

Nociones básicas en torno a la cofianza

1. De entrada, lo primero que debe advertirse es que aunque ordinariamente las expresiones pluralidad de fiadores y cofianza (*rectius*, cofiadores) se utilizan como equivalentes, lo cierto es que de manera estricta pueden hacer referencia a dos situaciones jurídicas diferentes, ya que si bien puede parecer claro que la presencia de un contrato de cofianza concertado por varios garantes personales dará lugar a una pluralidad de fiadores (con independencia, ahora, de que la vinculación de éstos sea solidaria o simplemente parciaria), ya no lo es tanto que ante una situación en que estén presentes varios fiadores deba concluirse que, necesariamente, nos enfrentamos a una cofianza.

En efecto, nada impide que en relación a una determinada deuda principal, diversas personas estén dispuestas a asumir individual e independientemente su garantía mediante la conclusión de los oportunos contratos de fianza, e, incluso, que celebrado un único contrato de fianza con una variedad de garantes, cada uno de ellos advierta que asume esta condición con total independencia de la análoga que contraigan los demás. No puede dudarse de que en tales casos estaremos en presencia de una pluralidad de fiadores, mas ¿podrá aseverarse que también nos hallemos ante un genuino supuesto de cofianza? Parece que la contestación deba ser negativa sin mayores esfuerzos de argumentación.

Aquí también, como es obvio, rige el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. Si se celebran varias fianzas o una sola con varios fiadores con la clara determinación por parte de los mismos de que se deben crear tantas obligaciones de garantía cuantos sean aquéllos y que no ha de existir conexión o engarce entre las mismas, difícilmente podrá considerarse que, por más que todas ellas se den en relación a «un mismo deudor y por una misma deuda», nos hallemos ante una situación de cofianza, ya que la libre determinación de los intervinientes fijará con claridad la clase y manera de su vinculación obligacional.

Contrariamente, por más que la afección de cada uno de los garantes personales haya surgido de autónomos contratos de fianza, si la voluntad de aquéllos es que no queden desvinculados entre sí y a sus relaciones internas y externas se apliquen las pautas que el Código Civil sanciona para los cofiadores, habrá que concluir que nos hallamos en presencia de una situación de cofianza y que son las reglas propias de la misma las que deben tener protagonismo y operatividad.

El interrogante surge cuando no se dé aquella determinación voluntaria, cuando exista una pluralidad de fiadores, surgidos de autónomos contratos de fianza, y nada se haya dicho respecto a la forma en que los mismos se relacionan, esto es, respecto a la circunstancia de si esos garantes han de reputarse o no como fiadores únicos.

Porque lo cierto es que en el Código Civil existe una serie de reglas (arts. 1.837, 1.844, 1.845, 1.850, 1.852, etc.) que contempla un especial *status* jurídico al que se suele denominar cofianza y da lugar al juego de unos mecanismos (beneficio de división y derecho de regreso entre los cofiadores, *ad exemplum*) que configuran una situación perfectamente diseñada y delimitada. Pues bien, ¿habrá necesidad de concurrir a ella en todo caso en que se dé una pluralidad de fiadores y éstos no hayan manifestado que se conforman como garantes independientes y autónomos los unos de los otros?

El problema lo ha sintetizado muy bien DELGADO ECHEVERRÍA al preguntarse si, en ausencia de pacto, todo supuesto de pluralidad de fianzas constituye a los garantes en cofiadores, con aplicación de las reglas del Código, o si, por el contrario, hay un espacio teórico en que, a falta de ciertos presupuestos, la pluralidad de fiadores no se organiza como cofianza (1).

Antes de intentar dilucidar semejante duda, parece deben despejarse ciertas cuestiones para dejar el campo de discusión limpio de elementos extraños o susceptibles de generar algún tipo de confusión. En tal sentido, según antes se advertía, si los varios fiadores han señalado que cada uno de ellos quiere asumir una obligación de garantía autónoma e independiente de la de los demás, no habrá más remedio que concluir que no estamos ante una situación de cofianza y que, por más que en relación a una sola deuda principal y un solo deudor exista pluralidad de fiadores, éstos no quedan sujetos al régimen jurídico pautado por el Código Civil para la cofianza. Respecto a todos y cada uno de ellos se aplicarán las reglas legales atinentes al caso de fiador único.

De la misma manera, si los varios fiadores desconocían que otro u otros habían asumido la garantía personal de la misma obligación, parece que no cabe reputarlos como cofiadores, en cuanto resulta razonable que la especial afección jurídica que esta situación provoca requiere, no sólo que no haya

(1) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, pág. 541.

sido expresamente excluida por los participantes, sino además que éstos tengan el elemental conocimiento que supone el saber que junto a cada uno de ellos existe otro u otros comprometidos en el mismo cometido de aseguramiento.

¿Cabrá hablar de cofianza cuando varias personas garanticen respecto a un mismo acreedor las deudas de distintos deudores o las diversas deudas de un solo deudor? Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá a la hora de abordar la caracterización jurídica de la cofianza, a la vista de la expresa dicción del artículo 1.837 de nuestro Código Civil, que habla de los varios fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda», el supuesto de cofianza debe resultar excluido de las hipótesis comentadas, ya que el mismo gira, en principio, en torno a la idea de que la pluralidad de fiadores, que por sí misma tiende a la dispersión y a generar relaciones obligatorias distintas y autónomas, se reconduce precisamente al tratamiento unitario a través del hilo conductor que suponen las circunstancias de que el deudor principal sea el mismo y de que el débito garantizado coincida respecto a la garantía asumida por cada uno de los plurales fiadores.

Por otro lado, si los varios fiadores presentes no han contemplado de manera expresa que cada uno de ellos queda vinculado independientemente, sino que su obligación de garantía se añade, suma o acumula respecto a la de los demás, ¿habrá cofianza en los términos en que esta figura es configurada y regulada en el Código Civil? Sobre la base del artículo 1.946 del *Código Civile*, MESSINEO ha argumentado que la fianza puede ser también acumulativa, es decir, prestada por varias personas conjuntamente, en cuyo caso se establece entre ellas un vínculo solidario pasivo (2).

La idea sería que frente a la situación típica de cofianza caracterizada por la nota de que los varios fiadores son sujetos pasivos de una sola obligación, en la construcción de MESSINEO nos hallaríamos ante varias obligaciones, tantas como fiadores, que se acumularían las unas a las otras. Ahora bien, desde el momento en que semejante situación provoca el principal efecto de que dichos fiadores quedan vinculados de manera solidaria, que es precisamente la forma normal de vinculación en el Derecho italiano en el supuesto de cofianza, no se alcanza ver la necesidad ni el sentido de una diferenciación como la que se comenta, al menos en dicho ordenamiento civil.

¿Y en el Derecho Civil español, donde cabe discutir, al menos, si la vinculación conjunta de varios fiadores provoca su afección solidaria, serviría la fianza acumulativa para obviar esta circunstancia? No parece que del hecho de que varias personas se hayan prestado a asegurar cumulativamente la deuda ajena quepa derivar sin más que las mismas han quedado vinculados solida-

(2) MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 137.

riamente, porque si bien es cierto que el acreedor podrá reclamar de cualquiera de ellas la totalidad de la deuda, ello será así, no en razón de que las mismas resulten afectadas por una obligación *in solidum*, sino sencillamente porque han asumido una vinculación que, por ser acumulativa, tiene que estar referida al todo de la deuda. De la misma manera que en el caso de varias obligaciones de fianza distintas e independientes cada uno de los varios fiadores responde de la deuda entera, pero sin que ello tenga nada que ver con la figura de la solidaridad pasiva.

GUILARTE ZAPATERO no encuentra mayor inconveniente para aceptar la configuración que MESSINEO hace de la cofianza como un caso de obligación acumulativa, siempre que se matice que aquélla implica igualdad de trato, en el sentido de que todos los cofiadores se encuentran en el mismo plano frente al acreedor, ya que cabe hablar también de obligaciones acumulativas en las que tal circunstancia no se da, tal como resulta del hecho mismo de considerar que la propia obligación del fiador es una obligación cumulativa (se añade a la del deudor principal), y, sin embargo, no está en el mismo plano que la de dicho deudor cuando opera el beneficio de excusión (3).

En realidad, esta es otra cuestión, pues si bien es cierto que en el caso de varios fiadores cumulativos cada uno podrá ser demandado por entero, ello no tiene por qué significar necesariamente que todos se hallen en el mismo plano respecto al acreedor, en el sentido de que éste pueda dirigirse indistintamente contra quien le parezca, pues la idea de acumulación parece entrañar un cierto sentido de orden o gradación, y, por tanto, aunque lejos del campo de aplicación de la regla *prior tempore*, no parece que la formulación que se comenta pueda dejar de producir algún tipo de inconvenientes a la hora de contemplar el juego normal de la cofianza, que entraña, ciertamente, la nota de que todos los fiadores se encuentran en idéntica situación frente al acreedor y éste puede dirigirse contra cualquiera de ellos, según le parezca, y sin respetar orden o gradación alguno entre los mismos.

Aparte de que resulta muy discutible la idea de GUILARTE ZAPATERO de que cuando opera el beneficio de excusión, la obligación del fiador es una obligación cumulativa en cuanto se añade a la del deudor principal. En realidad, la obligación del fiador es una obligación accesorio, eventual y subsidiaria, pero difícilmente cumulativa, porque deudor principal y fiador son dos categorías de deudores no homologables (ni siquiera en aquellos ordenamientos que establecen la afección solidaria del último), mientras que para hablar de deudores cumulativos se precisa que en relación a la deuda de que se trate asuman una misma y sola caracterización jurídica.

(3) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 901.

Tendremos, pues, que la figura de la fianza acumulativa pocas ventajas representa y pocos problemas resuelve en el campo de la cofianza, antes bien, es susceptible de generar algunos inconvenientes y de dar lugar a ciertas dudas razonables, por lo que no resultará oneroso prescindir de ella cuando se trata de configurar limpia y estrictamente la situación jurídica en que se hallan los cofiadores de la ajena obligación.

2. Despejados estos elementos, susceptibles de enturbiar la figura de la cofianza, es frecuente en la doctrina plantearse la situación de los cofiadores como aquélla que tiene lugar cuando la pluralidad de garantes personales se ha vinculado de manera conjunta, asumiendo una única obligación de garantía, algo que no supone, empero, que semejante vinculación deba hacerse de manera simultánea. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, siguiendo a FRAGALI, considera que la cofianza precisa de una asunción conjunta de la garantía que ponga de manifiesto la existencia de un interés o finalidad común de todos los cogarantes y que sirva para fundamentar y explicar las relaciones internas entre ellos y las nacidas frente al acreedor.

En su opinión, por tanto, la pluralidad de fiadores garantizando a un mismo deudor y por una misma deuda, presupuesto primario de la cofianza, dará lugar a ésta y a la aplicación de su régimen propio contenido en los artículos 1.837, 1.844, 1.845, 1.846, 1.850 y 1.852 del Código Civil, cuando, además, tal pluralidad de garantes aparezca integrada en una única obligación de garantía de carácter conjunto que, situando a los fiadores en un mismo plano o grado respecto de la obligación garantizada, genere efectos de idéntica naturaleza para todos los fiadores frente al acreedor principal y entre ellos mismos (4).

DELGADO ECHEVERRÍA, por más que considera esta opinión de GUILARTE ZAPATERO «defendible y razonable», no la encuentra, sin embargo, «segura». En su sentir, el enunciado de los artículos 1.837 («siendo varios los fiadores») y 1.844 («cuando son dos o más los fiadores») inclina a aplicarlos a todo supuesto de pluralidad de fianzas, aunque no nazcan de un mismo negocio o de negocios interrelacionados. En esfuerzo de ese parecer aduce que «una de las versiones del último artículo citado altera sustancialmente el texto promulgado, restringiendo el supuesto de hecho al caso en que "son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma causa", en un intento de dejar fuera, precisamente, las fianzas independientes, nacidas de *causas* separadas, algo que "parece mostrar el convencimiento de que, dado el texto promulgado y al que hay que atenerse, todos los casos de pluralidad de fianzas reciben el mismo tratamiento"» (5).

(4) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XXIII, Madrid, 1979, págs. 187-188.

(5) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, *op. cit.*, págs. 541-542.

Opinión difícil de compartir. Que normalmente pluralidad de fiadores y situación de cofianza coincidan es algo que no parece plantear mayores problemas conceptuales ni chocar con los datos de la experiencia, ya que en una mayoría de supuestos así sucederá, pero de ello no cabe derivar que se trate de un mismo *status iuris* y que no quepa hallar matices diferenciales, pues pueden darse perfectamente casos en que por más que estemos en presencia de una pluralidad de fiadores no se pueda hablar, empero, de situación de cofianza, ya que si bien esta última exige estructuralmente la diversidad de garantes personales, a la inversa no siempre sucede lo mismo, en cuanto resulta factible que aunque los fiadores sean varios no se encuentran conformados en una situación de cofianza.

¿Y ello por qué? Pues porque la cofianza es algo más que la pluralidad de fiadores. Esta es, podríamos decir, condición necesaria para que exista aquélla, pero no condición suficiente, en cuanto hace falta un *plus* que discipline la diversidad de garantes en ese singular *status* que supone el que todos ellos aparezcan sometidos a unas mismas pautas y afectados por unas mismas consecuencias jurídicas. Toda cofianza exige pluralidad de deudores, pero no toda pluralidad de deudores supone cofianza.

En realidad, se puede entender que de un mismo negocio de fianza surja una variedad de fiadores independientes, así como que de varias fianzas resulte que los diversos garantes se conformen como cofiadores, porque una y otra consecuencia está sujeta a la libre determinación y pacto de los interesados, pero lo que no parece tan claro es que en todo supuesto de diversidad de garantes se deban aplicar mecánicamente las normas de la cofianza plasmadas en el Código Civil, ya que ello, aparte de conducir a conmixtiones extrañas, produciría el desvirtuamiento de los preceptos del Código Civil.

En efecto, del hecho de que el artículo 1.837 se inicie hablando de «siendo varios los fiadores» y el artículo 1.844 se ratifique en «cuando son dos o más los fiadores», no cabe derivar conclusión alguna en el sentido que pretende DELGADO ECHEVERRÍA de identificar en el Derecho español pluralidad de fiadores y cofianza, ya que parece evidente que si, como no puede ser de otra manera, esta última situación jurídica precisa indeclinablemente que sean varios los garantes personales, se parta de este dato a la hora de establecer el régimen jurídico de la misma.

Pero es que los artículos citados no se quedan en eso, pues a continuación del punto de referencia a la pluralidad de fiadores, ambos matizan que han de serlo «de un mismo deudor y por una misma deuda» (art. 1.837), y «de un mismo deudor y por la misma deuda» (art. 1.844), lo que revela que no basta la simple circunstancia de que se dé la diversidad de fiadores para que tengan aplicación los particulares mecanismos jurídicos que dichas normas recogen (el beneficio de división y el derecho de regreso), sino que hace falta, además, alguna otra circunstancia que transforme el dato fáctico en dato jurídico.

Conclusión que emana de manera natural de la simple consideración lógica del fenómeno. Si una obligación principal es asegurada por varios fiadores y cada uno de éstos se vincula de manera diferenciada y autónoma de los demás, parece que, salvo el mero hecho de que en vez de ante un garante único estamos en presencia de una pluralidad de aseguradores, la situación no debe ser tratada de manera diferente de la que tiene lugar cuando el afianzamiento de la deuda principal ha tenido lugar mediante un solo fiador. Hablar en dicho caso de beneficio de división o de derecho de recurso entre los varios fiadores resultaría, *sic et simpliciter*, un sinsentido.

Para que estos mecanismos operen se precisa que los distintos fiadores aparezcan contemplados de manera unitaria y que la diversidad de los mismos conforme un superior *status* que explique y legitime la aplicación de un determinado régimen especial. A esa situación la llamamos cofianza, y resulta obligado, por tanto, que la misma ha de venir caracterizada por algún tipo de factor que, sobre la base de la multiplicidad de fiadores, aporte el matiz diferencial y permita considerar que los simplemente varios fiadores han pasado a ser cofiadores. ¿Cuál puede ser el mismo?

3. El segundo presupuesto legal de la cofianza de que los varios fiadores lo han de ser «de un mismo deudor y por una misma deuda» (art. 1.837) o «de un mismo deudor y por la misma deuda» (art. 1.844) nos proporciona la pista. Semejante concreción normativa revela que los diversos fiadores sólo se convierten en cofiadores cuando aparecen unificados y uniformados en torno a una situación de respaldo conjunto, compenetrado e indeferenciado en torno al deudor. El deudor principal no se limita a aparecer respaldado por un número mayor o menor de fiadores, cada uno con su correspondiente afección fideiusoria diferenciada e independiente, sino que se halla cobijado por una red de garantía que aunque tenga distintos puntos de apoyo (tantos como fiadores) debe ser considerada unitaria y global.

Que varias personas estén dispuestas a constituirse en garantes «de un mismo deudor y por una misma deuda» debe significar, salvo pacto en contrario, que las mismas desean vincularse de manera unitaria y que quieren conformar una situación jurídica en la que se diluya la individualidad de la afección y opere la idea del conjunto. Proyectan que en lugar de varios lazos, autónomos los unos de los otros, todas ellas aparezcan partícipes en una obra común que les vincule de manera indeferenciada y genere el tratamiento uniforme del colectivo. A ello se le llama cofianza y se le aplica el régimen específico contemplado en los artículos 1.837, 1.844, 1.845, 1.846, 1.850 y 1.852 del Código Civil.

Al fin y al cabo, las circunstancias de que siendo varios los fiadores, los mismos puedan acogerse al beneficio de división y gocen de recurso recíproco de reintegrarse de los demás el que pagó, resultan lo suficientemente relevantes como para hacer precisa la existencia de algún elemento que intro-

duzca entre la diversidad de fiadores la idea de coparticipación, de estar adscritos a una empresa común. De otra manera, aquellos mecanismos carecerían del punto de justificación preciso e, incluso, podría resultar por completo arbitrario determinar cuándo los varios garantes personales de una obligación están en condiciones de acogerse o no a sus particulares efectos tuteladores.

GUILARTE ZAPATERO, siguiendo a FRAGALI, encuentra semejante elemento diferenciador en la circunstancia de que la «pluralidad de garantes aparezca integrada en una única obligación de garantía de carácter conjunto» y, ciertamente, esa parece ser la nota más segura para explicar el especial *status* en que se hallan los varios fiadores. Con todo, la expresión, aun dogmáticamente correcta, puede resultar redundante y circunstancialmente inexacta, pues si los distintos garantes personales han asumido sus respectivos compromisos en momentos diferentes o a través de negocios de fianza separados, difícilmente cabrá hablar de una única obligación de garantía, aparte de que cuando se dé ésta es obvio que habrá de asumir «carácter conjunto», ya que no tiene sentido considerar que los varios partícipes en una sola relación obligatoria no operan en ella conjuntamente, y ello con indiferencia de que su vinculación sea mancomunada o solidaria.

Lo que hace que los distintos fiadores se encuentren en la particular situación jurídica que supone la cofianza es, precisamente, que todos ellos participan del propósito de cobijar de manera conjunta al deudor. No quiere cada uno de ellos acudir en socorro de dicho deudor de manera individual y al margen de lo que los otros puedan considerar, sino que se desea aunar fuerzas, cerrar la garantía y conformar un bloque asegurador, de manera tal que el acreedor encuentre una situación unitaria perfectamente delimitada. Este propósito común, este objetivo compartido de los fiadores es lo que realmente presta carácter a la cofianza y permite configurarla como una situación diferenciable con nitidez de la mera situación de pluralidad de fiadores.

Quizá por ello, si se quiere precisar qué debe entenderse por cofianza, en lugar de hablar de «una única obligación de garantía de carácter conjunto», debería hablarse de «vinculación de los fiadores con la finalidad de proporcionar una garantía común o conjunta». De esta manera se eliminan algunos de los inconvenientes de la primera fórmula y se resalta, lo que a nuestro modo de ver es fundamental, que los varios garantes de una obligación sólo pasan a configurarse como cofiadores cuando están animados de la voluntad de que van a compactarse todos ellos en torno al deudor respaldado y de que no van a poder evitar ser tratados como un bloque asegurador por el acreedor beneficiario de semejante estado de cosas.

De la misma manera, tampoco resulta necesario ni correcto, después de haber hecho énfasis en que lo típico de la cofianza es la vinculación conjunta o en bloque de los diversos fiadores, insistir en que los mismos se encuentran

«situados en el mismo plano respecto de la obligación principal» (DÍEZ-PICAZO) (6), o «en un mismo plano o grado respecto de la obligación fiada» (GUILARTE ZAPATERO) (7), ya que nada añade a la idea originaria y puede suscitar, en cambio, algunos inconvenientes, como luego se tendrá ocasión de considerar.

4. Cuando respecto a determinada deuda, una diversidad de fiadores se configuran como cofiadores, resulta natural que en virtud del matiz apuntado que caracteriza a esta situación (la vinculación unitaria de todos los garantes) deba considerarse que, en principio, los mismos se encuentran en condición de igualdad y el acreedor puede actuar respecto a cada uno de ellos de la misma manera. Si así no fuera, la idea misma de la cofianza resultaría dañada, por cuanto difícilmente cabría estimar que se da la afección conjunta cuando alguno o algunos de los fiadores puedan esgrimir determinados recursos que les coloquen fuera del trato unitario que caracteriza al común.

Pero una cosa es esto y otra, particularmente diferente, que la situación de confianza se difumine y aun esfume siempre que a la hora en que el acreedor intente la satisfacción de su derecho se encuentre con que los concretos fiadores asumen una u otra caracterización que permite algún matiz o trato diferenciado, ya que la idea fundamental de que la cofianza entraña una situación de vinculación conjunta de los varios fiadores no tiene necesariamente que sufrir en su sustancia cuando, *in casu concreto*, resulte que alguno de ellos pueda esgrimir determinada circunstancia que no atente contra aquella idea básica.

Si de ordinario, pues, por el hecho de asegurar conjunta o unitariamente el cumplimiento de la ajena obligación, que es lo que caracteriza a la cofianza, se desprende también que los distintos fiadores quedan colocados en el mismo plano jurídico, cabe extraer de semejante circunstancia dos conclusiones: una, que no hará falta explicitar dicha nota a la hora de definir o configurar la cofianza, y, la otra, que no sería correcto su señalamiento porque cabe considerar algún caso en que la estricta y rigurosa paridad de los cofiadores pueda experimentar alguna matización o desvirtuamiento. Y ello nos lleva al punto de qué ocurrirá cuando tenga lugar un acontecer de este tenor.

De entrada, debe resaltarse que la distinta conformación de los cofiadores no puede hacer referencia a las modalidades de la obligación accesoria asumida por ellos. No tendría sentido que uno de los cofiadores estuviere obligado en forma pura y simple, mientras otro u otros lo fueran bajo condición suspensiva o resolutoria o a plazo; como tampoco resultaría razonable el juego de cualquier otro elemento accesorio (lugar del pago, modalidades de

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

(7) GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios....», XXIII, *op. cit.*, pág. 188.

éste, modo en caso de fianza gratuita, etc.) que afectase a alguno de los cofiadores y no fuera referible a los demás. La particular naturaleza de la obligación u obligaciones que nacen de la cofianza impide planteamientos de ese tipo. ¿A qué habrá que hacer referencia, por tanto, cuando se interroga la posibilidad o no de que los cofiadores aparezcan conformados de distinta manera?

GUILARTE ZAPATERO considera que la cuestión se presentará en aquellos casos en los que, habiéndose prestado conjuntamente la garantía, unos garantes se obliguen mancomunadamente y otros solidariamente: pues bien, en su opinión, en ellos deberá estimarse que existe cofianza, ya que, aun con trascendencia distinta por la naturaleza propia de una y otra responsabilidad, todos los cofiadores se encuentran, sin embargo, en el mismo plano (8).

En realidad, sostener que los varios fiadores de una deuda se hallan en el mismo plano por más que unos resulten afectados mancomunada y otros solidariamente, resulta un tanto chocante y hasta anómalo, porque aunque todos sean deudores accesorios y subsidiarios, no es lo mismo, jurídica y económicamente, responder del todo o tan sólo de una parte del débito garantizado. Que fiador mancomunado y fiador solidario se hallan en un mismo plano o grado es una afirmación singular, porque al primero sólo se le podrá demandar *pro quota*, y al segundo, en cambio, *pro totum*, y porque la insolvencia de alguno de los cofiadores no afectará al mancomunado y sí al solidario, algo que tiene jurídicamente la suficiente trascendencia como para impedir, creemos, la tajante equiparación que formula el civilista citado.

Por otra parte, la diferenciación que se comenta sólo tendría sentido en aquellos ordenamientos en los que la cofianza produce *ope legis* la división de la deuda garantizada entre los varios fiadores, ya que en los mismos, al pactarse que algunos de ellos se vinculaban solidariamente, coexistirían con los demás que habrían continuado en la primigenia y ordinaria situación de deudores accesorios parciarios. ¿Es esta la situación en el ordenamiento civil español?

Ya hemos dicho algo al respecto y dentro de poco volveremos de nuevo sobre el tema. La redacción del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil propicia y hasta, aparentemente, impone una conclusión de ese tipo. Nuestro primer Cuerpo legal, recogiendo el testigo (dudoso testigo) de la Novísima Recopilación, habría consagrado el criterio del fraccionamiento automático del débito entre todos los fiadores, tal como ocurría en el Derecho alemán anterior al B.G.B., cuyo parágrafo 769 ha consagrado, en cambio, que «cuando sean varios los fiadores de la misma obligación, lo serán solidariamente aun cuando no se hayan comprometido en común», y en el Derecho francés antiguo.

(8) *Ibid.*

Pero existe un párrafo segundo de ese mismo artículo y, sobre todo, existen unos artículos 1.844 y 1.845 que contemplan la materia de manera harto diferente e imposibilitan, según parece, eludir el reclamo de la vinculación solidaria de los cofiadores. Pensamos que en el Derecho Civil español, al igual que ocurría en el Derecho romano, en el nuestro histórico y en el Proyecto de 1851, la cofianza genera un vínculo solidario entre los varios garantes, de manera tal que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de ellos, hecha excusión de los bienes del deudor, reclamando la totalidad de la deuda asegurada y sin perjuicio, y ésta sería la matización o singularidad dentro del régimen de la afección *in solidum*, de que el demandado puede acogerse y hacer valer el tradicional y en nuestro Derecho vivo beneficio de división.

Y no sólo por razones histórico-jurídicas, que las hay y de mucho peso, sino también porque, como adujera en su día CAMPOGRANDE, el principio de la división del débito, aunque pueda parecer lógico, no es justo, ya que no procura el reforzamiento del crédito que el acreedor busca con la cofianza y puede suponer para el mismo, antes que una ventaja, un daño, al obligarle a reclamar de cada uno de los garantes su parte correspondiente, algo que no se daría en el caso de fiador único (9); o, como advierte hoy entre nosotros DELGADO ECHEVERRÍA, porque la reclamación fraccionada impuesta de manera mecánica al acreedor, aparte de incrementar gastos y molestias, producirá el efecto de hacer recaer sobre él la insolvencia de uno de los fiadores, aun cuando todos los demás sean solventes, mientras que siendo solvente el único fiador, el acreedor cobraría de él íntegramente, situación que no parece demasiado razonable ni casa bien con las finalidades a que se enrumba la cofianza (10).

En consecuencia, si las cosas ocurren, según pensamos, de esta manera, en el Derecho español difícilmente se dará la situación que plantea GUILARTE ZAPATERO de unos fiadores mancomunados y otros solidarios, por lo que lo ordinario será la vinculación solidaria *ministerio legis* de todos ellos y la posibilidad, desde luego, de que puedan acogerse al beneficio de división ante la reclamación total que formule el acreedor. Con lo que el caso que plantea el citado civilista, en relación al punto que nos ocupa, no parece tener mayor relevancia ni justificación.

6. ¿Qué ocurrirá en el supuesto de que alguno o algunos de los cofiadores hayan renunciado al beneficio de excusión y no los restantes? Sabido es que mediante el *beneficium excussionis* es como se configura plenamente el carácter subsidiario de la obligación del fiador y que el mismo, como cualquier otro beneficio, puede ser renunciado, con tal que la renuncia se haga de manera

(9) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, págs. 413-414.

(10) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, *op. cit.*, pág. 538.

expresa (art. 1.831.2.º del Código Civil); ahora bien, la circunstancia de que el acreedor para exigir responsabilidad a algunos de los fiadores deba hacer antes «excusión de todos los bienes del deudor» (art. 1.830 del Código Civil), mientras que no precise de la misma para exigir dicha responsabilidad a otros garantes, ¿supondrá colocar a unos y otros en planos jurídicos diferentes y, por ende, negar la viabilidad de la cofianza, en cuanto, como dice FRAGALI, fianza conjunta quiere decir tanto como fianza hecha por varias personas en paridad de grado? (11).

Considera GUILARTE que cuando unos renuncian y otros no, al beneficio de excusión, el supuesto de cofianza se diluye porque quienes no han renunciado se mantienen en situación de subsidiaridad respecto de la que tienen el deudor principal y el fiador o fiadores renunciantes, circunstancia que determina que no todos los fiadores ocupen el mismo plano en relación al cumplimiento de la obligación (12). Para ALVENTOSA DEL RÍO, en cambio, los fiadores que renuncian al beneficio de excusión siguen obligados subsidiariamente, pero sin tal derecho (*sic*), por lo que, una vez producido el incumplimiento del deudor principal, el acreedor se podrá dirigir al fiador, pero no antes, y, en consecuencia, en su opinión, si la razón de objetar la configuración de la cofianza en este supuesto de renuncia del fiador al beneficio de excusión es la pérdida de la subsidiariedad, esta razón es insuficiente, y puede seguir hablándose en el mismo de cofianza (13).

Aunque deba reconocerse que la subsidiariedad es de la esencia de la fianza y que, por ende, la obligación del fiador es de grado distinto y posterior a la del deudor principal porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación (GUILARTE), el razonamiento no puede llevarse hasta el extremo de considerar que la obligación fideiusoria existe desde que se perfecciona el contrato de fianza, pero no vence mientras el deudor no cumple (DELGADO), pues ello determinaría que la misma fuera *ad substantiam* una obligación a término, o que, no obstante la renuncia al beneficio de excusión, el acreedor no puede dirigirse contra el fiador renunciante sin haber hecho previamente excusión de todos los bienes del deudor, circunstancias que reducirían a nada la mentada renuncia, so pena de que se quiera aceptar la extraña construcción de ALVENTOSA DEL RÍO de que «los fiadores que renuncian al beneficio de excusión siguen obligados subsidiariamente, pero sin tal derecho», esto es, pierden el beneficio, pero continúan disfrutando de sus saludables efectos.

(11) FRAGALI, «Fideiussione-Mandato di crédito», en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1961, pág. 328.

(12) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XXIII, *op. cit.*, pág. 188.

(13) ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada, 1982, págs. 204-205.

Cierto que la obligación del fiador es una obligación accesoria de otra principal para el caso de que no pague o cumpla el deudor de ésta (art. 1.822 del Código Civil), circunstancia esta última que determina que, amén de accesoria, la obligación de aquél sea una obligación subsidiaria, en razón de que su reclamo y ejecución deberán esperar el incumplimiento de la obligación principal. Es ésta una subsidiaridad estructural que no puede faltar nunca porque viene exigida por la esencia misma de la fianza y que permite, por tanto, que pueda compaginarse perfectamente con la vinculación solidaria del fiador, ya que la solidaridad juega respecto del acreedor, facultándole para exigir el cumplimiento directamente al fiador, mientras que la subsidiariedad se predica frente al deudor afianzado, distinguiendo a quien se ha obligado en interés ajeno a realizar aquella prestación a la que otro se obligó por sí mismo (14).

Pero, reconocido esto, lo que no puede dejar de reconocerse también es que la otra subsidiariedad, la operativa, la funcional, la que permite remitir al acreedor reclamante, ciertamente una vez producido el incumplimiento de la obligación asegurada a que haga excusión de los bienes del deudor, no cabe separarla del beneficio de este nombre, y, en consecuencia, si alguno de los cofiadores ha renunciado de manera expresa al mismo, difícilmente cabrá dudar de que el acreedor puede dirigirse directamente contra él, cosa que no puede hacer contra los restantes, y que, por ende, bajo ese ángulo, en ese preciso momento y a los efectos que se contemplan, su obligación ha dejado de ser subsidiaria.

Ahora bien, ¿determinará ello, según piensa GUILARTE, que no pueda darse la situación de cofianza, en cuanto ya no todos los fiadores ocuparán el mismo plano respecto al cumplimiento de la obligación? Afirmación excesivamente rigurosa y, en nuestra opinión, inadecuada, tanto porque, no obstante la renuncia al beneficio de excusión por algunos de los fiadores continúa respecto a todos la estructural subsidiariedad de su obligación, pues de faltar ésta no es que desaparecería la cofianza sino que ni siquiera cabría hablar de fianza, como porque lo característico y efectivo de la situación de cofianza viene dado por el juego del beneficio de división y del derecho de regreso, efectos que no se pierden por el hecho de que alguno de los cofiadores haga dejación expresa del *beneficium excussionis*.

Pensamos, por tanto, que tampoco en este supuesto deja de existir la cofianza, porque la mutación operada en el *status* de los diversos fiadores no es suficiente para trastornar los aspectos sustanciales y caracterizadores de aquéllos, y porque, según antes se advertía, cualquier disimilitud en las circunstancias o condiciones en que resulten obligados los distintos fiadores no

(14) CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, págs. 16-17. En contra MESSINEO, para quien la fianza sólo es subsidiaria en el Derecho italiano cuando deja de ser solidaria: *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 136.

tiene que acarrear necesariamente la imposibilidad de la cofianza. Lo que no acaba de entenderse bien es que GUILARTE, después de haber afirmado que la subsidiariedad es de esencia en la *fianza* y la acompaña inseparablemente con independencia de que pueda ejercitarse o no el beneficio de excusión (15), afirme más tarde que, en el caso de renuncia del beneficio de excusión por algunos de los fiadores, quienes no han renunciado se mantienen en situación de subsidiariedad respecto a la que tienen el deudor principal y los fiadores renunciantes (16), porque una afirmación no casa bien con la otra y genera dudas sobre la idea que, en definitiva, tiene dicho autor respecto a la característica de la subsidiariedad en la obligación fideiusoria.

¿*Quid iuris* en el caso de que algunos fiadores renuncien y otros no al beneficio de división? ¿Subsistirá la cofianza? Aquí la doctrina (GUILARTE, AL VENTOSA DEL RÍO) es pacífica, pues reconoce el mantenimiento de la fianza en razón de que con dicha renuncia «no se altera el principio de igualdad de grado». Desde nuestra particular óptica, todavía resulta más difícil disenter de este planteamiento, ya que si consideramos que en el Derecho Civil español los cofiadores quedan vinculados solidariamente entre sí, por más que puedan matizar semejante efecto mediante el recurso al clásico beneficio de división, la circunstancia de que algunos renuncien a esta posibilidad no hará sino ratificar y convertir en inalterable, respecto a ellos, aquella originaria solidaridad, y, por tanto, equiparar la condición de todos los cofiadores, en cuanto el beneficio de división, no produce sus efectos automáticamente sino que hace falta impetrarlo.

Incluso, ni aún en el supuesto de que los cofiadores no renunciantes decidiesen ejercitar el susodicho beneficio sufriría quebranto la cofianza, ya que todavía en este supuesto se mantendría la igualdad jurídica esencial entre los cofiadores, o, si se prefiere, la pequeña mutación producida en cuanto a la entidad del reclamo posible, respecto a los distintos fiadores, no tendría fuerza suficiente como para estimar que se había producido la pérdida del carácter conjunto de la obligación de garantía asumida por todos los cofiadores, y, en consecuencia, que la cofianza ha quedado desnaturalizada. No parece, por ello, que, con indiferencia del punto de vista que se adopte respecto a la naturaleza de las obligaciones derivadas de la fianza conjunta, quepa estimar que la renuncia al beneficio de división, por parte de algunos de los cofiadores, arruina la figura.

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

(15) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XXIII, *op. cit.*, págs. 17 y sigs.

(16) *Ibid.*, pág. 188.