

La obligación derivada de la cofianza

Parece obvio que la circunstancia de que nos hallemos frente a un fiador plural en vez de frente a un único fiador, no supone obstáculo para considerar en uno y otro supuesto que la obligación fideiusoria es una obligación accesorio y subsidiaria, pero, en cambio, cuando estemos en presencia de una pluralidad de fiadores sí surge el problema típico y exclusivo de esta situación de considerar si la vinculación de los mismos ha de estimarse mancomunada o, por el contrario, reputarse solidaria. Este es uno de los problemas clave de la cofianza, y aunque en relación al mismo se pueden hacer diversas referencias y formular análisis, sobre todo a la vista de la peculiar y poco alabable redacción del artículo 1.837 de nuestro Código Civil, ahora es el momento de intentar dilucidarlo en profundidad.

Decidirse *in abstracto* en una u otra dirección no está exento de polémica y de visiones encontradas. La vinculación mancomunada de los varios fiadores introduce muy severas objeciones en el régimen básico de la fianza, de su fundamento y de sus objetivos primarios, porque si, como no cabe considerar de otra manera, la multiplicación de garantes ha de ser considerada y exigida por el acreedor como una manera de reforzamiento de su crédito, en cuanto una pluralidad de patrimonios hace acto de presencia a efectos de garantía, resulta que puede suceder que en ocasiones semejante estado de cosas se vuelva contra el supuestamente beneficiado y éste resulte peor tratado jurídico-patrimonialmente que si hubiese contado con un único fiador.

El juego combinado de las reglas de la mancomunidad, especialmente la relativa a que la insolvencia de alguno de los deudores parciales la soporta el acreedor y no los otros obligados (art. 1.139 del Código Civil), y la necesidad de la reclamación *pro parte* impuesta por el efecto divisorio automático que supondría la mera conclusión de la cofianza, con su secuela de gastos, dilaciones, molestias y complicaciones, generan un obstáculo muy serio a la hora de predicar como operativa la vinculación mancomunada de los varios fiadores.

Una cofianza que es o puede ser menos efectiva, más lesiva para el acreedor supuestamente reforzado y difícilmente conciliable con la finalidad última a que responde, constituye un mecanismo jurídico de discutible fisonomía, de

base incierta y dudosa justificación. Si, en ocasiones, el contar con varios fiadores ha de representar perjuicio para el acreedor e introducirle en una dinámica que no existiría caso de haberse conformado con el fiador único, nos acercamos peligrosamente a una situación de *contradictio in terminis*.

Por otro lado, desde Adriano, y por la doble razón de facilitar a los acreedores la búsqueda de personas dispuestas a vincularse como cofiadores y de evitar los posibles conciertos maliciosos entre éstos y aquéllos, existe a disposición de los garantes personales un mecanismo jurídico, el beneficio de división, que les permite distribuir entre ellos, si tal es su voluntad, el monto del débito afianzado, caso de que el acreedor pretendiese cobrar de alguno la totalidad del mismo. Ahora bien, si se predica la división *ope legis* de la deuda asegurada mediante fianza plural, ¿qué campo y qué sentido le quedan a dicho beneficio? Sería difícil encontrar un camino apto para justificar la conciliación entre el dato de que la obligación asegurada se ha fraccionado automáticamente entre los diversos fiadores a efectos de garantía y la circunstancia de que, a pesar de todo, sigue abierta a éstos la posibilidad de acogerse y de hacer jugar el beneficio divisorio.

Como ya hemos comentado reiteradamente, la consideración aislada y textual del artículo 1.837 de nuestro Código Civil puede propiciar una situación de este tipo, al imponer, según la interpretación corriente, la división *ex lege* del débito en su primera parte y al contemplar en su segunda la existencia y operatividad del beneficio de división entre los cofiadores, ya que difícilmente cabrá considerar que algo cesa o se extingue si antes no tenía previa existencia y que es cosa diferente aquello que el legislador llama *expressis verbis* con el nombre con que tradicional y unánimemente se le conoce. Y, sin embargo, un buen número de civilistas españoles no ha encontrado mayor reparo para caminar por una vía tan escabrosa y difícil.

A pesar de ello, también es cierto que en ordenamientos civiles como el nuestro, en los que rige en el caso de obligaciones plurales la presunción de mancomunidad y, por ende, la vinculación solidaria de los varios deudores tan sólo se da con carácter excepcional cuando la ley o las partes así lo han dispuesto (arts. 1.137 y 1.138 del Código Civil), parece un tanto temerario considerar que en el supuesto de pluralidad de fiadores, no existiendo previsión específica de los interesados y en ausencia de una clara prescripción legal (antes bien el mandato legal estereotipado en el párrafo primero del art. 1.837 del Código Civil parece consagrar la pauta contraria), se concluya, empero, que los cofiadores se encuentran vinculados de manera solidaria.

A la inversa, tampoco está exenta de críticas la posición de considerar que cuando varias personas concurren como fiadoras conjuntas de un mismo deudor y por una misma deuda quedan obligadas solidariamente, pero que, no obstante, a la hora en que el acreedor intente cobrar de una de ellas la totalidad del débito, pueda el demandado, si tal es su voluntad, detener la recia-

mación de ese tenor y provocar el fraccionamiento de la pretensión entre todos los cofiadores. Porque, ciertamente, no son fácilmente compaginables las ideas de solidaridad y de división, y la consideración de que habiendo impuesto la ley la vinculación total de los varios deudores accesorios puedan éstos, a su capricho, provocar el efecto contrario de la afección parcial. De la misma manera que mancomunidad y beneficio de división resultan redundantes y sin sentido, también solidaridad y beneficio de división devienen difícilmente casables, en cuanto mal cabe hablar de manera rigurosa de obligación *in solidum* cuando los sujetos pasivos de la misma pueden imponer al acreedor el cobro fraccionado de la misma; algo que explica que desde siempre civilistas perspicaces hayan hecho notar que el beneficio de división escasamente tiene sentido *in abstracto*, porque si los cofiadores quedan obligados solidariamente, tal afección debe impedir su ejercicio, y si lo están mancomunadamente, resulta innecesario al conseguirse sus efectos por el juego mecánico de la vinculación *pro rata*.

Ahora bien, lo cierto es que por el peso de la tradición jurídica y por la circunstancia de que, según se tendrá ocasión de ver más adelante, la presencia y eficacia del *beneficium divisionis* no resultan impropias en ningún caso, en prácticamente todos los ordenamientos civiles de estirpe latina el aludido recurso divisorio permanece vivo, y, en consecuencia, no cabe eludir el esfuerzo lógico-jurídico que supone intentar su encuadre y acomodo en el sistema de la pluralidad de fiadores.

En efecto, en los Códigos Civiles francés e italiano de 1865, por más que se estableciese que cada uno de los varios fiadores queda obligado por toda la deuda (arts. 2.025 y 1.911, respectivamente), la propia norma se encargaba de matizar que, sin embargo, esta rigurosa consecuencia podía quedar sin efecto, caso de que cualquiera de aquéllos se acogiese al subsistente beneficio romano de división (arts. 2.026 y 1.912). En el Código Civil italiano de 1942, en un más difícil todavía, los varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda quedan obligados por la deuda entera, pero esta consecuencia puede impedirse, no ocurriendo *defacto* al juego del recurso divisorio, tal como sucedía en el Código abrogado, sino pactando previamente la existencia del beneficio de división; esto es, que la operatividad de semejante mecanismo no es libre ni queda a discreción de los interesados, pues tan sólo podrá tener lugar si se ha tomado la precaución de su reserva, por más que en dicho caso, y en cuanto el beneficio continúa conservando su estricta sustancia de beneficio (arg. *ex art.* 1.947 del *Código Civile*), los interesados puedan optar por oponerlo o no. En fin, en el Código Civil español, en otro nuevo y enrevesado movimiento, la situación se complicaría, según el sentir de la mayor parte de la doctrina hispana, aún más: los diversos fiadores quedarían obligados *pro parte*, pero a pesar de ello continuaría existiendo una cierta presencia y un cierto juego del instrumento divisorio. ¿Qué revela todo ello?

Algo tiene el agua cuando la bendicen. La persistencia del *beneficium divisionis* patentiza al menos dos cosas, una, que con indiferencia de que se contemple la afección de los varios fiadores de manera mancomunada o solidaria, el legislador ha juzgado conveniente, creo que razonablemente, el mantenimiento de aquella figura, y la otra, que la conservación de la misma tiene que producir necesariamente algún desvirtuamiento y matización del régimen ordinario de las obligaciones parciarias y de las obligaciones solidarias.

En efecto, la circunstancia de que se afirme que la conclusión de la cofianza produce *ex lege* la distribución de la deuda asegurada entre todos los fiadores y al mismo tiempo se considere que subsiste el beneficio de división, debe conducir indeclinablemente al posicionamiento de que aquella afección mancomunada ha de ser *sui generis*, en cuanto si así no fuere llovería sobre mojado y equivaldría a poner a disposición de los interesados algo que ya está en su acervo patrimonial *ministerio legis*, o, quizá, mejor todavía, a considerar que por más que se hable de afección a prorrata, si resulta que los supuestos deudores mancomunados cuentan con un beneficio (el de división), que se orienta precisamente a producir ese mismo resultado que se afirma ya producido en su afección jurídico-patrimonial por efecto directo de la ley, tales deudores son realmente deudores solidarios.

Semejante conclusión, amén de estar teñida de lógica y sentido común, serviría al menos para impedir el contrasentido que puede producirse si se sostiene la división *ex lege* de la deuda garantizada y tiene lugar, como perfectamente puede suceder, que alguno de los deudores favorecidos renuncia al beneficio de división. ¿Qué ocurrirá en tal caso? ¿Persistirá la afección parcial, no obstante, haberse declinado el fraccionamiento del débito? Y si es así, ¿qué sentido tiene sostener la existencia de un beneficio de división que si se reclama nada añade a lo que por ley ya existe y si se omite o renuncia no provoca alteración alguna en el *statu quo*?

Inversamente, bajo la óptica de la obligación solidaria, resulta evidente que si se establece por la ley la vinculación *in solidum* de los varios fiadores y a continuación se advierte que los mismos pueden acogerse al beneficio de división (caso del *Code* y del *Código* de 1865) o han podido pactar juego de mismo (supuesto del *Código* de 1942), tendremos que el ejercicio de éste habrá de suponer, necesariamente, una fuerte inflexión en el régimen normal de la solidaridad, porque resulta evidente que una situación obligacional de este tipo que pueda quedar parcialmente sin efecto en base a la voluntad del deudor es, cuando menos, una solidaridad un tanto singular y *sui generis*.

¿Tanto como para que no quepa hablar en puridad de obligación solidaria al haberse perdido la esencia de la misma? Habida cuenta que de no acogerse el demandado al beneficio y soportar por entero el pago de la deuda, goza del derecho de regreso respecto a los restantes fiadores, que aun oponiendo

el beneficio de división si alguno de los garantes resulta insolvente su parte acrece la de los solventes, y que los fiadores que no pagaron pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor, parece que la conclusión no debe ser otra que la de que, pese a todo, seguimos estando en el punto que nos ocupa dentro del ámbito de la solidaridad.

¿Resultará, por tanto, indiferente que el legislador se incline por la mancomunidad o por la solidaridad a la hora de contemplar la vinculación jurídica de los varios fiadores? Este parece ser el pensamiento de GUILARTE ZAPATERO, para quien es discutible determinar cuál de esas formas se ajusta mejor a la propia naturaleza de la cofianza, aparte de que, en todo caso, cualquiera que sea la que se sancione positivamente tendrá un mero carácter dispositivo, ya que sólo entrará en juego en ausencia de precisas y concretas previsiones de los interesados (1).

El planteamiento padece un doble error. Primeramente, porque no es discutible cuál de las dos formas de vinculación de los fiadores armoniza mejor con la *substantia iuris* de la cofianza, ya que, según hemos expuesto con reiteración, la naturaleza y función de la misma compaginan mucho mejor con la idea de solidaridad que con la de mancomunidad, habida cuenta que el acreedor busca el máximo de garantía y la cofianza se mueve en torno al presupuesto de que los varios fiadores se vinculan de manera unitaria y conjunta. Y, en segundo lugar, porque si bien es cierto que al establecer la ley el régimen de mancomunidad pueden las partes obviarlo pactando la solidaridad, al sancionar el de solidaridad las cosas ya no se presentan con la misma claridad, pues resultará al menos discutible que pactada por los interesados la afección parcial no quede desvirtuada la propia cofianza, aunque, claro está, siempre esté abierta a los fiadores la posibilidad de asegurar la deuda ajena mediante la constitución de obligaciones fideiusorias distintas e independientes.

Las doctrinas francesa e italiana anterior al Código Civil de 1942, a pesar de que la normativa establece la afección de cada uno de los deudores por la totalidad de la deuda («la deuda toda»), se han mostrado siempre un tanto reacias a ver en dicha hipótesis una clara manifestación del fenómeno de la solidaridad pasiva. En Francia, ya POTHIER, por más que DOMAT apuntase que «la obligación de los cofiadores es naturalmente solidaria entre ellos», había sentenciado que la razón de la diferencia que existe entre los varios deudores principales y los varios fiadores se halla en que «es de la naturaleza de la caución obligarse a todo lo que se obliga el deudor principal», y, en consecuencia, cada uno de los fiadores «está reputado como habiendo contraído dicho compromiso, a menos que declare expresamente que él no se obliga

(1) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XXIII, Madrid, 1979, pág. 188.

más que por parte» (2); mayoritariamente, la doctrina posterior se mantendrá en esta posición cautelosa: la solidaridad genuina sólo existe cuando la ley o las partes la declaren de manera expresa, y, en consecuencia, por más que se establezca la responsabilidad de los fiadores por el entero de la deuda, dicha situación, al faltar una tajante manifestación legal al respecto, no debe reputarse como de estricta solidaridad, sino tan sólo como algo cercano, parecido o semejante a la misma (3). LAURENT, por su parte, advertirá que el primer efecto de la solidaridad es que el acreedor puede demandar a cualquier deudor el todo sin que se le pueda oponer el beneficio de división, por lo que la obligación de los cofiadores no puede reputarse solidaria, ya que aunque cada uno se obligue por entero, puede también reclamar la división; en suma, la diferencia entre la obligación de los codeudores y la obligación de los cofiadores no radicaría más que en un solo punto: entre los primeros, la división es de Derecho, entre los segundos hace falta reclamarla (4).

En Italia también se oirán voces en el mismo sentido de oponerse al reconocimiento de una genuina solidaridad entre los cofiadores. Así, PACIFICI-MAZZONI señalará que por más que el artículo 1.911 del Código Civil de 1865, disponga que cada uno de los fiadores queda obligado por la deuda entera, no cabe reputar esta situación como de solidaridad, entre otras razones porque si el objeto de la obligación se destruye por culpa de uno de los fiadores, los otros resultan liberados, porque la petición de intereses instada contra uno de ellos no afecta a los demás, y, en fin, porque la interrupción de la prescripción respecto a alguno de los mismos no perjudica a los restantes (5). Para GALDI, siguiendo el pensamiento de LAURENT, de que los cofiadores no están vinculados solidariamente, ha de considerarse como regla que dichos garantes no son solidarios entre sí, sino que su obligación es particular, en cuanto mientras en la solidaridad todo deudor puede ser condenado por entero, los cofiadores no pueden ser condenados a pagar toda la deuda porque cuentan con el derecho de exigir que el acreedor divida su acción entre los distintos garantes personales (6).

En la misma línea se manifestará CAMPOGRANDE. Para este autor, la solidaridad se caracteriza por el principio de que el acreedor puede dirigirse a voluntad contra cualquiera de los deudores y constreñirle al pago de la totalidad, sin que éste pueda oponer el beneficio de división, mientras que en la cofianza cada uno de los fiadores puede reclamar y obtener la división

(2) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pág. 269.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traite théorique et pratique de Droit civil*, XXIV, París, 1907, págs. 340 y sigs.

(4) LAURENT, *Principes de Droit civil français*, XXVIII, Bruselas-París, 1878, págs. 231 y sigs.

(5) PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, II, Turín, 1927, pág. 501.

(6) GALDI, *Trattato della fideiussione*, Nápoles, 1900, pág. 97.

de la deuda. Y ello, porque aunque la ley declare que los cofiadores quedan obligados *per l'intero debito*, no dice, empero, que los mismos sean deudores solidarios y, en consecuencia, cada uno de ellos puede hacer valer el beneficio de división. La conclusión de que, en realidad, los cofiadores no son deudores solidarios, se refuerza, habida cuenta que los mismos no resultan afectados por la insolvencia de alguno de ellos sobrevenida después de la división (7).

Este pensamiento receloso de la solidaridad ni siquiera ha desaparecido enteramente en Italia a pesar de que el artículo 1.946 del nuevo Código Civil haya establecido que «si varias personas han prestado fianza por un mismo deudor y en garantía de una misma deuda, cada una de ellas está obligada por la deuda entera, salvo que se haya pactado el beneficio de división». En tal sentido, FRAGALI, por más que reconozca que el legislador italiano ha usado en el artículo 1.944 una fórmula definitoria, mientras en el artículo 1.946 utiliza una locución descriptiva, porque si en este último artículo hubiera sustituido las palabras «por la deuda entera» por la de «solidariamente» habría hecho nacer la duda de una solidaridad en concurso con el deudor garantizado, y, asimismo, que resulta exagerado afirmar que constituye elemento esencial de la solidaridad la regulación legal de los efectos de la insolvencia de uno de los codeudores, pensamiento que tradicionalmente se ha aducido en relación a la ausencia de responsabilidad, tras la división, por la insolvencia sobrevenida a alguno de los cofiadores, no deja de mostrar algunas reticencias para acoger de manera plena en el Derecho italiano urgente la estricta y genuina solidaridad.

En su opinión, cuando la ley adopta el tipo a alguna exigencia particular de un supuesto de hecho sin derogar la regulación fundamental, quiere mantener dicho supuesto de hecho, en la parte no derogada, bajo el dominio de tal regulación fundamental y, por tanto, no quiere diferenciar la sustancia, no desea hacer nacer un nuevo tipo autónomo, sino una forma derivada, es decir, un subtipo. Es esencial a la solidaridad el deber de cada uno de los deudores de responder de la deuda por entero, y este mismo elemento lo encontramos también en la cofianza, por lo que en el ámbito de ésta nos seguiremos moviendo sustancialmente en la esfera de la solidaridad.

Ahora bien, y ahí está el matiz, si la peculiaridad de la cofianza no debe conducir a una tipicidad distinta de la solidaridad, sí permite, empero, sostener que nos hallamos ante una regulación atípica de la misma. Para FRAGALI, la coobligación fideiusoria supone una solidaridad atípica, que se destaca del esquema general de las coobligaciones solidarias en aquello que es necesario al objeto de corresponder a las particularidades de la fianza solidaria, sin perder por ello el ligamen con el tipo fundamental de la solidaridad. Los

(7) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, pág. 416.

cofiadores, por tanto, son deudores solidarios entre sí, pero atípicamente solidarios (8).

Como se observará, pues, la presencia y operatividad del beneficio de división, ya directamente dispensado por la ley (*Code* y *Código* de 1865), ya sólo en el caso de que así lo hayan pactado los interesados (*Código* de 1942), tienen la suficiente entidad como para que, por más que la norma establezca sin reticencias que cada uno de los varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda queda responsabilizado de la totalidad de la misma, la típica solidaridad, aquella que consagran los Códigos cuando regulan *in genere* la pluralidad de deudores, conozca alguna matización, deba ser objeto de puntualizaciones y precise de señalamientos que apunten a la especial situación en que se hallan o pueden hallarse los cofiadores. FRAGALI intenta cubrir el expediente mediante la piadosa fórmula de la solidaridad atípica.

Si las cosas ocurren de esta manera en aquellos ordenamientos civiles que han mantenido sustancialmente la concepción romana de la cofianza, ¿qué ocurrirá en el nuestro, habida cuenta que, en apariencia al menos, se ha roto con el precedente tradicional y se ha consagrado el régimen de la división *ope legis* de la deuda entre los diversos fiadores y la conformación, por tanto, de éstos como deudores mancomunados, según piensa la mayoría de los civilistas españoles?

Si nos atuviésemos, como ya se ha dicho, a los literales términos del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil, la solución sería clara e inobjetable: la división producida *ex lege* entre los cofiadores aleja de los mismos cualquier idea de solidaridad, ni típica ni atípica. Pero existe un segundo párrafo de ese mismo artículo 1.837 y unos artículos 1.844, 1.845, 1.850 y 1.852 que arruinan aquella supuesta claridad inicial, introducen factores nuevos que pugnan con la idea de mancomunidad y, sobre todo, obligan a la visión conjunta de la problemática.

Que un supuesto deudor solidario pueda oponer a la reclamación del acreedor la división de la deuda, sin duda suponer una muy seria objeción al régimen normal de la solidaridad, pero que un supuesto deudor mancomunado tenga derecho de reintegro respecto a los restantes codeudores, haya de soportar en su cuota la parte proporcional de la insolvencia de cualquiera de ellos y pueda acogerse al beneficio de división (?) caso de que el acreedor le reclame el débito entero, es todavía, si cabe, mucho más singular y estrambótico, porque, al fin y al cabo, la aceptación del beneficio de división en el ámbito de la solidaridad no supone afectar la estructura y sustancia de esta modalidad obligatoria, mientras que el juego de aquellos otros efectos sí supone la vulneración de la esencia de la mancomunidad.

(8) FRAGALI, «Fideiussione-Mandato di crédito», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1961, págs. 238 y sigs.

En efecto, el juego en la confianza del beneficio de división no implica necesariamente que la obligación de la misma nacida quede desnaturalizada. El hecho de que los cofiadores queden vinculados de manera solidaria no sufre quebranto sustancial por la circunstancia de que alguno o algunos de ellos a la hora de reclamar el acreedor el pago entero de la deuda se acoja al *beneficium divisionis*; respecto a él la obligación continúa siendo solidaria, no ha mutado su naturaleza, ni ha pasado a convertirse en mancomunada, sino tan sólo se presenta un obstáculo exterior que impide el juego ordinario de la solidaridad, que imposibilita que, no obstante ésta, pueda ser condenado el deudor demandado a satisfacer íntegramente el débito garantizado.

La obligación asumida por los cofiadores de una misma deuda y de un mismo deudor es estructuralmente una obligación solidaria en función de las características y efectos que la ley le asigna en su conjunto; ahora bien, por el hecho de que en algún caso el deudor reclamado pueda acogerse el beneficio de división, ¿queda desnaturalizada la figura?, ¿debe imponerse la consideración de que la obligación en que cosa semejante pueda ocurrir no cabe caracterizarla rectamente como obligación solidaria? Contestar afirmativamente a estas interrogantes supone, en nuestra opinión, una muy rígida e injustificada apreciación de los términos en juego.

Dice bien FRAGALI que mientras se conserve la regulación fundamental de un determinado tipo jurídico, el mismo no desaparece, por más que en algunas hipótesis puedan fallar los efectos propios del mismo. En nuestro caso, la solidaridad de los cofiadores queda establecida, según el punto de vista que adoptamos, por la regulación legal en su conjunto de la figura: la obligación de los mismos es una obligación estructuralmente solidaria, y esa conformación no sufre quebranto por el hecho de que en algún caso y previo reclamo del demandado se produzca la imposibilidad de obtener del mismo la totalidad del débito asegurado. La obligación continúa siendo solidaria también en ese caso, por más que un elemento extraño a la estructura de la obligación, la aparición de un obstáculo ajeno a la sustancia de la misma impida en dicha hipótesis la consumación de uno de los efectos típicos de la solidaridad.

Semejante acontecer, facultativo y contingente, carece de la virtualidad precisa para mutar la naturaleza de la obligación solidaria, por cuanto no penetra en su sustancia, conformándola de manera diferente, sino que se limita a impedir *in casu concreto* que la misma sea susceptible de producir la globalidad de los efectos que le son típicos. Pero ello no emana de la propia entraña de la obligación que afecta a la pluralidad de fiadores, en cuyo caso resultaría obvio eliminar la nota de solidaridad, sino que es fruto tan sólo del juego de un factor ajeno y externo que el legislador juzgó en un determinado momento debía existir a favor de aquellos fiadores que quisieran acogerse a él, precisamente porque los mismos eran y continuaban siendo deudores solidarios.

Solidaridad y beneficio de división puede resultar en alguna manera de difícil encaje, pero mancomunidad y beneficio de división son, sencillamente, incompatibles, en cuanto una hace imposible e innecesario al otro y viceversa. Un deudor solidario que decida acogerse a la división continúa siendo, *stricto iuris*, deudor solidario, no sólo porque le es facultativo el recurrir o no a semejante beneficio, y es obvio que un recurso de este tenor no puede cambiar la naturaleza de la obligación que le vincula, sino también porque, no obstante, el fraccionamiento del débito producido, algunos de los más típicos y característicos efectos de la solidaridad se seguirán produciendo respecto a su persona; por ejemplo, si otro de los cofiadores se adelanta y paga la totalidad de la deuda cuya partición se había producido.

En consecuencia, la solidaridad y la división de la deuda, aunque presenten un cierto grado de fricción, pueden compaginarse, sin quebranto esencial, porque se ubican en distinto plano respecto a la obligación (una en la esfera de la estructura y la otra en algún supuesto de su ejecución) y porque no se interfieren los cometidos que a cada una de ellas están asignados: la solidaridad, facilitando al acreedor la mejor y más segura garantía de su derecho; la división, procurando al fiador que así lo desee fraccionar la reclamación, pero sin que pueda evitar los otros efectos de la vinculación *in solidum*.

En cambio, ¿qué sentido tiene considerar que los varios fiadores que han quedado vinculados de manera mancomunada podrán acogerse al beneficio de división cuando el acreedor les reclame el cumplimiento de la obligación asegurada. Absolutamente ninguno, de entrada, porque dicho acreedor no podrá reclamar a cada uno de los garantes «sino la parte que le corresponda», y, luego, porque si el demandante procediese a exigir a uno de los fiadores la totalidad del débito, éste no necesitaría acudir al beneficio de división, por cuanto nos hallaríamos ante un supuesto de falta de legitimación al haber incurrido aquél en *plus petitio*. Es más, ni siquiera tendría justificación pretender que en tal supuesto el fiador contaría con la protección del *beneficium divisionis*, ya que es obvio que no cabe pedir la división de lo que por ley está dividido, ni es posible conformar como beneficio (recurso favorecedor que la ley pone a la libre disposición de determinados sujetos), algo que se produce de manera mecánica, en todo caso y a favor de todos los que se hallen en situación de cofiadores. Trataríase, tan sólo, de un efecto legal mecánico, automático.

LAURENT dice que el primer efecto de la solidaridad viene dado por la circunstancia de que el acreedor pueda reclamar a cualquiera de los deudores la totalidad de la deuda, sin que éste pueda oponer el beneficio de división. Hay aquí un notable defecto argumental, pues solidaridad no se contrapone a beneficio de división, sino a mancomunidad, esto es, a una situación en la que no es que los varios obligados puedan evitar la condena *in totum* si deciden acogerse a un determinado mecanismo tuitivo, sino que los mismos en ningún

caso y bajo ninguna condición pueden ser demandados y condenados más que *pro parte*.

Así, mientras mancomunidad y beneficio de división, como se ha dicho, no pueden coexistir porque se excluyen estructural y funcionalmente, solidaridad y beneficio divisorio pueden darse al unísono, sin mayor problema, en cuanto la solidaridad no pierde el carácter de tal por el hecho de que en algún caso ciertos deudores, que *ab initio* han quedado vinculados por entero, se acojan y obtenga la partición del débito, ni el *beneficium divisionis* resulta privado del matiz que históricamente le es propio por la circunstancia de que su ejercicio provoque el fraccionamiento *a posteriori* de una deuda nacida solidaria. Que a ello se le quiere llamar solidaridad atípica, tal como hace FRAGALÍ, es un posicionamiento lícito porque conserva y enfatiza lo fundamental: la solidaridad que afecta a los varios fiadores conjuntos.

Nosotros, empero, preferimos continuar hablando, en el caso de división de la deuda garantizada producida por el juego del beneficio, de solidaridad; la obligación de los cofiadores que nació como solidaria, continúa teniendo este carácter por más que pierda, coyuntural y operacionalmente, una de sus notas; conserva las demás y sigue produciendo los efectos típicos de semejante modo de vinculación plural, y, por ende, no se advierte la necesidad de prescindir de una nominación que sigue cobijando la parte mayor y sustancial de la *obligatio in solidum*. Que pierda uno de sus efectos por mor de un mecanismo pensado para obrar contingentemente no es razón suficiente para situarnos fuera del ámbito de la solidaridad y ni siquiera para calificar a ésta de atípica.

Por ello, nos parece felizmente acertada la afirmación de DOMAT en el sentido de que «la obligación de los cofiadores es naturalmente solidaria entre ellos» (9); natural y no esencialmente solidaria, ya que si tuviera esta segunda condición, no cabría aceptar que en supuesto alguno se admitiese el fraccionamiento del débito, pero naturalmente solidaria, porque aunque tenga lugar semejante partición no pierde su condición de solidaria, en cuanto sabido es que cuando en Derecho se atribuye la cualidad de «natural» a una nota concreta o a un determinado efecto, puede faltar sin que semejante falta afecte

(9) DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, II, Barcelona, 1844, págs. 149-150. «Si se presentasen muchos fiadores en una misma obligación —escribe el clásico francés—, cada uno debe responder por entero; pues cada uno promete la seguridad de toda la deuda u otra obligación, y suplir aquello que el principal obligado no pueda satisfacer. Así su obligación es naturalmente solidaria entre ellos después de apurados los medios contra el principal obligado». Sin embargo, después de estas razonables apreciaciones, DOMAT realiza un sorprendente y paradójico quiebro: «Pero esta obligación se divide del mismo modo y por la misma razón que la de los codeudores. De aquí es que cuando los fiadores tienen con qué pagar, el acreedor no puede exigir a cada uno sino la porción que le corresponda; y las de los insolventes vienen a cargo de los demás, tocando a cada uno a prorrata de lo que debiese».

al tipo, caracterización o sustancia de la figura con que se relacione. Y en tal sentido, resulta por completo intrascendente que la ausencia del «elemento natural» se produzca por el convenio de los interesados (pacto para excluir la responsabilidad por evicción del vendedor, por ejemplo) o por la determinación estrictamente unilateral de actuar de una forma tal que produzca la exclusión del referido factor, como ocurre cuando uno de los varios fiadores decide acogerse al beneficio de división si el acreedor le reclama la totalidad de la deuda garantizada, como bien puede.

Porque aquí es donde se halla la clave de la cuestión. Lo básico y determinante de la materia no radica en que los fiadores puedan frustrar, si tal es su deseo, la legítima pretensión del acreedor de obtener de uno o de varios de ellos el débito entero, que ello es algo que, en cuanto circunstancial y operante, tan sólo se da en el caso de que la voluntad individual decida provocarlo, sino en el hecho de que, no obstante, el beneficio legal de división, el acreedor continúe legitimado para seguir exigiendo a cada uno de los cofiadores el monto total. Si el beneficio de división no impide semejante posibilidad de reclamo por parte del acreedor, y si la impidiere ya no cabría hablar de beneficio en cuanto recurso facultativo, contingente y opcional, ello prueba, a nuestro entender, dos cosas: una, que la obligación que se contempla nació como solidaria, no obstante la existencia *in potentia* del beneficio de división, y la otra, que dicha obligación continúa ostentando la caracterización de solidaria aun en el caso de que alguno de los cofiadores haya decidido el ejercicio del mencionado mecanismo favorecedor.

Esta es, pensamos, la interpretación y valoración del supuesto en estudio que mejor se acomoda a su naturaleza y función, por más que entre nosotros presente dificultades adicionales por la insólita y extravagante redacción del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil. Ahora bien, sentirse prisionero de la letra del precepto y entrar en una dinámica que pugna con los precedentes históricos, con los datos del Derecho comparado que previsiblemente tuvo en cuenta nuestro codificador y, sobre todo, con las previsiones contrarias de la otra parte del precepto y del resto de la regulación global de la cofianza, no es, precisamente, la forma más rigurosa de enfrentar el tratamiento científico de la figura ni de alcanzar conclusiones coherentes, armónicas y convincentes.

Lo que no cabe es que a la vista de los elementos en juego se intente establecer algún tipo de *entente cordiale* entre factores que no admite situación alguna de interrelación. División *ex lege* de la obligación asegurada y beneficio de división respecto a la misma no pueden cohabitar, hágase el esfuerzo de imaginación que se haga, porque si la división del débito se produce *ministerio legis* ya no es posible, carece de sentido y resulta absurdo cualquier remisión a un ulterior fraccionamiento de la deuda, ahora en virtud del ejercicio de un beneficio divisorio reconocido a los cofiadores; y si la

aludida división tan sólo tiene lugar cuando así se reclame por alguno de los legitimados al respecto, es obvio que resulta excluida cualquier posibilidad de fraccionamiento *ipso iure*.

Al no percatarse o resistirse a admitir este tipo de consideraciones, se incurre en planteamientos de dudoso rigor. Así, por ejemplo, SANTAMARÍA afirma que la equiparación entre el beneficio de división y la mancomunidad no es absoluta, porque el primero cesa en determinados casos (10). El planteamiento no es ése, ya que no se trata de equiparar o acercar mancomunidad y beneficio de división por cuanto uno y otro tipo de situación no pueden coexistir: cuando exista mancomunidad resulta ociosa cualquier referencia al beneficio divisorio, y cuando opere éste es, sencillamente, porque aquélla no está presente. En consecuencia, no se trata de que el beneficio de división desaparezca en determinados supuestos, sino de que el mismo no puede existir cuando se parte de una situación de mancomunidad, tal como la que tendría lugar de aceptarse la partición *ex lege* de la deuda confianzada; y, si por el contrario, el beneficio en cuestión cesa en precisos casos es, precisamente, porque existe *in genere*, esto es, en la generalidad de supuestos de fianza múltiple y conjunta, circunstancia que determina el que no quepa hablar de mancomunidad y haya que contemplar necesariamente la situación de vinculación solidaria.

En parecidas contradicciones incurre GULLÓN BALLESTEROS. Para este autor, por principio, la pluralidad de deudores no entraña solidaridad entre los mismos y, en consecuencia, el acreedor no puede exigir a cada uno sino la parte suya; pero el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil habla del beneficio de división, que consiste en la facultad de cada cofiador de obligar al acreedor que le reclama el pago por entero de dividir su acción, exigiendo la parte y proporción de cada cofiador. Pues bien, este juego de circunstancias le lleva a la insólita conclusión de que el párrafo primero del referido artículo 1.837 impone el beneficio de división *ex lege*, por lo que «el acreedor no puede dirigir su acción contra los cofiadores sino por su parte, sin necesidad de alegación del beneficio por el cofiador demandado» (11).

El resultado de la puesta en relación de los mecanismos jurídicos recogidos en los dos párrafos del artículo 1.837 del Código Civil no puede ser más llamativamente paradójico, porque si la primera parte del mismo impone la no solidaridad entre los cofiadores, la segunda no puede recoger el beneficio de división, aunque sólo sea por la contundente razón de que no hace falta, y en Derecho nada es ocioso ni reiterativo.

Claro que la construcción que se comenta intenta superar semejante contradicción mediante un subterfugio en verdad asombroso: Como no es fácil

(10) SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, pág. 866.

(11) GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 444.

compaginar las previsiones de las dos partes del precepto, unámoslas aunque sea compulsivamente, impongamos el beneficio de división *ex lege* y sujete-mos al acreedor a la necesidad de tener que plantear su reclamación frente a los cofiadores por la parte de cada uno, «sin necesidad de alegación del beneficio por el cofiador demandado».

Un beneficio, cualquiera que sea, no se puede imponer *ex lege*, porque entonces deja de ser beneficio (por definición, algo que tan sólo opera en los supuestos de que su destinatario decida acogerse al mismo) y pasa a convertirse en mero efecto legal, presente en todos los casos, automático y de obligada aplicación, salvo los supuestos de excepción también legalmente contemplados. Si se entiende que el «se divide» del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil no es otra cosa que la consagración legal del beneficio de división, se está incurriendo en el doble equívoco de acudir a la producción de un efecto legal ordinario mediante la generalización del *ius singulare* que entrañan los beneficios (camino harto peculiar y retorcido) y a la caracterización de la obligación mancomunada de los cofiadores, régimen normal, en principio, en nuestro Derecho por virtud de la presunción de mancomunidad que en el mismo impera en materia de relaciones obligatorias plurales, mediante el mecanismo excepcional del beneficio de división.

Singular beneficio éste que, no obstante, reconocerse a los cofiadores, produce sus efectos de manera mecánica, no puede ser renunciado por sus titulares y no precisa ser alegado cuando se produzca el supuesto de hecho que explica su existencia y justifica su ejercicio. Beneficio sin beneficio, defensa que no hace falta (ni se puede) esgrimir, favor que no puede ser obviado, tuición legal que se produce por vías ajenas a la misma. Demasiado complicado y escabroso como para adentrarse en una explicación de ese tipo, cuando, según se ha explicitado en las páginas precedentes, existe una forma más cómoda y apropiada de entender la desdichada norma del artículo 1.837 del Código Civil.

Porque, ¿no es mucho más lógico considerar que cuando la primera parte de la misma habla de «se divide» se está refiriendo a la situación que se producirá cuando se ejercite, en la forma y medida que correspondan a su sustancia jurídica, el beneficio de separación, en vez de estimar que aquella expresión está plasmando la recepción del supuesto beneficio como un efecto general y mecánico de la norma?

De esta segunda forma, el beneficio deja de ser beneficioso, su juego se diluye por completo, su carácter facultativo se esfuma y, sobre todo, no existe manera de compaginar adecuadamente semejantes traslación y mutación del susodicho recurso con la previsión legal de 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», porque aunque ello quisiera entenderse, forzando injustificadamente los términos, en el sentido de que en tales

supuestos lo que sucede es que resulta excepcionada la división *ex lege* que la norma establece, siempre resultaría difícil de explicar cómo las supuestas excepciones legales pueden coincidir con los «casos y causas» que determinan el cese del beneficio de orden contra el deudor principal, habida cuenta que se estarían mezclando categorías jurídicas inconfundibles y tratando de la misma manera genuinas *exceptiones legis* y meras resoluciones facultativas de beneficio.

En cambio, al entender que la división que pronuncia el párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil sólo tiene lugar cuando el cofiador demandado haya ejercitado frente al acreedor demandante y «contra» los otros cofiadores (como con toda justeza signa la ley) el beneficio de división, el conjunto cobra armonía, sus partes se ordenan adecuadamente y resplandecen la coherencia y la lógica. El beneficio de división sigue siendo beneficio de división, sus efectos sólo se producen cuando se invoquen, la obligación de los cofiadores no se desnaturaliza ni choca en este caso con lo que respecto a ella disponen otros preceptos del Código Civil reguladores de la fianza conjunta, y el titular del mismo continúa ostentando la natural e impostergerable facultad de renunciar a dicho beneficio divisorio.

Apegarse a la letra de la ley y no intentar superar las contradicciones de la misma elevando el punto de mira y recurriendo a los lícitos recursos que brinda la argumentación jurídica conduce a situaciones tan chocantes como las que se han expuesto y las que se van a exponer a continuación. Así, ALVENTOSA DEL RÍO considera que en cuanto del párrafo segundo del artículo 1.837 parece deducirse la presencia del beneficio de división a favor de los cofiadores y al mismo tiempo, en el párrafo primero, se reconoce también como regla general la división de la deuda, de modo que el acreedor sólo puede reclamar a cada fiador la parte que le corresponde satisfacer, deberá concluirse que la concesión del beneficio de división supone que cuando el acreedor reclame a un fiador la totalidad de la deuda, éste podrá oponerle el beneficio de división; algo que significa que «la división de la deuda se establece como regla general en el párrafo primero del artículo 1.837, y la división de la acción del acreedor se establece en el párrafo segundo de dicho precepto».

Ello lleva a la autora a formular dos consideraciones frente a la tesis de que el beneficio de división es superfluo porque la división de la deuda se establece *ex lege*. La primera, que el beneficio de división existe como un derecho de cofiador, pero no sólo frente al acreedor sino también frente a los demás cofiadores que se le concede en los supuestos normales de cofianza. Y la segunda, que si tal beneficio no existiera, el cofiador mancomunado, al reclamarle el acreedor la totalidad de la deuda, podría negarse a cumplir la obligación alegando sólo la división de la deuda frente al acreedor; pero, al tener concedido tal beneficio, puede negarse a cumplir íntegramente la deuda

tanto frente al acreedor como frente a los demás cofiadores, alegando no sólo la división de la deuda sino también la división de la acción del acreedor (12).

El pensamiento expuesto resulta en extremo complicado, enrevesado y, en ocasiones, contradictorio. Si la ley estableciera de manera general y mecánica la división de la deuda asegurada por varios fiadores conjuntamente, no es que cuando el acreedor reclamara a uno de ellos la totalidad del débito puede éste oponer el beneficio de división, sino sencillamente que aquél no podría *in limine* plantear una reclamación semejante, en cuanto estaría pidiendo algo a lo que no tiene derecho, tal cual ocurre cuando cualquier acreedor mancomunado (y éste sería un caso doblemente normal de obligación mancomunada, por aplicación del principio general y por imponer la ley expresamente la división) intenta reclamar de uno de los deudores la prestación íntegra. De la misma manera que en este supuesto el deudor demandado no necesita para defenderse de la pretensión del acreedor acogerse a beneficio alguno, sino tan sólo hacer notar *in limine litis* que él no es un deudor solidario, también aquí si la ley consagrara realmente la división de la deuda entre los cofiadores, acogerse éstos al beneficio de división no sólo resultaría improcedente sino también estéril y redundante.

Acudir a una supuesta diferenciación entre división de la deuda, que establecería el párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil, y división de la acción, consagrada en la segunda parte de dicho precepto, supone establecer una distinción sin base ni justificación suficientes. Si el artículo 1.837 dividiese la deuda dividiría también, necesaria e indefectiblemente, la acción para exigirla, porque una y otra, aunque distinguibles *in vitro* y diferenciables en la formulación conceptual, no son más que una misma y sola cosa. El acreedor al que la ley le fracciona el crédito (arg. ex artículo 1.137 del Código Civil), ve también como inexcusablemente su acción se divide, de manera que tanto extrajudicial como judicialmente sólo podrá reclamar a cada uno de los deudores la parte del total que le corresponda.

Que intente ignorar semejante circunstancia y plantee la reclamación judicial del crédito entero frente a un concreto o unos concretos deudores es siempre posible en el plano fáctico, cual ocurre en cualquier situación en que alguien plantea el reclamo de un derecho que no le corresponde o en una medida mayor de la que le está atribuida; pero para frustrar semejante pretensión no hace falta ocurrir a beneficio legal alguno, sino que ello viene impuesto así por la propia caracterización de la figura, por lo que bastará hacer notar que el demandante está haciendo valer un derecho que no le corresponde en los términos que pretende. En realidad, resulta insólito considerar que la deuda la divide la ley y la acción sólo se divide si el deudor se acoge al

(12) ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada, 1982, págs. 215-216.

beneficio de división, porque resulta innegable que la segunda división es mera consecuencia obligada de la primera y que el juego del beneficio divisorio en dicho supuesto, albarda sobre albarda, ni se necesita, ni tiene sentido, ni admite justificación.

Las dos consideraciones que, sobre la base de la peculiar construcción criticada formula la autora en cuestión también resultan harto singulares y extrañas. En efecto, afirmar que el beneficio de división existe como un derecho del cofiador «no sólo frente al acreedor sino también frente a los demás cofiadores», es no haber captado la sustancia y función del mecanismo divisorio que nos ocupa.

Cuando en el caso de fianza conjunta el acreedor, según pensamos, puede plenamente en nuestro sistema civil, reclama de uno de los fiadores la satisfacción del débito entero y éste se acoge al beneficio de división, aunque no cabe desconocer que semejante defensa provocará que el demandado no pueda ser condenado a satisfacer más que la parte que le corresponda, y en tal sentido resulta evidente que formal o procedimentalmente el beneficio opera «frente» al acreedor, lo que realmente ocurre es que su ejercicio llama a colaborar a los restantes fiadores, hace partícipes pasivos en la reclamación a todos los garantes y les obliga a tener que soportar *pro quota* lo que el acreedor pretendió *pro íotum* de uno de ellos.

Vistas así las cosas, no parece posible ocultar o difuminar que el derecho que emanaría del *beneficium divisionis*, aunque formalmente se haga valer frente al acreedor, por cuanto su ejercicio va ligado a la circunstancia de que éste ha reclamado al que lo esgrime la satisfacción íntegra de la deuda garantizada, sus destinatarios reales, los sujetos afectados, los que efectivamente van a soportar los efectos de su actuación son los demás cofiadores, ya que van a resultar compelidos a tener que aportar la parte del débito que les corresponda cubrir. Por ello, con todo rigor, cuando el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil intenta equiparar los casos de cese del beneficio de división a los que se dan en relación al beneficio de excusión, advierte que mientras éste se da «contra el deudor principal», aquél opera «contra los cofiadores». Tales cofiadores, que resultarían excluidos de no existir el beneficio de división (sin perjuicio de los reintegros internos propios del juego de la solidaridad pasiva), resultan involucrados y se ven obligados a contribuir de manera directa e inmediata, en base a que el fiador demandado ha hecho valer el beneficio de división que llama a participar a todos los que de manera conjunta garantizaron la deuda de otro.

La segunda consideración tampoco tiene desperdicio, pues no se alcanza a ver cómo el juego del beneficio de división faculta al que lo alega no sólo para oponerse al cumplimiento íntegro de la obligación frente al acreedor sino también frente a los demás cofiadores, ya que resulta obvio que una cosa no es más que consecuencia de la otra, o, *rectius*, que ambas no son más que

facetas o aspectos diversos de una única situación. El beneficio de división permite incidir patrimonialmente sobre todos los cofiadores porque ha provocado el fraccionamiento de la deuda que el acreedor intentaba cobrar entera de uno solo de ellos, pero resulta que se llega a la misma conclusión al considerar que la ley ha establecido la división del débito garantizado, ya que al no poder reclamar el acreedor a cada uno de los fiadores sino su parte, todos tendrán que contribuir de manera directa a la satisfacción del crédito.

Con lo que tendremos que el beneficio de división que reconocería la segunda parte del artículo 1.837 del Código Civil a los cofiadores no añadiría absolutamente nada a la situación existente, caso de afirmar, según pretende la autora que se comenta, que en la primera parte de dicha norma se ha establecido la división *ex lege* de la deuda asegurada por los fiadores. La división mecánica del débito encierra todas las virtualidades jurídicas que pueda entrañar el beneficio divisorio y torna a éste innecesario y redundante; querer derivar a través de los dudosos cauces de la distinción entre división de la deuda y división de la acción la coexistencia entre las dos clases de situaciones jurídicas, amén de estar condenado al fracaso, es uno de los *divertimentos* más estériles que cabe imaginar.

En fin, tampoco GUILARTE ZAPATERO acierta, en nuestra opinión, a la hora de caracterizar el supuesto que nos ocupa. Para él, lo que en principio dispone el artículo 1.837 del Código Civil es que, salvo estipulación expresa de solidaridad, la obligación de los cofiadores se divide entre todos, con lo que se reproduce la doctrina de los artículos 1.137 y 1.138, sancionando la mancomunidad simple que, sin embargo, no produce la totalidad de sus efectos de plantearse alguna de las hipótesis del apartado segundo del propio precepto. Es decir, así como el Código Civil francés parte de la responsabilidad de cada cofiador por toda la deuda, pero admite la división de la misma si todos los fiadores son solventes, porque no hay perjuicio para el acreedor principal, «nuestro Código arranca de la responsabilidad de cada fiador por su parte, pero establece que la división cese en los casos que dice el apartado segundo del artículo 1.837, porque, de no ser así, presumiblemente existiría perjuicio para el acreedor, que es lo que se quiere evitar».

Para el profesor GUILARTE, en nuestro ordenamiento civil la cofianza puede estructurarse como obligación solidaria o mancomunada simple, con la plenitud de efectos y consecuencias que en cada caso ello conlleva, y, si nada se ha estipulado, la división de la deuda entre todos los cofiadores se establece *ex lege*, por más que cada uno de ellos deberá responder del total en los casos del apartado segundo del artículo 1.837, pero sin que ello suponga que la obligación se convierta en solidaria. En su opinión, «parece que la solución del Código se asienta en la idea de que entre todos los cofiadores se garantiza al acreedor principal, por lo que, si tal garantía se disminuye por las circunstancias en que alguno de aquéllos se encuentra, su deficiencia debe ser com-

pletada por los restantes». Idea que, según piensa, se hubiera expresado con mayor exactitud señalando, tal como hacía el Proyecto de Gorosabel en su artículo 835, que «cuando celebren muchos la fianza, simplemente están obligados a pagar la parte del cofiador que llegue al estado de insolvencia»; reflexiones que llevan al civilista en referencia a considerar, en suma, que la invocación que el artículo 1.837 hace al beneficio de división «dista mucho de ser afortunada» (13).

Con resultar tributaria de la letra de la ley también en exceso e innecesariamente, la construcción del profesor GUILARTE ZAPATERO es la más rigurosa y mejor trabada de todas las que hemos comentado. Advertir que, a menos que se haya pactado la solidaridad, al establecer el artículo 1.837 la división de la deuda está reproduciendo simplemente, *hic et nunc*, la doctrina de la mancomunidad simple (*sic*) que sancionan los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil es por completo lógico y coherente. Ahora bien, colegir de ello que semejante mancomunidad no produce todos sus efectos cuando surge alguna de las hipótesis que contempla la segunda parte del artículo 1.837, supone, en nuestro sentir, una visión deformada del fenómeno.

Porque, en efecto, de ocurrir las cosas de esta manera, tendríamos que una obligación plural nacida mancomunada porque los interesados no han pactado la solidaridad devendría de esta última condición cuando, por ejemplo, uno de los cofiadores renunciase a la división o ;cuando se hubiese obligado solidariamente con el acreedor! (art. 1.831 del Código Civil), con lo que se estaría recibiendo por la ventana a quien se acaba de expulsar por la puerta y se estaría transformando en solidaria una obligación que ni los interesados ni la ley quisieron con este carácter, y todo ello porque en alguno de los cofiadores se han producido determinadas circunstancias que pueden poner en entredicho la plena satisfacción del acreedor.

GUILARTE ZAPATERO no advierte que el símil que pretende establecer entre el sistema francés de vinculación de los cofiadores por el todo y posibilidad de división de la deuda entre los que resulten solventes, y el sistema español de responsabilidad *pro parte* de los mismos y cese de la división en determinadas hipótesis, en aras en uno y otro supuesto a evitar perjuicio al acreedor, no es aceptable, porque mientras resulta con pleno sentido que establecida la responsabilidad solidaria de los varios fiadores la misma queda aparcada en el supuesto de que alguno de ellos invoque el beneficio de división, en cambio no cabe aceptar que una obligación nacida legal y voluntariamente mancomunada resulte solidaria, caso de que alguno de los fiadores se encuentre en determinadas situaciones, algunas de las cuales poco o nada tienen que ver con la pérdida de la solvencia patrimonial.

(13) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, págs. 903-904.

Es muy diferente decir que en una obligación solidaria, a menos que se haya renunciado al beneficio de división, cada uno de los fiadores puede exigir al acreedor que divida su pretensión entre los garantes solventes al momento de dicha partición, que es lo que establece el artículo 2.026 del *Code*, que decir que por más que la deuda garantizada se haya dividido de manera mecánica y obligada entre los varios fiadores, esa división cesa cuando se produzcan algunos de los casos del artículo 1.831 del Código Civil, porque ello desnaturaliza completamente el supuesto planteamiento legal de la materia, cosa que no ocurre en el caso francés.

Aparte de que considerar que si nada se ha estipulado en otro sentido la división de la deuda entre todos los cofiadores se establece *ex lege*, pero que en determinados casos cada uno de ellos responderá del total de la misma, «sin que se convierta la obligación en solidaria», resulta una construcción de muy dudosa legitimidad. En efecto, una cosa es decir que respecto a una obligación solidaria el efecto típico de la misma de poder percibir la deuda íntegra de uno de los varios deudores puede quedar paralizado si el mismo se acoge al beneficio de división, que fue creado precisamente para producir coyunturalmente esta consecuencia, y otra, particularmente diferente, que en una obligación mancomunada en la que el efecto típico de la misma de reclamación *pro parte* a los varios deudores queda marginado, pero no porque uno de éstos haya acudido voluntariamente a la protección que le dispensa un determinado beneficio legal, sino porque la propia ley excluye la división misma por ella sancionada, quepa afirmar que, ante semejante evento, dicha obligación mancomunada no se ha configurado como obligación solidaria.

En consecuencia, no es que, como dice GUILARTE ZAPATERO, la «invocación al beneficio de división dista mucho de ser afortunada», porque el mal no está en esa parte del artículo 1.837, sino en el primer párrafo del mismo, sino más bien que al no querer acoger este recurso en su prístina configuración y extraer del mismo toda la virtualidad que entraña se tiene que llegar indefectiblemente a algunas de las paradojas y contrasentidos que en las páginas precedentes se han intentado denunciar.

Solidaridad de la deuda y beneficio de división a favor de los cofiadores pueden compaginarse, en cuanto el efecto del fraccionamiento del débito no es algo mecánico si no potestativo y casual; mancomunidad de la obligación y beneficio de división no hay forma alguna de conciliarlos, por cuanto la primera situación torna imposible e innecesaria la segunda. Intentar darle la vuelta mediante el subterfugio de que el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil lo que realmente plantea es que la división *ex lege* no tiene lugar cuando se produce alguna de las hipótesis del artículo 1.831 *eiusdem*, aparte de que supone ignorar la carga jurídica que histórica, conceptual y comparatísticamente entraña la locución «beneficio de división», conduce a contrasentidos insuperables.

En efecto, resulta imposible explicar en forma mínimamente coherente que el efecto legal de la división automática de la deuda garantizada cese, por ejemplo, en el caso de que el fiador demandado haya renunciado expresamente al beneficio de división (arts. 1.837 y 1.831 del Código Civil), si resulta que dicho fiador no tiene precisamente semejante beneficio. Y si lo tiene, diga lo que diga la ley y por más que el párrafo primero del artículo 1.837 hable de «se divide», no cabe otra interpretación racional y lógica de la misma que la de entender que el fraccionamiento del débito sólo se produce cuando los cofiadores invocan el beneficio de división.

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