

Planteamientos introductorios a la cofianza

SUMARIO: 1. ASPECTOS HISTORICOS. DERECHO ROMANO.—2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACTUAL FORMULA ESPAÑOLA.—3. EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851.—4. EL ARTICULO 1.837 DEL CODIGO CIVIL.

1. ASPECTOS HISTORICOS. DERECHO ROMANO

La ya de por sí compleja relación surgida de la circunstancia de que junto, pero en un escalón diferente, a la obligación principal garantizada se dé una obligación accesoria de garantía, esto es, que al lado de la pareja jurídica básica y emblemática acreedor-deudor surja el *tertius homo* del fiador, cobra un grado más de complejidad cuando esta tercera categoría de sujeto viene conformada *in casu concreto* por una pluralidad de personas: los cofiadores.

Al margen de las contingencias y exigencias de la vida práctica que determinan que en la posición activa y/o pasiva de una relación obligatoria coexistan varios sujetos, circunstancia que, ya se configure como supuesto de mancomunidad o como situación de solidaridad, produce interesantes consecuencias y es susceptible de servir para el logro de muy convenientes objetivos en el tráfico jurídico, en particular mediante la utilización de la fórmula de la solidaridad pasiva, tal como hemos tenido ocasión de exponer en otro lugar (1), lo cierto es que el hecho de que se contemple que la posición de garante personal del débito ajeno sea ocupada por un conjunto de obligados subsidiarios, también es susceptible de deparar efectos dignos de ser tenidos en cuenta en la vida de relación.

(1) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pp. 252 y ss.

En efecto, el fiador es el garante por antonomasia, la persona que por uno u otro móvil y con esta o aquella justificación accede a estar presente, sin que importe ahora demasiado en qué plano o con qué nivel de protagonismo, respecto a una relación obligatoria que por definición le es ajena y que, sin embargo, le va a afectar o puede afectarle patrimonialmente. Aunque no es deudor principal, su patrimonio también queda afectado al cumplimiento del débito garantizado (art. 1.911, CC), y, en consecuencia, todas las razones de seguridad y confianza que se esgrimen a la hora de diversificar la presencia de los deudores primarios, pueden utilizarse también, *servata distantia*, en relación a la multiplicidad de deudores secundarios.

Porque resulta obvio que la garantía del débito que está destinada a proporcionar la presencia de un fiador se acrecienta, al menos sobre el papel, cuando son varios, ya que su diversificación va a permitir al acreedor, llegado el caso, agredir patrimonialmente a un conjunto mayor de sujetos que, por otra parte, y en función del específico cometido para que el que fueron contemplados y les incumbe, estarán dotados de ordinario de la adecuada solvencia patrimonial.

No es lo mismo, pues, uno o varios fiadores, si se tiene en cuenta el objetivo y función de la fianza, y si se considera que todo se orienta a que el acreedor, que es quien ha ordenado el juego de garantías y quien disciplina el cuadro obligacional total, obtenga la más amplia, cómoda, segura y comprensiva satisfacción de su derecho. Se explica, por tanto, que, como advierte DELGADO ECHEVERRÍA, dicho acreedor «tenga interés en multiplicar el número de fiadores y, correlativamente, los patrimonios sujetos en garantía» (2).

Por otro lado, desde el ángulo de los diversos fiadores también la hipótesis es susceptible de presentarse como conveniente, habida cuenta el riesgo jurídico-patrimonial que los mismos asumen y la diversificación de dicho riesgo que el juego plural introduce. De la misma manera que el vínculo solidario pasivo, amén de reforzar el derecho del acreedor, genera una situación patrimonialmente conveniente entre los diversos deudores al permitir al que pagó el todo o porción superior de su cuota retornar de los codeudores la parte que en la relación interna les corresponde, asimismo el conjunto de fiadores ve mejorada su situación al posibilitarse el reparto entre los mismos de las consecuencias negativas que acarree el impago del débito garantizado, pues, según reseña el mismo autor recién citado, «el fiador también está interesado en no ser fiador único, ya que, teniendo compañeros, los efectos de la insolvencia del deudor se repartirán entre todos ellos» (3).

(2) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, p. 537.

(3) *Ibid.*

No debe extrañar, en consecuencia, que la cofianza sea una vieja figura presente en los ordenamientos históricos más destacados y que haya acompañado siempre al supuesto de fiador único. Su sentido, aplicaciones y utilidad resultan tan normales y justificables que su presencia se aprecia con facilidad allí donde el grado de desarrollo jurídico permite el juego del mecanismo elemental y básico de la garantía personal, algo que, por lo demás, resulta detectable, como revela nítidamente el caso romano, tan pronto como se alcanzan niveles rudimentarios de tráfico jurídico y de despegue socioeconómico.

Lo que no supone, empero, que la figura de la cofianza presente unos perfiles tan claros y meridianos que haga de ella un mecanismo de fácil caracterización y cómodo tratamiento jurídico. Como al comienzo se advertía, siendo ya de por sí compleja la situación a tres bandas en que un nuevo sujeto (el fiador), y en función de garante del débito ajeno, se incorpora al marco delimitado por la relación existente entre acreedor y deudor, el supuesto se enrarece todavía más cuando ese papel resulta asumido por una pluralidad de sujetos. Que un número mayor o menor de personas irrumpa en la esfera de una previa obligación principal con el propósito de asegurar su realización, es algo lo suficiente complejo desde el estricto ángulo jurídico como para dar lugar a un nuevo *status inris* que ahonda los problemas y genera aspectos oscuros y controvertidos.

GUILARTE ZAPATERO señala en esta dirección que la existencia de varios fiadores garantizando a un mismo deudor y por una misma deuda, determina una mayor complejidad en la situación que de la fianza, como garantía personal de la obligación ajena, surge, ya que a la problemática de los supuestos normales, entendiendo por tales aquellos en que sólo existe un fiador, se suman las cuestiones propias nacidas del vínculo entre cofiadores y de la especial relación entre éstos y el acreedor (4). Y así es ciertamente, porque la básica relación entre acreedor y fiador se expande y diversifica al multiplicarse el número de garantes personales, y, como es natural, surge, como auténtica novedad exclusiva, el supuesto de los lazos e influjos recíprocos que genera el hecho de que en lugar de ser uno sean varios los sujetos contemplados como fiadores.

Este doble juego de relaciones es susceptible de diversificarse casi *ad infinitum* si se consideran las distintas situaciones en que cabe contemplar normativamente o por pacto la relación acreedor-fiadores y la relación fiador-fiador. Sin propósito de entrar ahora en una materia que será explicitada al detalle cuando llegue el momento, basta considerar como anticipo del amplio mapa que se dibuja desde el extremo en que, cual ocurre en el Derecho

(4) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho privado*, 1975, p. 891.

italiano vigente, el fiador está obligado solidariamente con el deudor principal (art. 1.944 del *Codice civile*) y los varios fiadores quedan vinculados por la deuda entera (art. 1.946), hasta el otro extremo en que el fiador no puede ser obligado a pagar sin previa excusión de los bienes del deudor (art. 1.830 del Código Civil español) y los diversos fiadores obtienen que «la obligación a responder de ella (la deuda garantizada) se divide entre todos» (art. 1.837).

Y ello sin plantearnos tampoco en este lugar el juego entre los cofiadores de ese especial mecanismo, tan íntimamente ligado a la naturaleza y vicisitudes de la cofianza, que es el beneficio de división, ya que en unas ocasiones el mismo sólo operará cuando expresamente haya sido pactado, mientras en otras para que pueda quedar sin operatividad lo que habrá que pactar será precisamente su exclusión. Variada gama de situaciones que nos revela sin mayores profundizaciones la complejidad y riqueza de la figura en estudio y nos advierte, aunque sea en esquema, las dificultades que encontraremos a la hora de adentrarse en sus recovecos.

Según parece, aunque subsisten amplias zonas nebulosas y el apoyo de las fuentes resulta corto e inseguro, la garantía personal despuntó en Roma a través de dos figuras, la *vadiatura* y la *praediatura*, que, sin embargo, parece tuvieron poca o ninguna aplicación en la esfera que nos ocupa de aseguramiento de relaciones obligatorias sustantivas entre particulares.

En efecto, el único empleo seguro que se conoce del contrato verbal de *vadiatura* (posiblemente se concertaría mediante el juego de las fórmulas orales *¿vas es?* y *vas sum*) es el referente al aseguramiento o garantía de los deberes procesales de una persona y, en concreto, el de comparecencia en juicio del demandado. El particular sistema procesal romano y el carácter marcadamente convencional que presentaba la presencia en juicio del querellado, llevaban a asegurar mediante un tercero las resultas negativas que supondría para el demandante la negativa de aquél a personarse en el litigio contra él iniciado.

La figura de la caución procesal todavía subsiste en el Derecho clásico bajo el nombre de *vadimonium*, pero con la variante de que ahora la promesa de comparecer en juicio la formula el propio demandado mediante *stipulatio* y con la intervención de *sponsores*. Finalmente, en el Derecho justinianeo el *vadimonium* es reemplazado, a su vez, por la *cantio iudicio sisti*.

También los *praedes* son garantes procesales, interviniendo concretamente en el procedimiento de la *legis actio sacramenti* (para garantizar el cumplimiento de la apuesta convenida por aquella de las partes que vea desestimada su pretensión) y en aseguramiento de la entrega del bien y de sus frutos por parte del poseedor interino de la cosa litigiosa, caso de perder el proceso (*praedes litis y vindiciarum*).

Pero la principal aplicación de la *praediatura* tiene lugar en las esferas tributaria y de obras públicas. Los adjudicatarios de la recaudación de tributos y de realización de trabajos públicos debían asegurar mediante *praedes* el

cumplimiento de los compromisos asumidos, con el señalamiento de que, por la peculiar conformación de la *obligatio* romano antigua, el *obligatus* no era el adjudicatario sino el *praes*, a no ser que, como ocurre ya en la época republicana, dicho adjudicatario se haya hecho *praes* de sí mismo (5).

Según escribe ARANGIO-RUIZ, faltando el adjudicatario (*manceps*) a su promesa, el procedimiento ejecutivo se dirigía no contra él sino contra los *praedes*. Aunque de dicho procedimiento no se tiene noticia cierta, se sabe que las reglas eran algo distintas según que los garantes hubiesen gravado fundos (*subsignatio praediorum*) o se hubiesen pignorado personalmente, y se sabe también que en ambos casos el procedimiento tenía dos fases, respectivamente designadas con los nombres de *venditio ex lege praediatrica* y *venditio in vacuum* (6).

Sin embargo, pese a estos problemáticos antecedentes, la genuina garantía personal romana (la reina de las garantías en un sistema jurídico basado en la *fides*) se constituye mediante estipulación accesoria (*adpromissio*) y asume tres manifestaciones que coexisten en el Derecho republicano clásico: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. En el Derecho justiniano, la última de las tres, la *fideiussio*, que, en opinión de SCHULZ, fue creada por la jurisprudencia en el período tardío de la República o en los inicios del Principado, probablemente por SERVIO SULPICIO O por LABEON (7), ha absorbido ya a las dos primeras y no subsiste, por tanto, más que una forma *adpromissoria*.

Aunque más antigua la *sponsio* (negocio de origen religioso para garantizar deudas ajenas y abierto tan sólo a los ciudadanos romanos) que la *fidepromissio* (asequible a los peregrinos), lo cierto es que los efectos de una y otra forma de garantía verbal eran prácticamente los mismos; en cambio, el régimen jurídico de ambas y el de la *fideiussio* presentan sensibles diferencias, aunque, como es natural, aquí nos vamos a limitar a señalar las que hacen referencia al estricto supuesto de la pluralidad de fiadores.

En relación a *sponsores* y *fidepromissores*, la *lex Appuleia* estableció que de ser varios debían considerarse como formando parte de una sociedad y dotados, en consecuencia, de un recíproco derecho de regreso que permitía a aquél que hubiese satisfecho la totalidad de la deuda garantizada dirigirse mediante la *actio pro socio* contra los demás garantes, exigiéndoles el reembolso de la parte que les correspondiera sufragar. Oigamos a GAYO: «A más de lo dicho, la *lex Appuleia* creó cierta manera de sociedad entre los *sponsores* y *fidepromissores*. Por virtud de dicha ley si quien debe sólo ciento, por

(5) Como dirá el gramático Festo en su obra *De verborum significatione*, «qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo quod promisit quam is qui pro eo praes factum est».

(6) ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, Buenos Aires, 1952, p. 360.

(7) SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, p. 477.

ejemplo, paga doscientos, librando así a sus compañeros, tendrá derecho para dirigirse contra ellos y reclamar los ciento» (8).

A su vez, según la *lex Furia*, caso de ser varios los fiadores, se dispuso que no podrían ser demandados sino por cuotas civiles, sin que influya en nada la circunstancia de que alguno de los mismos resulte insolvente en el momento de la reclamación, ya que como recoge GAYO, «la obligación se divide entre ellos en tantas partes iguales cuanto sea su número al tiempo que pueda exigirse la deuda, y son demandados cada uno en una parte civil..., y si alguno entre los *sponsores* y *fidepromissores* no fuese solvente, su carga no corresponde a los demás» (9).

La *lex Furia* sólo regía en Italia, por lo que en las provincias se aplicaba en su totalidad la *lex Appuleia*. La diferencia más importante entre ambas leyes es, como resalta ORTIZ MÁRQUEZ, que según la primera la deuda se dividía entre los fiadores por partes iguales, mientras que a tenor de la segunda la división se hacía en proporción a las cuotas, tal como imponía el supuesto contrato de sociedad previsto entre ellos (10).

La *lex Cicereia* ordenó que aquel cuya deuda es respaldada por *sponsores* y *fidepromissores* declare públicamente de qué deuda se trata y cuántos son los garantes, pudiendo éstos pedir investigación judicial y obtener su liberación si transcurren treinta días sin haberse cumplido dicho mandato (11). Finalmente, otra ley de fecha desconocida (la *lex Publilia*) dispuso que los garantes personales que no hubiesen obtenido del deudor principal el reembolso del pago por ellos efectuado en el plazo de seis meses, podían ejercer contra el mismo la *manus iniectio pro iudicato* para reclamarle el doble de lo pagado. En el Derecho clásico, la *manus iniectio* es sustituida por la *actio mandati contraria*, pero los *sponsores* y *fidepromissores* que pagaron mantienen el privilegio de poder reclamar del deudor el doble, acción especial que, como dice GAYO, se llama acción de lo pagado (*actio depensi*) (12).

A fines del siglo I a. de C, quizá por influencia de Labeon, surge una nueva forma de fianza verbal, formalmente menos rigurosa y de consecuencias más favorables, que acabará por desplazar a las dos anteriores: la *fideiussio* (el acreedor preguntaba: *in fide tua es se iubes?*, a lo que el garante contestaba: *fide mea esse iubeo*) (13).

En el Derecho clásico deudor principal y *fideiussor* eran deudores solidarios, circunstancia que determinaba, a su vez, que la responsabilidad del úl-

(8) GAYO, 3, 122.

(9) GAYO, 3, 121.

(10) ORTIZ MÁRQUEZ, *Comentarios a las Instituciones de Gayo*, Bogotá, 1968, pp. 382-383.

(11) GAYO, 3, 123.

(12) GAYO, 3, 127.

(13) GAYO, 3, 115 y 116.

timo no fuese subsidiaria sino principal o primaria. Justiniano, después de haber abolido el efecto extintivo de la *litis contestatio* (C.8, 40, 28), concede al fiador el *beneficium excussionis*, en cuya virtud cuando fuere demandado podía aplazar la pretensión del acreedor mientras éste no hubiese agotado previamente las posibilidades de cobro frente al deudor.

Por lo que hace al punto que nos ocupa, caso de ser varios los *fideiussores*, en un principio, quedaban vinculados solidariamente entre sí al cumplimiento de la obligación garantizada, circunstancia que, amén de tornar difícil para los deudores encontrar personas que estuviesen dispuestas a salir garantes, era susceptible de generar fraudes e injusticias. El Derecho imperial aborda esta situación y mediante una *epistula Divi Hadriani* se otorga a los *fideiussores* el *beneficium divisionis*, que permitía a aquel de los mismos que hubiese sido demandado por la totalidad de la deuda reclamar del acreedor que dividiese el importe de su pretensión entre los distintos cofiadores presentes y solventes en el momento de la *litis contestatio*, ya que, como dirá GAYO, «hoy, en virtud de una epístola del divino Adriano, se puede compeler al acreedor a pedir a cada uno, siempre que sean solventes, su parte correspondiente (14).

La diferencia de este régimen con el instaurado en relación a *sponsores* y *fidepromissores* por la *lex Furia* es claro, pues mientras ésta producía la división de pleno derecho entre los diversos garantes de la deuda asegurada, el *beneficium divisionis* había de ser opuesto por el fiador demandado si quería obtener su tuición, de manera tal que si por no haberlo invocado en tiempo y forma era condenado a pagar la totalidad de la deuda, no podía invocar la *condictio indebiti* para obtener la repetición de lo que hubiese pagado en exceso. Circunstancia que determina que mientras en el caso de *sponsores* y *fidepromissores* la vinculación había pasado de solidaria a parciaria, en el caso de los *fideiussores*, los mismos continuaban vinculados de manera solidaria, pero podían evitar sus rigurosos efectos acogiéndose al juego del beneficio de división.

Por otra parte, mientras por la *lex Furia* la obligación asegurada se dividía entre *sponsores* y *fidepromissores* en tantas partes iguales cuanto fuera el número de ellos al tiempo de su reclamación, el *beneficium divisionis* de Adriano divide el débito garantizado tan sólo entre aquellos *fideiussores* que fuesen solventes en el momento de la *litis contestatio*, por lo que la cuota de cada uno de ellos resultará incrementada por el reparto de la que correspondiese al fiador insolvente: «En esto se separa esta epístola de la ley Furia, porque si alguno entre los *sponsores* y *fidepromissores* no fuese solvente, su carga no corresponde a los demás; entre los *fideius-*

(14) GAYO, 3, 121.

sores, incluso si uno solo fuese solvente, le corresponde también a éste la carga de los demás» (15).

En el Derecho justiniano, según se ha dicho, se refunden las distintas formas de garantía personal en la *fideiussio*, por lo que el régimen de responsabilidad solidaria propio de ésta retorna a ser la pauta en todo supuesto de pluralidad de fiadores, pero suavizado porque se mantiene el juego del beneficio de división en los términos de su formulación primigenia. En tal sentido, Justiniano dispone en sus Instituciones: «Si hay varios fiadores todos se obligan por el todo; por consiguiente, puede libremente el acreedor proceder contra el que quiera, por el todo. Pero según una epístola del divino Adriano, el acreedor está obligado a dividir su acción entre todos aquellos que pueden pagar en el tiempo de la *litis contestatio*; de manera que si uno de ellos se halla insolvente en dicho tiempo, grava a los demás en la parte correspondiente. Pero si el acreedor ha obtenido el todo de uno de los fiadores, éste, en caso de insolvencia del deudor principal, sufrirá solo el perjuicio; y debe imputárselo a sí mismo, pues habría podido recurrir a la epístola del divino Adriano y pedir que la acción sólo se diese contra él por su parte» (16).

Aunque el fiador que pagase podía contar para el reembolso del deudor principal con la *actio mandati contraria*, la *actio negotiorum gestorum contraria* o la *actio pro socio*, si demostraba haber pagado de acuerdo a las reglas que norman tales figuras y habiendo observado la diligencia exigible en cada caso (17), siempre corría el riesgo de no obtener el reintegro debido a la insolvencia del deudor, por lo que se hizo corriente la práctica de que, caso de ser varios los fiadores, el que pagase obtuviera del acreedor las acciones que el mismo ostentaba contra los restantes fiadores: «Es costumbre, tratándose de obligaciones garantizadas por varios fiadores, que el acreedor al recibir el pago de uno de ellos ceda al mismo los títulos y acciones que posee contra los demás (18).

Tal recurso, que recibió el nombre de *beneficium cedendarum actionum*, fue ampliado en el sentido de que el fiador que fuese demandado por el acreedor podía obtener de éste la cesión de las acciones que le correspondieran contra el deudor principal y los cofiadores, y es más, semejante cesión fue configurada como forzosa por la jurisprudencia imperial, ya que se consideró que cometía dolo el acreedor que se negaba a transferir dichas acciones que, en realidad, ya no necesitaba: para justificar la subsistencia de tales acciones no obstante el pago realizado por uno de los fiadores, los juristas recurrieron

(15) D. 46, 1, 10 y 26; GAYO, 3; 121.

(16) Inst. 3, 20, 4.

(17) D. 17, 1, 21, 22 y 29.

(18) D. 46, 1, 17, 36.

a la ficción de considerar que semejante pago era el precio de una compra que de las referidas acciones hacía el fiador que pagaba.

Justiniano aseguró de manera general el derecho de regreso del fiador que pagó, al establecer que el mismo disponía en todo caso de la *actio mandati contraria* contra el deudor principal (19), acción que le correspondía incluso cuando omitió sin dolo una excepción o cuando pagó ignorando que la deuda había dejado de existir (20).

La formulación romana de la fianza plural no habría de conocer alteraciones de importancia durante el Derecho intermedio. Glosadores y comentaristas aceptan quietamente el régimen justiniano, y a lo máximo que llegan es, al objeto de aumentar la protección de los fiadores solventes, a dotar a los mismos de una acción singular, la *provocatio ex lege si contendat*, que les permitía instar del acreedor que actuase contra aquel de los cofiadores que maniobraba para resultar insolvente (21).

Tampoco POTHIER, como antes DOMAT, formulará nada en contra, limitándose a señalar que, a diferencia de lo que ocurre con los varios deudores principales, que no están obligados sino *pro parte* si la solidaridad no ha sido expresada, los varios fiadores de un deudor principal por la misma deuda se reputan como habiéndose obligado cada uno de ellos por toda la deuda (*si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur*), en razón de que es de la naturaleza de la fianza obligarse a todo lo que se obliga el deudor principal, y, en consecuencia, cada fiador se reputa como habiendo contraído dicho compromiso, a menos que declare expresamente que él no se obliga más que por parte, tal como aduce Vinnio. Sin perjuicio de que, a tenor de la excepción de división que introdujo el emperador Adriano, el fiador al que el acreedor le reclame toda la deuda pueda exigirle que proceda a dividir y partir su reclamación entre él y sus cofiadores, cuando sean solventes, y, en consecuencia, que sea recibido a pagar a aquél su parte, dejando a salvo, como es obvio, el derecho del acreedor a acudir por el resto contra los otros. Ese derecho, dice POTHIER, ha sido adoptado por la práctica francesa (22).

(19) Inst. 3, 20, 6.

(20) D. 17, 1, 29; CRISTÓBAL MONTES, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pp. 708 y ss.

(21) TALAMANCA, «Fideiussione», en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milán, 1968, p. 342. La *provocatio ex lege si contendat* fue ideada por la Glosa ordinaria en relación a D. 46, 1, 28, y sólo por la doctrina alemana del siglo XVII fue extendida a la insolvencia del deudor principal, para asegurar la actuación práctica del *beneficium excussionis*.

(22) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1978, pp. 268-269.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACTUAL FÓRMULA ESPAÑOLA

El comportamiento de la normativa histórica española en relación al punto que nos ocupa no fue, precisamente, rectilíneo, a pesar de que se parte, aparentemente al menos, de la aceptación del régimen justiniano. En la ley 8 del título 12 de la Partida 5 se advierte que si son varios los fiadores y «obligándose cada uno de ellos en todo de dar» (*in solidum*), cada uno de ellos será tenido a cumplir la totalidad de la deuda principal, pero si los mismos «non se obligasen cada uno por todo, mas dixessen simplemente somos fiadores por fulan de dar o de facer tal cosa» (fiadores simples), entonces no puede el acreedor demandar a uno solo más de «quanto le cupiere de su parte», debiendo responder los presentes por los ausentes (P. 5, 12, 10) y los solventes por los insolventes.

A pesar de que los términos no sean excesivamente claros y enfáticos, la doctrina española ha solido entender que en este precepto se recogía en el Derecho hispano la formulación romana de que los varios fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, si bien quedaban comprometidos al pago de la totalidad del débito, podían, si querían, evitar tal circunstancia acogiéndose al beneficio de división, que obligaba al acreedor a tener que repartir el monto asegurado entre todos los fiadores solventes. Y digo que semejante conclusión no es del todo segura porque del texto de las Partidas reseñado no se deriva con toda nitidez que la división sólo opere cuando se acoja a ella el fiador demandado por el todo, sino que más bien parece plasmar la tesis de que si se trata de fiadores simples, esto es, de aquellos que no se hayan obligado expresamente por el todo, no puede el acreedor reclamar el monto total aunque pueda ver frustrado semejante propósito de acogerse el demandado al *beneficium divisionis*, sino que ya de entrada ha de limitar su demanda a la parte de deuda que garantice el cofiador demandado, algo que, con toda evidencia, no es el régimen romano de la cofianza, ya que en el mismo sí cabía la posibilidad de reclamación íntegra por parte del acreedor.

En cambio, otra había sido la contemplación de la materia en el Fuero Real, pues en el mismo aunque se distingue también entre fiadores *pro toto* y fiadores *pro parte*, semejante distinción, a diferencia de lo que ocurre en el Código alfonso, resulta irrelevante, ya que el acreedor puede reclamar la totalidad del crédito, bien al conjunto de los garantes, bien a uno solo de ellos, y en este último supuesto sin reparar se trate de fiador solidario o de fiador simple: «Quando alguno tomare dos fiadores, o más por alguna cosa, quien diga cada uno por todo, quien no, en su voluntad sea de demandar a todos de consuno, o a cualquiera de ellos» (F.R. 3, 18, 4). Claro que parece evidente que en uno y otro supuesto el fiador demandado podía acogerse al *beneficium divisionis*.

Con la Nueva Recopilación (libro 5, título 4, ley 1) se produce otra inflexión en el poco claro y cambiante rumbo de la regulación de la cofianza en nuestro Derecho histórico, pues según entendieron de manera pacífica y general sus comentaristas, si los fiadores se habían obligado solidariamente, el acreedor no sólo podía reclamar de cualquiera de ellos, producido el impago del débito, la totalidad de éste, sino que, además, el fiador demandado no podía acogerse al *beneficium divisionis*; en cambio, de haberse obligado los mismos de manera simple, ni siquiera hacía falta recurrir al auxilio de este recurso benéfico, ya que al establecer directamente la ley que cada uno de ellos sólo quedaba obligado *pro quota*, el acreedor no podía reclamar de uno determinado más que la parte que le correspondiese (23).

Aquí ya no es posible, a diferencia de lo que ocurre con los anteriores textos históricos, considerar que se sigue acogiendo el régimen del Derecho romano justiniano, pues la ruptura es básica y afecta a distintas facetas de la figura de la fianza plural. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el sistema romano, que no distingue entre fiadores solidarios y fiadores mancomunados (no existe más que la vinculación *in solidum* del garante) y a todos otorga la posibilidad de cobijarse bajo el manto protector del beneficio de división, en el sistema previsto en la Nueva Recopilación, primero, debe diferenciarse entre fiadores solidarios y fiadores simples, algo de lo que ya existía precedentes en el Fuero Real y en la Partidas, y segundo, si se trata de la primera categoría de garantes no cabe el recurso al mecanismo divisorio porque el mismo parece reñido con la esencia de la vinculación solidaria, y si se trata de la segunda especie de aseguradores personales resulta innecesario acudir al mismo, ya que, *ex definitione*, el débito garantizado se halla dividido entre los diversos fiadores, y el acreedor no puede reclamar a cualquiera de ellos más que la porción que le esté asignada. «Y en tan gran polvareda perdimos a D. Gonzalo», pues ciertamente el *beneficium divisionis* se nos esfuma, de uno u otro modo, en la hipótesis de pluralidad de fiadores.

El camino abierto por la Nueva Recopilación va a continuar con mayor amplitud, si cabe, en la Novísima, ya que a tenor de la ley 10 del título 1 del libro 10 se dispuso lo siguiente: «Establecemos que si dos personas se obligasen simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dixere que cada uno sea obligado *in solidum*, o entre si en otra manera fuere convenido e igualado; y esto no embargante qualesquiera leyes de Derecho Común que contra esto hablan: y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los por venir».

(23) GUTIÉRREZ, *Estudios sobre el Derecho Civil español*, V, Madrid, 1871, p. 54.

Aquí, la rectificación del Derecho romano justiniano es todavía más severa y ni siquiera cabe alegar desconocimiento o ignorancia respecto al régimen anterior que, aunque poco claro y con algunos puntos de dudosa ortodoxia romana, había permitido sin mayor problema el juego del *beneficium divisionis*, pues el legislador reconoce expresamente que otra era la situación en algunas leyes del Derecho común. Con lo cual queda claro que existe la voluntad de derogar cualquier disposición legal anterior que permitiese al fiador demandado por el todo (caso de ser solidario) acogerse al recurso divisorio.

El propósito es tan nítido y determinante que lleva a los autores de la Novísima Recopilación, contra lo que es paradigma en Derecho privado de respeto a los derechos adquiridos, a sancionar la eficacia retroactiva de la disposición que establecen, contemplando que la nueva normativa sea impuesta lo mismo en los negocios venideros que en los que con antelación se hubiesen concluido. Previsión rigurosa e insólita, pero que revela claramente que el legislador había adoptado la idea con absoluta precisión y estaba dispuesto a llevarla hasta sus últimas consecuencias.

Se observará que la ley décima no habla expresamente de fiadores, aunque pocas dudas puede haber de que extiende también a ellos el régimen que sanciona. En efecto, el título primero del que forma parte se denomina «De los contratos y obligaciones en general», algo que significa que las disposiciones en él incluidas valen para cualquiera relaciones obligatorias, salvo que exista alguna excepción legalmente consagrada, y, por tanto, también para la dimanante del contrato de fianza cuando el mismo haya sido concluido por varios fiadores.

El sistema era sencillo y tajante. Si dos o más personas se han obligado de manera conjunta por cualquiera de los medios que en Derecho sirven para generar vinculación, su afección jurídica es, como diríamos con la terminología hoy en uso, mancomunada, esto es, cada uno de ellos no asume más que una parte del débito. Y ello sin necesidad de que se prevea algo al respecto, pues aunque la ley habla de obligarse «simplemente», es obvio que, en cuanto *status* general y ordinario, semejante situación no hace falta contemplarla expresamente, sino que surge de manera espontánea en todo caso de pluralidad de deudores si no se ha previsto en forma clara un modo de afección jurídica diferente. En cambio, «si en el contrato se dixere que cada uno sea obligado *in solidum*», la relación obligatoria en esos términos conforma da permitirá al acreedor reclamar de cada uno de los deudores la integridad de lo debido, en cuanto todos han quedado vinculados solidariamente.

Este es el régimen obligatorio general, y como *ubi lex non distinguit...*, no cabe pensar en la aplicación de un criterio diferente cuando se trate de deudores que tengan la condición de fiadores, por cuanto al no existir respecto a ellos previsión legal específica que establezca un régimen singular a apli-

caries, deberán jugar las pautas generales, habida cuenta que, aunque deudores accesorios o secundarios, son ante todo y primariamente deudores, a los que deben aplicarse también las prescripciones legales para el caso de pluralidad de obligados.

Al no distinguirse entre pluralidad de deudores común y pluralidad de fiadores, el planteamiento romano de considerar a los garantes personales de la deuda ajena como una categoría especial de obligados a los que, en razón de los intereses en juego, había que dotar de un régimen especial, se viene abajo y pierde toda significación y sentido. La vieja idea romana, más o menos respetada en nuestro Derecho histórico, de que los varios fiadores quedan obligados de manera solidaria, en cuanto, como dirá POTHIER, se entiende que cada uno de ellos ha asumido el pago de toda la deuda, pero que, al mismo tiempo, queda abierto a los mismos el recurso facultativo de evitar semejante gravosa consecuencia acogiéndose, ante la reclamación íntegra del acreedor, a la facilidad del *beneficium divisionis*, se había difuminado por completo en nuestro ordenamiento civil.

Como ahora la vinculación solidaria de los fiadores no surgía de la sustancia, y función mismas de la fianza plural, sino que hacía falta prestarla expresamente, igual que ocurre en la generalidad de las obligaciones plurales, no quedaba sitio para el juego cómodo del beneficio de división, pues aun dejando aparte la nunca fácil acomodación entre las ideas de solidaridad y divisibilidad, según en su momento tendremos ocasión de exponer, la exigencia de que los fiadores se pronunciasen sobre su afección *in solidum* tornaba particularmente difícil la justificación de que en el momento ulterior de la reclamación *in totum* pretendiesen acogerse al mecanismo divisorio.

Y es que ciertamente no deja de resultar un tanto paradójico que se exija para que el acreedor pueda reclamar a uno de los varios fiadores la totalidad del débito garantizado que el mismo se haya comprometido de manera expresa a la vinculación solidaria, y luego cuando el acreedor pretenda extraer la consecuencia normal de semejante estado de cosas se pueda ver sorprendido con la actitud de que aquel fiador solidario esgrime ahora un insólito e inexplicable *beneficium divisionis*. En cambio, cual ocurría en el Derecho romano, si el carácter solidario de la afección de los varios fiadores brota de la sustancia misma de la fianza, por mor, como argumenta POTHIER, de que «es de la naturaleza de la caución el obligarse a todo lo que se obliga el deudor principal» (24), resulta de más fácil comprensión que todavía quepa a los mismos recurrir al reclamo de la división cuando el acreedor les demande singularizadamente la totalidad de lo adeudado.

De la misma manera, si por no haber expresado la voluntad de quedar afectados *in solidum* los varios fiadores resultan sometidos al régimen general

(24) POTHIER, *Tratado...*, op. cit., p. 269.

de mancomunidad, se explica también que a la hora de contemplar la reclamación del acreedor se pueda prescindir sin mayores problemas del instituto divisorio, porque la repartición del débito asegurado viene ya establecido por la ley misma y no existe necesidad de que el fiador se acoja al beneficio cuando el acreedor no puede demandarle más que por la parte que le corresponda. Con lo que también ahora, aunque de manera todavía más meridiana y tajante, el *beneficium divisionis* había desaparecido en el Derecho español en la esfera de las obligaciones garantizadas por una pluralidad de fiadores.

El multisecular *beneficium divisionis* desaparecía del Derecho civil español, en cuanto ya no existía razón alguna para su ejercicio, pues, como bien dice GUILARTE ZAPATERO, si los cofiadores se obligaban solidariamente, tal circunstancia impedía su invocación, y si lo hacían simplemente, el beneficio resultaba innecesario, por estar excluidos de cualquier responsabilidad que pudiera resultar de ausencia o insolvencia de los restantes cofiadores (25). En su lugar se retornaba al régimen general de las obligaciones pluripersonales sin matización ni singularidad alguna: si nada se decía, los fiadores quedaban vinculados mancomunadamente; si se plasmaba de manera expresa, resultaban afectados solidariamente, sin que pudiesen dulcificar semejante consecuencia mediante el juego de instrumento divisorio alguno.

Con lo cual el cuadro final resultaba borroso y escasamente conveniente. En efecto, si cuando los fiadores se han vinculado de manera expresa *in solidum* no pueden acudir en forma alguna a que el acreedor reparta entre ellos el monto de la reclamación, se frustran aquellas ventajas que están en la base del histórico *beneficium divisionis*: hacer más fácil a los deudores la búsqueda de personas que estén dispuestas a asumir la condición de fiadoras e intentar evitar algunos de los fraudes, conciertos dolosos e injusticias que la práctica demuestra se cometen cuando en virtud de la afección solidaria de los garantes personales el acreedor puede reclamar a cualquiera de ellos la totalidad de la deuda.

Como otros tantos recursos jurídicos romanos, la facultad concedida a los varios fiadores de una misma deuda de poder impetrar que el acreedor proceda a distribuir entre ellos el crédito garantizado no es un recurso ocioso o frívolo, sino que responde al profundo conocimiento de las cosas y de la naturaleza humana, porque éstas nos muestran que a veces queriendo proteger al acreedor mediante el juego de unos mecanismos jurídicos rigurosos (en nuestro caso, la estricta e inexcusable solidaridad) se puede producir el efecto contrario de generar un estado de cosas que torne problemática, más difícil o conflictiva esa misma seguridad buscada.

(25) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, xxiii, Madrid, 1979, pp. 183-184.

¿Qué es preferible para el acreedor, poder reclamar a cada uno de los fiadores el débito total garantizado o tener que dividir su reclamación caso de que se haga valer el beneficio de división? Así formulada la pregunta y sobre el papel parece que la respuesta es clara y mecánica: será preferible la primera solución, en cuanto le brinda una posibilidad de actuación que no aparece recogida en la segunda.

Y, sin embargo, aun prescindiendo de que también debe contemplarse la conveniencia de los fiadores y de que el *favor fideiussoris* siempre ha estado presente, por muy sólidas y convenientes razones, en la historia milenaria del instituto de la fianza, lo cierto es que en el orden jurídico como en tantos otros órdenes vitales en ocasiones «lo mejor es enemigo de lo bueno» porque *in casu concreto* dotando al acreedor de una tutela excesiva y exacerbando sus prerrogativas frente a los fiadores, no sólo se desanima a éstos, sino que se puede acabar generando una situación contraria a los intereses de aquél, en cuanto la caución personal quedaría desprovista de la flexibilidad, operatividad y capacidad de adecuación que le han sido tradicionales y han justificado, en buena medida, su amplio empleo y resultados positivos.

Por otro lado, contemplar que si los fiadores no han hecho expresa mención de querer vincularse *in solidum* quedan afectados mancomunadamente y, por ende, no hace falta ni es posible el recurso al beneficio de división, tampoco es la mejor de las soluciones y, desde luego, plantea muy serias interrogantes de cara al adecuado funcionamiento y a la consecución de los fines ordinarios del instituto de la fianza.

Porque, en efecto, ¿qué es lo que busca un acreedor cuando reclama la garantía de su crédito mediante la presencia del fiador y, en particular, a través del compromiso de una pluralidad de fiadores? La respuesta es obvia: hacer más fácil y segura la realización de su crédito. Ahora bien, ¿se consigue semejante objetivo cuando ante la diversidad de fiadores se ve compelido *ipso iure*, caso de impago del débito, a repartir su reclamación en tantas partes cuantos sean los garantes, o resulta más adecuadamente tutelado cuando se le permite reclamar a cada uno la totalidad, por más que el demandado pueda solicitar y obtener el fraccionamiento del *petitum*? También aquí la contestación resulta clara.

Ya hace años que Campogrande, en relación a la normativa del Código Civil italiano de 1.865, argumentaba que establecer el principio de la división del débito entre los cofiadores, aunque pueda ser lógico, no es justo, porque si al reclamar varios fiadores el acreedor ha demostrado que quiere aumentar la garantía de su crédito, parece adecuado que los diversos garantes de una misma persona y de un mismo débito deban reputarse solidarios de pleno derecho. En otro caso, el acreedor no recibiría una verdadera ventaja de la pluralidad de fiadores, sino, al contrario, podría sufrir un daño, en cuanto debería limitarse a reclamar de cada uno de los garantes su parte correspon-

diente, mientras que si sólo existiera un único fiador, podría demandarle el pago del débito entero (26).

Argumentando en esta misma línea, en nuestros días DELGADO ECHEVERRÍA considera que configurar las obligaciones de los cofiadores como mancomunadas no es coherente con la finalidad de reforzamiento de la garantía que el acreedor persigue con la pluralidad de fiadores, ya que, además de no poder exigir a cada uno de ellos sino una parte de la deuda garantizada, con las molestias y gastos que ello conlleva, se encontrará con que la insolvencia de uno de los fiadores recae sobre él, aun cuando todos los demás fiadores fueran solventes. Es decir, mientras que siendo solvente el único fiador cobraría de él íntegramente el acreedor, la presencia junto al solvente de otros fiadores puede perjudicarlo, ya que la parte del insolvente no habrán de cubrirlos los demás. Por lo que, concluye Delgado, es difícil encontrar, de hecho, casos en que así se pacte, o en que la ley lo imponga en los diversos ordenamientos vigentes o históricos (27).

Sólidas y convincentes razones unas y otras, aunque extrañe la afirmación del último de los civilistas citados relativa a que resulta difícil encontrar ordenamientos vigentes o históricos en los que se establezca la vinculación mancomunada de los diversos fiadores, habida cuenta que precisamente la reflexión se está planteando en relación a lo que en España supuso al respecto la normativa de la Novísima Recopilación (sancionadora de ese régimen), y de que, unas líneas más abajo, el mismo autor recuerda que el texto de ese Cuerpo legal que imponía la división de la deuda salvo que se hubiera pactado la solidaridad (Noví. R. 10, 1, 10), por más que los autores más cuidadosos entendían no referido a los cofiadores, acabó aplicándose como norma general en todos los casos, de manera tal que en vísperas de la Codificación era opinión común en los manuales que los cofiadores, lo mismo que los deudores, respondían sólo por su parte, salvo pacto *in solidum* (28).

Porque, en efecto, querer compaginar la función de la fianza plural y el juego de la mancomunidad es empresa harto difícil. Si el acreedor al reclamar la pluralidad de fiadores busca, como no podría ser de otra manera, la mayor seguridad de su derecho, al sancionarse que, salvo pacto en contrario, aquéllos quedan vinculados de manera mancomunada al cumplimiento de la obligación garantizada, puede resultar el auténtico contrasentido de que en numerosas oportunidades el acreedor en cuestión se vea peor tratado cuando concurren varios garantes que cuando se dé un único fiador. El contrasentido, la paradoja en tales casos es tan patente y llamativa que debe forzar la re-

(26) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Milán, 1902, pp. 413-414.

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

(28) *Ibid.*

flexión sobre la inconveniencia de que en régimen de cofiadores se aplique de manera mecánica el sistema general de vinculación mancomunada automática, cuando exista diversidad de deudores en aquellos ordenamientos, como el nuestro, que sancionan una regla principista de este tenor (arts. 1.137 y 1.138, C.C.) (29), por más que en los mismos, todo debe decirse bien chocante y lleve a interpretaciones un tanto forzadas establecer la vinculación solidaria *ope legis* de los cofiadores cuando, precisamente, rige el principio contrario de la afección mancomunada.

3. EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851

La solución de la Novísima Recopilación, aunque en apariencia acorde con las pautas generales sobre obligaciones plurales, era una muy discutible solución, creaba más problemas que los que resolvía e introducía a la cofianza en una dinámica que podía esterilizarla o, al menos, restarle buena parte de su virtualidad y sentido. Como hizo notar MANRESA, resultaba que con dicha normativa se contrariaba el objeto principal de la fianza, que es asegurar la efectividad de toda deuda garantizada cuando el fiador no ha hecho salvedad alguna en su compromiso; por lo que se imponía armonizar las disposiciones legales (30). GARCÍA GOYENA se impuso esta tarea.

Parte de la idea de que la solidaridad (mancomunidad en su especial terminología) hace falta pactarla, y que esto mismo se hallaba dispuesto en la ley recopilada 10, título 1, libro 10, lo que dio lugar a la discordia de los autores sobre si por ella estaba corregida la ley 8, título 12, Partida 5, que, a imitación del Derecho romano, establecía la solidaridad *ipso iure* y sin necesidad de pacto especial entre los fiadores, ya que en opinión de los que están por la corrección, el beneficio de división es innecesario cuando no hubo solidaridad expresa, y no puede admitirse cuando la hubo.

Aunque reconoce que en el Derecho romano se hallaba establecido por la Novela 99 lo mismo que estableció la ley recopilada y establece el artículo 1.202 del Código Civil francés, igual al artículo 1.058 del Proyecto (la solidaridad no se presume), GARCÍA GOYENA aduce que en todos esos ordenamientos ha sido admitida la solidaridad de los fiadores, «y nosotros la seguimos porque está en la naturaleza de la fianza el sujetarse a todo, lo mismo que el deudor principal, si otra cosa no se expresa» (31).

(29) CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, 1985, pp. 13 y ss. También, *La estructura...*, op. cit., pp. 215 y ss.

(30) MANRESA, *Comentario al Código Civil español*, XII (quinta edición, revisada por RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE), Madrid, 1951, p. 287.

(31) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, p. 910.

En el antiguo Derecho francés no existía el beneficio de división, sino que regía el viejo principio de que cuando varios fiadores se han vinculado con el acreedor por el mismo débito, éste tiene el derecho de actuar por entero contra cualquiera de ellos. La lenta penetración del Derecho romano opera en una doble dirección, primero estableciendo que si bien todos los fiadores quedaban obligados por entero, era posible suprimir semejante responsabilidad global mediante expresa convención en contrario, y luego reconociendo la máxima de que todo cofiador es responsable sólo por su parte, pero se permite pactar que cada uno resulte obligado por entero (*Brach y logus iuris civilis*).

En un ulterior momento, con clara influencia romana, se reconoce el principio de que si varios fiadores habían garantizado el mismo débito, aquél que fuera demandado por la totalidad gozaba del beneficio de división, pero si pagaba la deuda, no contaba con derecho de regreso alguno frente a los otros fiadores, aunque si se le facultaba para reclamar su comparecencia en juicio al objeto de intentar concluir con ellos, en vía amigable, un acuerdo sobre la repartición del débito. Por lo que, aunque la introducción del beneficio de división había disminuido el perjuicio de los fiadores, hasta finales del siglo XVI el fiador que pagaba el débito por entero y renunciaba al beneficio de división no contaba con la posibilidad de reembolso contra los restantes cofiadores (32).

La penetración romana, pues, en el Derecho histórico francés fue profunda y completa, marginando cualquier peculiaridad autóctona. El propio POTHIER reconocerá que el emperador Adriano había introducido una excepción en el régimen de solidaridad de los cofiadores mediante el beneficio de división que se concedía al fiador a quien el acreedor pidiese toda la deuda, y que semejante derecho había sido aceptado pacífica y ampliamente por la práctica francesa (33).

No debe extrañar, en consecuencia, que el *Code Napoléon* siguiera ese mismo camino. El principio de que parte el codificador francés es el de que existiendo varios fiadores, en razón de la naturaleza misma de la fianza, por cuanto el garante personal se obliga a pagar, por regla, todo lo que debe el deudor principal (34), todos quedan vinculados solidariamente o, como gusta decir la doctrina francesa, «como si fueran deudores solidarios» (35), y, en tal sentido el artículo 2.025 del Código Civil dispone que «cuando varias personas se hayan constituido en fiadoras de un mismo deudor y por una misma deuda, cada una está obligada por toda la deuda.

(32) GLASSON, *Histoire du Droit et des institutions de la France*, VII, París, 1896, pp. 655 y ss.

(33) POTHIER, *Tratado...*, op. cit., p. 269.

(34) CAMPOGRANDE, *Trattato...*, op. cit., p. 414.

(35) PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, II, París, 1926, p. 780.

Se rompe, pues, en la esfera de la fianza plural, la regla general francesa en materia de obligaciones plurales de que «la solidaridad no se presume», sino que hace falta que «esté estipulada expresamente», por lo que sólo cesa «en los casos en que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho, en virtud de una disposición de la ley» (art. 1.202). Este sería, por tanto, uno de esos casos en que por expresa disposición legal los varios deudores de una misma obligación quedan vinculados solidariamente.

Pero no se trata de una excepción pura, sino de una excepción matizada, porque si bien cada uno de los fiadores queda obligado «por toda la deuda» (obsérvese que el codificador omite *ex professo* el uso del término «solidario», para dejar la puerta abierta a la posibilidad de que no se produzcan todos los efectos de la estricta y genuina solidaridad), puede paliarse esta rigurosa consecuencia mediante el juego del clásico *beneficium divisionis*. En tal sentido establece el artículo 2.026 del *Code*: «No obstante, cada una de ellos puede exigir, a menos que haya renunciado al beneficio de división, que el acreedor divida previamente su acción, y la reduzca a la parte y porción de cada fiador. Cuando hubiera insolventes, al tiempo en que alguno de los fiadores haya hecho que se pronuncie la división, ese fiador está obligado proporcionalmente por esas insolvencias; pero no puede averiguarse ya la razón de las insolvencias sobrevenidas luego de la división».

Estas son las fuentes en las que beberá GARCÍA GOYENA. Por su través, retornarán de nuevo a nosotros los planteamientos del Derecho romano justinianeo y reaparecerá el *beneficium divisionis* que había quedado tan desdibujado en el Derecho a la sazón vigente que existían autores que certificaban su defunción, a la manera de MORATO que se expresa en los siguientes términos: «No hay, por tanto, entre nosotros el beneficio de división que habían concedido las leyes romanas, porque habiéndose obligado solidariamente los fiadores es visto que cada uno de ellos ha de pagar el todo si por el todo es reconvenido, y si se obligaron de forma simple, no necesitan pedir como beneficio la división del pago, que es de riguroso derecho. Así que en este supuesto no opondrán la excepción de división, sino la de *plus petitio*, porque el acreedor que pidiera el todo a alguno de ellos en particular pediría más de lo que se le debe» (36).

La reacción de GARCÍA GOYENA contra este estado de cosas será clara y contundente. A tenor del artículo 1.750 de su Proyecto de Código Civil: «Siendo muchos los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno de ellos responde de toda la deuda. Pero el reconvenido para el pago del todo podrá exigir que el acreedor divida su acción entre los fiadores y la reduzca a la parte y porción de cada uno de ellos. El beneficio de división

(36) MORATO, *Derecho Civil español con las correspondencias del Derecho romano*, Valladolid, 1877, p. 385.

contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal».

El párrafo primero del precepto, que transcribe casi literalmente el artículo 2.025 del Código Civil francés, aunque con la incorrección del empleo del término «muchos» que produce la falsa impresión de que la cofianza sólo puede darse cuando los fiadores sean muy numerosos, suponía el retorno al Derecho civil español de la pauta romana *si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenetur* y al criterio sentado por la ley 8 del título 12 de la Partida 5 al establecer la solidaridad *ministerio le gis* entre los varios fiadores. Como se ha señalado anteriormente, GARCÍA GOYENA argumenta que adopta semejante pauta porque «está en la naturaleza de la fianza el sujetarse a todo, lo mismo que el deudor principal, si otra cosa no se expresa» (37).

El párrafo segundo del artículo 1.750 del Proyecto se inspira, a su vez, en el párrafo primero del artículo 2.026 del *Code*. Aquel fiador que sea demandado por la totalidad del débito garantizado (de «reconvenido», también inexactamente, habla GARCÍA GOYENA), puede exigir que el acreedor divida la reclamación y la reduzca a la «parte y porción» que le corresponda.

«Que el acreedor divida su acción entre los fiadores» supone, según resalta GARCÍA GOYENA, repristinar el beneficio de división que introdujera el emperador Adriano. En base a la solidaridad *ipso iure* que genera la situación de cofianza, el acreedor puede reclamar de cada uno de los cofiadores la totalidad del débito, pero en este punto surge la inflexión de que el demandado puede también, si tal es su voluntad, paralizar semejante reclamación imponiendo al demandante que limite su petición a la «parte y porción» que a él le esté asignada en el total de la deuda. La solidaridad resulta excepcionada y el *beneficium divisionis* irrumpe de nuevo en un campo en el que, al menos desde una estricta consideración dogmática, no parece tener mayor justificación.

Porque, ciertamente, no deja de ser un tanto chocante que la vinculación solidaria de los fiadores que se predica pueda quedar sin efectos a voluntad de aquellos que deberían soportarla, algo que supondrá en una mayoría determinante de supuestos su reducción a mera entelequia y que desdibuja de manera notaria la configuración ordinaria de la solidaridad, ya que si ésta es en nuestro ordenamiento civil una excepción (legal o voluntaria) a la regla general de la mancomunidad en caso de pluralidad de deudores, no parece tener mucho sentido conceptual que, contemplado un caso de solidaridad legal (el de la cofianza), resulte, a su vez, excepcionado mediante la posibilidad reservada a los coobligados de impetrar y obtener la división del débito.

(37) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, op. cit., p. 910.

Con lo que la excepción deviene excepcionada, precisamente mediante la vuelta a la regla general, y el conjunto cobra la extraña configuración siguiente: La pauta genérica de la mancomunidad resulta legalmente excepcionada en el supuesto de la pluralidad de fiadores, pero esta excepción puede resultar, a su vez, excepcionada a voluntad de cualquiera de ellos mediante la vuelta al criterio principista de la mancomunidad. La solidaridad como excepción de la mancomunidad y ésta como excepción de aquélla en el caso concreto de la cofianza.

GARCÍA GOYENA es consciente de la anomalía que entraña semejante construcción cuando advierte que, sin duda, el Derecho romano anterior a Adriano era más consecuente con la doctrina y principios de la solidaridad al no admitir el beneficio de división. Pero aduce que la fianza es generalmente un acto de beneficiencia y merece alguna excepción o favor en cuanto sea compatible con los intereses del acreedor, intereses que, en su opinión, quedan suficientemente protegidos con la responsabilidad proporcional de los fiadores por la insolvencia anterior de alguno de ellos, aparte de que «el acreedor puede exigir la renuncia de este beneficio y apenas hay una escritura de fianza que no la contenga» (38).

La argumentación del autor del Proyecto civil de 1851 es un tanto singular y forzada, en primer término, porque no es correcto relacionar el *beneficium divisionis* con un hipotético carácter de acto beneficiencia de la fianza, ya que si así fuera debería restringirse el juego del mismo a las cauciones personales celebradas a título gratuito, algo que nunca ha sucedido y que reduciría la aplicación de dicho mecanismo prácticamente a nada en razón de la neta preponderancia de las fianzas onerosas; y, en segundo lugar, porque GARCÍA GOYENA da con una mano lo que retira con la otra, pues de poco sirve introducir el beneficio de división por razones éticas de protección a los fiadores, si a continuación se reconoce que el acreedor puede exigir la renuncia del beneficio y que tal sucede en la práctica generalidad de las escrituras de fianza, algo que, por lo demás, tampoco casa bien con su afirmación de que la fianza es generalmente un acto de beneficiencia, ya que los fiadores gratuitos no se sentirán especialmente motivados a renunciar del beneficio divisorio que la ley les reconoce.

El párrafo tercero del artículo 1.750 del Proyecto carece de precedentes en el Derecho civil francés y en cualquiera de los Códigos que su autor maneja en relación a dicho precepto. GARCÍA GOYENA se limita a hacer una referencia al *Codex* justiniano y a remitir al artículo 1.744 del Proyecto que recoge los supuestos en que el beneficio de excusión no tiene lugar, aduciendo que «los fundamentos o motivos son iguales en ambos casos»; por lo que le parece razonable preferir en este punto el Derecho romano a los Códigos

(38) *Ibid.*

modernos, que «sólo mencionan el caso de renuncia para excluir este beneficio» (el de división) (39).

El artículo 1.751 del Proyecto, recogiendo en parte lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2.026 del *Code*, establece: «El fiador que reclama el beneficio de división, responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores, pero no de la posterior a la división. Tampoco responde de la anterior, cuando el acreedor dividió su acción voluntariamente y sin reclamarlo al fiador».

El primer párrafo del precepto transcribe la pauta histórica general de circunscribir el juego del *beneficium divisionis* a aquellos fiadores que fueran solventes en el momento en que alguno de ellos lo hiciera valer, por lo que la insolvencia anterior tenía que ser asumida por los solventes en ese instante, pero no lo posterior. GARCÍA GOYENA argumenta la hipótesis aduciendo que el beneficio de división no tiene efecto retroactivo: «el que se acoge a él, responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de alguno de los fiadores, pero, una vez opuesto, reduce la obligación del oponente a su parte y porción, y le liberta de toda insolvencia posterior» (40).

La explicación de la norma, parece obvio, no descansa en el carácter retroactivo o no del beneficio de división, sino en la voluntad del legislador de reducir al mínimo el perjuicio que pueda sufrir el acreedor una vez que se reconoce que, no obstante la vinculación solidaria de los cofiadores, pueden éstos acogerse al recurso de la división del débito garantizado. Aparte de que tampoco es cierto que por más que, una vez opuesto al beneficio de división, la responsabilidad del oponente no alcance a cubrir la cuota de los fiadores que con posterioridad resulten insolventes, dicha responsabilidad se circunscriba, según dice GARCÍA GOYENA, «a su parte y porción», pues es obligado que éstas se incrementen o puedan resultar incrementadas con la asignación proporcional de aquellas otras partes y porciones que correspondían a los fiadores caídos en insolvencia con anterioridad al ejercicio del beneficio.

El párrafo segundo del artículo 1.751 del Proyecto se inspira en el artículo 2.027 del *Code*. Si el acreedor ha dividido voluntariamente su reclamación, resulta natural que la insolvencia de cualquiera de los fiadores, con indiferencia del momento en que se haya producido, no pueda repercutir en forma alguna sobre los restantes fiadores solventes. La razón es bien clara: la división del crédito no se produce porque alguno de los fiadores se haya acogido al beneficio, sino porque el acreedor, «por sí mismo y voluntariamente», según reza el artículo 2.027 del Código Civil francés, ha procedido a fraccionar su reclamación, en cuyo caso es obvio que el reparto tiene que hacerse entre todos los deudores, con indiferencia de que unos sean solventes y otros

(39) *Ibid.*, pp. 910-911.

(40) *Ibid.*, p. 911.

insolventes, ya que en dicho caso falta el instrumento jurídico oportuno para excluir de los efectos de la división a estos últimos.

En efecto, la cofianza en el sistema romano-francés genera un supuesto de solidaridad pasiva entre los fiadores que como todo supuesto de esa especie determina un beneficio para el acreedor: la posibilidad de que el mismo pueda reclamar de cualquiera de ellos la totalidad del débito garantizado (art. 1.144, CC); por ello mismo, el acreedor favorecido puede prescindir de dicho beneficio y proceder a la reclamación de su crédito *pro parte*, en cuanto nada se opone a que si el mismo lo desee el débito solidario devenga mancomunado y cada uno de los deudores, en lugar de ser demandado por el entero, lo sea tan sólo por la porción que le corresponda en la relación interna con los demás obligados.

GARCÍA GOYENA, a la hora de explicar este precepto, aduce que «el acreedor podrá hacer recaer la insolvencia anterior de uno de los fiadores sobre los otros por la obligación solidaria de todos, y, no habiendo usado esta facultad, se presume que renunció formalmente a ella» (41). Explicación que no es correcta, porque la posibilidad de hacer recaer en los fiadores solventes la insolvencia anterior de alguno de ellos no se debe al carácter solidario de la obligación que los afecta, sino a la circunstancia de que así lo contempla el *beneficium divisionis* que impone la partición del crédito, ya que la solidaridad permitiría al acreedor repercutir en los fiadores solventes tanto la insolvencia anterior como la posterior a cualquier evento y momento de los fiadores insolventes (art. 1.145, CC).

Por tanto, cuando el acreedor en el caso que nos ocupa procede a demandar fraccionadamente su crédito, la división tiene que abarcar a todos los fiadores, solventes e insolventes, ya que la misma no se ha efectuado como consecuencia del beneficio esgrimido por uno de los fiadores; y por ello carece de sentido cualquier referencia a los particulares efectos de él derivados. A lo que ha renunciado el acreedor en el supuesto que contemplamos no es a la facultad de «hacer recaer la insolvencia anterior de uno de los fiadores sobre los otros» (carácter «anterior» que carecería de punto de referencia), pues dicha facultad no es en realidad suya sino en nuestro caso propia de los fiadores que se han acogido al beneficio de división, sino a la más amplia y principal, propia de todo acreedor en la obligación solidaria pasiva, de demandar *in totum* a cualquiera de los deudores. Siendo esto así, como lo realmente renunciado por dicho acreedor es el beneficio genérico que a su favor entraña la solidaridad pasiva, resulta por completo innecesaria cualquier contemplación de la materia en sede de cofianza, y, desde luego, la previsión del párrafo segundo del artículo 1.751 del Proyecto es una norma completamente superflua y fuera de lugar.

(41) *Ibid.*

Finalmente, en relación a los efectos de la fianza entre los propios cofiadores, el artículo 1.758 del Proyecto, en clara recepción del artículo 2.033 del *Code Napoléon*, establece: «Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le quepa. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recae sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago a virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de quiebra».

El fiador que pagó cuenta, pues, con un derecho de regreso para reclamar de los restantes fiadores la parte que le corresponda, ya que históricamente el mismo no tenía recurso alguno contra los cofiadores si el acreedor no le cedía expresamente sus acciones antes de efectuarse el pago; situación que se justificaba alegando que la fianza era una convención entre el fiador y el deudor, no entre los mismos fiadores, a lo que GARCÍA GOYENA replica que «como si por ello dejara de ser cierto que el que pagó hizo el negocio de los otros, libertándolos de una obligación, a cuyo cumplimiento podían haber sido competidos» (42).

Con todo, el artículo 1.758 del Proyecto contiene una previsión que no contempla el modelo francés, por más que la civilística gala la haya admitido siempre sin problemas, la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en todos los demás. Aunque no han faltado autores que han defendido que en la afectación interna la relación entre los diversos deudores solidarios es simple y mera mancomunidad (recuérdese el «círculo de acciones» de que hablaba POTHIER), lo cierto es que, como hemos razonado ampliamente en otro lugar (43), la obligación solidaria funciona también internamente como solidaria; y por ello tiene sentido la inclusión de semejante disposición, resultando razonables las palabras de GARCÍA GOYENA en el sentido de que «se ha añadido esto para mayor claridad, pues aunque no se expresa en ninguno de los Códigos modernos, está, a no dudar, en el espíritu de todos ellos» (44).

4. EL ARTICULO 1.837 DEL CODIGO CIVIL

El juego de apariciones y desapariciones de la solidaridad pasiva en el caso de la cofianza, con su consiguiente efecto en la factura y justificación del *beneficium divisionis*, ya que, de manera obvia, este beneficio ha de conformarse de distinta manera según cuál sea la contemplación de aquélla,

(42) *Ibid.*, p. 915.

(43) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura...*, op. cit., pp. 314 y ss.

(44) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, op. cit., pp. 915-916.

conoce una nueva fase con ocasión de la entrada en vigor del Código Civil español de 1889. El codificador hispano, olvidando en este punto el precedente del Proyecto de GARCÍA GOYENA y la tradición romano-castellana, vuelve de nuevo la vista hacia la pauta que en su día sentara la Novísima Recopilación y establece en el artículo 1.837 de nuestro primer Cuerpo legal: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado precisamente la solidaridad. 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».

Con todo, el precepto produce la impresión de que el codificador español hubiera intentado rectificar de alguna manera los severos efectos divisorios consagrados en su párrafo primero mediante una llamada al beneficio de división y su caducidad en una serie de supuestos, precisamente los mismos que en el artículo 1.831 se contemplan en relación al otro beneficio fideiusorio clásico, el de excusión. Quizá un propósito de no dejar fuera del supuesto normado el pensamiento de GARCÍA GOYENA, si se observa que semejante voluntad conciliatoria se produce mediante la inserción como párrafo segundo del artículo 1.837 del párrafo tercero del artículo 1.750 del Proyecto de Código Civil de dicho jurisconsulto, por más que la justificación de la inserción de dicha norma en uno y otro precepto sea harto diferente y que lo que resulta en el segundo lleno de sentido pueda verse en el segundo como un complemento de difícil ordenación armónica.

El origen del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil es sobradamente conocido. El artículo 2.106 del Anteproyecto de Código Civil belga que confeccionara LAURENT establecía que «cuando varias personas son fiadoras de un mismo deudor por una misma deuda, la obligación de fianza se divide entre ellas: el acreedor no puede actuar contra cada fiador sino por su parte, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad». A través de la vía, como en otras ocasiones, del Anteproyecto de 1882-1888, entraba otra vez en nuestro ordenamiento civil la pauta de la división de la obligación garantizada entre los fiadores, pero no por mor del ejercicio por alguno de ellos del recurso divisorio, sino *ministerio legis*; la propia ley disponía que cada uno de los garantes personales, al margen de su voluntad, quedase vinculado *pro parte*. Con la advertencia, incluso, de que el legislador español, al realizar semejante importación, ni siquiera subsana los defectos de expresión de la fórmula belga («la obligación de fianza se divide»), sino que más bien los acrecienta, al sancionar una frase de tan difícil lectura jurídica y hasta gramatical como la de «la obligación a responder de ella (la deuda) se divide entre todos».

LAURENT sabía perfectamente lo que quería cuando formula en el artículo 2.106 la división *ipso iure* de la obligación afianzada. El ilustre civilista belga

discrepaba del pensamiento clásico de DOMAT y POTHIER de considerar que la obligación contraída de manera conjunta por varios fiadores debía asumir la caracterización de solidaria, al entender que en esta materia, como en cualquier otra de pluralidad de deudores, debe primar la regla del prorrateo o mancomunidad. Si la obligación de los fiadores es una obligación accesoria respecto a la obligación principal garantizada, ¿tiene sentido que jugando en relación a ésta el principio de la vinculación mancomunada de los varios deudores rija en aquélla el contrario principio de la vinculación solidaria de los varios fiadores? La presunción de mancomunidad en las obligaciones plurales en general, ¿debe quedar sustituida por la presunción opuesta de solidaridad en el caso de que la pluralidad se dé en relación a los garantes personales?, ¿existe suficiente justificación para excluir en este específico campo el criterio de prorrateo del débito que ha sido tradicional en los Derechos latinos históricos, recogiendo el contrario de afección *in solideum* que caracteriza a los ordenamientos de estirpe germánica?

La crítica de POTHIER al pensamiento francés tradicional y a la normativa del *Code Napoléon* que lo recoge aparece apoyada en sólidas razones de coherencia y lógica. Si de acuerdo al artículo 1.202 del Código Civil francés, «la solidaridad no se presume», sino que «se precisa que esté estipulada expresamente», no parece tener mucho sentido que cuando los varios deudores sean fiadores, semejante pauta no tenga aplicación al disponer el artículo 2.025 que «cuando varias personas se hayan constituido en fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno está obligado por toda la deuda. Y ello aunque quepa la explicación de que aquí estaríamos ante uno de esos supuestos excepcionales de solidaridad legal que la propia norma recuerda, porque a la hora de justificar el mismo difícilmente cabe reunir a otro argumento que el repetido aserto de POTHIER de que por la sustancia misma de la fianza cada fiador se obliga a todo lo que se haya obligado el deudor principal.

La situación se presentaría de otra manera en el caso de que la ley establezca como pauta genérica la vinculación solidaria de los varios deudores, salvo que otra cosa se haya pactado o la ley lo disponga, ya que en tal caso no tiene por qué ocurrir algo diferente cuando la pluralidad de obligados revista la forma de cofiadores. Es decir, trasladando la hipótesis a la hora presente, si, por ejemplo, a tenor del artículo 1.294 del *Codice civile* «los codeudores están obligados solidariamente, si de la ley o del título no resulta otra cosa», se puede entender sin mayor esfuerzo que cuando se contemple la hipótesis de la cofianza se diga 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». Y lo mismo cabría observar sobre lo dispuesto en el BGB en relación a estas materias.

Sobre estas bases el pensamiento de LAURENT resulta plenamente coherente: «El Anteproyecto aplica a la fianza el principio general que rige las deudas de varias personas. Cuando varios deudores se han obligado conjuntamente por una deuda, no están obligados cada uno sino por su parte, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. Así, la división entre los deudores de una misma deuda tiene lugar de pleno derecho, mientras que según el Código Civil la división de la fianza entre los fiadores no tiene lugar, sino cuando el fiador lo requiere. Es lo que se llama beneficio de división... El artículo 2.106 (del Anteproyecto) abole el beneficio de división tal como lo consagra el Código Civil». Por lo que hace, en fin, al argumento básico de POTHIER para justificar la solidaridad entre los fiadores, replica LAURENT que eso es contestar una pregunta con otra pregunta, ya que lo que hay que explicar debe ser cuál es la naturaleza especial de la cofianza que determina que la deuda garantizada no se divide entre los cofiadores, cuando toda deuda se divide entre los varios deudores (45).

Con todo, a pesar de la fundada crítica de POTHIER, el sistema del *Code* resultaba, si no globalmente coherente, sí, al menos, parcialmente armónico en relación a la cofianza y al juego en el seno de la misma del histórico recurso romano del *beneficium divisionis*, pues aunque su artículo 2.025 consagraba la vinculación por el todo de cada uno de los plurales fiadores, el siguiente artículo 2.026 establece que, no obstante, cualquiera de los mismos, a menos que haya renunciado al beneficio de división, «puede exigir... que el acreedor divida previamente su acción, y la reduzca a la parte y porción de cada fiador».

Hasta aquí, pues, poco habría que objetar al codificador español. Si el mismo había consagrado en las disposiciones generales sobre las obligaciones el principio de presunción de mancomunidad en el caso de vínculos plurales (arts. 1.137 y 1.138, CC), se puede entender sin mayor forzamiento que al abordar el punto de la variedad de fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda», a pesar de nuestra tradición romano-castellana y del importante punto de referencia que significaba el Proyecto de Código Civil de 1851, considere que ha de mantenerse aquella regla general y consignar que el débito garantizado se fracciona entre los distintos fiadores; al fin y al cabo ya había sucedido algo similar en la Novísima Recopilación, sin que ello hubiese provocado cataclismo jurídico alguno ni la doctrina se sintiese llevada a denunciar que se había quebrado algo sustancial en orden al régimen de los cofiadores.

Lo que sí hacían los autores, según se ha resaltado anteriormente, a la hora de enfrentar el nuevo régimen de la cofianza establecida en la Novísima

(45) LAURENT, *Avant-projet de revision du Code Civil*, VI, Bruselas, 1885, pp. 76 y ss.

Recopilación era, con toda lógica, considerar que en el sistema español, igual que afirmaba LAURENT en relación al Anteproyecto belga, el beneficio de división de origen romano y recogido de manera fiel en las Partidas se había desvanecido, porque si de manera expresa los fiadores se habían vinculado *in solidum* no tenía sentido su posterior acogimiento al mismo y si, por el contrario, nada dijeron y, en consecuencia, su vinculación era la ordinaria o simple, tampoco hacía falta recurrir al mismo, ya que la propia ley establecía la división automática del débito asegurado. Recordemos, en tal sentido, como, por ejemplo, MORATO advertirá que «no hay entre nosotros el beneficio de división que habían concedido las leyes romanas».

Ahora, en cambio, las cosas van a ocurrir de otra manera. El codificador español se había inclinado en el párrafo primero del artículo 1.837 por el criterio de la división *ope legis* de la deuda afianzada, pero a continuación introduce un párrafo segundo que, transcribiendo literalmente el párrafo tercero del artículo 1.750 del Proyecto de GARCÍA GOYENA, habla con toda claridad de beneficio de división e impide, al menos en una consideración primaria y acrítica, prescindir de la presencia y operatividad de dicho mecanismo divisorio en la esfera de la cofianza.

Además, obsérvese que la forma en que está confeccionado en su conjunto el referido artículo 1.837 del Código Civil supone una nueva dificultad interpretativa, ya que su parte segunda no es que consagre, imponga, defina o caracterice el beneficio de división, algo sin duda alguna grave porque entraría en clara contradicción con lo previsto en la primera parte del precepto, sino que se refiere al mismo de una manera mucho más sibilina, artera y, por ende, peligrosa.

En efecto, al establecer que el beneficio de división (obsérvese que no habla de la división de la deuda sino que utiliza la expresión que histórica, dogmática y comparativamente no cabe referir más que al instituto adriano del *beneficium divisionis*) «cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal», puede generarse razonablemente la siguiente duda:

Si cesa es porque antes existía, y si antes existía su recepción no ha podido tener lugar más que en la primera parte del precepto, único artículo de la normativa de la fianza que contempla el fenómeno divisorio. Esto es, cuando el primer párrafo del artículo 1.837 establece que en el caso de ser varios los fiadores su obligación se *divide* entre todos, semejante división debería ser precisamente la que reconoce el beneficio de dicho nombre, y mediante ella, precisamente, tendría lugar el establecimiento de ese mecanismo favorecedor de los fiadores que perderían cuando se produjeran algunos de los eventos que determinan la pérdida, a su vez, del *beneficium excussionis*.

En consecuencia, la división a que alude el párrafo inicial del artículo 1.837 del Código Civil no sería la división automática que operaría aquí por

simple aplicación del principio de mancomunidad consagrado por el artículo 1.137 *eiusdem* en el campo de las relaciones obligatorias (¿para que haría falta repetirlo en este lugar si no se produce modificación alguna del mismo?), sino otra clase de división, la división opcional, facultativa, que se produce cuando alguien la pide y que encontraría instrumentación adecuada a través del clásico y conocido beneficio de división.

De la misma manera, cuando la norma continúa diciendo que «el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer», la construcción sigue teniendo, aparentemente al menos, cierta lógica, porque operada la división por el ejercicio del *beneficium divisionis* es por lo que el acreedor, que *ab initio* podía reclamar el débito entero a cualquiera de los fiadores, ahora sólo puede dirigirse contra el mismo por la parte que le esté asignada.

Y, en fin, al hacer la salvedad última de que semejante cosa no ocurrirá cuando «se haya estipulado expresamente la solidaridad», parece incidirse en la misma línea, ya que semejante referencia no tiene mayor sentido en el plano general de la división automática de la deuda, en cuanto va ínsita en la misma (art. 1.137, CC) y forma parte de la *fattispecie* misma de la figura (existe la mancomunidad siempre que la obligación no se haya constituido *ex lege* o *ex voluntate* como solidaria), y, en cambio, cobra superior relevancia si se la contempla como supuesto de exclusión del beneficio divisorio: la solidaridad pactada impide que se produzcan los efectos propios del beneficio en cuestión.

Los ingredientes para la polémica, en consecuencia, están dispuestos, por lo que no debe causar extrañeza que los civilistas españoles no se pongan de acuerdo a la hora de configurar el mecanismo establecido en el artículo 1.837 del Código Civil. ¿Mancomunidad o. solidaridad? ¿Presencia o no del beneficio de división? ¿Operatividad o no de éste en el caso de no haberse estipulado expresamente la solidaridad?

Albaladejo romperá el fuego considerando que el artículo 1.837 del Código Civil «resulta insólito» a tenor de los principios de nuestro Derecho, porque las pautas establecidas en el mismo suponen «tanto como permitir al acreedor obtener de un deudor mancomunado el pago de su parte y la de los otros deudores mancomunados insolventes» (46). Algo, a no dudar, verdaderamente llamativo si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento civil éste es precisamente uno de los puntos clave a la hora de diferenciar el régimen de las obligaciones mancomunadas del de las solidarias: en las primeras la insolvencia de uno de los codeudores la soporta el acreedor (art. 1.139, CC), mientras en las segundas esa misma insolvencia debe ser asumida a prorrata por los restantes obligados (art. 1.145, CC).

(46) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Barcelona, 1982, p. 445.

Semejante anomalía ya había sido advertida por MUCIUS SCAEVOLA al señalar que por más que el Código Civil había adoptado el criterio de la presunción de solidaridad desde el principio hasta el fin, sin necesidad, por tanto, de que el fiador precise alegar la división para reputarla hecha, respondiendo cada uno tan sólo por su parte civil, al llegar al supuesto de la insolvencia de alguno de los cofiadores, se refiere a lo previsto para el beneficio de excusión. Solución que al comentarista no le parece, empero, excesivamente criticable, pues si bien el Código Civil pudo ceñirse de manera estricta al principio de mancomunidad del artículo 1.137, ha de advertirse que dicho principio «no debe tomarse con la predilección que erróneamente se tomaba en otros tiempos», aparte de que el mismo «resulta en pugna con la realidad de los contratos en que intervienen varios responsables de la deuda, pues si el acreedor pide varios fiadores, los requiere para que le respondan solidariamente» (47).

También MANZANERO SECADER resalta la incongruencia que supone en un sistema como el español hacer recaer la insolvencia de un cofiador en los restantes solventes, pues si ello resulta normal en los ordenamientos que establecen la vinculación solidaria de los cofiadores, no lo es cuando se parte del criterio contrario de la afección mancomunada de los mismos, por lo que «parece claro que la norma del artículo 1.837, 2.º no tiene ningún sentido en un Código como el nuestro, que parte del principio de división de derecho de la deuda entre los distintos cofiadores, de acuerdo con los artículos 1.137 y 1.138» (48).

AL VENTOSA DEL RÍO, por su parte, estima que cuando varios fiadores afianzan de manera conjunta a un mismo deudor y por una misma deuda se establece, de acuerdo al párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil, como estructura interna la mancomunidad, por más que dicha afirmación de carácter general deba matizarse, «pues en la fianza la mancomunidad no produce la totalidad de efectos, sobre todo cuando se plantea alguno de los supuestos señalados en el párrafo segundo del citado artículo» (49).

Pero, quizá, ha sido GUILARTE ZAPATERO quien mejor ha resaltado el juego equívoco que plasma el artículo 1.837 del Código Civil y las paradojas que el mismo es susceptible de deparar. Para dicho civilista parece claro que si en la primera parte del precepto se establece *ex lege* la división de la deuda, sin necesidad de que sea invocada por el fiador, es porque se ha sancionado una responsabilidad mancomunada simple que por sí misma implica aquella división; por lo que no se precisa del juego de ningún beneficio que, por su

(47) Mucius SCAEVOLA, *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953, pp. 610-611.

(48) MANZANARES SECADES, «La cofianza: Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, p. 753.

(49) ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: Ambito de responsabilidad*, Granada, 1988, p. 209.

naturaleza misma, debe presuponer la existencia de una situación de solidaridad que se atenúa al entrar él en acción, algo que debe conducir a la consideración de que resulta «impropio hablar de beneficio de división si no se ha partido del presupuesto de la solidaridad de los cofiadores».

No debe extrañar, en consecuencia, que a GUILARTE ZAPATERO la fórmula del artículo 1.837 le resulte incongruente, ya que la armonización de las dos partes que lo integran presenta grave dificultad. Ciertamente podrá discutirse qué tipo de responsabilidad se ajusta mejor a la idea de la cofianza, pero para él resulta claro que proclamada la responsabilidad simple de cada fiador, su conversión legal en solidaria en determinados supuestos encuentra difícil justificación y responde a una técnica defectuosa. «Si se juzgó —escribe— que el mantenimiento de una responsabilidad simple del cofiador en todos los casos armonizaba mal con el principio de evitar perjuicios al acreedor, lo que es discutible, debió acudirse a una solución distinta y no a la de sancionar la responsabilidad simple del cofiador cuando menos precisa de ella y derogarla cuando puede resultarle de utilidad» (50).

En su día, MANRESA intentó una vía conciliatoria que, en alguna medida, permitiría el juego del beneficio de división, beneficio que supone «una gracia impuesta por la necesidad y por la lógica» y que responda, al igual que el de orden o de excusión, a la idea de evitar que los cofiadores fueran víctimas de aquellos en cuyo favor se habían obligado. Para el clásico, la obligación de los cofiadores no es solidaria, y por ello el artículo 1.837 del Código Civil determina claramente que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer; pero si a pesar de esta prohibición (*sic*) el acreedor reclama de un solo fiador el todo de la deuda, éste tiene el medio de evitarlo oponiendo el beneficio de división, beneficio que es, sin embargo, renunciable (51).

Por fin, más recientemente, DELGADO ECHEVERRÍA, partiendo de la base de que la contradicción entre el primer párrafo del artículo 1.837 y los demás preceptos que se ocupan de la cofianza es «real, históricamente comprobada y lógicamente irresoluble», por lo que ningún propósito de armonización puede llegar a resultados plenamente satisfactorios, intenta superar el *impasse* mediante el reconocimiento de la especificidad de la cofianza, en lugar de pretender subsumirla en los regímenes genéricos de la mancomunidad y la solidaridad de deudores tal como se presentan en nuestro Código. En su opinión, el esquema sería el siguiente: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y no habiendo pactado nada en contrario, a cada uno de ellos sólo puede reclamarse una parte alícuota del total, salvo que se den ciertos hechos que habrá de probar el acreedor; en cuyo caso

(50) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XXIII, *op. cit.*, pp. 185-186.

(51) MANRESA, *Comentarios...*, XII, *op. cit.*, pp. 286-287.

a cada uno de ellos podrá exigirse, además, que contribuya por la parte del fiador o fiadores que se encuentren en aquellas condiciones».

Este esquema no se corresponde con el que es propio de las obligaciones mancomunadas *stricto iuris*, ya que en él las obligaciones no son independientes, sino que están de tal modo relacionadas entre sí que, prescindiendo de la voluntad de los cofiadores, y por hechos externos y posteriores al negocio de constitución, puede verse compelido cualquiera de ellos a pagar en todo o en parte la cuota de sus compañeros (52).

¿*Quid iuris*? Lo primero que debe resaltarse es el poco rigor del codificador español a la hora de plasmar legalmente la materia que nos ocupa, según hemos comentado con anterioridad. Ciertamente los dos párrafos del artículo 1.837 tienen fuentes diferentes, responden a sistemas contrapuestos en orden a la presencia y operatividad en la cofianza del beneficio de división, y plantean una notable dificultad en orden a su engarce o armonización. Pero, ¿quiere decir ello que debe renunciarse a la misma y reconducir lisa y llanamente el régimen sancionado en dicho precepto al sistema establecido en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil en relación a la mancomunidad? No me parece que la entidad de la dificultad advertida deba conducir necesariamente a eludir el problema mediante su traslado al régimen general, aunque sólo fuera, como antes decíamos, por la simple circunstancia de que si así ocurriera no habría hecho falta repetir en sede de pluralidad de fiadores lo que ya está dispuesto genéricamente en relación a las obligaciones plurales.

El *beneficium divisionis* tiene un origen histórico preciso y determinado, responde a un propósito de protección de los fiadores y de facilitar a los acreedores la garantía personal plural (dato éste que con harta frecuencia se olvida) y parte de un apriori escueto e indiscutible: sólo tiene sentido en el supuesto de que los varios fiadores hayan quedado vinculados *in solidum*, como medio, precisamente, de evitar las severas consecuencias de este tipo de afección obligacional.

En nuestra historia jurídico-civil el tratamiento de la materia había sido lineal y constante, salvo el inciso representado por la Novísima Recopilación, aunque con la advertencia respecto a la misma de que el régimen de división *ipso iure* que establece no lo sanciona específicamente en relación a la cofianza, sino genéricamente respecto a toda obligación en que aparezca una pluralidad de deudores («se entienda ser obligados cada uno por la mitad»). Algo que, ciertamente, no elude trasladar dicho criterio al ámbito de los varios fiadores, pero que, sin embargo, permite contemplar la situación con menos rigor y exigencia que cuando tal pauta resulta expresamente impuesta (al menos en apariencia) en dicho campo.

(52) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, op. cit., pp. 539-540.

En el Código Civil las cosas ocurren de otra manera, pues si bien es innegable que el régimen genérico establecido en el mismo para las obligaciones con pluralidad de sujetos es el de la mancomunidad, reservando a la ley o al pacto la existencia de situaciones de solidaridad, no lo es menos que en el artículo 1.837 se recoge, *expressis verbis*, el beneficio de división en la cofianza y que los restantes preceptos del Código relativos a la figura (artículos 1.844 y 1.845) tienen clara la idea de que la vinculación de los varios fiadores es de tipo solidaria y no mancomunada.

¿Habrá que prescindir de tales hechos por la simple circunstancia de que la primera parte del artículo 1.837 hable de que la deuda «se divide entre todos», o deberá prescindirse de la textualidad de semejante expresión para intentar la formulación de una interpretación correctora que devuelva las cosas a su lugar natural y evite situaciones de contradicción y antítesis? Pensamos que ésta debe ser la vía y que a su tránsito no se oponen obstáculos insuperables emanados de la dicción misma del precepto en cuestión.

Es muy fuerte sostener que todo el bloque histórico normativo que representan los artículos 1.844, 1.845, 1.850 y el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil entra en quiebra y queda marginado por el solo hecho de que el codificador no haya sido demasiado cuidadoso a la hora de redactar la parte primera de este último precepto. Como lo es también considerar que en el supuesto único y unitario de que varias personas se hayan comprometido conjuntamente como fiadoras de una misma obligación resulten vinculadas frente al acreedor de manera mancomunada e internamente en forma solidaria, máxime cuando lo primero de ese *status* tampoco es tan claro como se pretende desde el momento en que se puede perder con independencia de la voluntad de los obligados.

Ciertamente, si se analiza sin prejuicios el precepto y se prescinde, incluso, de las fuentes concretas de las distintas partes del mismo, ya que este dato histórico sólo tendrá relevancia en la medida que no resulte superado por el sentido lógico-sistemático de la norma, no se acaba de ver cómo puede afirmarse de manera enfática, tal como hacen GUILARTE ZAPATERO y tantos otros civilistas hispanos, que en el artículo 1.837 se establece un claro supuesto de responsabilidad mancomunada simple que por sí misma implica la división de la deuda sin necesidad de invocar beneficio alguno; planteamiento que entraña una cierta petición de principio, porque no se trata de que la división de la deuda entre los fiadores venga dada por el hecho de que estemos frente a un supuesto de mancomunidad, sino de que éste tiene lugar precisamente porque la ley ha impuesto la vinculación *pro parte* de aquéllos.

Ahora bien, aún prescindiendo de que semejante tipo de afección obligatoria en relación a los varios fiadores de una misma deuda no haría falta establecerla, al ser el régimen general español en materia de obligaciones plurales (lo que haría falta establecer específicamente son los distintos casos

excepcionales de solidaridad, algo que ya nos debe dar una pista respecto a la existencia del artículo 1.837), la realidad es que en este precepto sus dos partes hablan del fraccionamiento de la deuda garantizada, la primera mediante la referencia sin más a la división de la misma, la segunda mediante la mención concreta del beneficio de división. ¿Permite ello considerar que estamos ante dos ámbitos diferentes y que una y otra división no son una única y misma cosa? Pienso que no.

¿Qué habría ocurrido si el párrafo segundo del artículo 1.837 en lugar de iniciarse con las palabras «el beneficio de división» hubiese empezado diciendo «este» o «dicho beneficio de división»? Pues probablemente que el problema se habría esfumado de la doctrina española y los autores habrían visto en todo el artículo 1.837 del Código Civil el establecimiento y la actuación del clásico *beneficium divisionis*.

Y, en realidad, eso es lo que ocurre. Cuando el codificador español introduce en el párrafo segundo del artículo 1.837 la mención del beneficio de división, diga lo que diga el párrafo primero y resulte lo que resulte de su estricta literalidad, todo entra a girar en torno al mismo, porque resulta claro que lo que está consagrado es que en nuestro ordenamiento civil subsiste el clásico beneficio divisorio, aunque sólo fuera porque resultaría absurdo contemplar los casos en que cesa si previamente no se ha establecido de manera genérica.

En consecuencia, la división de la deuda a que se refiere la primera parte del precepto no es la división automática o *ex lege*, sino la que resulta cuando se ha opuesto el beneficio de división; la limitación del acreedor de tener que reclamar a cada fiador la parte que le corresponda sólo surge cuando el mismo se haya acogido a la protección que aquél depara, y la referencia a la estipulación expresa de la solidaridad no puede tener otro sentido y entendido que el de renuncia al mecanismo divisorio. No se trataría, pues, que, según pretende GUILARTE ZAPATERO, resulte absurdo, injustificado y de defectuosa técnica, hacer referencia en el párrafo segundo del artículo 1.837 a la cesación de un beneficio, al que no se ha aludido en el apartado primero, sino más bien que la división recogida en esta parte del precepto es precisamente la que resulta del juego del beneficio. De esta manera el conjunto cobra armonía, se evitan las distorsiones, se facilita su encaje con las otras normas de la fianza plural, se brinda al beneficio de división el campo que histórica y conceptualmente le es propio y se somete la norma a las exigencias hermenéuticas que consagra entre nosotros el nuevo artículo 3.º, 1 del Código Civil.

El beneficio de división está establecido sin duda alguna en el sistema civil español, ya que en otro caso sería de todo punto absurdo que en el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil se haga referencia a las hipótesis que determinan su desaparición; ahora bien, lo que no tiene sentido es admitir su existencia y extinción, y negarle operatividad allí precisamente

donde puede tener plasmación: a la hora en que el acreedor pretenda cobrar de uno de los fiadores el total de la deuda asegurada.

En consecuencia, el «se divide» de la primera parte de dicho precepto hay que entenderlo como el efecto que se produce, no *ministerio legis*, sino por obra del ejercicio con éxito del beneficio de división, ya que, de otra manera, tendríamos en una sola norma y para una misma hipótesis dos tipos de división: la mecánica y la producida a voluntad del demandado.

Claro que también se podría intentar darle la vuelta al razonamiento. Esto es, como el precepto habla primero de una supuesta división *ex lege*, la referencia posterior al beneficio de división habría que entenderla como subsumible en la figura inicial, con lo que, en definitiva, ni siquiera existiría entre nosotros el tradicional recurso divisorio. La explicación, aparte de que supondría la ignorancia de una expresa y tajante referencia legal que habla de «beneficio de división», es tan peregrina (¿cómo renunciar, por ejemplo, a un efecto legal automático?), incoherente y extravagante que no precisa de mayor esfuerzo ni argumentación para su rechazo.

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