18) *Ibid.*, pág. 197.

(19) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 908.

y consecuencias conducen de manera inexorable a la conclusión, aunque no existieran otros factores, que los hay, ciertamente, y de determinante peso, de que los varios fiadores conjuntos de una obligación quedan sujetos de manera solidaria entre sí.

Establecer la mancomunidad como principio y sancionar expresamente la mancomunidad también como consecuencia en todas las concretas manifestaciones de la *fattispecie* de aquél, es, sencillamente, una incoherencia, porque de ser así ya está dicho y no debe reiterarse. Lo normal y lógico es considerar que cuando a nivel de supuesto específico se repite lo que ya está dicho a nivel de pauta general y operaría mecánicamente si la ley guardase silencio al respecto, lo que en realidad está ocurriendo es que se quiere establecer un supuesto de excepción a la regla, que se desea dar entrada al planteamiento opuesto a la pauta genérica, y, en nuestro caso, que se dispone la vinculación solidaria de los cofiadores frente al criterio principista de que en las obligaciones con pluralidad de sujetos la afección de los mismos no es solidaria sino mancomunada.

Del hecho de que tratándose de un deudor mancomunado no pueda hablarse de beneficio de división no puede colegirse, según pretende GUILARTE ZAPATERO, que tampoco pueda hablarse del mismo como facultad del cofiador, porque para ello haría falta demostrar primero que, efectivamente, los cofiadores son entre sí deudores mancomunados. Como todo conspira contra esta conclusión y como el criterio que subyace es el de la vinculación solidaria de los mismos, el planteamiento que se comenta roza la petición de principio: los cofiadores son deudores mancomunados, *ergo*, no se da entre los mismos el beneficio de división; cuando el planteamiento lógico debería ser: que se afirma la mancomunidad porque está expresa y claramente negada la presencia del beneficio divisorio.

De la misma manera, negar la presencia del mecanismo en estudio en base al argumento de que no existe en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en relación al beneficio de excusión, señalamiento del «específico momento en el cual deba el cofiador alegar la división de la deuda», es una razón baladí, porque se trataría de un silencio meramente instrumental susceptible de paliarse mediante la simple aplicación de los criterios procesales que rigen la actuación de los medios de defensa, y porque el señalamiento legal respecto al beneficio de excusión no debe tener otra lectura que el de que se hace precisamente en razón de que la ley desea que el mismo sólo pueda alegarse en el concreto momento que contempla.

Tampoco el planteamiento de GUILARTE de que en cuanto el cofiador, obligado mancomunadamente, sólo puede ser demandado por la parte que le corresponda y que si lo es por más podrá invocar la excepción de *plus-*

petitio, reviste mayor fortaleza, ya que si efectivamente el cofiador fuera tan sólo por mandato directo y claro de la ley un simple deudor mancomunado, nada tendría que excepcionar frente al acreedor, en cuanto éste no podría demandarle más que por la parte del débito total que le correspondiera sufragar.

Hablar de que en el supuesto de que el acreedor demande a uno de los fiadores la totalidad de la deuda garantizada puede el mismo excepcionar la *pluspetitio* en que incurre aquél, es recibir subrepticamente el beneficio de división que se acaba de expulsar de manera pública, ya que resultará harto difícil distinguir dogmáticamente entre el actuar de un fiador que se opone al reclamo del acreedor alegando que se le está demandando más de lo que debe, en base a que es un deudor meramente mancomunado, y aquel otro actuar en el que el mismo fiador contradiga la petición del acreedor por el todo en razón de que la ley le ha concedido un beneficio que le permite obtener la repartición de la responsabilidad del débito entre todos los cofiadores.

Claro que siempre se podía alegar que en el primer supuesto la defensa del fiador emana de la propia conceptualización de la obligación, que al ser mancomunada impediría reclamar el todo, mientras en el segundo dicha defensa depende del ejercicio que el fiador demandado decida hacer del beneficio de división que la ley le reconoce. Pero, rectamente miradas las cosas, la diferenciación estricta entre uno y otro supuesto resultaría de muy difícil plasmación, por cuanto, en definitiva, la alegación de la *pluspetitio* y la oposición del *beneficium divisionis* vendrían a producir un mismo y solo efecto: el fiador demandado no puede ser condenado más que en la parte que le corresponda satisfacer del débito garantizado.

Si se alegare, como hace GUILARTE ZAPATERO, que siempre subsistiría la diferencia de que por más que el fiador no invocase la excepción de *pluspetitio*, «si de los antecedentes de hecho resulta que no se pactó la solidaridad o no concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.831, el juzgador deberá reducir la condena del cogarante demandado a la parte que le corresponda», algo que no ocurriría en el caso del beneficio de división, ya que de no ser alegado el mismo por el fiador demandado, el juez le condenaría indeclinablemente a satisfacer la totalidad del débito por tratarse de un deudor solidario, cabría responder que la formulación padece un defecto insuperable, ya que si el juzgador puede actuar de oficio de la manera que él propone no estamos en presencia de un genuino supuesto de excepción, sino ante otro de rígida conformación legal de la figura que excluye el juego de las excepciones.

Y ya es hora de poner fin al extenso comentario en torno al pensamiento del profesor GUILARTE sobre la materia en consideración. En base a todo lo que ha quedado expuesto creemos que no cabe sostener en el Derecho

español que en el supuesto de fianza conjunta los varios fiadores quedan obligados de manera mancomunada, sino que siendo la afección jurídica de los mismos solidaria, puede y debe defenderse la presencia entre nosotros del beneficio de división, cuya justificación, pensamos, ha quedado suficientemente plasmada en las páginas que anteceden.

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